XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-119-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Este Grupo de Trabalho, que em 12 de novembro de 2015 reuniu pesquisadores de todo o país para discutir Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, não poderia ter se reunido em ocasião mais simbólica. Uma semana antes, no dia 5 de novembro, acontecera a tragédia do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais, que resultou em perda de vidas humanas, de histórias de vida, de cultura, de meios de subsistência, lares, dentre outros bens. E afetou populações, economia e meio ambiente de, até agora, dois estados da federação, além de (segundo muitos) assassinar o Rio Doce, riquíssimo em biodiversidade e muito importante para a economia dos estados de Minas gerais e do Espírito Santo. E foi lembrando isso que iniciamos nossos trabalhos.

Estávamos também a pouco mais de um mês da data em que o mundo se reuniria novamente, em Paris, para discutir (e pode ser nossa ultima chance) como lidar com o problema das mudanças climáticas, cujos efeitos vêm sendo sentidos por todos, em todos os continentes. Nesse sentido, lembramos aos participantes que, no campo jurídico, Comitês Internacionais da International Law Association (importantes por reunirem estudiosos do direito e das relações internacionais de todos os continentes e vertentes político-jurídicas) vêm publicando obras e relatórios importantes sobre dano ambiental, desenvolvimento sustentável, responsabilidade social das empresas no contexto do desenvolvimento sustentável, e, mais recentemente, sobre a gestão e o uso de recursos naturais internacionais em/por Estados nacionais. Lembramos também de um projeto internacional (Earth System Governance) nascido em uma universidade (Universidade das Nações Unidas em Bonn) e que, hoje sob o guarda-chuva da Future Earth (que reúne as principais instituições nacionais e internacionais financiadoras de pesquisa sobre o assunto), vem discutindo experiências de governança, local e global, para prevenir/conviver/mitigar/adaptar planeta e sociedade na batalha contra os efeitos das mudanças climáticas. Há que sensibilizar para os problemas e engajar na busca de alternativas/soluções, jovens - cujo futuro está ameaçado... E isso exige uma mudança fundamental de mentalidade, para a qual o CONPEDI, com sua característica única de fazer conversar "todos os sotaques" dos diferentes estados e regiões brasileiros, está em posição de contribuir muito.

Foram 27 trabalhos selecionados em processo de avaliação cega, apresentados e discutidos em um clima de coleguismo e compartilhamento que não poderia ter sido mais agradável. Os

"sotaques" se ouviram, valorizaram, respeitaram e foram respeitados e valorizados. Foi certamente um longo dia, ao final do qual estávamos, todos (e ainda éramos muitos!), exaustos mas felizes. Saímos de lá, todos, com novas ideias e perspectivas. Convivemos com a diversidade, e dela aprendemos. Esperamos que este livro - resultado de tantos esforços - possa contribuir como se espera; que seja lido, replicado e as experiências multiplicadas. Agradecemos, a todos os que apresentaram trabalhos mas também a tantos que lá estiveram apenas para ouví-los, a presença, a atenção, o interesse. E esperamos vê-los em Brasília em seis meses!

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA DO TRATAMENTO FAVORECIDO PARA EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DELL´ORDINE ECONOMIA DEL TRATTAMENTO BENEFICIARIO PER PICCOLE IMPRESE DAL PUNTO DI VISTA DELL´ANALISE ECONOMICA DEL DIRITTO

André Gonçalves Zipperer
Marco Antônio César Villatore

Resumo

O objeto do presente trabalho é analisar o princípio constitucional da ordem econômica do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte visto sob a ótica da análise econômica do direito, normativa para demonstrar que a legislação a ser criada com base no princípio constitucional deverá levar em conta aspectos e métodos próprios de Análise Econômica do Direito na sua produção pelo legislador. Tratar-se-á em um primeiro momento do próprio princípio e importância da pequena empresa para a economia brasileira, passando pela análise metodológica própria da Análise Econômica do Direito a necessidade de uma produção normativa a partir dos métodos explorados. Espera-se que ao suscitar o tema e estabelecer alguns pontos centrais, seja relevante para aprofundamentos futuros. A metodologia, portanto, será a dedutiva legislativa e doutrinária.

Palavras-chave: Micro-empresa, Pequena empresa, Análise econômica do direito, Princípio constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare il principio costituzionale di ordine economica del trattamento beneficiario per piccole imprese visto dal punto di vista di analisi economica del diritto, le regole per portare che la normativa ad essere creata con base al principio costituzionale dovrebbe prendere in considerazione aspetti e propri metodi di Analisi Economica del Diritto nella produzione da parte del legislatore. Si tratterà in un primo momento del proprio principio e importanza della piccola azienda per l'economia brasiliana, attraverso per l´analise metodologica propria dell´Analise Economica del Diritto la necessità di una produzione normativa a partire dai metodi esplorati. Si prevede di sollevare la questione e stabilire alcuni punti chiave, sia rilevanti per approfondimenti futuri. La metodologia sarà, quindi, la deduttiva legislativa e dottrinale.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Micro-imprese, Piccole imprese, Analisi economica del diritto, Principio costituzionale

1. Introdução

O proprietário de uma pequena banca de jornais contrata, com algum custo para manutenção do negócio, um empregado que cumprirá jornada de 8 horas no contraturno do período em que ele próprio cuida da banca.

Assim o faz porque para sobrevivência do negócio precisa reservar alguns momentos do dia para a compra de estoque, o pagamento de contas, para o trato contábil, negociação com fornecedores, a limpeza do estabelecimento, e outras tantas tarefas que ele que gerencia sozinho.

Ainda que beneficiado por uma série de benefícios fiscais, ainda é tratado pela legislação trabalhista em igualdade de condições com uma multinacional ou uma instituição financeira cujo faturamento ultrapassa a casa do bilhão de reais. Não há qualquer diferença aos olhos do legislador.

As exigências são exatamente as mesmas, e este empreendedor cujo empregado é praticamente seu sócio no negócio tem o mesmo tratamento legal que as maiores empresas do país no que pertine à legislação laboral.

É princípio da ordem econômica nacional insculpido na Constituição de 1988 que se dê tratamento jurídico diferenciado a estas empresas visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações ou pela eliminação ou redução destas por meio da legislação.

Tal princípio, no entanto, não encontra eco na legislação infraconstitucional.

O presente trabalho tem o escopo de analisar o princípio constitucional da ordem econômica do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte visto sob a ótica da análise econômica do direito, normativa para demonstrar que a legislação a ser criada com base no princípio constitucional deverá levar em conta aspectos e métodos próprios de Análise Econômica do Direito na sua produção pelo legislador.

Tratar-se-á em um primeiro momento do próprio princípio e importância da pequena empresa para a economia brasileira.

Na segunda parte o foco é a Análise Econômica do Direito e os métodos para a sua aplicação sendo que no capítulo seguinte será abordada a necessidade de uma produção normativa a partir dos métodos explorados, sendo a justificativa do presente estudo e demonstrando a importância da pesquisa que se realiza.

A metodologia, portanto, será a dedutiva legislativa e doutrinária.

2. O princípio constitucional da ordem econômica do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte

O tema a ser estudado deriva de uma abordagem trabalhista do inciso IX do artigo 170 da Constituição de 1988 segundo o qual 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, dentre outros princípios da ordem econômica, aquele que prevê o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País e do artigo 179 da Carta Magna que prevê tratamento jurídico diferenciado a estas empresas visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio da legislação.

Gastão Alves de Toledo prefere tratá-los como objetivos da ordem econômica alicerçados necessariamente nos incisos anteriores do artigo 170 da Constituição, ponto de vista com o qual discordamos (TOLEDO, 2004, p. 45).

A partir da norma aberta constitucional, surgiu em 14 de dezembro de 2006, pela Lei Complementar nº. 123, o chamado *Estatuto Nacional da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte.* Neste, apesar dos importantes avanços no campo tributário com a consolidação do Sistema Simples (já instituído em 1996 pela da Lei 9.317), os benefícios no campo das relações de trabalho foram praticamente nulos e de caráter meramente burocrático sem atingir os objetivos propostos.

Ao longo da primeira década do século XXI, a expansão do mercado de trabalho no Brasil teve um forte componente no crescimento da micro e pequena empresa. O segmento reúne mais de 6 milhões de estabelecimentos, emprega quase 15 milhões de pessoas e movimenta perto de 40% da massa de salários pagos no país.[1]

Segundo Petter (2006, p. 92-94), o princípio constitucional citado invoca um tratamento diferenciado às pequenas empresas aqui constituídas e sediadas, incentivando-as e estimulando-as (é a modalidade de intervenção indireta no domínio

[1] A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000./Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. -- São Paulo: DIEESE, 2012. Disponível em: "*www.dieese.org.br/livro/2012/livroSituacaoTrabalhoBrasil.pdf*". Acesso em 22 de agosto de 2015.

econômico). Pequenos negócios enfrentam maiores dificuldades de se constituírem (restrições de linhas de crédito, acesso à fornecedores etc.). Ao viabilizar sua criação, instalação e funcionamento, estimula-se a concorrência, mas principalmente a livre iniciativa (num viés substancial), colaborando para o pleno emprego.

Mendes (2008, p. 1.355) defende que os princípios da Ordem Econômica, garantidos pela CRFB/1988, surgem como um direito especial da economia, em que o Estado, embora não se substitua ao mercado, intervém nas suas disputas, através de normas e/ou institutos que, embora assegurem o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade de trabalho como direitos fundamentais econômicos, não permite abusos no seu exercício.

Ainda que o Direito do Trabalho historicamente tenha sido concebido e interpretado sob a ótica do trabalhador formulando teorias para a proteção do mesmo em contraposição à exploração da atividade econômica, ainda assim tem a sua função *econômica* reconhecida. Vale, lembrar no entanto, que o Direito do Trabalho visa a realização de valores econômicos. sendo que toda e qualquer vantagem atribuída ao trabalhador "*deve ser meticulosamente precedida de um suporte econômico, sem o qual nada lhe poderá ser atribuído".* (NASCIMENTO, 2006, p. 68)

Desta feita, não se pode admitir que as empresas, também na condição de empregadores, sejam tratados como categoria única, sem diferenças entre eles. O desafio é cumprir tal interpretação em clara tensão ao direito do trabalhador também titular de farta proteção constitucional.

A ideia é *a* promoção do ajustamento da legislação e também da interpretação juslaboral à realidade da pequena empresa, assim definida pela lei, sem atingir seus fundamentos dogmáticos nem modificar sua estrutura normativa e sem abandonar o protecionismo clássico da legislação trabalhista cogente demonstrando a viabilidade deste novo paradigma do contrato de trabalho e emprego. (MARQUES; ABUD, 2007, p. 42)

Há também a necessidade de recorrermos a uma nova abordagem teórico-interpretativa em relação à pequena empresa pelo próprio Judiciário. Em especial se considerarmos que os conceitos de Direito do Trabalho e da própria CLT foram formulados em uma época em que a grande massa de trabalhadores se vinculava ao campo, corporações familiares ou em cargos de natureza pública não havendo as particularidades que caracterizam a micro e a pequena empresa atuais.

Nascimento (2006, p. 54), ainda, lembra que a *Escola de Direito Livre* criou uma concepção de interpretação do direito fundada no pressuposto da constante mutação do fenômeno social e da necessidade de acompanhamento dessas modificações pelo direito. A afirmação central de que a criação do direito não é exclusividade do legislador, comportando outras vias inclusive a judicial.

Assim, por exemplo, podemos citar o próprio conceito de *hipossuficiência* do qual também decorre o princípio da proteção, que tem como uma de suas dimensões o princípio *in dubio pro operario* a guiar decisões judiciais. Este conceito deve ser relativizado ou ao menos suavizado não podendo ser interpretado da mesma forma para um empregado de uma grande instituição bancária e para um empregado de uma banca de jornais.

Plá Rodrigues (1998, p. 42-43) lembra que um dos subprincípios deste princípio é justamente *o da razoabilidade*.

Ensina, ainda, que tal princípio, base da tese protecionista amplamente difundida como fundamento do Direito do Trabalho, *tem como função compensar, com a proteção jurídica do trabalhador, a dependência econômica em que se acha no contrato de trabalho perante o empregador, meio de correção do desnivelamento que marca as posições dos dois sujeitos nesse contrato.*

Pois bem, não há dúvidas de que o tamanho e poderio econômico da empresa empregadora afeta as condições de equilíbrio entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica. Ressalte-se, sem que isto macule o *princípio da assunção dos riscos pelo empregador* previsto no artigo 2º. da CLT e o próprio fundamento da atividade econômica estampado no *caput* do artigo 170 que é a valorização do trabalho humano.

Pelas razões acima enumeradas e por outras a serem acrescentadas no decorrer do estudo, o tema se afigura relevante e atual em consonância com a proposta da linha de pesquisa sugerida uma vez que volta-se ao estudo do Direito como mecanismo de regulação da atividade econômica sob a ótica trabalhista a partir de uma definição hermenêutica e legislativa dos princípios previstos nos artigos 179 e 170 incisos IX da Constituição de 1988.

3. Análise Econômica do Direito

A análise econômica do direito (AED) é, em suma, a aplicação de instrumento analítico e empírico da economia para testar compreender explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, assim como também de sua lógica ou em outras palavras, a utilização da abordagem econômica para se tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Tem como característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito. (GICO JÚNIOR, 2014, p. 14).

Muito mais do que se falar em dinheiro, mercado, emprego e juros, trata-se de aplicar o ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Trata-se, portanto de um método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas. (GICO JÚNIOR, 2011, p.21).

A relação entre Direito e economia vem desde o próprio nascimento do direito, e embora seja vista como uma coisa de pouca importância, é imensa a importância da contribuição que o diálogo em Direito e Economia pode oferecer ao propor soluções para questões atuais. O primeiro a estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas ainda no século XVIII foi Adam Smith. No mesmo século Jeremy Bentham foi o primeiro a associar legislação e utilitarismo. Ambos demonstravam a importância de análise interdisciplinar dos fatos sociais. (STAJN, 2005, p. 75).

Embora haja estudos anteriores foi somente nos anos 60 que se inicia o desenvolvimento da área de *Law and Economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica, ganhando corpo a partir da publicação de *The problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, Richard Posner com *Economic Analisys of Law,* ambos professores da escola do Chicago e por *The Cost of Accidentes* de Guido Calabresi. Seguiram-se a estes, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamsom, entre outros. (STAJN, 2005, p. 76)

Sztajn (2005, p. 76) destaca que "Comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes".

Dentro do aspecto econômico e coletivo, a eficiência inicia-se pela definição de Vilfredo Pareto segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, quando

alguém fica melhor do que anteriormente com a a mudança de alguma atribuição de bens anterior sem que alguém fique pior. Segundo ele, a eficiência econômica acontece quando se pode melhorar a vida de terminadas pessoas sem provocar prejuízos a outras. No caso de desequilíbrio, estar-se-á numa posição de ineficiência, necessitando-se de um ajuste econômico ou legal para se remover tal empecilho. (BITTENCOURT, 2011, p. 31) (SZTAJN, 2005, p. 76).

Diante da evidente natureza social e da íntima ligação entre o caráter alimentar do crédito trabalhista e a dignidade da pessoa humana faz-se muito reticente o aceite do diálogo entre Direito e Economia nas normas de Direito do Trabalho, ao contrário de outros campos que envolvem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, por exemplo. Contribuem para as formulações da Escola de Chicago, pois tenta quantificar os efeitos das normas positivadas explicando não apenas conceitos econômicos como, muitas vezes, a econometria a áreas nas quais efeitos patrimoniais são encarados como secundários.

Na visão de críticos, citada abaixo, equivocada a nosso entender, seria como coisificar ou precificar a dignidade humana.

As críticas ao avanço da análise econômica do Direito, no entanto, vêm perdendo terreno pela demonstração de que a contribuição é positiva. "Torna-se mais equivocado e enganoso a cada dia afirmar que a economia busca eficiências enquanto o Direito se prende à promoção da questão ser/dever ser, como objeto de dizer que as posições são irreconciliáveis" (SZTAJN, 2005, p.79).

Basta compreender que nem sempre a palavra *preço* traduz expressão monetária, podendo representar posições que de quem dá e recebe em troca. A perda de recursos representa custo social e isso justifica, portanto, a necessidade associar a eficiência na produção das normas jurídicas, visando melhor rendimento para alcançar a função prevista de maneira mais produtiva.

Sztajn (2005, p. 82) resume este entendimento, o qual, por sua precisão encontra-se perfeitamente aplicável aos princípios da ordem econômica previsto na Constituição Federal e em especial aquele objeto deste estudo:

> Supor que compete ao sistema normativo partir de modelos assistencialistas para promover a distribuição de riqueza deixa de lado uma questão prévia, a qual tem de ver como estímulo à criação de riqueza. Ou seja, dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem estar geral.

Políticas públicas redistributivas devem ser eficientes e responsáveis, sendo necessário identificar e ponderar suas consequências para o agente afetado e para os demais grupos afetados. É de melhor utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão e previsão das consequências sociais de cada escolha, sendo a abordagem econômica um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico robusto o suficiente para nos auxiliar como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e como o direito pode elaborar a estrutura para alcançar maior bem-estar social. (GICO JÚNIOR, 2014, p. 28-29)

Colocar os fatos, principalmente as questões de construção normativa assim como a interpretação das normas já postas sob a óptica quantitativa e empírica do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa.

Neste mesmo sentido, Gico Júnior (2014, p, 10-11) destaca que a análise econômica do direito oferece em sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico, uma vez que se a norma jurídica está intimamente ligada à suas reais consequências na sociedade, a juseconomia se apresenta como alternativa para tal tipo de investigação por oferecer arcabouço teórico abrangente, por se tratar de método robusto para o levantamento de teste de hipóteses sobre o impacto da norma na sociedade e no comportamento humano e porque é suficientemente flexível para se adaptar a situações fáticas e incorporar contribuições de outras searas.

4. O princípio constitucional da ordem econômica do tratamento favorecido para empresas de pequeno porte visto sob a ótica da análise econômica do direito normativa

De forma geral procura-se responder duas perguntas: Quais são as consequências de determinado arcabouço jurídico e que regra jurídica deveria ser adotada, sendo que a primeira se refere à chama AED positiva (o que é) e a segunda à AED normativa (o que deve ser). (GICO JÚNIOR, 2014, p. 15)

A partir do princípio Constitucional do tratamento normativo favorecido à empresas de pequeno porte e da ideia, já lançada, de que mesmo hermeneuticamente as relações de trabalho nestas empresas devem ter a sua análise de forma diferenciada pela Justiça do trabalho, a de se oferecer alternativas normativas, investigando possíveis

consequências de cada um, auxiliando na análise do custo-benefício, assim como, como tais normas deveriam ser interpretadas.

Lembramos que a de se adotar como valor a maximização do bem estar uma vez que o próprio Posner (1990, p. 382 e seguintes), após longo debate sobre a busca da eficiência reconheceu ser insustentável a manutenção da simples maximização da riqueza social como critério normativo. (vide DWORKIN, 1980, p. 191-226).

Como todo tema visto sob a luz da AED, há de se definir variáveis que operam simultaneamente e elaborar modelos teóricos dos problemas que desejam investigar, devendo se considerar, portanto, apenas variáveis relevantes. GICO JÚNIOR (2014, p. 24) explica que este procedimento é realizado na tentativa de simplificar o problema para se obter perspectivas que por outro olhar permaneceriam ocultas.

Assim, desde já se estabelece como variáveis relevantes a serem consideradas: a importância econômica das empresas de pequeno porte, sua relevância na criação de empregos assim como na participação no mercado de trabalho nacional, os princípios decorrentes do princípio da proteção ao trabalhador e sua relativização e a ausência de um olhar diferenciado pela Justiça do Trabalho entre empresas de pequeno e grande porte.

Tais escolhas se dão a partir de critérios empíricos observados a partir da atuação na advocacia na Justiça do Trabalho na qual não se admite diferentes visões hermenêuticas ou mesmo normativas sobre as relações de trabalho em multinacionais, microempresas ou empreendedores individuais, por exemplo.

A elaboração de um modelo teórico, passa pelo reconhecimento, portanto que a estrutura das micro e pequenas empresas dificulta sua relação com a Justiça do Trabalho. As dificuldades se mostram desde a estrutura exigida, até a capacidade econômica para sua defesa judicial. Em empresas deste porte, o empresário é o responsável por uma multiplicidade de atividades na engrenagem empresarial, muitas vezes atuando na qualidade de vendedor, relações públicas e responsável pelo recursos humanos. Diferentemente de grandes empresas que apresentam estruturas departamentalizadas com funções distribuídas à profissionais capacitados buscados no mercado.

A relação entre empregado e empregador em muitas delas é quase familiar transcendendo a eterna tensão capital-trabalho sob a qual se funda o Direito do Trabalho.

O próprio depósito recursal, cuja existência tem por objetivo evitar a interposição de recursos protelatórios por parte do empregador, acaba por se tornar muitas vezes um obstáculo para que os Micro e Pequenos Empresários exerçam efetivamente o direito de acesso à Justiça previsto na Carta Constitucional de 1988.

Questiona-se se é possível tratá-las da mesma forma que enormes corporações economicamente poderosas. Trata-se de encontrar uma solução normativa e hermenêutica de modo a encontrar um equilíbrio pareto-eficiente entre o trabalhador que tem os seus direitos reconhecidos em lei e a eficiência econômica reconhecida na importância destas empresas na economia e na geração de empregos, cuja escolha normativa passa necessariamente pelo princípio constitucional do tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Não se trata de uma busca pela mais valia como forma de ampliar a lucratividade empresarial, mas sim de permitir a própria sobrevivência empresarial geradora de empregos, fazendo verdadeiramente com o que o Direito do Trabalho cumpra sua função econômica que pode sim ser intimamente ligada ao direito do próprio trabalhador.

A própria relativização do conceito de hipossuficiência proposto desde já não se dá em prejuízo do trabalhador mas em reconhecimento de que a própria pessoa jurídica, empresa de pequeno porte, muitas vezes praticamente se confunde com a figura da pessoa física do empresário.

Quanto à questão da maximização do bem-estar, por exemplo, podemos utilizar os critérios trazidos por Comparato e Salomão Filho (2005, p. 486), em um estudo sobre a desconsideração da personalidade jurídica, de forma tangente e ampliativa à toda relação de trabalho. Neste, defendem, por exemplo, a multiplicidade de interpretação do instituto, dizendo que o pressuposto que dá conta da livre negociação entre as partes, exige que sejam feitas várias distinções de credores. Mais a frente explicam os autores: "*um princípio geral da maximização de riqueza leva necessariamente à transferência de riquezas àqueles que possuem maior poder de barganha nas transações, ou seja, àqueles que já possuem riqueza*".

Destacam também que o ordenamento deve intervir, para eliminar abusos e repristinar a distribuição de riscos original.

> *Essa perspectiva intervencionista (que vê no direito não um corpo de regras que devam buscar a neutralidade do ponto de vista econômico, mas sim que devam influir nos desequilíbrios naturalmente criados pelo mercado) facilita*

> *a aplicação da desconsideração. A própria desconsideração atributiva torna-se aceitável, desde que existam razões econômicas (v.g. a proteção dos interesses de grupos particularmente fracos etc.) a justificar uma diversa distribuição de riscos (o que claramente não seria aceitável na visão liberal).*

Segundo os dois juristas há a necessidade de se individualizar dois grupos de credores, cada um deles internamente heterogêneo.

O primeiro grupo é composto pelos credores que convencionaram chamar de "profissionais" ou "institucionais", geralmente instituições bancárias. Com eles é possível pressupor existência de livre mercado e livre negociação de riscos. *"Portanto, com relação a eles pode-se presumir a possibilidade de, com emprego da diligência normal do bom comerciante, informar-se sobre o risco envolvido na transação e, ao mesmo tempo, negociar esse risco com a sociedade"*. (COMPARATO, SALOMÃO FILHO, 2005, p. 493).

Já o segundo grupo, ao contrário, é composto por todos aqueles credores aos quais não se pode aplicar a hipótese de concorrência perfeita. Segundo os autores, nele está compreendido, portanto, tanto os credores de delito, que não negociaram com a sociedade, como os credores que tiveram a possibilidade teórica mas não efetiva de informar-se sobre a situação da sociedade – ou, em termos mais técnicos: não têm o dever de informar-se em face de seus escassos meios econômicos e do alto custo de informação. É também aqueles que, mesmo informados, não teriam condições de negociar com a sociedade.

Assim, a partir desta análise conclui-se que é importante, portanto, a dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador do Direito a considerar também a correta distribuição equânime de riscos na relação jurídica com o potencial da empresa.

Timidamente o Judiciário Trabalhista, sem se aperceber, já o faz, por exemplo, na mensuração de indenizações por dano moral, considerando potencial da empresa na quantificação da indenização. Faz-se necessário, no entanto, estabelecer premissas para nortear o aspecto hermenêutico proposto.

Ainda que uma análise normativa sob o prisma da AED seja incapaz de dizer o que é justo, pois tal categoria se encontraria no campo dos valores, averiguada de forma subjetiva, é inegável que não se pode encontrar a eficiência em exigir de uma

mesma maneira um tratamento jurídico normativo de relações de trabalho entre empregados de uma banca de jornal e de um banco multinacional.

Zylberstajn e Sztajn (2005, p. 13) lembram que o direito

> *deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados.*

Yeung (2014, p. 321) faz uma análise das relações trabalhistas em geral a partir do Teorema de Coese, como instrumento de AED segundo o qual em situações onde os custos de transação são baixos, a barganha livre e cooperativa entre os agentes tende, automaticamente a um resultado de maximização de ganhos. Tal análise, com alguma ressalva, também poderia ser utilizada no presente trabalho:

> ...muitas vezes, as relações trabalhistas são marcadas por situações de significativos custos de transação. E é justamente nestes casos que a legislação poderia e deveria atuar no sentido de criar um ambiente mais propício à barganha cooperativa, aumentando a confiança das partes para reduzir os custos de transação das negociações trabalhistas. Isso seria uma forma *ex-ante* de minimizar os obstáculos à negociação e, portanto, de maximizar os ganhos resultantes para as partes. *Ex-post*, assim como em outras áreas da economia, a aplicação da legislação trabalhista deveria seguir uma regra de correção de ineficiências, ou seja, de redução das perdas da sociedade como um todo.

O mesmo autor (2014, p. 321) conclui que o objetivo inicial de se beneficiar a classe trabalhadora acabou por causar um enorme dano pago por um grupo significativo de indivíduos, e o benefício esperado desta legislação está concentrado em somente alguns poucos.

Ainda que não se concorde com a integralidade da desta última colocação que nos parece exagerada, na medida em que a legislação trabalhista visa a beneficiar toda a massa de trabalhadores e não somente alguns, ela remete à busca também de um equilíbrio nas relações.

Ao estudar o princípio da ordem econômica brasileira do tratamento favorecido à empresa de pequeno porte[2], Zangari Júnior (2009, p. 60) faz algumas sugestões de normas especiais a serem instituídas para cumprir o objetivo da norma constitucional: A definição de empresa pelo critério quantitativo e qualitativo, a

[2] Lembrando que se trata de um princípio constitucional impositivo tendo caráter constitucional conformador, não consubstanciando, no entanto, como demais princípios da ordem econômica, uma diretriz ou norma objetiva. Ainda assim, fundamenta uma reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas, constituindo em termos relativos, porém, uma cláusula transformadora. (GRAU, 2012, p. 253-254).

ampliação de utilização dos contratos por prazo determinado, a possibilidade de alteração de cargos sem que isso implique em aumento de salário, a possibilidade de estabelecer a contratação de empregados em consórcio, a possibilidade do parcelamento de verbas rescisórias, o estabelecimento de um seguro para a garantia do pagamento de salários e indenizações independentemente da saúde financeira da empresa, o percentual menor do FGTS, a possibilidade de negociação de pisos salariais diferentes em negociações coletivas, o estímulo a autonomia individual nas negociações de compensação de jornada e banco de horas. Somamos a estas a possibilidade automática de dispensa de recolhimento de depósito recursal possibilitando o duplo grau de jurisdição.

Lembramos que tais proposições poderiam, em uma apressada análise levar a prejuízos ao trabalhador, pois este teria a sua condição de hipossuficiente relativizada, seus direitos precarizados, prejuízos nos seus vencimentos, sendo que a própria administração pública teria prejuízos ao ter que arcar com seguros.

Tais situações poderiam conflitar com o princípio da proteção, intimamente ligado ao da dignidade da pessoa humana, bem analisada por Plá Rodrigues (1993, p. 33), sendo que este se subdivide em *in dubio pro operário, a prevalência da norma favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica*.

Lembramos que o princípio da proteção tem a sua finalidade de origem na proteção jurídica do trabalhador, "compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço". (Nascimento, 2006, p. 366).

Neste sentido, vale lembrar o que foi citado no início deste trabalho, que as empresas de pequeno porte, assim consideradas micro e pequenas, representam a maioria absoluta das empresas existentes no território nacional e são responsáveis por mais da metade dos empregos formais no Brasil.

Pesquisa realizada pelo SEBRAE de São Paulo revela que, em 2007, 62% das micro e pequenas empresas abertas no estado não passavam do 5º. ano de existência. 27% das empresas nem mesmo sobrevivia ao primeiro ano.[3] Por evidente

[3] SEBRAE-SP. São Paulo (Estado). Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - 10 Anos de Monitoramento da Sobrevivência e Mortalidade de Empresas / SEBRAE-SP. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/10_anos_mortalidade_relatorio_completo.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2015.

que diversos eram os motivos tais como falta de planejamento prévio e comportamento empresarial deficiente. No entanto é inegável que a legislação poderia ser adaptada a contribuir para a sobrevivência destas empresas, afinal representam praticamente a metade de toda a massa salarial circulante na economia brasileira.

Trata-se de uma proposição de maximização de utilidades, eficiência alocativa dentro da ideia de solidariedade e bem-estar coletivo.

O benefício para todo sistema, portanto, gerado, portanto, compensaria os eventual precarização dos direitos dos trabalhadores.

5. Conclusão

A resposta ao problema da pesquisa que se apresenta demonstra que há a necessidade de se deixar de lado, portanto, quaisquer preconceitos em desfavor de análises que levem variáveis econômicas nas relações de trabalho em especial no que pertine ao preenchimento do conteúdo da norma constitucional.

Trata-se de encontrar soluções normativa e hermenêutica de modo a encontrar um equilíbrio pareto-eficiente entre o trabalhador que tem os seus direitos reconhecidos em legislação e a eficiência econômica reconhecida na importância destas empresas na economia e na geração de empregos, cuja escolha normativa passa necessariamente pelo princípio constitucional do tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A utilização de métodos de Análise Econômica do Direito para a produção legislativa a favorecer as pequenas empresas se mostra eficiente e até mesmo necessária, pois a influência destas empresas na economia é de relevância fácil de se visualizar.

6. Referências

BITTENCOURT, Maurício Vez Lobo. Princípio da Eficiência. *In* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, KLEIN, Márcio (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLARO, Carlos Roberto. *Estado Regulador e Atividade Empresarial na Sociedade Pós-Moderna.* In: **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial,** GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira (Coord.). V. 2, Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de controle na sociedade anônima.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DIEESE. A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000./Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. -- São Paulo: DIEESE, 2012. Disponível em: "*www.dieese.org.br/livro/2012/livroSituacaoTrabalhoBrasil.pdf*". Acesso em 22 de agosto de 2015.

DWORKIN, Ronald. ***Is wealth a value?*** *Journal of Legal Studies,* v. 9, p. 191-226, 1980.

GICO JÚNIOR, Ivo T. *Introdução ao Direito e Economia. In*: **Direito e Economia no Brasil**, Luciano Benetti Timm (Org.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 1-33.

_____. *Introdução à análise econômica do direito*. *In* **O que é análise econômica do direito: uma introdução**, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Márcio (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto**. A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José**. Direito do Trabalho**. 3. ed. - 3. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Pereira. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21 ed. São Paulo: LTr, 2006.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

POSNER, Richard A. ***The problem of Jurisprudence***. Cambrige: Harvard University Press, 1990.

SEBRAE-SP. São Paulo (Estado). Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - 10 Anos de Monitoramento da Sobrevivência e Mortalidade de Empresas / SEBRAE-SP. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/EstudosPesquisas/mortalidade/10_anos_mortalidade_relatorio_completo.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2015.

SZTAJN, R. *Law and Economics. In*: **Direito & Economia**. Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, v. 01, p. 74-83.

TOLEDO. Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 1-33.

ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. **O direito do trabalho e as pequenas e microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado**. São Paulo: LTr, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, R. *Análise Econômica do Direito e das Organizações. In*: **Direito & Economia.** Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005. p. 1-15.