

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

BRUNA PINHEIRO DESTEFANI

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LIMBO  
JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA: UMA  
ANÁLISE DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

VITÓRIA

2018

BRUNA PINHEIRO DESTEFANI

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LIMBO  
JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA: UMA  
ANÁLISE DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA

2018

BRUNA PINHEIRO DESTEFANI

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LIMBO  
JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA: UMA  
ANÁLISE DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite

Aprovado em 10/08/2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite  
Faculdade de Direito de Vitória - FDV  
Orientador

---

Prof(a). Dr(a). Daury César Fabríz  
Examinador

---

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore  
Examinador

## RESUMO

Este trabalho investiga a colisão de direitos fundamentais na obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado considerado apto pelo INSS e inapto por seu empregador. Identificada a colisão, a dissertação passa a investigar qual tratamento deve ser dado às micro ou pequenas empresas. A partir da dialética, objetiva-se conferir parâmetros argumentativos aos magistrados no momento de julgarem casos de empregados vinculados a micro e pequenos empregadores inseridos no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Na primeira parte do trabalho analisamos a Previdência Social e sua relação com os princípios de proteção ao trabalho e à saúde. Em seguida, na busca pela origem do limbo jurídico previdenciário trabalhista, investigamos a divergência médica entre o médico do trabalho e o médico perito do INSS. Posteriormente, exploramos a responsabilidade socioambiental das empresas no limbo previdenciário na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por fim, identificamos o tratamento diferenciado constitucionalmente assegurado às micro e pequenas empresas e utilizamos o modelo de ponderação delineado por Robert Alexy para construir aquela que, para nós, parece ser a mais adequada à colisão de direitos fundamentais das micro e pequenas empresas inseridas no limbo jurídico previdenciário trabalhista, qual seja, a vinculação de seu porte econômico ao quantum indenizatório pago empregado.

**Palavras-chave:** Limbo jurídico previdenciário trabalhista. Responsabilidade socioambiental. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tratamento diferenciado. Micro e pequenas empresas.

## ABSTRACT

This legal dissertation investigates the potential collision of fundamental rights in the following scenario: mandatory reintegration (or monetary compensation) of an employee who's been considered fit for work by the Social Security Administration but, at the same time, unfit by the employer. Once the collision is identified, this dissertation examines how micro and small enterprises should be legally addressed on the matter above. From a dialectical approach and by providing argumentative parameters, this research intends to assist Courts on solving cases regarding employees of micro and small enterprises which are inserted in this social security legislation loophole. In the first part of this dissertation, the object is to analyze the Social Security Administration and its relation with the principles of health and the worker protection. Hereu pon, in the search for the origin of the above-mentioned loophole, we investigate the medical divergence of opinions between the employer's inhouse physician and the Social Security Administration physician. After that, from the perspective of the horizontal effectiveness of fundamental rights, this study discusses the socioenvironmental liability of micro and small enterprises in the described scenario. Finally, we explore in which ways the Brazilian Constitution grants such enterprises a differentiated legal framework and use Robert Alexy's weight of principles theory to build what, for us, is the best solution for the collision of fundamental rights presented above, which can be achieved by linking the micro and small enterprises' economic size to the damages paid to the employee.

**Key-words:** Social security legislation loophole. Socioenvironmental liability. Horizontal effectiveness of fundamental rights. Differentiated legal framework. Micro and small enterprises.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO AO TRABALHO E À SAÚDE DO TRABALHADOR.....</b>	<b>12</b>
1.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS.....	12
1.2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO E À SAÚDE DO TRABALHADOR.....	23
<b>2 INCAPACIDADE E APTIDÃO PARA O TRABALHO: A DIVERGÊNCIA MÉDICA QUE DÁ ORIGEM AO LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA.....</b>	<b>35</b>
2.1 DO CONCEITO À JUDICIALIZAÇÃO.....	35
2.2 O “JOGO DE EMPURRA”: MÉDICO DO TRABALHO x MÉDICO PERITO DO INSS.....	41
<b>3 A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS NO LIMBO PREVIDENCIÁRIO NA PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>54</b>
3.1 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS.....	54
3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA QUESTÃO DO LIMBO ACIDENTÁRIO.....	59
<b>4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA.....</b>	<b>67</b>
4.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.....	67
4.2 INCAPACIDADE E APTIDÃO PARA O TRABALHO NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS: IDENTIFICANDO COLISÃO DE PRINCÍPIOS	

GARANTIDORES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	78
<b>4.2.1 Limites à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e à responsabilidade socioambiental.....</b>	<b>79</b>
<b>4.2.2 Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.....</b>	<b>82</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

No momento da contratação o trabalhador se encontra em plena capacidade laborativa. Contudo, durante a prestação de serviços, o mesmo pode ser acometido por uma doença profissional, ou ser vítima de um acidente de trabalho. Ambos os fenômenos são capazes de reduzir a capacidade laborativa deste trabalhador, provocando a suspensão do contrato de trabalho para a recuperação de sua saúde.

No decorrer da suspensão contratual, as principais obrigações contratuais permanecem suspensas, ou seja, deixa de existir a prestação de serviços, da mesma forma que se suspende o pagamento de salário. Enquanto isso, a sobrevivência do trabalhador é garantida pelo INSS através da concessão do benefício previdenciário. Tal concessão se encerra a partir da declaração de aptidão para o trabalho pela mencionada autarquia federal e conseqüente encaminhamento para o retorno ao trabalho.

Para voltar a se beneficiar da prestação de serviços daquele trabalhador, o empregador tem o dever legal de exigir um atestado médico de aptidão laboral confeccionado por um profissional de sua confiança. Caso este atestado confirme a aptidão declarada pelo INSS, o trabalhador retorna a prestação de serviços. Contudo, caso a aptidão do trabalhador receba tratamento diverso na perspectiva previdenciária, instala-se o que a doutrina e jurisprudência denominam de limbo jurídico previdenciário trabalhista.

O limbo jurídico previdenciário trabalhista surge, portanto, da divergência médica acerca da aptidão do trabalhador, sujeitando-o da privação de suas duas fontes de subsistência, quais sejam, o salário e o benefício previdenciário.

Se o trabalhador não está apto, fica impedido de prestar serviços em benefício do seu empregador, sob pena de agravar a sua situação de fragilidade. Contudo, o contrato de trabalho está em pleno vigor e seu empregador, que não irá receber nenhuma prestação de serviços, vê-se obrigado a remunerar este empregado. Na

verdade, é obrigado a remunerar também um outro empregado, aquele que efetivamente prestará serviços em substituição àquele que se encontra incapacitado.

Esta situação pode não ser tão prejudicial para grandes empresas. Contudo, micro e pequenas empresas possivelmente terão sua fragilidade financeira agravada a ponto de não poder prosseguir no ramo em que atuam.

Diante da problemática exposta, o presente estudo se debruça sobre o seguinte questionamento: é possível identificar colisão de direitos fundamentais na obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado considerado no limbo jurídico, ou seja, apto pelo INSS e inapto pela empresa? Sendo afirmativa a resposta, qual tratamento deve ser dado às micro ou pequenas empresas?

Enfrentaremos neste trabalho, portanto, a colisão de direitos fundamentais, ou seja, identificaremos princípios que se contrapõem diante de um determinado problema vivido diariamente nas relações trabalhistas, qual seja, a obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado inserido no limbo jurídico trabalhista nas micro e pequenas empresas.

Não poderíamos analisar este acontecimento na qualidade de objeto fixo, mas sim em transformação, movimento, inserido em sua conjuntura social, o que significa inquirir a interferência das peculiaridades das micro e pequenas empresas no contexto da reintegração (ou indenização) do empregado inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Sendo assim, buscaremos apoio no método dialético, a fim de analisar o citado problema, colecionando de forma tensional os elementos conflitantes.

A partir da dialética, o objetivo deste trabalho é o de produzir conhecimento à luz da realidade, oferecendo contribuição argumentativa para as decisões judiciais nos casos como os que aqui se desvelam, de modo a possibilitar decisões que promovam forma mais justa e proporcional possível a composição dos conflitos.

Para oferecer resposta ao problema, dividimos o presente trabalho em quatro capítulos, sendo que o primeiro tem início com o estudo dos principais princípios e

características que regem a Previdência Social para, mais adiante, dedicar-se à análise da relação desta com os princípios de proteção ao trabalho e à saúde do trabalhador.

Investigando a origem do limbo jurídico previdenciário trabalhista, o segundo capítulo apura a divergência de diagnóstico entre o médico do trabalho contratado pela empresa e o médico perito representante do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Neste capítulo, buscando a aproximação com a medicina, são analisadas pesquisas científicas realizadas por médicos que demonstram os princípios basilares dos diagnósticos referidos, bem como as fragilidades dos laudos médico-periciais previdenciários.

No capítulo terceiro, pautado em obras doutrinárias e artigos científicos, são exploradas duas teorias, a responsabilidade socioambiental das empresas no limbo previdenciário e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ambas na perspectiva das relações de trabalho na questão do limbo jurídico previdenciário trabalhista.

A fim de aproximar o presente estudo das micro e pequenas empresas, o quarto capítulo tem início com a investigação do tratamento diferenciado garantido constitucionalmente, bem como em patamar infraconstitucional, àquele tipo empresarial peculiar. Adiante é identificada a colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais diante da divergência médica entre a incapacidade e a aptidão para o trabalho nas micro e pequenas empresas.

Até aqui, tomamos como marco teórico o pensamento de Carlos Henrique Bezerra Leite, sem desprezar o diálogo com outros doutrinadores. Identificada a referida colisão, passaremos a delinear o tratamento que deve ser conferido às micro ou pequenas empresas no contexto do limbo jurídico trabalhista. Para tanto, adotamos o modelo de ponderação delineado por Robert Alexy.

O último capítulo enfrenta o problema determinante deste trabalho: a identificação dos limites impostos à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e à responsabilidade socioambiental quando se analisa o limbo jurídico previdenciário

nas micro e pequenas empresas e, finalmente, apresenta solução com base na aplicação dos critérios de ponderação e proporcionalidade doutrinado por Robert Alexy.

Ao final, apresentaremos as principais conclusões lançadas ao longo do desenvolvimento deste trabalho e procuraremos ofertar singela contribuição científica para o tormentoso problema do limbo jurídico que aparece com frequência nas ações propostas perante a Justiça do Trabalho.

# **1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A PROTEÇÃO AO TRABALHO E À SAÚDE DO TRABALHADOR**

## **1.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS**

Até 1988 o Estado prestava alguns serviços sociais, todavia não existia um modelo inclusivo e igualitário. A Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) trouxe uma nova concepção acerca dos direitos sociais e do dever coletivo de garantir proteção aos indivíduos em face de riscos sociais relativos à morte, à saúde, à capacidade laboral e à renda mínima. A dignidade das pessoas e a igualdade democrática foram identificados como os bens jurídicos mais importantes a serem protegidos (STRAPAZZON & CAVALHEIRO, 2013, p. 233).

Por conseguinte, a necessidade de garantir segurança à sociedade através da participação estatal, por meio de instrumentos legais, tem início no Brasil a partir da adoção do Estado de Bem-Estar Social na Constituição Federal promulgada em 1988, em substituição ao Estado Mínimo do modelo liberal.

O legislador decidiu proteger os cidadãos de alguns riscos sociais, dentre eles, o desemprego, a prisão, a velhice, a infância, a doença, a maternidade, a invalidez e a morte. Estes eventos impedem, de forma temporária ou definitiva, que uma pessoa labore a fim de angariar recursos financeiros que atendam não apenas as suas necessidades básicas, mas também de seus dependentes. Visto isso, alguns riscos são cobertos pelo sistema protetivo, garantindo ao segurado um rendimento substituidor de sua remuneração.

Seguridade social foi a expressão adotada pela Constituinte de 1988 ao criar um sistema protetivo até então inexistente em nosso país. Daí que o caput de seu artigo 194 define seguridade social como sendo um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A seguridade social, portanto, consiste em uma rede protetiva formada pelo Estado e pelos particulares, e mantida a partir da contribuição de todos, destinada a providenciar a manutenção de um padrão de vida minimamente digno de pessoas carentes, bem como dos trabalhadores em geral e seus dependentes (IBRAHIM, 2014, p. 5).

Não obstante a definição legal nos ensinar que a seguridade social é formada por ações conjuntas do Estado e dos particulares, sabemos que, na verdade, a proteção social brasileira é hoje, “prioritariamente, obrigação do Estado, o qual impõe contribuições obrigatórias a todos os trabalhadores” (IBRAHIM, 2014, p. 3).

A Constituição de 1988 implementa a seguridade social no Brasil a fim de atender às necessidades básicas dos cidadãos nas áreas da saúde, assistência social e previdência.

A saúde, de acordo com o artigo 196 da CF/88, é direito de todos e dever do Estado. Sendo assim, o acesso às ações e aos serviços necessários a promoção, proteção e recuperação da saúde é universal e igualitário a todos. Ou seja, independente de contribuição, qualquer pessoa tem direito de ser atendido na rede pública de saúde (IBRAHIM, 2014, p. 8).

Segmento autônomo da seguridade social, dotado de organização distinta, a saúde abrange o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não beneficia apenas os contribuintes diretos.

Ações e serviços públicos de saúde são de extrema relevância e integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui um sistema único. O Sistema Único de Saúde (SUS) é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (IBRAHIM, 2014, p. 9).

Já a assistência social, segundo o art. 203 da CF/88, será prestada a quem dela necessitar, ou seja, aqueles que não possuem condições de manutenção própria.

Assim como a saúde, independente de contribuição direta do beneficiário. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido (IBRAHIM, 2014, p. 12).

No âmbito da saúde, mesmo que a pessoa possua meios para patrocinar seu próprio atendimento médico, ela tem livre acesso à rede pública. Já àquele dotado de recursos para a sua manutenção não será destinatário das ações estatais na área da assistência social, deixando de receber benefício assistencial.

É considerado necessitado do benefício mensal da previdência social: o idoso (maior de 65 anos) ou o deficiente incapaz de promover a sua manutenção, e cuja renda mensal familiar *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (artigo 203, V, da CF/88 combinado com o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93).

Veremos adiante que a previdência social é extensível apenas àqueles indivíduos que contribuem para o sistema e seus dependentes. Em razão disso, a assistência social tem o propósito de preencher as lacunas deixadas pela previdência social (IBRAHIM, 2014, p. 13). Quer dizer, atender as necessidades daquele que precisa, mesmo que não tenha contribuído para a manutenção do sistema protetivo.

O terceiro, e último ramo da seguridade, é a previdência social, a qual é tradicionalmente definida como um seguro, vez que a clientela paga determinados valores a fim de resguardar-se a cobertura de sinistros futuros.

Diferente dos seguros tradicionais, regulados pelo Direito Privado (Direito Civil), o seguro social é regulado pelo Direito Público (Direito Previdenciário), em razão da sua organização estatal. Outra diferença é que a filiação aos regimes básicos é compulsória.

A previdência brasileira comporta dois regimes básicos, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS e o Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

O Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, regulado pelas leis nº 9.717/1998 e nº 10.887/2004 é destinado exclusivamente aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos (incluindo vitalícios) e militares.

Já o Regime Geral da Previdência Social – RGPS, é regulado pelas leis nº 8.212/1991 e nº 8.213/1991, e Decreto nº 3.048/1999. Organizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPS.

Além dos regimes de filiação compulsória, existe o Regime Previdenciário Complementar – RCP, o qual, por ser acessório, deixa a critério de cada cidadão a sua adesão. De natureza privada, este regime é regido por princípios próprios, os quais não são objeto de estudo neste trabalho. O desígnio aqui será, na verdade, o Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

De acordo com o artigo 201 da CF/88, o caráter da previdência social é contributivo e de filiação obrigatória, e sua organização deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Como visto, o RGPS é público e destinado a atender todo o restante da população não abrangido no RPPS. Contudo, de acordo com o princípio da contributividade, a previdência social beneficia somente aqueles que contribuem para a sua manutenção, em outras palavras, qualquer benefício oferecido pela previdência social depende da realização de contribuição prévia pelo segurado.

Além de contributivo, a previdência social possui também caráter de filiação obrigatória ao regime geral, de todos aqueles que exercem uma atividade laborativa remunerada. Assim sendo, qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, que exerce algum tipo de atividade remunerada não abarcada por regime previdenciário próprio, está automaticamente filiado ao RGPS, sendo obrigado a recolher contribuições ao sistema previdenciário, caso contrário, encontra-se em débito.

Acerca da organização, o artigo 201 da CF/88 dispõe que a previdência social deve observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. O equilíbrio

financeiro diz respeito ao montante existente para ser destinado aos cidadãos sob a forma de benefícios na atualidade. Ou seja, consiste na equação matemática feita com base nos “ganhos” e nas “despesas” previdenciárias.

Além da preocupação financeira atual, torna-se imprescindível a análise atuarial do sistema, uma espécie de previsão futura, feita com base em estatísticas que levam em conta inúmeras variáveis. Esta análise vai desde a inversão na pirâmide demográfica brasileira, a qual culmina na diminuição do número de cidadãos que contribuem e aumento do número de inativos beneficiados, até às modificações nas relações trabalhistas.

Além do caráter contributivo, a filiação obrigatória, o necessário equilíbrio financeiro e atuarial, a previdência social é regulada por princípios peculiares. Dentre eles, temos a universalidade de participação, prevista no inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.213/1991.

A universalidade de participação é um princípio exclusivo da previdência social e decorre do seu caráter contributivo. Nesse sentido, todos aqueles que contribuem terão acesso aos benefícios da previdência social, e não todos de forma geral, como ocorre com a saúde e a assistência social.

Uma vez que a universalidade previdenciária é mitigada, haja vista limitar-se aos beneficiários do seguro, resta claro que, quanto mais segurados, melhor para o estabelecimento da segurança social dos cidadãos. Em razão disso, o legislador possibilitou a contribuição com alíquota reduzida para os segurados facultativos e os trabalhadores de baixa renda, tudo para que estas pessoas sejam incluídas no Regime Geral da Previdência Social, e não tenham que buscar benefícios no setor de Assistência Social.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às população urbanas e rurais, previsto no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.213/1991, se aplica não apenas à previdência social, mas a seguridade social como um todo, visto que está disposto também no inciso II do artigo 94 da CF/88.

A Constituição Federal vigente equipara os trabalhadores urbanos e rurais e consagra 1988 como o marco do fim da discriminação negativa do trabalhador rural no Brasil, trabalhador este que, até a mencionada data, recebia aposentadoria e pensão menores pelo simples fato de prestarem serviços no âmbito rural.

Após a equiparação, a Constituição Federal possibilitou apenas a discriminação positiva do trabalhador rural, conforme ocorre no estabelecimento do valor da contribuição previdenciária do trabalhador que exerce atividade em regime de economia familiar. Pautado na razoabilidade, o parágrafo 8º do artigo 195 da própria Constituição, determina que a contribuição é calculada sobre o resultado da comercialização da produção.

O princípio da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios, previsto no inciso III do citado dispositivo legal, prevê a necessidade do legislador realizar inúmeras escolhas antes de distribuir os benefícios previdenciários.

Primeiramente seleciona-se quais serão os riscos sociais alcançados, posteriormente quais serão os requisitos de concessão para, por fim, definir quem serão os cidadãos beneficiados conforme os recursos disponíveis ao interesse público. Após seleção, aplica-se o já mencionado princípio da distributividade, que busca a distribuição de renda à população brasileira a fim de concretizar a justiça social.

Como visto, a seletividade lastreia a escolha feita pelo legislador dos benefícios integrantes da seguridade social, bem como os requisitos para a sua concessão, conforme as necessidades sociais e a disponibilidade de recursos orçamentários. Portanto, a seletividade atua como limitadora da universalidade.

Após rápida exposição de caráter técnico-econômico das principais características definidoras da previdência social, passamos a uma análise mais abrangente. Sabemos da importância do estudo da questão previdenciária sob o aspecto financeiro, em especial a proporção do gasto previdenciário diante do produto interno bruto do país. Entretanto, esta não é a única análise previdenciária possível,

nem mesmo será enfrentada nesta pesquisa, na qual investigaremos a previdência social como direito fundamental social, conforme se passa a expor.

Perscrutar o carácter fundamental da previdência social nos remete ao seu surgimento, oriundo da devastação da classe trabalhadora pela sociedade industrial, em razão da constante insegurança econômica propiciada pela obtenção de renda exclusivamente através dos baixos salários, bem como pelos acidentes de trabalho (IBRAHIM, 2010, p. 2). A previdência social origina-se, portanto, das lutas por melhores condições de trabalho, como um tradicional mecanismo de proteção diante das adversidades da vida.

A previdência social é tradicionalmente apontada como direito humano de 2ª dimensão<sup>1</sup>. Os direitos sociais ditos de 2ª dimensão configuram-se primordialmente como prestações positivas estatais que têm como objetivo a isonomia material e a promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Mencionados objetivos foram esculpados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e, por fim, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme demonstrado, os direitos de 2ª dimensão cultuam a necessidade de proteger os cidadãos em um âmbito coletivo, assegurando-lhes, dentre outros, direitos relativos ao trabalho e a subsistência, como também o amparo à doença e à velhice.

---

<sup>1</sup> Inobstante parte da doutrina tradicional classifique os direitos humanos a partir de gerações, com base em momentos sucessivos da história, tal como propôs Norberto Bobbio (1992, p. 25 e seguintes), entendemos que a terminologia firmada na sucessão cronológica sugere o desaparecimento de uma geração com o surgimento das mais novas e não sua incorporação e complementariedade. Sendo assim, nos filiamos a autores como Paulo Bonavides (2017, p. 577), prestigiando a utilização do termo “dimensão” por entendermos que, o entrelaçamento dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão abrem caminho para uma melhor concepção dos direitos humanos fundamentais, qual seja, a da universalidade, indivisibilidade e interdependência (LEITE, 2014, p. 83).

Além de direito humano de 2ª dimensão, a Constituição Federal de 1988 consagrou a previdência social como direito fundamental em seu artigo 6º, contido dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Como visto, a previdência social estaria elencada tanto entre os direitos humanos, como dentre os direitos fundamentais. A questão que se põe é, qual a distinção destas duas concepções?

Didaticamente, Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 33) define os direitos humanos como de caráter universal, reconhecidos na Declaração Universal de 1948, nos costumes, nos princípios jurídicos e nos tratados internacionais. Já os direitos fundamentais, estão positivados nos ordenamentos jurídicos internos estatais, sobretudo nas Constituições.

No plano internacional, o citado autor afirma que “nem todo direito fundamental pode ser considerado um direito humano, assim como nem todo direito humano pode ser considerado um direito fundamental” (LEITE, 2014, p. 33). O mesmo autor exemplifica analisando o direito à vida que, em alguns países é considerado direito fundamental, enquanto outros aplicam a pena de morte como punição a alguns crimes.

No caso brasileiro, contudo, a distinção apontada perde força, uma vez que a Constituição Federal de 1988 positivou praticamente todos os direitos humanos em seu Título II. Em seu artigo 4º, inciso II, inclusive, estabelece que nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da “prevalência dos direitos humanos” (LEITE, 2014, p. 33).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259), os direitos do homem surgem da própria natureza humana e, por isso possuem caráter inviolável, intertemporal e universal. Já os direitos fundamentais seriam aqueles vigentes nas leis em concreto.

Diante do exposto, podemos afirmar que, pelo menos no plano interno, os direitos fundamentais surgem a partir da positivação dos direitos humanos nas legislações

constitucionais. Um direito é considerado fundamental, portanto, quando nitidamente inegável ao ser humano a fim de garantir-lhe uma vida digna e, somado a isso, está positivado na legislação constitucional. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a previdência social passou a integrar a categoria de autênticos direitos sociais fundamentais, devendo ser respeitado como tal.

A previdência social está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual encontra-se positivado como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A noção de dignidade é bastante aberta, variando de acordo com a evolução e as modificações das sociedades ao longo do tempo. Preexistente ao direito, a dignidade humana consiste em qualidade intrínseca de toda e qualquer pessoa, e “pressupõe a existência de direitos fundamentais que o protegem contra atos desumanos atentatórios à sua integridade física, psíquica e moral” (LEITE, 2014, p. 44).

Nesse sentido, a proteção à dignidade humana está vinculada à salvaguarda de vários outros direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade, à igualdade, à propriedade com função social, aos direitos culturais, políticos e de nacionalidade, dentre outros (LEITE, 2014, p. 45).

A previdência social, assim como todos os direitos fundamentais, tem uma dimensão negativa e outra positiva. Ou seja, ao mesmo tempo que compreende enunciados proibitivos de ações, também abarca vínculos obrigacionais impositivos do dever de ação.

A eficácia negativa está presente quando os direitos fundamentais de previdência social são definidos como direitos de defesa, pois são impostos contra as arbitrariedades da vida econômica e da saúde física individual que podem afetar diretamente a autonomia, a liberdade e a convivência normal de um indivíduo. Já a eficácia positiva se dá pelo fato da previdência social impor dever de ação ao Estado e a particulares. (STRAPAZZON & CAVALHEIRO, 2013, p. 235).

Vimos que, além de um direito, a previdência social é também um dever de todos para com todos. Ou seja, não é uma prerrogativa apenas dos particulares perante o Estado, mas também um dever daqueles para com o próximo. E como obrigar um particular a contribuir para a subsistência do seu par?

A atuação concreta do Estado na seara protetiva se dá através da aplicação dos princípios da contributividade e da filiação obrigatória, a partir dos quais, todos aqueles que exercem atividade remunerada devem filiar-se a previdência social e contribuir para a manutenção do sistema.

A efetivação da dignidade humana somente ocorre em razão da imposição e aceitação de encargos a todos. Para a manutenção do sistema previdenciário o Estado impõe a sociedade não apenas contribuições compulsórias, mas também o ingresso forçado no sistema protetivo, a fim de assegurar o seguro social como meio eficaz de garantir a vida digna.

Nessa perspectiva, percebemos a aplicação do Princípio da Solidariedade, a partir do qual várias pessoas economizam juntas a fim de assegurar benefícios quando alguma pessoa do grupo necessitar. Isso porque, as contingências são atribuídas igualmente a todos (MARTINS, 2004, p. 77).

O Estado exige do corpo social meios necessários à manutenção de uma vida digna a todos, motivo pelo qual admitir a previdência social como direito fundamental é uma necessidade.

Não falamos em direito fundamental à aposentadoria por invalidez, ou em direito fundamental ao auxílio doença acidentário, isso porque a previdência social deve ser enxergada como um instituto abrangente e eficaz na valoração da pessoa humana, como uma verdadeira garantia institucional. Neste sentido, Fábio Zambitte Ibrahim (2010, p. 11) defende que, algumas prestações previdenciárias podem ser reduzidas, ou até excluídas do rol de benefícios, desde que o conjunto continue atendendo às necessidades sociais existentes, sendo capaz de assegurar uma vida digna.

Em razão da exigibilidade de contribuição, diferente dos programas assistenciais, a previdência social possui plano de custeio próprio, tornando-se, se bem gerido, autossustentável. Tal característica reduz, inclusive, a problemática da atuação do Poder Judiciário na concessão de prestações, conforme abordaremos nos capítulos seguintes.

Apesar disso, mesmo que a previdência social venha a sofrer limitação orçamentária, esta restrição deve servir apenas como um vetor para a aplicabilidade dos benefícios, não significa que a falta de reservas dos cofres públicos deslegitima os preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais.

A previdência social não pode depender de disponibilidade orçamentária do Estado para ser concretizada, motivo pelo qual chega a funcionar como dimensão de defesa (IBRAHIM, 2010, p. 10).

Nesse sentido, a regulamentação da previdência social pelo legislador ordinário não pode funcionar como delimitador da abrangência desta importante sistemática protetora que atende aos necessitados em respeito às limitações econômicas do Estado Pós-Social.

Os direitos constitucionais da seguridade social, dentre eles a previdência social, devem ser não apenas compreendidos e protegidos, mas também promovidos. Desafio permanente das políticas públicas, da jurisprudência e da teoria dos direitos fundamentais no Brasil (STRAPAZZON & CAVALHEIRO, 2013, p. 234).

A instrumentalização da seguridade social deve, portanto, promover a efetivação dos direitos sociais, visando atender as necessidades humanas básicas, indispensáveis à existência digna de qualquer indivíduo.

## 1.2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO E À SAÚDE DO TRABALHADOR

O ser humano é composto por um conjunto de faculdades físicas e mentais que, quando postas em ação, por meio da sua força de trabalho, produzem valores de uso (COSTA, 2007, p. 223). Logo, trabalho nada mais é que um tipo de mercadoria, pois se resume em alienação da força de um ser humano, em face de outro, que é detentor dos meios de produção, a fim de produzir riquezas para este, em troca do necessário para sua subsistência.

Mencionada conceituação nos alerta para a inferioridade do trabalhador na relação que está inserido, razão pela qual faz-se mister a intervenção do Estado na proteção daqueles que tem apenas o seu ofício como sustentação de vida, a fim de amenizar tal desigualdade.

Percebendo a importância de defender o trabalho do homem na busca por uma atuação do Estado como agente realizador do bem-estar social e dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 fundou a Ordem Econômica brasileira com base na valorização do trabalho humano e com o objetivo de estabelecer a justiça social e o bem estar de todos a partir da existência digna, conforme disposto no caput do artigo 170.

Sendo, portanto, atividade econômica que tem como fundamento a subsistência humana, o trabalho não poderia deixar de ser direito humano fundamental. Motivo pelo qual, é de responsabilidade de todos, e dever do Estado, a sua tutela, bem como o oferecimento de meios para que, através do trabalho digno, todos possam manter-se a si mesmo e a sua família (COSTA, 2007, p. 225).

Para a tutela do produto da força humana no plano jurídico tem-se a instituição do direito do trabalho. Assim como os demais ramos do Direito, este busca o estabelecimento de igualdade entre os integrantes de uma relação.

Inicialmente, a concepção de igualdade é defendida como a imposição da lei de forma igual para todos, sem o estabelecimento de privilégios. Contudo, esta concepção formal acaba por excluir inúmeras pessoas e grupos, pois não leva em consideração as desigualdades de oportunidades às quais estão expostos, se tornando uma ficção para pessoas socialmente desfavorecidas (FRANCISCHETTO, 2017, p. 275).

Diante desta problemática, Boaventura de Souza Santos (2010, p. 313) defende o fortalecimento do direito à diferença, lançando sua clássica sentença: “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”. Nesse sentido, apenas podemos falar de igualdade a partir da compreensão das “diferenças” que foram atribuídas a cada um.

Igualdade e diferença caminham juntas. Apenas é possível o estabelecimento da igualdade em uma relação caso sejam respeitadas as diferenças dos envolvidos, da mesma forma que estas diferenças não podem ser utilizadas para reproduzir desigualdades.

A partir do exposto, vislumbramos as inúmeras diferenças que permeiam a relação trabalhista, as quais nos levam a buscar, de forma geral, o amparo do trabalhador hipossuficiente para, a partir daí, alcançar a verdadeira igualdade. Trata-se da criação de desigualdades jurídicas a fim de estabelecer a igualdade fática.

Como ramo autônomo do Direito, o Direito do Trabalho ostenta princípios próprios, os quais lhe conferem expressão única. O mais importante deles é o princípio da proteção, a partir do qual a norma jurídica adquire a finalidade precípua de tutelar o trabalhador diante da superioridade econômica de seu empregador na busca por um relacionamento equilibrado.

Imprescindível esclarecer que o princípio em comento possui aplicação restrita à criação das normas jurídicas, motivo pelo qual o operador jurídico não poderá fazer uma simples opção mais benéfica ao obreiro suplantando os critérios científicos

impostos pela Hermenêutica Jurídica à dinâmica de revelação do sentido das normas examinadas (DELGADO, 2015, p. 204).

Isto significa que o princípio da proteção tem aplicação restrita a criação das normas jurídicas, enquanto o processo interpretativo tem parâmetros objetivos, motivo pelo qual não podemos admitir a afirmação de que o mencionado princípio atenta contra a segurança jurídica.

Neste íterim, Américo Plá Rodriguez, (2000, p.107) dispõe sobre as três formas de aplicação do princípio da proteção do trabalhador.

A primeira diz respeito à regra do “in dubio, pro operario”, ou seja, dentre os vários sentidos de uma norma, o intérprete deve escolher aquela interpretação que seja mais favorável ao trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.107).

A segunda diz respeito à regra da norma mais favorável, de modo que, havendo duas ou mais normas para regular o mesmo caso concreto, “deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.107).

Já a terceira diz respeito à regra da condição mais benéfica, de modo que “a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontra o trabalhador” (RODRIGUEZ, 2000, p.107). Nesse sentido, um empregado não deixa de usufruir de um benefício apenas porque uma nova norma o extinguiu.

O amparo ao trabalhador demonstra a razão de ser do direito do trabalho, motivo pelo qual o princípio da proteção está intimamente ligado ao princípio da irrenunciabilidade. Este último está relacionado a noção de indisponibilidade dos direitos trabalhistas positivados, uma vez que, em geral, estes são direitos patrimoniais indisponíveis, de ordem pública. Isto é, são direitos que não derivam da autonomia da vontade dos indivíduos, mas sim da imposição legal feita por meio de

norma cogente, imposta e controlada pelo Estado com a intenção de tutelar algum interesse social.

Como visto, o empregado não pode despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens que a ordem jurídica lhe assegura. Todos os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, imperativos e apenas poderão ser renunciados, ou transacionados por outros direitos, quando a lei permitir. Quer dizer, para permitir a transação ou a renúncia, tal exceção deve ser autorizada por lei.

Sabemos que não são apenas as normas públicas, previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, na Constituição Federal ou nas diversas leis ordinárias e complementares, que dispõem sobre os direitos trabalhistas. Normas privadas, criadas pela autonomia privada individual, tais como regulamentos de empresas, convenções coletivas de trabalho, acordos coletivos de trabalho e até mesmo as próprias cláusulas contratuais também instituem direitos trabalhistas.

Diferente das vantagens e proteções garantidas por normas públicas, das quais o empregado não pode despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, as normas privadas, podem ser disponibilizadas desde que não tragam prejuízo para o empregado, conforme disposto nos artigos 444 e 468 da CLT.

O objetivo do princípio da irrenunciabilidade é exatamente limitar a autonomia da vontade das partes, pois não faria sentido o ordenamento jurídico encontrar-se impregnado de normas de tutela do trabalhador, que lhe garantem vantagens e proteções, se permitisse, conjuntamente, que o próprio tutelado pudesse despojar-se desses direitos em face da subordinação jurídica.

Não podemos ignorar que as transformações sociais atuais, marcadas pela necessidade dos empregadores de flexibilizar a legislação trabalhista, abalam o princípio da proteção. Todavia, no campo da segurança, higiene e saúde do trabalhador não há que se falar em redução da proteção legal, uma vez que esta seara constitui uma garantia complementar e diretamente ligada ao direito a vida, o qual não é, definitivamente, negociável.

A ligação entre o direito à saúde e o direito à vida é bastante estreita. A tutela da saúde busca proteger, em última instância, o direito à vida, sendo este a matriz de todos os demais direitos fundamentais da pessoa humana. Portanto, o ordenamento jurídico confere ao direito à saúde o fundamento máximo da proteção.

O direito à saúde, juntamente com a moradia, a alimentação, a educação, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social foram elencados no inciso IV do artigo 7<sup>a</sup> da Constituição da República de 1988 como sendo as necessidades básicas vitais dos trabalhadores urbanos e rurais, e de sua família.

Esta gama de direitos sociais tidos como fundamentais pela Constituição Federal, estão incluídos, ainda, no artigo 6<sup>o</sup>, como sendo o mínimo existencial social necessário a ser assegurado pelo autêntico Estado Social de Direito. Inclusive, foi neste mesmo artigo que o direito à saúde apareceu, pela primeira vez no ordenamento jurídico, como um direito fundamental, cujo acesso é universal e igualitário.

Além de direito de todos, a saúde é ainda dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a proteção e recuperação, além da redução do risco de doença e de outros agravos, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal. Por este motivo, o artigo 194 faz menção expressa ao direito à saúde quando trata da seguridade social, conforme visto anteriormente.

A saúde assume especial relevância no ordenamento jurídico pois, estando doente, o indivíduo não consegue trabalhar, deixando de exercer, portanto, outro direito humano fundamental, o direito ao trabalho. Nesse sentido, de nada adianta garantir, por exemplo, direitos relacionados a liberdade, se o indivíduo não tem uma vida saudável que lhe permita fazer escolhas (SILVA, 2007, p. 109).

Sendo um direito de todos os trabalhadores, inviolável e irrenunciável, a saúde deve ser rigorosamente observada tanto pelos empregadores, como pelo Estado, em sua atividade regulatória. Por esse motivo, a própria Constituição dispõe, em seus

artigos 170 e 225 acerca do direito a defesa do meio ambiente equilibrado, distante de quaisquer riscos, assim compreendido o meio ambiente do trabalho.

As normas de proteção à saúde do trabalhador possuem caráter nitidamente ambiental e sanitário. Portanto, não são de direito privado atinentes exclusivamente ao contrato individual de trabalho, mas sim normas de ordem pública. Nesse sentido, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 7º, inciso XXII, que cabe ao empregador tomar as medidas necessárias no sentido de reduzir os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Nessa perspectiva, torna-se direito social fundamental e indisponível dos trabalhadores o direito de prestar serviços em um ambiente de trabalho seguro e sadio.

O meio ambiente de trabalho é, na verdade, ponto de partida para o estabelecimento da saúde do trabalhador, vez que consiste no local onde se desenrola boa parte da vida do trabalhador, estando sua qualidade de vida intimamente em dependência da qualidade daquele ambiente (DIACOV, 2008, p. 146). A tutela da qualidade do meio ambiente de trabalho funciona, portanto, como instrumento para a proteção de um bem maior, a vida do trabalhador.

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2007, p. 121) nos ensina que a saúde do trabalhador é um direito humano fundamental que desempenha dupla função, uma negativa e outra positiva. Ao mesmo tempo que limita a autonomia do mercado, materializa a justiça distributiva através de um sistema de prestações e serviços públicos que buscam a satisfação das necessidades básicas da população.

Mencionada função negativa pode ser chamada também de direito à abstenção do trabalhador, o qual pode ser imposto tanto frente ao Estado, sendo inadmissível a interferência no exercício do direito à saúde, como também frente ao seu empregador. Este encontra-se impedido pela Constituição Federal de 1988 a, por exemplo, exigir a prestação de horas extras habituais (art. 7º, incisos XIII e XIV), o labor durante os intervalos intra e interjornadas, nos dias de repouso semanal remunerado, feriados ou férias (art. 7º, incisos XV e XVII), bem como a exigir que uma mulher labore durante o período de licença-maternidade (art. 7º, XV e XVII) (SILVA, p. 133).

A função positiva é atribuída ao direito à prestação do trabalhador frente ao seu empregador, sendo subdividido em obrigação de reparação e obrigação de prevenção.

A obrigação de reparação envolve a responsabilidade do empregador pelos danos, de natureza física ou funcional, causados ao empregado em decorrência de acidente do trabalho ou doença ocupacional (SILVA, p. 134).

Já a obrigação de prevenção pode ser analisada tanto pela perspectiva estatal, em razão da obrigação de edição de normas de saúde, higiene e segurança para a redução dos riscos inerentes ao trabalho, como também pela ótica privada, a qual obriga o empregador a cumprir todas as normas elaboradas pelo Estado com o intuito de proteger o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador (SILVA, p. 134).

Relativamente à prevenção, muitos exemplos poderiam ser citados, uma vez que o Brasil possui uma extensa legislação de proteção à saúde, especialmente no que se refere à tutela do meio ambiente do trabalho.

Sem o objetivo de adentrar este conjunto de normas, citamos, a título de exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho que possui um Capítulo específico para disciplinar sobre a segurança e medicina do trabalho e a Constituição Federal, conforme já mencionado.

Além do legislador ordinário e constituinte, o Ministério do Trabalho tratou de aprovar inúmeras normas regulamentadoras (NRs) de observância obrigatória pelas empresas públicas e privadas e pelos órgãos públicos de administração direta e indireta, que possuam empregados regidos pela CLT, conforme disposto no tópico 1.1 da NR-1.

Algumas dessas normas estabelecem imposições para as empresas de forma geral, sem especificar a atividade econômica. Como exemplo a NR-5 que dispõe sobre a obrigatoriedade de estabelecimento de uma Comissão Interna de Prevenção de

Acidentes (CIPA) nas empresas. Esta comissão é instituída a fim de compatibilizar o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador naquele estabelecimento.

Outro exemplo de exigência geral é a NR-6, a qual impõe acerca do fornecimento gratuito de equipamento de proteção individual (EPI) aos trabalhadores a fim de protegê-los de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

Diferente destas, outras NRs regulamentam especificidades de determinadas atividades econômicas. A NR-10 dispõe sobre a segurança em instalações e serviços em eletricidade, a NR-20 trata da segurança e saúde no trabalho com inflamáveis e combustíveis, enquanto a NR-22 trata dos trabalhadores que atuam na mineração. Por fim, citamos a última norma regulamentadora aprovada pelo Ministério do Trabalho, qual seja a NR-36 que dispõe sobre a segurança e saúde no trabalho em empresas de abate e processamento de carnes e derivados.

A não observância de um meio ambiente de trabalho adequado e seguro representa agressão a um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador. Consequentemente, reflete um desrespeito a toda a sociedade, visto que, no final das contas, é ela que assume os gastos pelos acidentes laborais por meio do Seguro de Acidentes do Trabalho – SAT, arcado pela Previdência Social e o Sistema Único de Saúde – SUS.

Exatamente pelo fato do meio ambiente do trabalho não ser tratado com a devida importância, o Brasil ocupa hoje o 4º lugar no ranking dos países com o maior índice de acidentes de trabalho (total de 612,6 mil acidentes em 2015). Consequência disso, paga auxílio-doença para 146.709 segurados, auxílio acidente para 305.532 segurados e aposentadoria por invalidez acidentária para 182.108 (dados referentes ao ano de 2015), de acordo com os dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2015).

Não podemos aceitar que o trabalho seja sinônimo de acidentes, doenças, invalidez e sofrimento. Nem mesmo que, bilhões sejam gastos através de benefícios previdenciários. Além do que, quanto mais trabalhadores afastados do trabalho,

menor será a arrecadação de contribuições e maior será o custo social do pagamento de benefícios impostos a todos os segurados do sistema previdenciário.

Apesar de todo o progresso conquistado pelo direito a saúde na legislação pátria, infelizmente a tutela ressarcitória vem prevalecendo. A reversão desse processo que afunda o sistema previdenciário apenas acontecerá com o enfrentamento de seu nascedouro problemático: a efetividade do direito social à prevenção a partir da concretização das medidas de proteção à saúde do trabalhador.

Para tanto, imprescindível a reformulação do entendimento clássico que prestigia a forma indenizatória, materializada pelo recebimento do benefício previdenciário, ao invés da forma preventiva, munida de cuidados com o meio ambiente do trabalho a fim de evitar doenças e acidentes.

A Constituição da República de 1988 garante ao direito à prevenção status de direito fundamental, assim como trata o direito à saúde. Estabeleceu, em seu artigo 7º, inciso XXII, como direito dos trabalhadores, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

A partir desta matriz constitucional, podemos firmar a fundamentação de um princípio fundamental sobre a promoção de medidas preventivas nos locais de trabalho: o princípio do risco mínimo regressivo. Vejamos o alcance jurídico do mencionado princípio.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 148) nos ensina que a primeira atuação do empregador deve ter como objetivo a eliminação total dos riscos à vida ou à saúde do trabalhador. Todavia, quando isso não for viável tecnicamente, o empregador deverá, pelo menos, reduzir o máximo possível e exequível, de acordo com os conhecimentos da época. Isso significa que, a exposição do trabalhador a agentes nocivos no local de trabalho deve ser a mínima possível e, mesmo assim, deverá reduzir progressivamente em direção a nulidade de risco.

De acordo com os ensinamentos do mencionado doutrinador, em primeiro lugar deve-se buscar a eliminação dos riscos para, apenas quando isso não for possível, providenciar o controle do risco com o fornecimento de equipamento de proteção.

Com o propósito de melhor entender a progressão explicitada, Cléber Nilson Ferreira Amorim Júnior (2011, p. 20), Auditor Fiscal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (16ª Região) nos ensina um exemplo prático aplicado a uma fábrica de blocos de concreto, local que expõe seus trabalhadores a ruído intenso, acima dos limites de tolerância preconizados na legislação pátria, motivo pelo qual o empregador-gestor deve adotar algumas condutas.

De acordo com o princípio do risco mínimo regressivo, as condutas do referido empregador devem ser adotadas na ordem que se descreve a seguir.

Vimos que, quando viável tecnicamente, o controle da fonte deve ser preconizado, sendo o momento do planejamento das instalações o mais apropriado a adoção de medidas de prevenção, pois é possível escolher equipamentos que produzam menores níveis de ruído e organizar o seu lay-out (AMORIM JÚNIOR, 2011, p. 20).

Existem inúmeras alternativas para esse tipo de controle, dentre elas substituir o equipamento por outro mais silencioso, balancear e equilibrar suas partes móveis, aplicar material de modo a atenuar as vibrações, regular o motor e instalar abafador (AMORIM JÚNIOR, 2011, p. 20).

Não sendo possível o controle do ruído na fonte, o empregador em questão deve adotar medidas complementares de organização do trabalho, como por exemplo a limitação do tempo de exposição a partir do estabelecimento de um rodízio dos empregados que revezariam a operação de uma máquina ruidosa com outras atividades, em local distante da fonte do ruído (AMORIM JÚNIOR, 2011, p. 20).

Apenas diante da impossibilidade de diminuir a exposição ao ruído dentro dos limites de tolerância aceitável é que, em último caso, o empregador lançaria mão do equipamento de proteção individual, qual seja, o protetor auricular (AMORIM JÚNIOR, 2011, p. 21).

A questão a ser ponderada neste momento é, o que deveria ser exceção se tornou regra. Ao invés de eliminar as condições insalubres na fonte, o empregador prefere a solução mais cômoda e barata, porém menos eficiente, que é o fornecimento do equipamento de proteção individual (AMORIM JÚNIOR, 2011, p. 21).

Aliás, convém ressaltar que esta solução é considerada eficiente quando bem utilizada. Contudo, sabemos que muitos empregadores não fazem a troca dos equipamentos de proteção individual dentro dos prazos de validade estabelecidos, o que reduz a eficácia deste utensílio. Como se não bastasse a falta de entrega correta, temos ciência da resistência por parte dos empregados que se recusam a utilizar os equipamentos de proteção individual, seja em razão do desconforto causado no exercício de suas atividades, seja por comprometer a percepção do ambiente em determinadas ocasiões.

Diante do descrito, necessitamos criar uma cultura de proteção ao meio ambiente do trabalho, firmando responsabilidades para com todos os seres humanos, bem como para com o sistema de proteção em si. Aí incluídos não apenas os empregados e empregadores já mencionados, mas também os poderes públicos responsáveis pelo estabelecimento de políticas preventivas de fiscalização dos ambientes de trabalho.

O problema deve ser tratado em seu nascedouro, com a aplicação de medidas de prevenção de doenças e acidentes relacionados ao trabalho. Somente assim concretizamos os fundamentos constitucionais do Estado Social e dos direitos fundamentais ao trabalho e à saúde do trabalhador.

Concluimos que os direitos à saúde e à segurança do trabalhador estão devidamente resguardados pelo ordenamento jurídico. Entretanto, o desrespeito a estas regras, faz com que inúmeros trabalhadores sejam afastados todos os dias, passando a requerer o recebimento de benefícios previdenciários, e sobrepesando os gastos públicos, os quais são suportados por toda a sociedade.

O recebimento de benefício previdenciário compreende ainda, outra problemática. Afortunados são aqueles que conseguem ser dignamente diagnosticados pelo

médico perito representante do INSS, sendo-lhe conferidas condições financeiras para manter-se afastados do trabalho a fim de recuperar sua capacidade laborativa. Veremos, adiante, que nem todos têm esta sorte, como as vítimas da divergência entre o médico perito do INSS e o médico do trabalho de confiança do empregador.

## 2 INCAPACIDADE E APTIDÃO PARA O TRABALHO: A DIVERGÊNCIA MÉDICA QUE DÁ ORIGEM AO LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

### 2.1 DO CONCEITO À JUDICIALIZAÇÃO

A formação de uma relação empregatícia dá origem a uma relação derivada, de cunho previdenciário, conforme dispõe o artigo 12 da Lei nº 8.212/91<sup>2</sup>, visto que obriga o empregado a se tornar, também, segurado obrigatório da Previdência Social (ROQUE, 2015, p. 198).

Isso ocorre para que, em razão do valor social do trabalho, empregador e Previdência Social alternem a responsabilidade pelo fornecimento de meios de subsistência do trabalhador (ROQUE, 2015, p. 198). Referido regime legal existe para que, sempre esteja disponível ao obreiro, preferencialmente de forma ininterrupta, alguma forma de subsistência minimamente digna.

Quando um trabalhador é contratado para prestar serviços a outrem, ele se encontra em plena capacidade laborativa e daí estabelece-se a relação de emprego, na qual seu empregador lhe deve contraprestação pecuniária pelo serviço prestado. Contudo, durante a prestação de serviços, este indivíduo pode ser vítima de um acidente de trabalho, ou ser acometido por uma doença profissional, ambos os fenômenos são capazes de reduzir a capacidade laborativa deste trabalhador.

Estando inapto para a prestação de serviços, e conseqüente continuidade das obrigações advindas daquele contrato de emprego, torna-se necessário que a

---

<sup>2</sup> Lei nº 8.212/91 - Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

- a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
- b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas; [...].

Previdência Social assuma a responsabilidade pelo sustento deste trabalhador, fornecendo-lhe benefício, até a recuperação de sua capacidade laborativa.

Diante desta incapacidade, o contrato de trabalho permanece suspenso para que o indivíduo se recupere. Sendo assim, durante o período de recuperação laboral, as principais obrigações contratuais permanecem suspensas, deixa de existir a prestação de serviços, da mesma forma que se suspende o pagamento de salário. Enquanto isso o INSS garante a sobrevivência deste indivíduo por meio do gozo de benefício previdenciário.

Conforme disposto no artigo 476 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>3</sup>, o empregado é considerado em licença não remunerada apenas durante o prazo do benefício.

A partir do momento em que a mencionada autarquia federal declara, por meio de perícia médica, a aptidão laboral do trabalhador, promove a cessação do seu benefício previdenciário e o encaminha para o retorno ao trabalho. Ao retornar, seu empregador tem o dever de lhe exigir um atestado médico particular confeccionado por um profissional de confiança<sup>4</sup>. Afinal de contas, caso este trabalhador não esteja realmente apto, o empregador corre um grande risco ao reintegrá-lo.

Caso o atestado médico particular confirme a aptidão declarada pelo INSS, o empregado retorna a prestação de serviços. Contudo, caso a aptidão do trabalhador receba tratamento diverso na perspectiva previdenciária, instala-se o que a doutrina e jurisprudência trabalhista denominam de “limbo jurídico previdenciário trabalhista”.

Tem-se um limbo jurídico pois o trabalhador se vê privado de suas duas possibilidades de subsistência, quais sejam, o salário e o benefício previdenciário.

---

<sup>3</sup> CLT - Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

<sup>4</sup> Obrigatoriedade de realização de perícia médica no retorno ao trabalho expressa na Norma Regulamentadora 7 que trata do Programa de controle médico de saúde ocupacional. NR 7 - Item 7.4.3.3: No exame médico de retorno ao trabalho, deverá ser realizada obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 (trinta) dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto.

Isso porque, se o trabalhador não está apto, fica impedido de prestar serviços em benefício do seu empregador, sob pena de agravar a sua situação de fragilidade.

Contudo, uma vez que o benefício previdenciário foi suspenso, o contrato de trabalho está em pleno vigor e seu empregador, que não irá receber nenhuma prestação de serviços, vê-se compelido a remunerar este empregado. Na verdade, é obrigado a remunerar também um outro empregado, aquele que efetivamente vai prestar serviços em substituição ao obreiro incapacitado.

Privado de fonte de subsistência, o trabalhador se vê obrigado a ingressar com Reclamação Trabalhista na Justiça do Trabalho, em face de seu empregador, na busca pela condenação deste a reintegrá-lo ao trabalho e indenizá-lo pelo período no qual deixou de receber salários, ou seja, da alta previdenciária até a reintegração.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, instância máxima do especializado judiciário trabalhista, é uníssona em declarar a ilegalidade da decisão empresarial de não permitir o retorno do empregado ao seu posto de trabalho baseado na incapacidade diagnosticada pelo médico particular de sua confiança.

O provimento jurisprudencial final é, portanto, de condenar a empresa demandada a reintegrar o empregado incapacitado readaptando-o em função compatível com sua limitação, de acordo com o disposto no artigo 89 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991<sup>5</sup>. Além disso, indenizar-lhe os salários do período em que foi obstado o seu retorno até a readaptação.

A fim de comprovar referidas afirmações, passaremos a analisar algumas das mais recentes decisões do Tribunal Superior do Trabalho publicadas no Diário Oficial.

---

<sup>5</sup> Lei 8.213 de 24 de Julho de 1991 - Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

- a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;
- b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;
- c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Em acórdão publicado em 10/05/2017, o ministro relator Hugo Carlos Scheuermann, manteve a fundamentação do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), o qual afirmava que

**[...] o contrato de trabalho é suspenso com a concessão do benefício previdenciário e retoma seus efeitos com a cessação do benefício, de modo que cessada a suspensão do contrato de trabalho por alta previdenciária, retomam sua eficácia as obrigações contratuais" e que "se a interrupção da prestação de serviços se dá por imposição do empregador que, diferentemente do Órgão Previdenciário, não considera o empregado apto ao trabalho, como no presente caso, é certo que os pagamentos dos salários devem ser mantidos, ante o afastamento por iniciativa do empregador e ausente a concessão de benefício previdenciário, tendo em vista que o trabalhador não pode ficar sem meios de sobrevivência por divergência de entendimentos entre o empregador e o Órgão Previdenciário em situação obscura que a doutrina e a jurisprudência atuais denominam de "limbo previdenciário trabalhista" [...]**

(TST - RR: 10021366620135020502, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 10/05/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017. Grifos Acrescidos)

Como visto, inequívoco o entendimento de que, a cessação do benefício provoca a imediata supressão da suspensão contratual. Estando o contrato de trabalho em pleno vigor, portanto, qualquer interrupção da prestação de serviços é entendida como imposição do empregador que não foi capaz de readequar o empregado de acordo com sua capacidade laborativa.

Diante disso, a jurisprudência chega a admitir, de forma implícita, que o INSS confere alta a um segurado mesmo que este ainda não tenha adquirido capacidade laboral. Contudo, recebendo alta, não cabe ao empregador questioná-la, restando-lhe, tão somente, acatá-la e readequar aquele trabalhador, sob pena deste indivíduo encontrar-se sem meio de sobrevivência.

Ressalta-se, inclusive, que a jurisprudência se baseia no artigo 2º da Lei 10.876/2004 para firmar entendimento no sentido de que a competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo sobre a capacidade de retorno ao trabalho do empregado é do perito médico do INSS. Sendo assim, a recusa do empregador de admitir um empregado considerado inapto por seu médico do trabalho é considerada pelo TST como uma recusa sem justificativa. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. [...] RETORNO AO TRABALHO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA. **RECUSA INJUSTIFICADA DO EMPREGADOR. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO.**

É incontroverso nos autos que a reclamada, com fundamento em atestados médicos, impediu que a reclamante retornasse às suas atividades laborais tampouco procedeu à readaptação da trabalhadora em outras funções, embora a demandante tenha sido considerada apta para o trabalho pela perícia médica do INSS. Cumpre enfatizar que, **nos termos do art. 2º da Lei 10.876/2004, o perito médico do INSS possui competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo sobre a capacidade de retorno ao trabalho do empregado.** Assim, **pareceres médicos, ainda que emitidos por profissional da empresa, não têm o condão de respaldar a recusa da empresa em permitir o retorno do empregado ao seu posto de trabalho. Isso porque, embora a empregadora tenha o dever de preservar a integridade física e a saúde do trabalhador, não pode privá-lo de seu direito ao recebimento de salário.** [...]

(TST - RR: 1286820135090008, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 07/03/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018. Grifos Acrescidos)

Inicialmente o Tribunal Superior do Trabalho admite o dever do empregador de preservar a saúde e a integridade física de seu empregado, o que se traduz em não exigir prestação de serviços de um indivíduo diagnosticado como inapto pelo médico do trabalho. Contrariamente, contudo, condena o empregador a pagar salários pois o trabalhador não pode ser privado desta fonte de subsistência.

Como visto, mesmo que um empregador se recuse a receber a prestação de serviços de um empregado sob o fundamento de não colocar em risco não apenas a sua própria vida e saúde, mas também a dos outros empregados, esta conduta é considerada ilícita. Vejamos a literalidade do julgado:

**[...] Dessa forma, a conduta da empresa, ao impedir o retorno do empregado à atividade laboral e, conseqüentemente, inviabilizar o percebimento da contraprestação pecuniária, mesmo após a alta previdenciária, se mostra ilícita, nos termos do art. 187 do Código Civil.** Ressalte-se, ainda, que, segundo os termos do art. 476 da CLT, com o término do benefício previdenciário, o contrato de trabalho voltou a gerar todos os efeitos, permanecendo com o empregado o dever de prestar serviços e, com o empregador, o de pagar salários. Assim, impedido de retornar ao emprego, e já cessado o pagamento do benefício previdenciário, o empregado permanece no "limbo jurídico previdenciário trabalhista", como denominado pela doutrina. Com efeito, **a jurisprudência desta Corte vem se consolidando no sentido de que, nessas hipóteses, há conduta ilícita do empregador em não permitir o retorno do empregado ao trabalho, pois evidenciada afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. [...] Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 1286820135090008, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 07/03/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018. Grifos Acrescidos)

Claramente, portanto, o Tribunal Superior do Trabalho penaliza o empresário por um possível erro cometido pelo médico perito, sob o fundamento de resguardar os interesses da parte mais frágil desta problemática, o empregado.

Mantendo uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho capixaba (17ª Região), o TST afirma ainda, que

**[...] Não é possível admitir que o empregado deixe de receber os salários quando se encontra em momento de fragilidade em sua saúde, sendo o papel da empresa zelar para que possa ser readaptado no local de trabalho ou mantido em benefício previdenciário.** O descaso do empregador não impede que o empregado receba os valores de salários devidos desde a alta previdenciária, já que decorre de sua inércia em recepcionar o trabalhador. Além disso, **com a cessação do benefício previdenciário, nos termos do artigo 476 da CLT, o contrato de trabalho voltou a gerar os seus efeitos, cabendo à empresa viabilizar o retorno do autor a uma atividade condizente com a sua nova realidade física, de acordo com o que dispõe o artigo 89 da Lei 8.213/91, por meio da readaptação do trabalhador.**

[...]

(TST - ARR: 789006020125170007, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2017. Grifos Acrescidos)

Como visto, a máxima instância trabalhista consolida tese de que é papel da empresa zelar para que o empregado possa ser readaptado no local de trabalho ou mantido em benefício previdenciário. Ou seja, caso o INSS declare a aptidão de um trabalhador que não estava verdadeiramente apto é obrigação da empresa reverter esta decisão previdenciária e, enquanto isso, se responsabilizar pela remuneração correspondente ao trabalho não prestado. Na prática, estamos diante do caso do empresário fazer às vezes da autarquia previdenciária em razão da penosa desconstituição do laudo médico pericial emitido pelo INSS.

Após o exame dos acórdãos percebemos que, em nenhum momento, a jurisprudência se debruça sobre a análise da consequência que sua decisão é capaz de provocar na empresa, assunto que será abordado mais à frente neste estudo.

Por enquanto, percebemos que a origem da problemática compreendida no limbo jurídico trabalhista-previdenciário se dá a partir da divergência médica entre o atestado do médico do trabalho e o ato administrativo do médico perito do INSS acerca da incapacidade e aptidão para o trabalho daquele indivíduo. Com o objetivo de desvendar esta problemática, torna-se necessário diferenciar, inicialmente, as atribuições do médico do trabalho e do perito médico do INSS para, posteriormente, delinear a perícia médica previdenciária com o objetivo de melhor definir incapacidade e aptidão laborativa.

## 2.2 O “JOGO DE EMPURRA”: MÉDICO DO TRABALHO x MÉDICO PERITO DO INSS

Médico do trabalho é a denominação dada ao médico possuidor do título de especialista em Medicina do Trabalho, o qual pode ser concedido àquele que conclui a residência médica ou o curso de especialização reconhecido pela Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT). Este especialista faz a mediação entre as exigências de uma atividade profissional e o impacto dela na saúde dos trabalhadores, administrando as exigências empresariais com os limites físicos e mentais dos trabalhadores.

Dentre as principais competências dos médicos do trabalho no âmbito privado, estão a realização de exames admissionais, demissionais, periódicos, de retorno ao trabalho e de mudança de função. Sendo assim, este é o profissional responsável, contratado pela empresa empregadora, para avaliar a aptidão laborativa daquele empregado que estava afastado do trabalho em razão da percepção de benefício previdenciário.

Já o perito médico, médico investido e reconhecido como perito pelo Estado, é aquele responsável tanto pela avaliação inicial, bem como pelo exame de manutenção ou prorrogação da concessão de benefícios administrados pelo INSS. O médico perito é, portanto, o profissional competente para se “pronunciar

conclusivamente sobre as condições de saúde e a capacidade laborativa do examinado, para fins de enquadramento em situação legal pertinente” (WILD, 2014, p. 64).

Os médicos que atuam em hospitais e consultórios, mesmo que públicos, objetivam o diagnóstico e a respectiva cura ou, ao menos, a minoração da doença diagnosticada, e devem manter com o seu paciente o compromisso de confidencialidade e dedicação.

Já o perito médico objetiva, por meio da perícia, oferecer respostas objetivas quanto à existência ou não de incapacidade (temporária ou definitiva) laboral para fins de concessão de benefícios previdenciários. Prezando pela verdade e pela justiça, o desígnio do perito médico é manifestar-se através de laudos, e não de atestados, os quais integrarão processos para reconhecimento de direitos reportados à autoridade requisitante.

Consoante o artigo 2º da Lei nº 10.876 de 2 de junho de 2004<sup>6</sup>, lei que cria a carreira de perícia médica da Previdência Social, o perito médico do INSS possui competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários.

---

<sup>6</sup> Lei 10.876 de 2 de Junho de 2004 - Art. 2º Compete aos ocupantes do cargo de Perito-Médico da Previdência Social e, supletivamente, aos ocupantes do cargo de Supervisor Médico-Pericial da carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Ministério da Previdência Social, o exercício das atividades médico-periciais inerentes ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de que tratam as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), e nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, em especial:

I - emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários;

II - inspeção de ambientes de trabalho para fins previdenciários;

III - caracterização de invalidez para benefícios previdenciários e assistenciais;

IV - execução das demais atividades definidas em regulamento; e

V - supervisão da perícia médica de que trata o § 5º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social.

Parágrafo único. Os Peritos Médicos da Previdência Social poderão requisitar exames complementares e pareceres especializados a serem realizados por terceiros contratados ou conveniados pelo INSS, quando necessários ao desempenho de suas atividades.

Sendo assim, de acordo com a legislação vigente, compete aos ocupantes do cargo de peito-médico da Previdência Social, dar a palavra final sobre a capacidade de retorno ao trabalho do empregado.

Nesta perspectiva, Wanderley Codo (*apud* MATOS, 2016, p. 64) dispõe que o perito seria um médico e, ao mesmo tempo, um “antimédico”, isso porque, ao realizar a avaliação pericial, não busca a cura, não se compadece do sofrimento do seu paciente, atua, na verdade, como curador e fiscal. Esta atuação como fiscal estatal está associada ao controle de recursos públicos frente as tentativas de fraudar o seguro previdenciário nacional.

Neste contexto, vimos no capítulo primeiro que a Previdência Social é definida por muitos como a seguradora do trabalhador brasileiro e, assim, como os seguros privados, oferece cobertura apenas com relação a alguns eventos e abarca tão somente seus contribuintes. Não obstante a descrita semelhança, convêm lembrar que o seguro é estabelecido em contrato e regido pelo direito privado, enquanto a previdência social é eminentemente pública.

Em face da repercussão social das suas ações, portanto, é imprescindível que os peritos médicos previdenciários tenham conhecimento de que não atuam em uma seguradora, mas sim em um órgão integrante do conceito constitucional de Seguridade Social (ALMEIDA, 2011, p. 288). Sabendo que o perito médico atua como fiscal estatal, convêm tecer esclarecimentos acerca das propriedades da perícia médica.

Conforme mencionado anteriormente, a perícia médica, de forma geral, diferente das demais atividades médicas que possuem propósito terapêutico, é um ato médico destinado, tão somente, a coletar elementos probatórios (ALMEIDA, 2011, p. 277). Possivelmente este é o principal motivo da relação entre o médico e o paciente na perícia médica não ser objeto de muitos estudos.

A perícia médica previdenciária é atividade médico-legal, exercida no âmbito do INSS, para avaliar incapacidade laboral para fins de benefícios. Portanto, como procedimento administrativo inserido na prestação de serviço público, compete ao

perito julgar a repercussão das doenças nos indivíduos, em relação à sua capacidade laboral, e a possibilidade de enquadramento legal para reconhecimento de benefício previdenciário (ALMEIDA, 2011, p. 286).

Contudo, em interação com o periciado, o perito médico não é um “mero aplicador de normas técnicas de medicina legal previdenciária” (ALMEIDA, 2011, p. 278). A técnica é sim eticamente neutra, mas o objetivo e as consequências de sua utilização definem seus contornos éticos. Sendo assim, o perito é, na verdade, um julgador, que leva em conta, além de critérios de valoração técnicos, também as crenças, posturas, opiniões pessoais, análises econômicas e até mesmo sua segurança pessoal e profissional. Por tais motivos, suas atitudes podem ser analisadas sob o ponto de vista bioético.

Bioética, literalmente definida como a ética da vida, não se resume às implicações morais relacionadas às pesquisas científicas ou a atuação médica. Este ramo da filosofia, que não tem sequer a pretensão de estabelecer normas ou regras de conduta, fundamenta-se a partir de quatro princípios: beneficência, não maleficência, autonomia e justiça.

No contexto médico, a beneficência consiste no dever de agir no interesse do paciente portanto, incluiu todas as formas de ação tencionadas a beneficiar ou promover o bem de outrem. O princípio da beneficência está relacionado ainda a obrigação moral de agir em benefício dos outros (ALMEIDA, 2011, p. 282).

A grande dificuldade dos médicos é conseguir delimitar a fronteira entre beneficência e paternalismo. Por exemplo, submeter um paciente à determinado tratamento sem lhe dizer que outros médicos usariam um método alternativo é considerado paternalismo e não beneficência. Sendo assim, a verdadeira beneficência significa fazer o bem não apenas do ponto de vista médico, mas também em consonância com o que o próprio paciente entende ser bom para si mesmo (LIGIERA, 2005, p. 415).

Neste contexto esbarramos no princípio da autonomia, o qual confere ao doente o direito de compartilhar com o médico que lhe acompanha, a responsabilidade na

tomada das decisões clínicas, superado a antiga visão médica paternalista (ALMEIDA, 2011, p. 284). Entende-se que o paciente é autônomo e sabe o que é melhor para ele.

O princípio da não maleficência consiste no impedimento médico de provocar dano ao paciente de forma intencional, ou seja, de não fazer mal ao ser humano. Quando o médico perceber que sua atuação “beneficente” é capaz de provocar um dano maior ao paciente do que a não intervenção, este profissional deve reavaliar sua conduta intervencionista (LIGIERA, 2005, p. 416).

Por fim, o princípio bioético da justiça, interpretado com base na noção de justiça distributiva, visa garantir a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde (LIGIERA, 2005, p. 419). Em consequência, a alocação de recursos para a saúde torna-se um problema ético que deságua na decisão do médico de declarar ou não a incapacidade de um paciente durante uma perícia médica no INSS, para fins de recebimento do benefício previdenciário requerido.

Com o objetivo de verificar “em que medida os peritos médicos previdenciários consideram os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça em sua interação com os periciados e aplicação das normas previdenciárias” (ALMEIDA, 2011, p. 278), o médico perito da Previdência Social (INSS/MPS) Eduardo Henrique Rodrigues de Almeida, formatou uma pesquisa.

Referida pesquisa, foi realizada com 118 peritos médicos em último nível da carreira, ou seja, todos profissionais com, no mínimo, 25 anos de atividade e que cursavam o curso de pós-graduação lato sensu em Perícias Médicas Previdenciárias da Faculdade Pitágoras, mediante convênio entre esta instituição de ensino e o INSS.

Sabendo que a perícia se resume a coleta de provas e julgamento do enquadramento legal pretendido pelo requerente, a hipótese de trabalho era a de que os peritos médicos previdenciários priorizam a justiça como princípio orientador de sua atividade (ALMEIDA, 2011, p. 279).

A fim de comprovar a hipótese anteriormente lançada, primeiramente foi perguntado aos peritos médicos qual, dentre das possibilidades abaixo, era a sua principal preocupação durante a realização de perícias (ALMEIDA, 2011, p. 278):

- Possibilidade 1: “Preocupo-me em fazer o que for o melhor para o requerente”;
- Possibilidade 2: “Preocupo-me em fazer o que seja mais correto em termos de legislação e normas”;
- Possibilidade 3: “Preocupo-me em compreender o que o requerente demanda, focando a decisão pericial na vontade dele”;
- Possibilidade 4: “Preocupo-me em tomar uma decisão que não fira direitos do requerente”

Necessário esclarecer que, para não influenciar as respostas, foi ressaltado que todas as quatro opções eram legítimas, corretas e iguais, não havendo resposta errada dentre elas. Além disso foi dada a possibilidade do médico justificar a sua opção de forma dissertativa.

Por fim, a hipótese de trabalho foi confirmada nas respostas da pesquisa, “79,66% (94/118) mostraram-se preocupados com justiça, 19,49% (23/118) com não maleficência, 1,69% (2/118) com beneficência e nenhum com autonomia” (ALMEIDA, 2011, p. 280).

A conclusão encontrada pela pesquisa pode ser melhor esclarecida a partir da análise da justificativa apresentada por uma dos médicos participantes, vejamos (ALMEIDA, 2011, p. 280):

O perito quando faz seu exame não tem compromisso pessoal com o periciando. Ele está fazendo um ato médico-legal onde há interesse dele (periciando) frente a toda a sociedade que se dispôs a ajudá-lo durante um infortúnio que o impeça de auferir o ganho necessário para o seu sustento. Assim não há um interesse individual, mas social no resultado da perícia. Este é o compromisso do perito: fazer o balanceamento do direito individual frente ao coletivo.

Diante de citada justificativa, resta esclarecido que, no momento da análise pericial, a maioria dos peritos médicos buscam orientar sua atuação como verdadeiros ordenadores de despesas públicas, preocupados em racionalizar estas despesas ao invés de realizar uma avaliação pericial isenta ou mesmo sensível ao indivíduo que, naquele momento, provavelmente, encontra-se incapaz de promover a própria subsistência através do seu trabalho.

Nas palavras do próprio médico autor da pesquisa, “a doença é muito mais do que um evento biológico, um acontecimento na biografia do periciado, com repercussões em sua capacidade de trabalho” (ALMEIDA, 2011, p. 290), ela é capaz de redirecionar sua formação profissional e até interrompê-la definitivamente. Neste contexto, percebemos que a medicina, e neste caso, a perícia médica previdenciária, se bem utilizada, consiste em verdadeiro instrumento de justiça social.

Como visto, a perícia médica previdenciária é realizada a fim de obter dados que devem ser registrados em um documento denominado Laudo Médico Pericial, peça técnico médico-legal básica do processo, pois pode transitar na via recursal da previdência ou mesmo em juízo, com caráter de documento médico legal.

Portanto, ao servidor da área médico-pericial do INSS é exigido o preenchimento, com clareza e exatidão, incluindo no Laudo Médico Pericial os fundamentos necessários a permitir que a autoridade competente possa, a partir dele, inteirar-se dos dados do exame e conferir a conclusão emitida.

Ao perito médico é conferido o poder de julgar se aquele segurado que se encontra à sua frente está apto ou não para voltar ao trabalho, sendo necessário incluir de forma extremamente clara na conclusão do laudo pericial, a concessão, manutenção ou cessação do benefício previdenciário, mesmo que esta descrição não reflita a verdade ou que aquele médico não tenha tido tempo o suficiente para avaliar aquele caso particular.

Conforme demonstrado, o Laudo Médico Pericial é o documento verdadeiramente conclusivo e decisivo tanto para o indivíduo, como para o INSS, acerca da aptidão laborativa do periciado. Isso porque, o nosso ordenamento jurídico prevê preponderância do laudo médico pericial em face do diagnóstico feito pelo médico do trabalho.

O artigo 6º, §2º, da Lei nº 605/1949, com redação determinada pela Lei nº 2.761/1956, dispõe que

a doença será comprovada mediante atestado de médico da instituição da previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de representação federal, estadual ou municipal incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha.

Como visto, a comprovação de doença deve ser preferencialmente comprovada mediante laudo pericial médico da Previdência Social. Apenas na falta deste, tem lugar atestados emitidos por médico do Serviço Social ou por médico do trabalho.

Confirmando citada disposição legal, no ano de 2003, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 15, a qual determina que “a justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei”.

Neste mesmo parâmetro, dispõe o artigo 30, inciso I, §3º da Lei nº 11.907/2009 que compete privativamente aos ocupantes do cargo de perito médico previdenciário a emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários.

Conforme demonstrado, a perícia médica é ato administrativo eivado de presunção de legitimidade e veracidade, motivo pelo qual é imposto ao empregador o ônus de desconstituir referida alta em sede administrativa ou em ação contra a própria autarquia previdenciária (CAVALCA, 2017, p. 131). Além do mais, é este diagnóstico de incapacidade ou aptidão laborativa que, quando feito de maneira equivocada, dá origem ao limbo jurídico previdenciário-trabalhista.

De acordo com o Manual de Perícia Médica da Previdência Social (INSS, p. 25), produzido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, através de sua Coordenação-Geral de Benefícios por Incapacidade, a incapacidade laborativa consiste na “impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente”.

Além da impossibilidade de desempenho de determinadas funções, para a definição de incapacidade laborativa deve ser analisado também, mesmo que implicitamente, o risco de vida, para o próprio enfermo, como para terceiros, no local de trabalho, caso o periciado permaneça em atividade.

A constatação da incapacidade depende não apenas da gravidade da doença ou lesão, mas também da atividade exercida pelo segurado em seu emprego. Neste caso, podemos analisar como exemplo, o caso de uma portador de epilepsia, doença que impede o trabalho de um motorista profissional, mas não necessariamente incapacita o exercício da função de cobrador de ônibus ou auxiliar administrativo.

Como visto, não basta detectar a existência de uma doença para a definição de incapacidade, é necessário analisar o trabalho atualmente realizado pelo segurado e sua incapacidade de executá-lo na condição que está no momento da perícia.

Ao constatar doenças e dimensionar a repercussão das mesmas sobre a capacidade laborativa daquele indivíduo, o perito médico faz verdadeira valoração da extensão da incapacidade para o exercício daquela determinada atividade habitualmente exercida pelo periciado.

A partir do exposto constata-se duas importantes conclusões. A primeira é que o conceito de incapacidade é sempre relativo, e a segunda seria a atribuição da competência de julgador ao perito médico para que ele possa, utilizando-se dos já mencionados princípios da bioética, revelar seu juízo acerca daquele caso particular.

Neste momento, por formação, inexperiência ou por crenças pessoais, os peritos podem ser mais legalistas ou mais sensíveis aos componentes sociais que integram o conceito de incapacidade. Alguns são autoritários, enquanto outros são empáticos, independente do perfil, suas posturas pessoais resultam em conclusões médico-periciais diversas (ALMEIDA, 2011, p. 292).

Além da influência de suas crenças pessoais, a maioria dos periciados enfrenta bastante dificuldade de provar sua incapacidade laborativa por meio de

documentação formal. Geralmente os segurados são mal instruídos e não comparecem à perícia munidos de atestados e pareceres médicos convincentes. Em razão disso, são incapazes de comprovar, por exemplo, rotina de tratamento e consequente incapacidade para o trabalho (KAWAGOE, 2016, p. 8).

Diante da realidade fática, o médico perito acaba não ouvindo o paciente, mas apenas analisando alguns poucos exames. Isso porque, a realização das perícias médicas previdenciárias está inserida na sociedade capitalista, na qual precisamos produzir o máximo no menor tempo possível.

Fato é que, a maioria dos médicos peritos não tem interesse, nem mesmo tempo, para ouvir o paciente, examinar seus exames, receitas, laudos, atestados, construir com ele uma relação, pois precisa se dedicar aquilo que lhe é efetivamente cobrado, a formalização de um laudo informatizado que deve ser lançado no banco de dados do INSS por meio do computador disponibilizado ao médico.

Neste contexto, a perícia médica previdenciária se limita a um ato médico que reúne elementos probatórios, registrados de maneira ordenada e formal, em forma de laudo, traduzido em termos e linguagem compreensíveis que proporcionem ao julgador elementos de apoio para deliberar em um processo administrativo ou judicial (ALMEIDA, 2011, p. 286).

Outra problemática da perícia administrativa diz respeito ao fato dela ser realizada por um médico do tipo “clínico geral”, o qual não possui especialidade suficiente para avaliar segurados portadores de transtornos psiquiátricos, por exemplo. Este profissional, sem especialização na área, não possui formação específica suficiente para determinar se existe ou não incapacidade para o trabalho ou para os atos da vida independente (KAWAGOE, 2016, p. 5).

Diante do exposto, torna-se imprescindível a análise biopsicossocial do segurado para um justo e correto julgamento nos casos de pedidos de benefícios por incapacidade. Neste sentido, os critérios médicos serão agregados às demais condições pessoais do segurado. O perito médico não pode se furtar ao dever de

analisar cada hipótese de forma mais casuística possível, oferecendo para cada caso concreto, um parecer individualizado (MACEDO, 2015, p. 2).

Nesse sentido, a análise de capacidade ou incapacidade laboral do periciado deve ser feita tendo como ponto de referência o próprio examinado na época que trabalhava, e nunca a média da coletividade operária. Devem ser levadas em conta não apenas as condições pessoais do segurado, como também sua idade, seu grau de instrução, sua renda e as limitações físicas decorrentes da doença que o acomete. Contudo, o sistema administrativo previdenciário não dá ao perito médico condições para a realização de uma perícia de cunho mais humanístico.

Fato é que a verificação da invalidez do periciado está longe de se resumir a uma comprovação de ordem exclusivamente científica ou médica, vez que compreende um juízo complexo no qual “se deve avaliar a concreta possibilidade de o segurado conseguir retirar do labor renda suficiente para manter sua subsistência em condições, senão iguais, ao menos proporcionais àquelas que apresentavam antes da sua incapacitação” (MACEDO, 2015, p. 4).

Por estas, e muitas outras questões que não cabem neste trabalho, a Justiça Federal e, principalmente, os Juizados Especiais Federais estão abarrotados de ações ajuizadas em face do INSS cujo pedido de reversão de cessação de benefício previdenciário são julgados procedentes.

Acerca dos pedidos judiciais de reversão da decisão do INSS, Camila Lúcia Dedivitis Tiozzi Wild (2014, p. 61), médica perita do Instituto de Medicina Social e Criminologia do Estado de São Paulo (IMESC), realizou uma análise retrospectiva de 25 laudos de perícias judiciais em face do INSS realizadas no mês de abril de 2010 por um mesmo médico perito.

Por certo, todos estes laudos negaram o pedido de benefício previdenciário solicitado pelo segurado. Em razão desta negativa estavam sendo questionados em ações judiciais no Fórum de Santa Isabel do Estado de São Paulo.

A principal queixa de incapacidade para o trabalho foi de dores na coluna (14 dos 25 periciados), seguida por dores nos ombros (4 dos 25 periciados), dores em membros inferiores (3 dos 25 periciados) e hipertensão arterial sistêmica. Dos periciados, a maioria requeria aposentadoria por invalidez (15 perícias), seguido de auxílio doença (7 previdenciário e 1 acidentário) (WILD, 2014, p. 61).

No âmbito judicial restou comprovado, após realização de perícia médica judicial, que 4 periciados encontravam-se inaptos para executar qualquer trabalho (16%), 16 encontravam-se parcialmente capazes (64%) e 5 plenamente capazes (20%) (WILD, 2014, p. 64).

Ressalta-se que, dos 16 periciados diagnosticados como parcialmente aptos, quando associada sua restrição à sua atividade principal, concluiu-se pela total incapacidade. Isto se dá, uma vez que todos os periciados exerciam atividades manuais que exigem grande esforço físico (empregadas domésticas, ajudante geral, servente, pedreiro, maquinista, carpinteiro, dentre outras profissões) e as doenças apresentadas estavam intimamente relacionadas a disfunções osteoarticulares e musculares (WILD, 2014, p. 64).

Conclusivamente, a pesquisa nos mostra que, dos 25 segurados inicialmente diagnosticados como aptos para o trabalho pelo INSS, apenas 5 deles possuíam verdadeiramente capacidade laborativa. Ou seja, cerca de 72% “apresentava-se incapaz para a sua principal atividade laboral, não podendo retornar para sua função, diferentemente do apontado pelos laudos do INSS” (WILD, 2014, p. 65).

Conforme demonstrado neste capítulo, o segurado é, em grande parte dos casos, erroneamente considerado apto para o trabalho pelo perito médico do INSS e, conseqüentemente orientado a retornar às suas atividades laborativas. Ao regressar, o diagnóstico equivocado é identificado pelo médico do trabalho contratado pelo empregador que é orientado a não aceitar a prestação de serviços deste empregado em razão da sua incapacidade laborativa.

Neste momento, testemunhamos a configuração do limbo previdenciário trabalhista, no qual o empregado deixa de receber qualquer meio de subsistência. Não recebe

mais benefício previdenciário, pois o perito médico do INSS entende que este segurado está apto para o trabalho, também não recebe salários pagos pelo seu empregador porque o médico do trabalho que o orientou entendeu que este empregado não possui capacidade laborativa.

Desorientado, o trabalhador se vê obrigado a ingressar com Reclamação Trabalhista perante a Justiça do Trabalho, em face de seu empregador, na busca pela condenação deste a reintegrá-lo ao trabalho e indenizá-lo pelo período no qual deixou de receber salários, ou seja, da alta previdenciária até a reintegração.

A inteligência da nossa Corte trabalhista baseia-se nos princípios da proteção ao trabalho, à saúde e a dignidade do trabalhador. Assim sendo, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que a alta previdenciária promove a cessação do benefício, fazendo com que o contrato que estava suspenso retome o seu vigor e as obrigações contratuais sejam novamente exigidas, quais sejam, a prestação de serviços por parte do empregado e o pagamento de salários por parte do empregador.

Vimos que, os pareceres médicos particulares, ainda que emitidos por profissional da empresa, não têm o condão de respaldar a recusa da empresa em permitir o retorno ao trabalho do empregado. Isso porque a legislação confere ao perito médico representante da autarquia previdenciária a competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo sobre a capacidade de retorno ao trabalho do empregado.

Diante desta soberania pública, é imposto ao empregador o ônus de desconstituir referida alta em sede administrativa ou em ação própria proposta em face do INSS.

Enquanto isso, estamos diante da situação na qual o empregado não pode prestar serviços pois foi diagnosticado pelo médico da empresa como inapto para o trabalho. Mas, mesmo assim, o empregador se vê obrigado a lhe pagar salários em razão da responsabilidade socioambiental das empresas, a qual será melhor analisada no capítulo seguinte, sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

### **3 A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS NO LIMBO PREVIDENCIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 – RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS**

Inicialmente o direito de propriedade era valorizado apenas sob o enfoque individualista. Prova disso é a redação do artigo 524 do Código Civil de 1916, que se limita a fixar tão somente os atributos do direito de propriedade, sem fazer qualquer referência a seu aspecto funcional, quando afirma que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

O código de Beviláqua atribuiu caráter absoluto e inatingível ao direito de propriedade, conferindo ao proprietário ampla liberdade de tratar como bem entendesse o seu bem, sem nenhuma limitação. Ao longo do tempo, contudo, a sociedade passou a reivindicar a intervenção do Estado na promoção de uma justa distribuição de riquezas e atenuação das desigualdades sociais e econômicas.

Somente a partir de uma adesão brasileira a um modelo econômico que associa o capitalismo à intervenção moderada do Estado na busca pela promoção da justiça social é que a propriedade passou a ter uma concepção relativa.

Sensível às mudanças, o Direito Constitucional passou a introduzir ao ordenamento jurídico uma vertente que subordina a propriedade ao bem comum e à função social e ambiental<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> A Constituição Federal promulgada em 1934 foi a primeira a assegurar, dentre os direitos e garantias individuais previstos no capítulo II, o direito à propriedade privada, cuja fruição estava submetida ao interesse social e coletivo, conforme se observa na redação do artigo 113: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-

Sob esta ótica de equalizar interesses privados e coletivos, percebemos que o próprio direito de propriedade integra, em si mesmo, uma harmonização intrínseca dessas duas ordens de interesse. Nesse sentido, o exercício do direito de propriedade é condicionado e garantido em razão do interesse da coletividade, responsável por promover sua função social.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê, dentre os seus direitos e garantias fundamentais ordenados no artigo 5º, a proteção ao direito de propriedade no inciso XXII. Logo após, no inciso XXIII, dispõe que a propriedade anteriormente protegida deverá atender a sua função social<sup>8</sup>.

Seguindo o paradigma constitucional de equalizar a proteção ao direito de propriedade à sua função social, o Código Civil de 2002, substituto do anteriormente comentado Código de 1916, dispôs no caput de seu artigo 1.228, que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e até mesmo de reavê-lo do poder daquele que injustamente o detenha. Logo após, no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal, ratifica que o direito anteriormente assegurado deverá ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, bem como em conformidade com a proteção da fauna, da flora, das belezas naturais e do equilíbrio ecológico e patrimonial (BRASIL, 2002, p. 43).

O anseio pelo desenvolvimento sustentável, também expresso nos artigos 170, inciso VI, 186 e 182<sup>9</sup>, da Constituição da República de 1988, traduz a necessidade

---

á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

<sup>8</sup> CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...].

<sup>9</sup> CF/88 - 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: [...]

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; [...]

CF/88 - Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

de fazer uma leitura do direito à propriedade privada e a livre iniciativa, ideais do capitalismo de caráter liberal-individualista, de acordo com os valores e princípios constitucionais protetores do interesse coletivo.

Das disposições legais expostas, podemos extrair duas finalidades da garantia ao direito de propriedade: incentivadora e condicionadora do seu exercício.

É imprescindível que o ordenamento jurídico incentive a manutenção das empresas, uma vez que estas desempenham um importante papel na sociedade, na medida em que a população como um todo depende direta ou indiretamente dela, seja “através dos empregos que cria, das receitas fiscais e parafiscais que o Estado através dela arrecada, seja através dos serviços ou produtos que produz e faz circular, do desenvolvimento que proporciona” (CASSAR, 2010, p. 197).

Além do incentivo, o princípio da função social da propriedade exige que a empresa não atue apenas a fim de satisfazer seus interesses individuais, mas também atendendo às necessidades da sociedade. Nesse sentido, “a funcionalização do uso da propriedade e, como consequência, do uso da empresa, deve ser pautada pelo bem estar da coletividade, pelo bem-estar social” (CASSAR, 2010, p. 201).

É uma via de mão dupla. O mesmo ordenamento jurídico que respeita o direito de propriedade exige que o exercício desse direito seja feito em benefício da sociedade. Dessa forma, o interesse do proprietário não se confunde com o interesse social, nem é aniquilado por este.

---

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

CF/88 - Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Uma empresa atua de forma a concretizar sua função social enquanto propriedade privada quando respeita os direitos trabalhistas. Utilizando-se deste argumento, a jurisdição trabalhista condena os empregadores a reintegrar e indenizar o salário do trabalhador inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista.

Isto é, inobstante o médico do trabalho, profissional de confiança daquela empresa, ter diagnosticado a incapacidade laborativa daquele empregado, o empregador é condenado pela Justiça do Trabalho a reintegrá-lo em razão do INSS tê-lo considerado apto. Esta reintegração pode ocorrer na mesma função anteriormente exercida ou, na maior parte dos casos, em função equivalente a atual condição laborativa do empregado.

Apenas a título de exemplo, podemos citar uma situação hipotética, embora bastante comum na prática, como o caso do motorista profissional que foi diagnosticado pelo médico da empresa como inapto para exercer a função de dirigir.

Contudo, uma vez que a perícia previdenciária afirmou o contrário, seu empregador se vê obrigado a escolher entre duas possibilidades: reintegrá-lo no emprego para exercer alguma função administrativa ou, na falta desta opção, pagar seus salários e pedir que ele aguarda em casa, sem lhe prestar qualquer serviço, até que a própria empresa consiga reverter a decisão previdenciária e comprovar sua incapacidade laborativa.

É notória a dificuldade de concretizar a reintegração do empregado em função equivalente à sua capacidade laborativa parcial. Dentre os inúmeros motivos, podemos citar, primeiramente que, muitas vezes, aquele empregado considerado apto pelo INSS não possui qualquer capacidade laborativa naquele momento, ou seja, a fragilidade de sua saúde não lhe possibilita exercer nenhuma função laborativa.

Mesmo nos casos nos quais o INSS confere alta ao obreiro parcialmente incapaz, tem-se a dificuldade de encontrar função compatível com a sua capacidade laborativa dentro da empresa. Isso porque, na esmagadora maioria das vezes

aquele empregado não possui capacitação técnica para realizar outra função a não ser aquela para a qual foi contratado.

Para fins de exemplificação podemos pensar na possibilidade de reintegração de um motorista como auxiliar administrativo dentro do escritório da empresa, sendo-lhe exigidas habilidades como o manuseio de computador, internet, planilhas e programas de rastreamento de caminhões via satélite.

Claramente, independente da alternativa escolhida pelo empregador, em nenhuma delas o empregado volta à empresa para exercer a função para a qual foi contratado. Isso significa que, além de pagar a remuneração do empregado inserido no limbo jurídico, este empregador precisa arcar com outra remuneração, equivalente a esta, paga ao empregado que, no caso em exemplo, efetivamente exercerá a função de motorista profissional.

Sob o pretexto de garantir a proteção à saúde e ao trabalho do empregado mas, na verdade, com o objetivo de minimizar os efeitos dos erros cometidos pelo INSS através da perícia médica, a responsabilidade socioambiental das empresas é utilizada para condenar o empregador a arcar com os custos de dois empregados, o que está envolvido no limbo jurídico e aquele que efetivamente presta serviços, em substituição do primeiro.

Diante do exposto, torna-se necessário analisar referida responsabilidade na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao trabalho e à saúde do trabalhador.

### 3.2 – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA QUESTÃO DO LIMBO ACIDENTÁRIO

Uma das várias formas de subdivisão da ordem jurídica é a partir da dicotomia entre direito público e direito privado. O primeiro diz respeito a interesses coletivos, preponderantemente do Estado, vigorando o poder de império deste e a subordinação de seus súditos. O segundo tutela interesses particulares, referentes a um único indivíduo em relações marcadas pela coordenação entre sujeitos de mesmo nível.

Os parâmetros de divisão apresentados vem perdendo força ao longo do tempo, principalmente diante do fato de que os direitos fundamentais têm sido consagrados nas Constituições, como é o caso brasileiro, motivo pelo qual se fala da constitucionalização do direito privado.

No contexto do Estado Social, a Constituição assume o lugar de ordem jurídica fundamental, estabelecendo, além da estrutura política do Estado, também regulação da vida social e econômica da comunidade através de uma série de princípios, desconstituindo assim, a divisão entre direito público e direito privado. Como exemplo disso temos a já comentada responsabilidade socioambiental das empresas.

O Brasil consagrou um modelo de Bem-Estar Social fortemente intervencionista, estabelecendo, no artigo 1º de sua Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Sendo assim, todo o sistema de direitos fundamentais previstos no artigo 5º retira do respeito à dignidade humana seu fundamento de existência, validade e eficácia.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana funciona como núcleo intangível e absoluto do ordenamento jurídico nacional, deve funcionar também como limite geral para todas as relações jurídicas. Nesse sentido, por mais que a relação entre

particulares seja regida pela autonomia privada, quando qualquer violação a dignidade humana estiver em jogo, esta relação obrigatoriamente deve receber a ingerência dos direitos fundamentais (AIRES, 2007, p. 147).

Diante da magnitude apresentada, inequívoco que todos os ramos do direito devem ser interpretados no intuito de compreender o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, inclusive os ramos do direito privado.

Diferente do que pretende fazer entender a primeira definição apresentada, de que as relações privadas são marcadas por relações de coordenação entre sujeitos do mesmo nível, uma vez que, no trato jurídico-privado não se vislumbra a atuação estatal, sabemos que as relações entre os particulares não são necessariamente igualitárias.

No Estado liberal-clássico os direitos fundamentais assumem condição de direitos de defesa, protegendo o indivíduo das ingerências dos poderes públicos na sua esfera privada. Já no Estado Social de Direito, a sociedade participa cada vez mais ativamente no exercício do poder. Neste contexto, a liberdade individual carece de proteção não apenas em face do poder estatal, mas também os mais fortes no âmbito da sociedade, quais sejam, os particulares detentores de poder social e econômico (SARLET, 2015, p. 395).

A opressão pode vir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados presentes na sociedade civil, como ocorre nas relações de trabalho subordinado. Nesta relação está, de um lado o empregador detentor do poder empregatício (econômico, regulamentar, diretivo e disciplinar), do outro o empregado hipossuficiente e vulnerável (LEITE, 2011, p. 39). Diante desta desigualdade, nos filiamos ao entendimento do doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, quem defende “a plena aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações empregatícias” (2011, p. 39).

Diante do reconhecimento de que as relações particulares são, por vezes, desiguais, torna-se necessário investigar a eficácia dos direitos fundamentais também quando ambos os sujeitos são titulares destes. Isso porque, enquanto na relação entre o

Estado e um particular, apenas o particular é titular de direitos fundamentais, na relação entre os cidadãos, ambas as partes são titulares dos mesmos direitos fundamentais.

A chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu exatamente porque não se pode simplesmente equiparar o regime jurídico do indivíduo aquele dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais.

Nesse sentido, tem-se o reconhecimento dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado (SARLET, 2015, p. 396).

A eficácia horizontal, também denominada eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros, ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, (LEITE, 2011, p. 36) consiste na vinculação de pessoas privadas aos direitos fundamentais e, concomitantemente, sua compatibilização com a salvaguarda da autonomia privada dos indivíduos.

Significa dizer, nas sábias palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite, que “as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre os Estados e os particulares, como também entre os próprios particulares” (2011, p. 36), motivo pelo qual, se vislumbra a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida, inicialmente, na Alemanha, a partir da década de 50, sob a análise de que, embora alguns direitos fundamentais fossem garantidos, pela Constituição alemã, apenas aos particulares em face do Estado, eles poderiam ser invocados, também, nas relações privadas (SARMENTO, 2004, p. 245).

A noção de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre os cidadãos é amplamente aceita, a polêmica surge, tão somente, acerca da extensão destes efeitos. A partir daí, surgiram duas teorias que discordam acerca da

necessidade ou não de intervenção legislativa ou judicial para a eficácia destes direitos na prática.

A teoria da eficácia indireta ou mediata defende a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado. Contudo, entende que a aplicação destes direitos não pode ser feita de forma direta entre os próprios particulares, mas apenas através da mediação de um órgão estatal, legislador ou juiz. Sendo assim, além de estarem vinculados aos direitos fundamentais, os órgãos estatais ainda tem o dever de protegê-los.

Nesse sentido, através da regulação do conteúdo e das condições de exercício, o legislador teria a função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações horizontais (AIRES, 2007, p. 144). Tal regulamentação deve respeitar as liberdades básicas do direito privado ao mesmo tempo que garante a dignidade dos indivíduos relacionados.

Consoante a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, portanto, caberia ao órgão estatal, neste ato representado pelo legislador ou juiz, a ponderação direta dos direitos fundamentais a fim de equilibrar os direitos e valores em conflito.

Resta esclarecido que esta corrente doutrinária admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas sendo contrária, apenas, a aplicação de forma direta. Sendo assim, os valores constitucionais apenas poderiam ser utilizados para solucionar um litígio no campo privado se existisse uma interposição legislativa infraconstitucional que aplicasse o ensinamento constitucional àquela demanda particular.

Logo, para a fruição dos direitos fundamentais, haveria a necessidade de criar normas infraconstitucionais ligando os cidadãos a Constituição. Ou seja, defende-se a necessidade de recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.

Em contraponto ao exposto, partido do princípio de que a existência e o reconhecimento de um direito fundamental em meio as relações particulares não

depende da atuação do legislador, nem mesmo do magistrado, dada a indisponibilidade de seu conteúdo, surge a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata.

Entendendo que os direitos fundamentais são normas válidas para toda a ordem jurídica, a teoria da eficácia horizontal imediata defende a vinculação direta destes direitos aos indivíduos. Sendo assim, independente de existir uma norma legal que concretize tal direito e antes mesmo que um juiz conceda a fruição daquele direito naquele caso concreto analisado, os direitos fundamentais existem e devem ser exigidos, inclusive no tráfico jurídico-privado.

Sendo desnecessária a presença de intermediários, os direitos subjetivos privados dos indivíduos tem origem direta nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Mesmo surgindo na Alemanha, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais não logrou muito êxito neste território, sendo majoritária, na verdade, em países como a Espanha, Portugal, Itália e Argentina<sup>10</sup>.

Antes de prosseguir, vale ressaltar que a teoria da eficácia horizontal direta e indireta dos direitos fundamentais não são excludentes, e sim compatíveis, uma vez que a vigência imediata não impede o respectivo reflexo desse direito através da lei ou de decisão judicial que o reconheça.

Independente da teoria adotada, a defesa dos direitos fundamentais na esfera privada vai de encontro à tese liberal de que os direitos de defesa podem ser exigidos tão somente em face do Estado. Isso porque, a ordem jurídica privada não está divorciada da Constituição. A questão é estabelecer uma concordância entre os direitos fundamentais e a autonomia individual.

Enquanto em países como Itália, Espanha e Portugal a discussão acerca do alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares já se encontra bastante

---

<sup>10</sup> Para ter uma panorama geral sobre as mais divergentes aplicações da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nos países citados, conferir: (SARMENTO, 2004, p. 245 em diante).

amadurecida, no Brasil este assunto apenas vem ganhando força recentemente e ainda reclama o devido enfrentamento.

A Constituição Federal de 1988 não previu expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Contudo, estabeleceu em seu artigo 5º, §1º, de maneira clara e enxuta, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Como visto, o constituinte originário não fez nenhuma distinção, motivo pelo qual é vedado ao intérprete criar entraves à extensão destes direitos às relações entre pessoas e entidades privadas.

A questão primordial a ser abordada aqui consiste, na verdade, na indagação dos parâmetros de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na ordem jurídica brasileira.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 398) faz importante distinção acerca da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada em razão da igualdade ou desigualdade dos indivíduos envolvidos promovida pela detenção de poder social.

Quando as relações entre particulares ocorrem em condições de relativa igualdade, a tendência da doutrina é defender a aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais. Nesse sentido, impõe-se, tão somente, uma interpretação das normas privadas em consonância com as normas constitucionais de direitos fundamentais.

Todavia, quando os particulares relacionados são manifestadamente desiguais, de modo que apenas uma das partes é detentora do poder social, constata-se a existência de relativo consenso acerca da possibilidade de transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais à esfera privada, uma vez que, neste caso, cuida-se de relações de poder desiguais, tais como aquelas estabelecidas entre os particulares e o poder estatal (SARLET, 2015, p. 398).

Como visto, quando se trata de relações desiguais de poder entre particulares, a doutrina tende a equiparar o particular detentor de poder aos Poderes Públicos. Neste contexto, identifica-se uma disseminação dos centros de poder,

demonstrando que o predomínio do poder não está concentrado apenas no Estado, mas principalmente nas grandes empresas, constituindo obstáculos aos direitos fundamentais.

A eficácia da incidência dos direitos fundamentais será diretamente proporcional ao grau de poder exercido pela parte detentora da soberania privada. Sendo assim, nas relações privadas de poder, defender-se-ia a eficácia dos direitos fundamentais em benefício da parte vulnerável da relação, em detrimento da autonomia privada da parte detentora do poder privado (AIRES, 2007, p. 146 e 147).

Conforme já assinalado, de forma geral, a relação de emprego é marcada pela desigualdade, uma vez que a hipossuficiência do empregado lhe impede de formar sua vontade de maneira livre e consensual. Neste caso, a desigualdade se converte em falta de liberdade, uma vez que os contratantes não dispõem da mesma liberdade para ajustar uma relação jurídica.

Inobstante a relação de trabalho ser considerada juridicamente igual, faticamente ela é marcada por grande desigualdade, uma vez que apenas uma das partes é detentora do poder econômico e social, supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto na contratação, como durante a prestação de serviços (AIRES, 2007, p. 149).

Nas relações marcadas pela assimetria de poderes, como é o caso da relação laboral, não há que se falar em prevalência da autonomia privada. A desigualdade existente é exatamente o que promove a incidência imediata dos direitos fundamentais, de modo, inclusive, bastante peculiar, quando comparada as demais relações privadas, sendo proporcional às distintas características que marcam esta relação.

Na circunstância descrita, ou seja, na relação jurídica de emprego padrão, reconhecemos a aplicabilidade da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. Entretanto, quando trazemos este conceito doutrinário a análise da relação de trabalho subordinado prestado pelo trabalhador a uma micro, ou mesmo

a uma pequena empresa, devemos nos questionar se as desigualdades entre as partes persiste ao ponto de tornar razoável a aplicação da mencionada teoria.

Claramente a relação entre empregador e empregado é uma relação entre particulares, uma vez que não existe a presença direta do Estado. Contudo, considerando que o poder está centralizado nas mãos de apenas uma das partes, este particular exerce autoridade similar a do Poder Público. De certo que este poder está diretamente relacionado ao tamanho da empresa, motivo pelo qual quando falamos das micro e pequenas empresas levamos em conta a sua fragilidade em relação a seus empregados.

Em razão dessa possível condição de igualdade entre particulares, passaremos a investigar as peculiaridades das micro e pequenas empresas a fim de averiguar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre elas e seus empregados.

## **4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

### **4.1 O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho considera empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Citada previsão legal admite que o empregador, seja pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, é a própria empresa, ou seja, a atividade econômica organizada, que mantenha com uma pessoa física relação jurídica.

Em outras palavras, empregador é todo aquele que utiliza a prestação de serviços de um empregado para colocar em prática seu objetivo social, independente de alteração em sua estrutura jurídica, titularidade ou propriedade (artigos 10 e 448 da CLT<sup>11</sup>).

Dentre as tantas formações empresariais empregadoras admitidas, encontram-se as micro e pequenas empresas. Existem alguns critérios que podem ser utilizados para diferenciar uma microempresa (ME) e uma empresa de pequeno porte (EPP) de outras organizações empresariais mais complexas. Dentre estes critérios estão a receita bruta e o número de empregados.

A receita bruta consiste no valor total obtido anualmente com os rendimentos realizados, seja com a venda dos produtos ou com o oferecimento de serviços.

---

<sup>11</sup> Consolidação das leis do trabalho - CLT:

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

De acordo com a Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, para o ano de 2018, ser considerado microempresa a receita bruta deve ser igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Já para se enquadrar como empresa de pequeno porte a receita bruta deve estar compreendida entre o valor anteriormente mencionado e até R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Para fins de esclarecimento do termo utilizado acima, receita bruta consiste no produto da “venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultados das operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”, inteligência do parágrafo primeiro do artigo 3 da Lei Complementar nº 123 de 2006.

No que concerne ao número de empregados, de acordo com a definição do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (IPEA, 2012, p.18), as microempresas são aquelas que, no caso de comércio e serviços empregam até 9 pessoas, ou no caso de setores industriais ou de construção, empregam até 19 pessoas. Já as empresas de pequeno porte são definidas como as que empregam entre 10 a 49 pessoas no setor de comércio e serviços, e entre 20 a 99 pessoas no caso de indústria e empresas de construção.

Segundo o Panorama de Pequenos Negócios do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE-SP, 2017, p. 6), estas empresas estão concentradas, principalmente, no setor de serviços (41%) e comércio (37%), abrigando 49% de todos os empregos formais firmados no Brasil, e correspondendo a 27% de todo o produto interno bruto (PIB).

Inobstante tratar-se de empresas de pequeno porte, não podemos ignorar a importância delas para a economia de nosso país. Possuidoras de inerentes peculiaridades, e notória desvantagem em relação às concorrentes de maior porte, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu-lhes tratamento favorecido.

Neste diapasão, imprescindível a incidência do princípio da igualdade, a partir do qual leva-se em consideração as peculiaridades das situações e sujeitos envolvidos a fim de estabelecer disciplina compatível e diferenciada a cada caso.

A aplicação do princípio da igualdade, neste caso, se dá através de tratamento jurídico diferenciado seguindo o caminho da maior simplificação (em, em certos casos, até mesmo eliminação ou redução) das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, conforme se verá a seguir (GARCIA, 2014, p. 47).

A Constituição Federal de 1988, quando define os princípios da ordem econômica em seu artigo 170, IX, estabelece que, esta ordem, 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”.

Não se contentando em enunciar o princípio do tratamento favorecido, a Constituição ainda estabeleceu, em seu artigo 179, que

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las com a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Em razão da citada disposição constitucional, várias leis foram criadas a fim de estabelecer normas simplificadoras nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. A penas a título de exemplificação, passaremos a comentar as modificações trazidas por algumas delas.

Em 28 de março de 1994 foi editada a Lei número 8.864 que, dentre inúmeras outras disposições, estabeleceu o ressarcimento do valor pago a título de honorários periciais para a avaliação de condições de insalubridade e periculosidade pagos pelas micro e pequenas empresas, caso o laudo concluísse pela inexistência dessas condições.

Após a aprovação do Plano Real foi editada a Lei 9.317 de 5 de dezembro de 1996, resultante da conversão da Medida Provisória 1.526 de 5 de novembro de 1996, responsável por regular o regime tributário das microempresas e empresas de pequeno porte, criando o Sistema integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições chamado de SIMPLES.

Outras leis ordinárias, tais como a 10.034/2000, a 10.637/2002, a 10.684/2003 e a 10.964/2004 ampliaram as empresas optantes pelo SIMPLES Nacional (ZANGARI JÚNIOR, 2007, p. 39).

A Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 trata da recuperação judicial, extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária, prevendo plano de recuperação judicial especial para as microempresas e empresas de pequeno porte, garantindo-lhes o pagamento em até 36 parcelas, com juros de 12% ao ano.

Em 2003, a Emenda Constitucional nº 42 modificou a Constituição Federal para definir, em seu artigo 146, a possibilidade de Lei Complementar 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.

No intuito de regulamentar citado dispositivo constitucional, em 14 de dezembro de 2006 foi promulgada a Lei Complementar número 123, responsável por instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Foram apensadas ao referido estatuto, diversas disposições legislativas por conexão com a matéria, motivo pelo qual este diploma legal estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas referentes a um modelo simplificado de tributação, medidas de redução da burocracia, cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias e estímulo ao crédito (ZANGARI JÚNIOR, 2007, p. 40).

Na seção I, do capítulo IV, o §3º do artigo 3 dispõe que as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional<sup>12</sup> estão dispensadas do pagamento de contribuições instituídas pela União, “inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviços social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o artigo 240 da CF/1988”.

O artigo 51, disposto na seção II, do capítulo VI, versa sobre a “simplificação das relações de trabalho”, elencando as desobrigações trabalhistas das micro e pequenas empresas em seus incisos. O inciso primeiro dispõe sobre a dispensa de fixação de quadro de trabalho em suas dependências. Importante esclarecer que referido “quadro de trabalho” não se confunde com a anotação da jornada do trabalho dos empregados, entrada e saída, a qual mesmo as micro e pequenas empresas estão obrigadas desde que os estabelecimentos contem com mais de 10 trabalhadores, conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 74 da CLT<sup>13</sup>.

Os próximos incisos tratam da dispensa da anotação das férias dos empregados em livro ou ficha de registros, da dispensa de comunicar a concessão de férias coletivas à entidade fiscalizadora e da possibilidade de fazer-se substituir por representante legal na Justiça do Trabalho, ainda que este não possua vínculo trabalhista ou societário, a fim de expandir o acesso à Justiça do Trabalho<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Apenas a título de esclarecimento superficial, pode-se afirmar que o Simples Nacional implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos impostos e contribuições descritos no artigo 13, caput, da Lei Complementar 123/2006.

<sup>13</sup> Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 74 - 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.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 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.

<sup>14</sup> Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006:

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;

III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;

IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e

V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Não obstante as dispensas acima delineadas, o legislador complementar não desobrigou as micro e pequenas empresas de realizar anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social, de arquivar documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias até a prescrição, de apresentar guia comprovante de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), bem como apresentação das relações anuais de empregados e informações sociais<sup>15</sup>.

No que diz respeito às obrigações referentes à segurança e higiene do trabalho, a citada lei complementar não confere qualquer tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas. Salvo quanto à possibilidade de formação de consórcios a fim de reduzir custos decorrentes da contratação de especialistas na área de saúde na concretização das normas de saúde e segurança do trabalho impostas a todas as empresas, independente do porte<sup>16</sup>.

A respeito da fiscalização e imposição de multas em razão do descumprimento da legislação trabalhista, o legislador ordinário ordena a autuação assim que identificado o descumprimento. Sendo exigida a dupla visita para a autuação do empregador apenas nos casos de promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, desde que em relação exclusivamente aos novos atos; ou na hipótese da primeira inspeção do local de trabalho ocorrer em estabelecimento recém inaugurado<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006:

Art. 52. O disposto no art. 51 desta Lei Complementar não dispensa as microempresas e as empresas de pequeno porte dos seguintes procedimentos:

I - anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;

II - arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações;

III - apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP;

IV - apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED.

<sup>16</sup> Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006:

Art. 50. As microempresas e as empresas de pequeno porte serão estimuladas pelo poder público e pelos Serviços Sociais Autônomos a formar consórcios para acesso a serviços especializados em segurança e medicina do trabalho.

<sup>17</sup> Consolidação das leis do trabalho:

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:

Conforme demonstrado, excluindo as hipóteses acima delineadas, a ordem é de lavrar auto de infração diante de flagrante descumprimento da legislação obreira.

Todavia, prezando pela simplicidade das formações empresariais mais enxutas, o ordenamento jurídico propiciou a aplicação do critério da dupla visita para a lavratura de autos de infração às micro e pequenas empresas. Desde que não seja constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), ou seja o caso de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização<sup>18</sup>.

Resta esclarecido, portanto, que a necessidade de dupla visita para a lavratura de autos de infração pelos auditores fiscais do trabalho revela preferência a critério muito mais amplo e benéfico no caso das microempresas e empresas de pequeno porte acerca da sua adequação às normas trabalhistas.

Conforme demonstrado, a ordem constitucional brasileira fez questão de deixar claro, em diversos artigos, a necessidade se de dispensar tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas.

Entretanto, independente das disposições constitucionais favorecedoras acima mencionadas, no que concerne a legislação trabalhista, não existe extenso tratamento favorecido capaz de desburocratizar e facilitar a vida daqueles que investem em pequenos negócios.

---

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.

<sup>18</sup> Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006:

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser 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.

[...]

Apenas aspectos preponderantemente formais, administrativos e burocráticos, que envolvem a documentação das microempresas e empresas de pequeno porte são considerados pela legislação como passíveis de serem relativizados. Desde que, segundo a doutrina mais conservadora, não acarrete prejuízo aos direitos sociais e trabalhistas de seus empregados (GARCIA, 2014, p. 55).

Constitui-se um direito-dever à desburocratização e à simplificação de procedimentos para que as micro e pequenas empresas consigam efetivamente cumprir os requisitos trabalhistas. O intuito é simplificar, para, por fim, concretizar direitos sociais. Dessa forma, correto afirmar que a legislação pátria não admite desburocratização que cause prejuízo aos direitos trabalhistas dos empregados.

Diante do contexto que se instaura, imperioso averiguar as micro e pequenas empresas na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sob alegação de restrita desigualdade entre estas e seus empregados.

O já comentado princípio da igualdade, apenas concretiza justiça no plano da realidade quando respeita as diferenças dos atores relacionados. Buscando tratar desigualmente os desiguais, devemos nos atentar não apenas às hipossuficiências do empregado, mas também às limitações e fragilidades do micro e pequeno empresário.

De acordo com os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, sempre que estamos diante de uma diferença que não é reconhecida pela política da igualdade, esta política se converte, imediatamente, em uma política de desigualdade. Sendo assim, a genuína política da igualdade é aquela que “permite a articulação horizontal entre identidades discrepantes e entre as diferenças em que elas se assentam” (2010, p. 313).

Pelo exposto, propomos aqui a análise da real desproporcionalidade de poder existente entre o empregado e seu empregador no caso deste ser uma micro ou pequena empresa, principalmente nas lides travadas na Justiça do Trabalho.

Sobre as dificuldades enfrentadas pelas empresas de pequeno porte no judiciário trabalhista brasileiro, passamos a analisar as palavras da desembargadora da 3ª Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/São Paulo), Olga Aida Joaquim Gomieri (2004, p. 148):

pela minha experiência na Justiça do Trabalho, tenho visto com frequência que pequenas empresas fecham após altas condenações na Justiça do Trabalho, para as quais não têm nenhum suporte. A maioria dessas altas condenações se dá após receberem a aplicação da pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato, por não terem comparecido à audiência inaugural ou por irregularidades em sua representação. E isso se dá porque são empresas precárias, mal estruturadas, sem qualquer suporte jurídico para seu esclarecimento quanto às consequências de seus atos. Mesmo quando recebem esse suporte jurídico, frequentemente não sabem escolher bons profissionais para defende-las, entrando num círculo vicioso de perdas e mais perdas, acabando por fechar, por dívidas. O que é extremamente desolador, porque é dessas milhões de pequenas empresas espalhadas por esse enorme Brasil que advém milhares e milhares de novos empregos.

Tomando por base os casos vivenciados em sua atuação na magistratura trabalhista desde 1981, a mencionada desembargadora defende a necessidade de implementação de tratamento judicial diferenciado às micro e pequenas empresas. Segundo ela, a maioria dos micro e pequenos empresários se constituem de ex-empregados ou aposentados por programas de incentivo às aposentadorias, que investem suas pequenas economias no sonho do empreendedorismo, o qual é destruído pela realidade trabalhista (GOMIERI, 2004, p. 148).

Sabendo que a interpretação das provas pode ser feita de diversas maneiras, a desembargadora assevera a necessidade de utilizar o processo judicial para encorajar e reforçar os pequenos empreendimentos. Nesse sentido, defende que o juiz trabalhista “deve ter a sensibilidade de sopesar de forma diferente as provas que são feitas num processo trabalhista contra uma micro ou pequena empresa, sob pena de estar contribuindo para a morte prematura de uma empresa que nascia saudável” (GOMIERI, 2004, p. 149).

Ainda de acordo com a desembargadora, os magistrados não devem se deixar cair na tentação do chamado “juiz bonzinho”, que, com o objetivo de atender o empregado, por entender que este é sempre o mais fraco na relação capital-

trabalho, ignora a possibilidade desse dito capital ser tão frágil como o outro lado (GOMIERI, 2004, p. 149).

Diante da necessidade de manutenção das micro e pequenas empresas para a expansão do emprego e conseqüente desenvolvimento social do nosso país, imprescindível a avaliação cuidadosa dos juízes trabalhistas em cada caso que chegue em suas mãos. Isso porque, uma decisão da Justiça do Trabalho define não apenas o futuro das partes processuais que litigam ali, mas também o destino do desenvolvimento pátrio.

Com mais razão, o Poder Judiciário não pode se furtar de seu papel político, até porque vimos que o Poder Legislativo apenas se limitou a promover superficial desburocratização tributária, administrativa e creditícia, deixando de legislar verdadeiro tratamento favorecido em benefícios daqueles que investem em pequeno negócios.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restou esclarecido no tópico anterior que, a eficácia da incidência dos direitos fundamentais será diretamente proporcional ao grau de poder exercido pela parte detentora da soberania.

Sendo assim, no caso de relações desiguais de poder entre particulares, como no caso de um empregado em face de uma grande empresa, doutrinadores como Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 36) tendem a equiparar o particular detentor de poder aos Poderes Públicos, aplicando a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Já quando os particulares estão em relativa condição de igualdade, como seria o caso da relação de trabalho subordinado prestado pelo trabalhador a uma micro, ou mesmo a uma pequena empresa, entendemos pela aplicação da eficácia dos direitos fundamentais apenas de maneira indireta, a partir da distinção feita por Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 398).

A forma indireta de aplicação dos direitos fundamentais significa que os valores constitucionais apenas poderiam ser utilizados para solucionar um litígio no campo

privado se existisse uma interposição legislativa infraconstitucional que aplicasse o ensinamento constitucional àquela demanda particular.

Em consequência ao exposto, a responsabilidade socioambiental apenas poderia ser aplicada às micro e pequenas empresas de forma mitigada, sendo necessária legislação infraconstitucional atribuindo-lhe determinada incumbência, em razão da restrita desigualdade identificada entre estas e seus empregados na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Necessário esclarecer, a fim de não ser mal interpretado, que não defendemos aqui a legalização do desrespeito aos direitos sociais fundamentais por parte dos micro e pequenos empresários, mas sim um estímulo ao fiel cumprimento da regulamentação laboral a fim de aumentar a segurança dos empregados e, inclusive, a arrecadação fiscal.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra limites, portanto, na coexistência de direitos constitucionalmente assegurados a cada um dos particulares integrantes da relação jurídica. Como é o caso da condenação de uma micro ou pequena empresa a arcar com todos os salários de um empregado envolvido no limbo previdenciário-trabalhista em razão de um erro de diagnóstico do INSS. Isto sem falar, é claro, do custo com a remuneração de outro empregado, aquele verdadeiramente apto que permanece prestando serviços em substituição àquele que o INSS insiste em conceder alta médica.

Em razão de todo o exposto, passamos a analisar a existência de colisão de princípios garantidores de direitos fundamentais nos casos de incapacidade e aptidão para o trabalho nas micro e pequenas empresas em razão das peculiaridades anteriormente delineadas.

## 4.2 INCAPACIDADE E APTIDÃO PARA O TRABALHO NAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS: IDENTIFICANDO A COLISÃO DE PRINCÍPIOS GARANTIDORES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Após toda a fundamentação já exposta, chegamos ao questionamento central desta pesquisa: É possível identificar colisão de direitos fundamentais na obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado considerado apto pela autarquia previdenciária e inapto pelo médico de confiança da micro e pequena empresa?

Vimos que o limbo jurídico previdenciário trabalhista releva uma situação bastante incômoda. O erro de diagnóstico do perito médico do INSS provoca sérios prejuízos a ambas as partes da relação de emprego. Seja o empregado que deixa de receber o benefício previdenciário que lhe seria devido em razão de sua verdadeira incapacidade, seja o empregador compelido a remunerar dois trabalhadores, tanto o incapaz como aquele que prestará serviços em substituição ao primeiro. A obrigação financeira descrita é ainda mais cruel no caso das micro e pequenas empresas, diante de sua fragilidade econômico-estrutural.

Neste contexto, identificamos, principalmente, dois direitos fundamentais conflitantes. De um lado o direito à saúde e ao trabalho do obreiro, do outro o direito à proteção da propriedade privada e o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

Diante da resposta apresentada à primeira pergunta que orienta esta pesquisa, seguimos em busca da resposta à segunda indagação: Identificada a colisão de direitos fundamentais, qual deve ser o tratamento dado às micro e pequenas empresas?

Buscaremos a resposta à última pergunta alicerçados sob duas perspectivas. A primeira será a partir da imposição de limites à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e à responsabilidade socioambiental das micro e pequenas empresas.

A segunda será a partir da Lei de Colisão concebida pelo doutrinador alemão Robert Alexy, e seu critério de resolução de conflitos de direitos fundamentais composto pelas fases da adequação, necessidade e proporcionalidade.

#### **4.2.1 Limites à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e à responsabilidade socioambiental**

Vimos no capítulo terceiro que o ordenamento jurídico brasileiro assegura proteção ao direito a propriedade privada, aqui incluídas as empresas, a partir de duas finalidades: uma que incentiva e outra condiciona o seu exercício.

Nesse sentido, a mesma legislação que protege a empresa, sendo esta responsável pelo desenvolvimento social, pela criação de empregos, receitas fiscais e pela produção de produtos e serviços, também exige que a mesma não atue apenas a fim de satisfazer seus interesses individuais, mas atendendo também às necessidades da sociedade.

Inobstante, vimos que no contexto do limbo previdenciário trabalhista, a responsabilidade socioambiental empresarial é utilizada pela jurisprudência para condenar o empregador a arcar com os salários do empregado inapto para o trabalho, sob o pretexto de garantir a proteção à saúde e ao trabalho quando, na verdade, o objetivo desta decisão é minorar os efeitos dos erros periciais constantemente cometidos pela autarquia previdenciária.

Os sujeitos envolvidos no limbo previdenciário trabalhista que chegam até a Justiça do Trabalho são, empregado e empregador, ambos pessoas privadas titulares de direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo, analisaremos esta problemática sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Neste caso, presenciamos a colisão de direitos fundamentais antagônicos e pertencentes a titulares distintos, pois enquanto o empregado é titular dos direitos

fundamentais à saúde e ao trabalho, ao micro e pequeno empregador deve ser garantido o direito à proteção da propriedade privada e o direito ao tratamento diferenciado garantido constitucionalmente.

A partir dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 398), já identificamos que, nas relações entre particulares, os parâmetros de incidência dos direitos fundamentais variam em razão da igualdade ou desigualdade dos indivíduos envolvidos promovida pela detenção de poder social.

Na relação jurídica de emprego padrão, parece-nos perfeitamente aplicável a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente devem ser usufruídos diretamente pelos particulares.

Contudo, quando aplicamos este conceito doutrinário a análise da relação de trabalho subordinado prestado pelo trabalhador a uma micro, ou mesmo a uma pequena empresa, devemos levar em conta sua fragilidade econômico-estrutural diante de seus empregados. Sendo assim, em razão da possível condição de igualdade entre particulares, torna-se necessário, impor limites a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de modo a aceitar, tão somente, sua aplicação de forma indireta.

A ideia é que os princípios de direito constitucional sejam utilizados como mecanismos interpretativos de preceitos de direito privado ou, no máximo, colmatando lacunas, mas sempre dentro do ideal do direito privado. Em outras palavras, significa que os conflitos de direito privado “devem ser resolvidos por regras de direito privado, criadas pelo Estado legislador, ou por intermédio da solução jurisdicional com aplicação do direito privado, apenas à luz da norma fundamental”. (COSTA, 2010, p. 126).

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais entende que, diante da igualdade de condições, estes apenas podem ser aplicados às relações privadas por intermédio de regulação legislativa do direito privado. Admite-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas não de

forma direta. Ou seja, é exigida a existência de uma lei infraconstitucional típica de direito privado para compatibilizar a aplicação de direitos fundamentais sobre os particulares.

Resta clara a inexistência de lei regulamentadora no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Aliás, é exatamente em razão dessa inexistência, que o problema aqui enfrentado é denominado, pela doutrina e jurisprudência, como “limbo” jurídico, o que significa, em outras palavras, um momento jurídico contratual esquecido pelo ordenamento.

Diante da inexistência de regulamentação e da aparente equivalência de condições entre o empregado e o micro e pequeno empregador no problema em análise, se torna inadmissível que os julgadores trabalhistas continuem condenando estes empregadores a arcar com todos os salários de um empregado inapto, inserido no limbo jurídico, sob o fundamento de proteger os direitos ao trabalho e à saúde deste, pelo fato destes serem direitos constitucionalmente garantidos.

Em geral, os empregadores são tratados como se integrassem uma categoria única de indivíduos que comungam das mesmas características, benefícios e dificuldades. Inobstante o direito ao tratamento diferenciado garantido pela Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro não cuidou atenção especial às necessidades das empresas de pequeno porte.

A aplicação do direito, singularmente do direito do trabalho, à realidade, deve funcionar com a finalidade de facilitar o funcionamento da economia e assegurar a melhoria das condições de vida e trabalho.

Portanto, não faz justiça no caso concreto o aplicador do direito que exige de uma micro ou pequena empresa, o cumprimento, em condições igualitárias, das obrigações legais impostas às grandes empresas. Sendo assim, torna-se imprescindível observar não apenas os direitos adquiridos pelos trabalhadores, mas também criar soluções para as demandas empresariais mais frágeis.

Da mesma forma que o ordenamento jurídico trabalhista possibilita tratamento diferenciado aos obreiros que se encontram em situações que o distingam, também é necessário dispender tratamento diferenciado aos diversos tipos de empregadores no que concerne a sua obrigação de concretizar os direitos trabalhistas.

Diante de todo o exposto, defendemos neste trabalho a posição de que, o tratamento diferenciado garantido constitucionalmente às micro e pequenas empresas impõe limites à aplicação da teoria da responsabilidade socioambiental da empresa, bem como enseja a aplicação indireta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sendo assim, na busca pela definição de qual deve ser o tratamento dado às micro e pequenas empresas, passaremos a analisar a colisão de direitos fundamentais que aqui se discute a partir do critério de resolução de conflitos projetado pelo doutrinador alemão, Robert Alexy.

#### **4.2.2 Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**

Vimos que a Carta Magna de 1988 positivou diversos direitos fundamentais em seu texto, os quais são passíveis de entrar em colisão constantemente nas mais cotidianas das situações. Dentre as corriqueiras situações, está o limbo jurídico previdenciário trabalhista envolvendo as micro e pequenas empresas.

No momento de decidir sobre o custeio do período no qual o empregado encontra-se sem receber benefício previdenciário, nem mesmo salário, o julgador está diante da colisão do direito à saúde e ao trabalho do empregado de um lado, e o direito a proteção e ao tratamento diferenciado do micro e pequeno empregador do outro.

Diante do mencionado conflito, os direitos do empregado são sopesados pela jurisprudência como preponderantes em face dos direitos fundamentais do

empregador. Contudo, pela fundamentação já exposta, entendemos que o tratamento diferenciado garantido constitucionalmente às micro e pequenas empresas impõe limites à aplicação da teoria da responsabilidade socioambiental da empresa, bem como enseja a aplicação indireta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A partir do entendimento exposto, seguimos na busca pela definição da melhor decisão diante da colisão enfrentada. Para tanto, a metodologia mais aconselhável parece ser o critério da proporcionalidade idealizado pelo jurista alemão Robert Alexy com base na jurisprudência alemã. Esta teoria está sendo amplamente incorporada no Brasil tanto pela doutrina como pelo Poder Judiciário.

De acordo com a teoria do citado doutrinador (ALEXY, 1999, p. 73), qualquer colisão pode ser solucionada se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações forem efetuadas e sacrifícios forem feitos. A questão, segundo ele, é como isso deve ocorrer, motivo pelo qual, para chegar a resposta, primeiramente devem ser tomadas decisões acerca da definição da estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

Já foi comentado neste trabalho que os direitos fundamentais são, verdadeiramente, direitos do homem transformados em direito positivo. Sendo direito positivo, para continuar, torna-se necessário esclarecer se os direitos fundamentais têm caráter de regra ou de princípio dentro do ordenamento jurídico, uma vez que, como visto, a solução do problema da colisão de direitos depende desta decisão.

Convém esclarecer que, nos desobrigamos de trazer a divergência doutrinária acerca deste tema e nos limitamos a utilizar a proposta do doutrinador alemão, Robert Alexy.

A fim de delinear o entendimento do citado autor, necessário posicioná-lo como jurista pós-positivista que, inspirado no conceito de norma de Ronaldo Dworkin, avança na conceituação e desmembramento da norma, elastecendo o conceito de princípios, não os restringindo a órbita dos direitos individuais (BRANCO, 2007, p. 87).

A concepção pós-positivista alemã encerra a concepção de princípios como referências universais e genéricas que apenas inspirariam as normas que dele derivavam. Em Alexy, o sistema jurídico é composto tanto por regras, como por princípios, pois ambas são espécies do gênero norma jurídica.

Princípios seriam “normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas” (ALEXY, 1999, p. 74). Sendo assim, para Alexy, princípios funcionariam na ordem jurídica como “mandamentos de otimização”.

Já as regras são normas que apresentam apenas duas possibilidades, podem ser cumpridas ou não. Ou seja, se uma regra é válida, “é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, mandamentos definitivos” (ALEXY, 1999, p. 75).

Os princípios compõem o universo daquilo que é considerado obrigatório e, nessa condição, determinando que algo seja realizado o mais amplamente possível, diferente das regras que apenas são aplicadas por via de simples subsunção jurídica.

Segundo Robert Alexy (1999, p. 75), caso entendêssemos os direitos fundamentais como regras, admitiríamos aplicar a teoria das regras dos direitos fundamentais no caso de colisão. Contudo, esta teoria exige a declaração de, em caso de colisão, ao menos uma das normas colidentes seja declarada inválida ou juridicamente não-vinculativa. Sendo assim, caso não pudesse ser cumprida completamente, forte seria a pressão de entender os direitos fundamentais como meros princípios programáticos, ou seja, norma não necessariamente vinculativa.

Enquanto a teoria das normas conhece somente uma alternativa, a da validez ou a da invalidez, entender os direitos fundamentais como princípios, possibilita, no caso de colisão, intervir na aplicabilidade do direito a partir da ponderação de interesses.

Nas palavras do jurista alemão, a teoria dos princípios possibilita “levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados” (ALEXY, 1999, p. 79). Nesta ponderação, o particular torna-se dependente de uma “reserva do possível” no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade (ALEXY, 1999, p. 79).

Em benefício do corpo social como um todo e afim de concretizar a constituição, o doutrinador alemão parte do pressuposto de que os direitos fundamentais têm status de princípios. Para, no caso de colisão, realizar a ponderação de procedências e pesos no caso concreto a partir da Lei da Colisão.

Como ferramenta analítica da Lei da Colisão, Robert Alexy propõe o critério da proporcionalidade, o qual é composto por três fases distintas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

A adequação diz respeito a aplicação do princípio no caso concreto em exame de acordo com a sua real finalidade, sem desvio de finalidade. Ou seja, o meio empregado para o alcance do resultado deve ser idôneo.

A necessidade corresponde a verificação se a aplicação da teoria da proporcionalidade seria o único meio possível e existente para a resolução daquele conflito de princípios garantidores de direitos fundamentais. Nesta etapa seria verificado, também, se a colisão seria o meio empregado mais benéfico e menos restritivo ao indivíduo. Se existe um meio mais ameno, menos interventor, este deve ser preferido (ALEXY, 1999, p. 79). A última fase consiste na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, subdividida em duas “leis de ponderação”.

A primeira refere-se à relação “custo-benefício” entre a escolha por um princípio em detrimento do outro e as consequências desta escolha. Neste momento torna-se necessário diagnosticar qual o corolário razoavelmente mais importante para àquele caso concreto (ALEXY, 1999, p. 79).

A segunda lei é baseada na análise da dimensão da intervenção naquele direito fundamental, uma vez que, quanto maior for a intromissão, maior também deverão ser os fundamentos que justificam a adoção daquela medida para aquele caso concreto (ALEXY, 1999, p. 79).

Como visto, a teoria formulada por Robert Alexy não propõe nenhuma precedência entre direitos fundamentais, sendo necessária a ponderação no caso concreto a partir da aplicação das três fases de sua teoria, conforme veremos a seguir.

No caso do limbo jurídico previdenciário trabalhista, quando a jurisprudência condena uma micro ou pequena empresa a reintegrar (ou indenizar) o empregado considerado apto pela autarquia previdenciária e inapto pelo seu médico do trabalho de confiança, faz prevalecer os direitos fundamentais do empregado à saúde e ao trabalho em detrimento aos direitos, também constitucionalmente garantidos, à proteção da propriedade privada e do tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas.

Conforme já delineado nesta pesquisa, o trabalhador envolvido no limbo previdenciário trabalhista está, na grande maioria das vezes, verdadeiramente doente. Sendo assim, a reintegração é prejudicial tanto para ele como para a empresa. Sabendo disso, a jurisprudência acaba por dar preferência à indenização, uma vez que aquele obreiro está efetivamente inapto para o trabalho.

Neste caso, a condenação da empresa ao pagamento da indenização substitutiva ao pagamento dos salários do período no qual o empregado não laborou efetivamente não resolve a situação do obreiro que continua doente, tão somente penaliza a empresa por um provável erro que, na verdade, foi cometido pela autarquia previdenciária.

Sendo assim, podemos afirmar que não existe adequação, uma vez que a medida adotada, qual seja, a condenação da empresa ao pagamento e indenização substitutiva dos salários, não é capaz de promover os direitos fundamentais à saúde e ao trabalho do obreiro, pois, neste caso, ele continua doente e sem exercer nenhum trabalho, nem mesmo cuidando da recuperação da sua saúde.

Como visto, além de não concretizar os direitos fundamentais do empregado, ainda penaliza as micro e pequenas empresas, estabelecimentos economicamente muito frágeis para suportar tal imposição.

Entendemos que a solução mais adequada para esta colisão de direitos fundamentais, seria a procura de um meio termo. O trabalhador doente não pode ser relegado sem receber benefício previdenciário ou salários logo no momento que mais precisa. A micro e pequena empresa não pode ser condenada a arcar com a indenização de todo o período do limbo pois este encargo é capaz de promover sua decadência.

O meio termo exato seria o pagamento de metade do valor devido a título de indenização. Contudo, torna-se necessário que a jurisprudência encontre a proporcionalidade a depender do caso concreto, de modo que a condenação pode variar de acordo com o porte da empresa, o qual é definido pelo número de empregados e pelo faturamento anual.

Sendo assim, quanto mais empregados possui a empresa e quanto maior seu faturamento anual, proporcionalmente maior será sua estrutura financeira capaz de suportar os salários de um empregado doente que tenha sido considerado apto pela autarquia previdenciária. O inverso também se mostra verdadeiro.

Neste momento, identificamos que a proposta trazida neste trabalho compreende também a segunda fase da Lei de Colisão proposta por Robert Alexy, qual seja, a necessidade. Isso porque, a aplicação da proporcionalidade no quantum condenatório se mostra como o único meio possível e existente para a resolução do conflito de princípios garantidores de direitos fundamentais no limbo previdenciário trabalhista.

Ademais, a proporcionalidade da condenação se apresenta como o meio menos maléfico para ambas as partes, pois não restringe completamente o direito do empregado ao mesmo tempo que não o deixa desamparado. No mesmo sentido, não desobriga a empresa de se responsabilizar pela função social de seu

empreendimento e pela saúde de seu empregado, como também não lhe impõe uma condenação tamanha que lhe impossibilite a continuidade.

Se existe um meio mais ameno, menos interventor, este deve ser preferido. E, neste caso, este meio seria vincular o quantum da condenação ao porte empresarial do empregador. Assim, estaríamos diante da máxima realização da adequação e da necessidade em relação às possibilidades fáticas (ALEXY, 2008, p. 588).

Enquanto “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2008, p. 188), a máxima da proporcionalidade relaciona-se ao fato de princípios “serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 188).

Aqui vislumbramos também o preenchimento da terceira e última fase da Lei de Colisão, a qual consiste na aplicação do critério da proporcionalidade em sentido estrito.

A vinculação do quantum da condenação ao porte empresarial do empregador se mostra como a melhor relação “custo-benefício” entre a ponderação dos direitos fundamentais em jogo, de modo que saímos da relação “tudo ou nada” que predomina na jurisprudência atual.

A compatibilidade de nossa resposta se mostra perfeita, inclusive, na segunda lei da proporcionalidade, a qual delimita que, quanto maior for a restrição a um direito fundamental, maior deverão ser os fundamentos que justificam a adoção da medida restritiva.

Nesse sentido, sabemos que os direitos do empregador em questão, qual seja, o respeito à propriedade privada e ao tratamento diferenciado não são protegidos constitucionalmente o suficiente para se sobrepor ao direito à saúde e ao trabalho do empregado de modo que nada a título de indenização salarial lhe seja devido no período compreendido dentro do limbo jurídico previdenciário trabalhista.

Da mesma forma o respeito ao direito ao trabalho e a saúde de um único empregado, utilizado como justificativa para minimizar os efeitos de um erro cometido pelo INSS, não pode ser fundamento suficiente para justificar uma condenação incompatível com a poder financeiro de uma micro ou pequena empresa, podendo causar-lhe, inclusive, a falência e o desemprego de outros empregados.

Propor o enfrentamento do direito à saúde e ao trabalho do empregado inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista, em face da proteção ao direito de propriedade não significa desconsiderar os direitos sociais em benefício do lucro empresarial. Até porque o desenvolvimento social se concretiza a partir da edificação das empresas inseridas na sociedade.

Ademais, para o trabalhador não faz diferença se o valor recebido é a título de salário ou de benefício previdenciário. Já o micro e pequeno empresário é onerado de sobremaneira ao ser obrigado a ressarcir um erro do INSS.

No caso em tela, condenar a empresa a pagar os salários do empregado no período em que o mesmo deveria estar recebendo, na verdade, benefício previdenciário em razão da sua incapacidade laborativa, não nos parece ser o meio que intervêm de modo menos intenso na relação entre particulares detentores de direitos fundamentais.

Conforme lecionado por Robert Alexy (2008, p. 591), diante da colisão de direitos fundamentais, é necessário identificar um meio que intervenha menos e seja igualmente adequado, de modo que uma posição seja melhorada sem que isso corra às custas da outra posição.

Referido posicionamento consiste na vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais o que, frente a toda argumentação trazida, apenas poderia ser efetivada alicerçada na vinculação do quantum condenatório ao porte econômico do micro ou pequeno empresário inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista.

Conclusivamente, passamos a reafirmar, agora de forma resumida, as respostas das duas perguntas feitas na introdução desta dissertação.

A primeira diz respeito à possibilidade de identificar colisão de direitos fundamentais na obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Identificamos, principalmente, a colisão de princípios constitucionalmente garantidores de quatro direitos fundamentais, quais sejam: o direito à saúde e ao trabalho do obreiro de um lado, e o direito à proteção da propriedade privada e ao tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas de outro.

Sendo afirmativa, portanto, a resposta à primeira pergunta, passamos a análise do segundo questionamento: qual tratamento deve ser dado às micro ou pequenas empresas?

Entendemos que o tratamento jurídico diferenciado garantido pela Constituição Federal de 1988 às micro e pequenas empresas impõe limites à aplicação da teoria da responsabilidade socioambiental da empresa, bem como enseja a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais apenas de forma indireta. Sendo assim, o tratamento mais adequado e proporcional seria vincular o quantum indenizatório ao porte econômico da micro ou pequena empresa inserida no limbo jurídico previdenciário trabalhista. Dessa forma, os direitos ao trabalho e à saúde do empregado não estariam completamente desamparados, bem como a condenação ao pagamento de salários por serviço não prestado não impossibilitaria a continuidade da vida econômica da empresa, responsável pela empregabilidade e desenvolvimento social.

## CONCLUSÃO

1. A previdência social, definida como um seguro de filiação obrigatória de todos os que exercem atividade laborativa remunerada, concede, àqueles que contribuíram, benefícios diante da ocorrência de um sinistro que lhes retirem a capacidade de trabalhar.

Intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a previdência social é tradicionalmente apontada como direito humano de 2ª geração, cultuando a necessidade de proteger os cidadãos em um âmbito coletivo, assegurando-lhes, dentre outros, direitos relativos ao trabalho e a subsistência, como também o amparo à doença e à velhice. Além de direito humano de 2º geração, a Constituição Federal de 1988 consagrou a previdência social como direito fundamental em seu artigo 6º, contido dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

2. Assim como a Previdência Social, o trabalho humano e a saúde também são direitos humanos fundamentais, motivo pelo qual, é de responsabilidade de todos, e dever do Estado, sua tutela, bem como o oferecimento de meios para que, através do trabalho digno, todos possam, de forma saudável, manter-se a si mesmo e a sua família. Todavia, a saúde dos trabalhadores é habitualmente desrespeitada, incapacitando e afastando obreiros de suas atividades laborativas, obrigando-lhes a requerer benefício previdenciário e sobrepesando os gastos públicos, os quais são suportados por toda a sociedade.

3. Quando a aptidão do trabalhador recebe tratamento diferenciado na perspectiva trabalhista privada e na previdenciária, tem-se a instauração do denominado limbo jurídico previdenciário trabalhista. Sem receber salários, nem mesmo benefício previdenciário, o obreiro se vê obrigado a acionar judicialmente seu empregador. Nestes casos, a jurisprudência trabalhista é uníssona em condenar o empregador a reintegrar o empregado incapacitado, readaptando-o em função compatível com sua limitação, bem como indenizar-lhe os salários do período em que foi obstado o seu retorno até a readaptação.

4. O limbo jurídico previdenciário trabalhista tem origem no “jogo de empurra” firmado entre a divergência de diagnósticos do médico do trabalho contratado pelo empregador e do médico perito representante do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Identificou-se, a partir da análise de pesquisas científicas, que os peritos médicos previdenciários priorizam a justiça como princípio orientador de sua atividade, norteando sua atuação como se fossem ordenadores de despesas públicas, preocupados em racionalizar estas despesas ao invés de realizar uma avaliação pericial isenta ou mesmo sensível ao indivíduo que, na grande maioria das vezes (72%), encontra-se incapaz de prover a própria subsistência através do seu trabalho.

5. A responsabilidade socioambiental de uma empresa é concretizada, dentre outras inúmeras perspectivas, quando respeita o direito ao trabalho e à saúde do trabalhador. Utilizando-se deste argumento, a jurisprudência trabalhista condena os empregadores a reintegrar e indenizar o salário do trabalhador inserido no limbo jurídico previdenciário trabalhista, bem como a arcar com os custos do empregado que efetivamente presta serviços, em substituição do primeiro.

6. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu diante da impossibilidade de equiparar o regime jurídico do indivíduo àquele dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais. Quando se trata de relações desiguais de poder entre particulares, a doutrina defende a equiparação do particular detentor de poder aos Poderes Públicos, de modo que a eficácia da incidência dos direitos fundamentais será diretamente proporcional ao grau de poder exercido pela parte detentora da soberania privada.

7. A relação entre empregador e empregado é uma relação entre particulares, uma vez que não existe a presença direta do Estado. Contudo, considerando que o poder está centralizado nas mãos de apenas uma das partes, este particular exerce autoridade similar a do Poder Público. De certo que este poder está diretamente relacionado ao tamanho da empresa, motivo pelo qual quando falamos das micro e pequenas empresas levamos em conta a sua fragilidade em relação a seus empregados.

8. O ordenamento jurídico brasileiro conferiu às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), em razão de critérios especiais como número de empregados e faturamento anual, tratamento jurídico diferenciado, distinguindo-as de outras organizações empresariais mais complexas. Constitui-se um direito-dever à desburocratização e à simplificação de procedimentos para que consigam efetivamente cumprir a legislação, inclusive, a trabalhista.

9. Cientes de que o Poder Judiciário não pode se furtar de seu papel político, uma vez que uma decisão define não apenas o futuro das partes processuais que litigam ali, mas também o destino do desenvolvimento pátrio, alertamos para a necessidade de atuação dos magistrados trabalhistas em atenção ao fato de que, nem sempre se estará fazendo justiça no caso concreto ao atender ao pedido do empregado por entender que este é sempre o mais fraco na relação capital-trabalho, ignorando a possibilidade desse dito capital ser tão frágil como o outro lado.

10. Identificamos colisão de direitos fundamentais na obrigatoriedade de reintegração (ou indenização) do empregado considerado apto pela autarquia previdenciária e inapto pelo médico de confiança da micro e pequena empresa: De um lado o direito a saúde e ao trabalho do obreiro, do outro o direito à proteção da propriedade privada e o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

11. Defendemos neste trabalho o posicionamento de que, o tratamento diferenciado garantido constitucionalmente às micro e pequenas empresas impõe limites à aplicação da teoria da responsabilidade socioambiental da empresa, bem como enseja a aplicação indireta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

12. Diante da inexistência de regulamentação e da aparente equivalência de condições entre o empregado e o micro e pequeno empregador no problema em análise, se torna inadmissível que os julgadores trabalhistas continuem condenando estes empregadores a arcar com todos os salários de um empregado inapto, inserido no limbo jurídico, sob o fundamento de proteger os direitos ao trabalho e à saúde deste, pelo fato destes serem direitos constitucionalmente garantidos.

13. Na busca pela definição de qual deve ser o tratamento dado às micro e pequenas empresas, analisamos a colisão de direitos fundamentais apresentada a partir do critério de resolução de conflitos projetado por Robert Alexy consubstanciado em três fase distintas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

14. Concluimos que a condenação das micro e pequenas empresas ao pagamento de indenização substitutiva aos salários no limbo jurídico previdenciário trabalhista, não é adequada, pois não é capaz de promover os direitos fundamentais à saúde e ao trabalho do obreiro, que continua doente e sem trabalho, e ainda penaliza as micro e pequenas empresas, estabelecimentos economicamente muito frágeis para suportar tal imposição. Além de não adequada, a decisão que vem sendo tomada pela jurisprudência trabalhista também não obedece ao critério da necessidade, pois nem de longe consiste no meio menos maléfico para ambas as partes.

15. A solução apresentada neste trabalho como a mais adequada para esta colisão de direitos fundamentais, seria a vinculação do quantum indenizatório ao porte econômico da micro ou pequena empresa. Assim, não são restringidos completamente os direitos ao trabalho e à saúde do empregado, deixando-o desamparado, ao mesmo tempo que não desobriga a empresa de se responsabilizar pela função social de seu empreendimento e pela saúde de seu empregado, como também não lhe impõe uma condenação tamanha que lhe impossibilite a continuidade.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a partir da constituição federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**. n. 128. out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direito Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol 217, jul./set., 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Aspectos bioéticos da perícia médica previdenciária. **Revista Bioética**. Conselho Federal de Medicina. 2011. Disponível em <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/618/637](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/618/637)>. Acesso em 08.03.2018.

AMORIM JÚNIOR, Cléber Nilson Ferreira. **Princípios específicos do direito tutelar da saúde e segurança do trabalhador**. Disponível em <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigob20d01551f8254ce1d41e25f68dc4c79.pdf>>. Acesso em 08/02/2018.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº 10021366620135020502** (RR). Retorno da empregada após alta previdenciária. Empregada considerada inapta pela empregadora. Pagamento de salários do período de afastamento. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, Data de Julgamento: 10/05/2017. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20100213666.2013.5.02.0502&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAMnyAAE&dataPublicacao=12/05/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 22. abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº 0001286820135090008** (RR). Retorno ao trabalho após alta previdenciária. Recusa injustificada do empregador. Limbo jurídico previdenciário. Relator: Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 07/03/2018. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor>>

&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20128-68.2013.5.09.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABAVbAAL&dataPublicacao=16/03/2018&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 22. abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº 789006020125170007** (ARR). Retorno do autor após alta previdenciária. Trabalhador considerado apto pelo INSS. Alteração da função. Recusa da empresa em readaptar o empregado. Pagamento dos salários do período de afastamento. Limbo previdenciário. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 06/12/2017. Disponível em <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2078900-60.2012.5.17.0007&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABAeJAAL&dataPublicacao=11/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 22. abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era do direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares**: juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

COSTA, Sandra Morais de Brito. Trabalho como direito humano fundamental: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 33, n. 125, jan-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALCA. Renata Falson. O enfrentamento do limbo jurídico previdenciário trabalhista à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 25. vol. 99. Jan./Fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DICOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional à saúde do trabalhador. Revista de Direito do Trabalho. Ano 34, n. 132, out-dez. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Um olhar no caleidoscópio das igualdades e das diferenças nas relações de emprego. In: Raimundo Simão de Melo; Claudio Janotti da Rocha. (Org.). **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**. 01ed.São Paulo: LTr, 2017, v. 01, p. 273-279.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa Garcia. O regime trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 40. Vol 156. mar-abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMIERI, Olga Aida Joaquim. Por um *simples trabalhista* para as micro e pequenas empresas: por uma mudança de mentalidade. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 30. n. 114. abril-junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Micro e pequenas empresas: mercado de trabalho e implicação para o desenvolvimento**. Org: Anselmo Luís dos Santos. José Dari Krein. Andre Bojikian Calixtre. Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A Previdência Social como Direito Fundamental**. 2010. Disponível em <<https://www.impetus.com.br/artigo/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em 30/01/2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

INSS. **Manual de Perícia Médica da Previdência Social**. Instituto Nacional do Seguro Social. Diretoria de benefícios. Coordenação-geral de benefícios por incapacidade. Disponível em [http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/R\\_EPOSTA\\_RECURSO\\_2\\_manualpericiamedica%20%281%29.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/438067/R_EPOSTA_RECURSO_2_manualpericiamedica%20%281%29.pdf)>. Acesso em 16.03.2018.

KAWAGOE, Vanessa Zaghi do Carmo e Silva. **Perícia médica previdenciária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17775](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17775)>. Acesso em 09.03.2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. n. 17. jan./jun. 2011. p. 33-45.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**. Ano V. nº 20 – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MACEDO, Alan da Costa. **Análise biopsicosocial em perícias médicas relacionadas à benefícios previdenciários por incapacidade**. Disponível em <<http://qualidade.ieprev.com.br/conteudo/id/37574/t/analise-biopsicosocial-em-pericias-medicas-relacionadas-a-beneficios-previdenciarios-por-incapacidade---caso-concreto>>. Acesso em 09.03.2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. Custeio da seguridade social – Benefícios – Acidente do trabalho – Assistência social – Saúde. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATOS, Liziane Gonçalves de. **Como se decide a (in)capacidade e a deficiência?** Uma etnografia sobre moralidades e conflitos em torno da perícia médica previdenciária. 267 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

MINISTÉRIO DA FAZENDA, SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA, EMPRESA DE TECNOLOGIA E INFORMAÇÕES DA PREVIDÊNCIA. **Anuário Estatístico da Previdência Social** – Brasília: MF/DATAPREV. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>> Acesso em 08/02/2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6.ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROQUE. Phillipe Martins. **Incongruência Sistêmica**: Alta previdenciária e incapacidade para o trabalho. Aspectos de integração. Trabalho & Saúde. Vitor Salino de Moura Eça, coordenador. Belo Horizonte: RTM, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo**. Pra uma nova cultura política. 3ª.ed. vol. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Panorama dos pequenos negócios**. 2017. Disponível em <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/Panorama%20dos%20Pequenos%20Negocios%202017.pdf>> Acesso em 19/07/2018.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n.31. jul./dez. 2007. Disponível em <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22101/saude\\_trabalhador\\_direito\\_human\\_o.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22101/saude_trabalhador_direito_human_o.pdf)>. Acesso em 08/02/2018.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **Nova fase dos direitos de seguridade social: um recomeço**. In Direitos fundamentais em Estados Compostos. Carlos Luiz Strapazzon, Mercè Barcelò i Serramalera (orgs.); tradução de: Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Unoesc, 2013.

WILD. Camila Lúcia Dedivitis Tiossi. Divergências entre a decisão pericial previdenciária em âmbito administrativo e judiciário. **Revista Saúde, Ética & Justiça**. v. 19. n. 2. USP, 2014. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/100093/99439>>. Acesso em 12/03/2018.

ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. **O direito do trabalho e as micro e pequenas empresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado**. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo-SP, 2007.