

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
CAMILA RAMOS MOREIRA**

**A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO DE EXCLUSÃO
DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2011**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
CAMILA RAMOS MOREIRA

**A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO DE EXCLUSÃO
DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração em Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças.

SÃO PAULO
2011

ERRATA

Folha:	108
Nota de rodapé:	190
Onde se lê:	Ainda há controvérsia na doutrina a respeito do termo inicial para contagem do prazo, o que somente será resolvido após decisão do judiciário a respeito. Rachel Sztajn (<i>in</i> SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 268) entende que o prazo se inicia na data de aprovação do plano. Jorge Lobo (LOBO. <i>in</i> TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) op. cit. p. 218) entende que o prazo deve ser contado a partir da concessão da recuperação judicial.
Leia-se:	Ainda há controvérsia na doutrina a respeito do termo inicial para contagem do prazo, o que somente será resolvido após decisão do judiciário a respeito. Rachel Sztajn (<i>in</i> SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 268) entende que o prazo se inicia na data de aprovação do plano. Jorge Lobo (<i>in</i> TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) op. cit. p. 218) entende que o prazo deve ser contado a partir da concessão da recuperação judicial. Manoel Justino Bezerra Filho (ob. cit. p. 150-151) afirma que o prazo de 1 ano deve ser contado a partir do dia do ajuizamento do pedido; e que o prazo de 30 dias deve iniciar a partir da juntada do plano de recuperação, que deve ocorrer 60 dias após o ajuizamento. Marcelo Papaléo de Souza (A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho. op. cit. p. 197-199) filia-se ao entendimento de Manoel Justino Bezerra Filho.

BANCA EXAMINADORA:

Agradeço ao Profº. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças pela atenção em todos os momentos da orientação e pelos ensinamentos de Direito Empresarial, Falimentar e Recuperacional.

Agradeço aos meus pais, Carlos e Ana, aos meus irmãos, Guto e Dudu, e a toda minha família por constituírem o meu porto seguro e minha fonte de ensinamentos para a vida.

Agradeço, ainda, a todos os membros do Escritório Sasson, Pinterich, Talamini & Busmann Advocacia, por terem me acolhido com tanto carinho, principalmente, aos sócios titulares, grandes mestres, amigos e motivadores.

Por fim, agradeço especialmente a Beto Justus, por toda a dedicação, carinho, paciência, parceria e cumplicidade.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	6
RESUMO	7
ABSTRACT	8
1. INTRODUÇÃO	9
2. PRINCÍPIOS E REGRAS	13
3. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	24
4. ALGUNS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONOMICA NACIONAL QUE SÃO ESSENCIAIS AO PRESENTE ESTUDO	30
4.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	31
4.2. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO.....	33
4.2.1. Princípio da Proteção.....	35
4.2.2. Princípio da Irrenunciabilidade.....	37
4.2.3. Princípio da Continuidade.....	39
4.3. BUSCA DO PLENO EMPREGO.....	41
4.4. LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA e LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA	42
4.5. PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	46
4.5.1. Função Social da Empresa	50
5. OUTROS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	51
5.1. A EMPRESA EM CRISE	52
5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS E DEMAIS PRINCÍPIOS ADOTADOS NA ELABORAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 QUE CRIOU O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA.....	55
5.2.1. Princípio da Preservação da Empresa.....	57

5.2.2. Princípio da Separação dos Conceitos de Empresa e Empresário.....	60
5.2.3. Princípio da Recuperação das Sociedades e dos Empresários Recuperáveis e Princípio da Retirada do Mercado de Sociedades ou Empresários Não Recuperáveis.....	63
5.2.4. Princípio da Proteção aos Trabalhadores.....	65
5.2.5. Princípio da Participação Ativa dos Credores.....	67
5.2.6. Princípio da Maximização do Valor dos Ativos do Devedor.....	69

6. A POLÊMICA INEXISTÊNCIA DE SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

6.1. TESES CONTRÁRIAS	74
6.1.1. Tese da aplicação da norma mais favorável	76
6.1.2. Tese baseada no princípio do não retrocesso social	78
6.1.3. Tese baseada no princípio da continuidade dos contratos de trabalho e na proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF)	80
6.2. TESES FAVORÁVEIS	83
6.2.1. Disposições constantes na Lei nº 11.101/2005 que conferem maior segurança e idoneidade à Recuperação Judicial	83
6.2.2. Vantagens da supressão da sucessão trabalhista: a sua importância para o atendimento dos objetivos e princípios da nova lei	91

7. A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (art. 60, parágrafo único)

7.1. A CONSTITUCIONALIDADE CONFIRMADA PELA SUPREMA CORTE	96
7.2. A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO LEGAL EM FOCO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E EM CONTRAPOSIÇÃO ÀS CRÍTICAS TRABALHISTAS	100
7.2.1. A condição de atendimento do prazo do art. 54 da Lei de Recuperação para pagamento dos créditos trabalhistas	107

8. CONCLUSÃO.....

REFERÊNCIAS.....

119

LISTA DE SIGLAS

AGC	- Assembléia Geral de Credores
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	- Código Civil
CF	- Constituição Federal
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
FGTS	-Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
LRF	- Lei de Recuperação e Falências
MP	- Ministério Público
SDE	- Secretaria de Direito Econômico
SEAE	- Secretaria de Acompanhamento Econômico
STF	- Supremo Tribunal Federal
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

A presente dissertação restringe-se ao estudo da constitucionalidade e aplicabilidade da previsão de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial (art. 60, parágrafo único). Trata-se de um dos pontos da nova Lei de Recuperação e Falências (Lei nº 11.101/2005) que talvez seja o mais polêmico de todos, embora o STF já tenha confirmado a sua constitucionalidade. Como a questão envolve pesada carga principiológica, todo o trabalho é pautado pela abordagem dos objetivos da lei e dos princípios pertinentes à discussão. Inicia-se com um breve estudo sobre princípios e regras, para, na sequência, discorrer sobre os princípios aplicáveis à questão, abrangendo princípios da ordem econômica nacional, enunciados no artigo 170 da Constituição Federal, e princípios/objetivos específicos da Lei nº 11.101/2005. Em seguida, é traçado um panorama da polêmica gerada sobre a questão, trazendo-se ao estudo teses favoráveis e contrárias à exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial. Por derradeiro, o objeto central do estudo é analisado à luz do princípio da proporcionalidade e em contraposição às críticas trabalhistas, concluindo-se pela importância da aplicação da previsão de exclusão da sucessão no que diz respeito ao êxito da recuperação judicial, enquanto instituto jurídico.

Palavras - Chave: Recuperação Judicial. Sucessão. Função Social. Preservação da empresa. Trabalhadores.

ABSTRACT

The present work is aimed to the study of constitutionality and applicability of the exclusionary rule of labor succession in Judicial Recovery (art. 60, sole paragraph). It covers one of the points of the New Recovery and Bankruptcy Act (Law nº 11.101/2005) that is one of the most controversial of them all, although the Supreme Court has already confirmed its constitutionality. As such matter involves heavy load of principles, the study is based upon the goals and principles of the law relevant to the discussion. It begins with a brief study of principles and rules, followed by a discussion about the applicable principles to the matter, including the economic national order principles enunciated in the article 170 of the Federal Constitution and specific principles/objectives of Law nº 11.101/2005. Subsequently, a panorama of the controversy generated by the issue is mapped out, bringing to the study pros and cons about the exclusion of the labor succession in judicial recovery. Finally, the main goal of the study is examined under the principle of proportionality and in opposition to labor criticism, concluding with the importance of applying the exclusionary rule of succession for the success of judicial recovery, while legal institution.

Key - words: Judicial Recovery. Succession. Social Function. Preservation of the enterprise. Workers.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 11.101/2005 representou uma evolução bastante importante na temática do Direito Falimentar, sobretudo, em razão da instituição da recuperação judicial e extrajudicial.

Relativamente ao Decreto-Lei nº 7.661/1945 (antiga Lei de Falências), que foi por ela revogado, mostra-se uma legislação muito mais adequada às necessidades das sociedades empresárias e da economia brasileira, haja vista as numerosas e profundas alterações que ocorreram nas práticas empresariais durante as últimas décadas.

Era urgente a necessidade que o país, a sociedade e a economia nacional tinham de usufruir de uma sistemática falimentar que também permitisse o soerguimento das sociedades empresárias viáveis e a consequente manutenção de atividades empresariais, sem que falências fossem decretadas em massa simplesmente porque as sociedades e empresários não tinham condições eficazes e respaldo jurídico flexível para possibilitar a recuperação.

Por outro lado, é evidente que dita recuperação não poderia ser autorizada a qualquer custo, sobrepujando direitos de terceiros. E é justamente neste ponto que a Lei de Recuperação revela seu aspecto mais interessante e sedutor, capaz de atrair um número incontável de críticas, positivas e negativas.

Basicamente, tudo se explica pelo fato de a “empresa” desempenhar relevante função social e envolver um elevado número de interesses entre os mais distintos, na medida em que movimenta a economia, promove a circulação de bens, serviços e riquezas, possibilita o desenvolvimento nacional, fomenta a busca pelo pleno emprego e é fonte de rendas e tributos.

Assim, muito embora fosse urgente a necessidade de uma nova legislação que propiciasse a preservação das atividades empresariais e o soerguimento das sociedades e empresários recuperáveis, também sempre foi exigido que nesta legislação fossem sopesados os mais diversos interesses

envolvidos pela atividade empresarial, de modo que direitos de terceiros não fossem injustificadamente suprimidos.

Daí a complexidade e pesada carga principiológica da Lei de Recuperação de Empresas.

Sempre buscando alcançar o objetivo primordial a que se propõe – de possibilitar a preservação das empresas, a sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47) – a lei visa ao atendimento e à observância, na sua máxima medida, de diversos interesses e princípios que a norteiam.

Ocorre, entretanto, que nem sempre os interesses e princípios são todos integralmente convergentes, de modo que, em vários pontos da lei, coube ao legislador, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, proceder ao sopesamento e ponderação dos mesmos.

Resultado disso é que se torna absolutamente impossível agradar integralmente a todos os titulares da variada gama de interesses que transitam ao redor da empresa. Assim, críticas de insatisfação foram inevitáveis e as polêmicas geradas são numerosas.

Nesse particular, o propósito do presente estudo é analisar um dos pontos da Lei de Recuperação que talvez seja o mais polêmico de todos: *a questão da constitucionalidade e aplicabilidade da previsão de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial (art. 60, parágrafo único)*.

Norteadas por todos os princípios constitucionais e fundamentos da Ordem Econômica Nacional, bem como pelos princípios de direito falimentar e objetivos específicos desenvolvidos sobre o cenário da empresa em crise, a Lei de Recuperação, em seu art. 60, parágrafo único, combinado com o art. 141, inciso II, estabeleceu que, na hipótese de alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial, o objeto será alienado livre de quaisquer ônus, inexistindo a sucessão das obrigações – inclusive trabalhistas –, em prol da preservação da atividade produtiva e maximização dos ativos do devedor em recuperação.

Com efeito, a medida possibilita uma alienação mais rápida e valorizada do patrimônio, evitando-se, na grande maioria das vezes, o encerramento da atividade empresarial e, ao mesmo tempo, maximizando os ativos do devedor que, justamente, serão destinados ao pagamento do passivo.

Por outro lado, é cediço que a regra de exclusão da sucessão não agradou a alguns dos ferrenhos defensores dos direitos dos trabalhadores, os quais enxergam na previsão legal uma série de prejuízos e verdadeira afronta aos princípios estabelecidos pelo art. 7º da Constituição Federal (CF) e, especialmente, aos princípios da proteção aos trabalhadores, da irrenunciabilidade e da continuidade do contrato de trabalho, que são desdobramentos do próprio princípio da valorização do trabalho humano, ou seja, essencialmente de cunho trabalhista.

E mais, apimentando a polêmica, a previsão legal em apreço vai literalmente contra o disposto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que impõem a sucessão automática dos contratos de trabalho e direitos adquiridos pelos empregados, em caso de mudança na propriedade ou estrutura jurídica das sociedades empresárias.

Diante disso, a Lei de Recuperação de Empresas é, neste ponto, alvo constante de críticas e tem a constitucionalidade do parágrafo único do art. 60 bastante questionada.

Várias são as teses contrárias à norma e, muito embora o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) já tenha decidido pela sua constitucionalidade, a polêmica ainda é fomentada por alguns defensores dos direitos dos trabalhadores, que persistem questionando a sua interpretação e aplicação, sob diferentes óticas e argumentos.

Trata-se, portanto, de matéria sedutora que ainda está em fase de aceitação pelos juristas especializados em Direito do Trabalho, em que pese ser a publicação da Lei de Recuperação datada de 09 de fevereiro de 2005 e sua vigência já contar com mais de cinco anos.

No que interessa ao Direito Comercial, de outra parte, o estudo aprofundado da questão também se revela salutar no sentido de reafirmar a constitucionalidade da regra do parágrafo único, do art. 60, da Lei de Recuperação e alertar para a importância de sua aplicação no que tange à credibilidade do próprio instituto da recuperação, conforme proposto pela nova lei.

Já no que se refere à dogmática jurídica, a matéria é muito atraente na medida em que reflete o imbricamento parcial entre princípios norteadores da

mesma Lei, bem como um conflito direto entre princípios e regras do nosso ordenamento jurídico.

Em razão disso, o presente trabalho, antes de tratar especificamente sobre a polêmica focada, também abrange um estudo das regras e princípios – sua conceituação e diferenças –, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tão fundamentais para a interpretação das normas (princípios e regras) inerentes ao objeto central do trabalho.

Numa sequência lógica, ainda, o trabalho promove um breve estudo dos princípios constitucionais norteadores da Lei de Recuperação que são diretamente envolvidos pela polêmica – quer seja porque sustentam teses contrárias à sucessão, quer seja porque são observados concretamente e em sua máxima medida pela aplicação da regra em discussão –, para somente então abordar os princípios e objetivos específicos da lei, os quais dão suporte fundamental à regra da exclusão da sucessão.

Apenas a partir daí – com todas as premissas pertinentes postas – é que se adentra na relevante polêmica cerne do trabalho, cujo estudo aprofundado revela-se útil e interessante pelas razões acima expostas e é realizado numa segunda etapa deste trabalho mediante a exposição das teses de maior destaque sobre o tema, sejam elas contrárias ou favoráveis à constitucionalidade do dispositivo legal em apreço.

Por fim, a regra da exclusão da sucessão é analisada nas páginas finais à luz do princípio da proporcionalidade, em confronto com as críticas trabalhistas e todos os demais princípios e objetivos analisados nas páginas iniciais.

Tudo, obviamente, no intuito de fomentar uma conclusão sólida e fundamentada, capaz de amenizar algumas das críticas mais severas, sem, contudo, ter a pretensão de encerrar a discussão sobre o assunto.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS

Para iniciação ao estudo proposto pelo presente trabalho parece ser de essencial importância abordar a questão da distinção entre princípios e regras, o que nos levará em última análise à conceituação de princípio, item tão relevante para o estudo que ora se propõe.

Obviamente sem pretender esgotar a discussão existente sobre o assunto – que poderia ser tema único de uma dissertação de mestrado inteira – nos cabe ao menos apontar algumas conclusões de correntes doutrinárias mais difundidas, bem como apresentar a linha preferencialmente adotada pela autora deste trabalho.

Como ponto de partida, contudo, é preciso ter bem definido o significado de *norma jurídica* que, ao contrário do que muitos pensam, não equivale a *texto* nem ao *conjunto de textos*, mas sim: ao sentido ou sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos¹. Norma jurídica, assim, nada mais é que o resultado da interpretação dos dispositivos.

Já qualificar uma norma como princípio ou como regra, depende muito da colaboração constitutiva do intérprete.

Muitos foram os doutrinadores que procuraram estabelecer um critério distintivo entre tais espécies normativas, teses estas entre as quais algumas tiveram maior repercussão do que outras. Dentre as várias correntes doutrinárias, vale mencionar algumas que, com maior destaque, pautaram a evolução desse estudo ao longo do tempo.

Inicialmente, cite-se a lição de Karl Larenz², para quem a distinção estaria na função de fundamento normativo que teriam os princípios na tomada de decisões, na interpretação e na aplicação do Direito, sendo que deles decorreriam, de forma direta ou indireta, as regras ou normas de comportamento.

¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2008. p. 30.

² **Metodologia da ciência do direito**. 1997. p. 674-692.

Outra corrente de destaque é a defendida por Claus-Wilhelm Canaris³, seguidor de Larenz, que estabelece dois critérios distintivos. O primeiro seria o conteúdo axiológico explícito que teriam os princípios, de tal forma que careceriam até mesmo de regras para sua concretização. O segundo seria o modo de interação com outras normas, pois os princípios, ao contrário das regras, somente receberiam seu conteúdo de sentido por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

Por fim, sem pretender olvidar ou desmerecer todas as outras teses de relevância sobre o assunto, cabe já trazer à baila deste capítulo as duas contribuições mais marcantes para a evolução do estudo, qual sejam, aquela de Dworkin, posteriormente complementada e aprofundada por Alexy.

Dworkin⁴ trouxe uma distinção mais intensa entre as espécies normativas, fundada no modo de aplicação e no relacionamento normativo. Para ele, as regras seriam aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), ou seja, se a hipótese de incidência é preenchida, ou a regra seria válida e a consequência deveria ser aceita ou a regra seria inválida, bem como em havendo colisão entre regras, uma delas deveria ser considerada inválida para que a outra fosse validamente aplicada. Já com os princípios seria diferente, uma vez que apenas conteriam fundamentos capazes de ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Partindo dessa contribuição de Dworkin, Robert Alexy⁵ aprofundou o estudo e classificou os princípios como uma espécie de normas jurídicas por meio da qual seriam estabelecidos certos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Na hipótese de colisão de princípios, por exemplo, Alexy demonstra que a solução depende da ponderação entre os mesmos, em razão do que, em determinadas situações, um terá prevalência sobre o outro, sem retirar deste último sua validade e importância para o sistema jurídico. Entretanto, para ele, não deixa de ser uma aplicação ao modo tudo ou nada, mas mediante outras regras de prevalência consubstanciadas na limitação recíproca existente entre

³ **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 2002. p. 80-102.

⁴ **Levando os Direitos a Sério.** 2007. p. 39-43.

⁵ **Teoría de los Derechos Fundamentales.** 2002. p. 86-87.

os princípios. Daí, a diferença estar, segundo Alexy, no modo de colisão e não de aplicação⁶.

Isto, além da diferença, por ele também propagada, existente quanto à obrigação que tais espécies normativas instituiriam, pois as regras instituiriam obrigações definitivas não superáveis por outras normas contrapostas, a menos que instituassem uma exceção, enquanto os princípios instituiriam deveres de otimização que poderiam ser superados ou derogados em razão de princípios colidentes⁷.

De fato, são essas teses desenvolvidas por Dworkin e, posteriormente, por Alexy as mais difundidas sobre o assunto. O número de seguidores dessas correntes, sobretudo a de Alexy, é incontável⁸. Por outro lado, também há estudiosos do tema que não se limitam a segui-los, mas sim procuram desenvolver um senso crítico sobre suas teorias em busca de uma definição ou um critério diferenciador ainda mais específico, o que não quer dizer menos abstrato.

Nesse particular, é de se destacar a linha de estudo de Humberto Ávila⁹, adotada pela autora do presente trabalho.

Ao traçar a evolução doutrinária do assunto da diferenciação entre regras e princípios, o referido autor consegue identificar os critérios de distinção usualmente empregados e elabora um estudo crítico a respeito, culminando numa tese interessante e respeitável.

O primeiro critério analisado é o denominado “critério do caráter hipotético-condicional”, defendido por Larenz¹⁰, segundo o qual as regras apresentam uma hipótese e uma consequência que levam imediatamente à

⁶ Ibidem. p. 87-95; 104-115.

⁷ Ibidem. p. 98-104.

⁸ Apenas a título de exemplificação, cite-se: BARROSO, Luís Roberto. e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** 2007. p. 280-285; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 2008. p. 30-37; STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais.** In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** 2007. p. 31; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein.** In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** p. 228-232.

⁹ ÁVILA. op. cit.

¹⁰ LARENZ. op. cit. p. 674-692.

decisão, enquanto os princípios indicam o fundamento para levar, de forma direta ou indireta, à regra a ser aplicada.

Para Ávila¹¹, entretanto, o critério é impreciso. No seu entendimento os defensores dessa corrente doutrinária deveriam especificar melhor como o fundamento dado pelo princípio pode levar à aplicação de uma regra. Não obstante, discorda de que a regra levaria imediatamente à decisão, pois a aplicação de qualquer norma depende das possibilidades normativas e fáticas do caso concreto, ou seja, depende muito mais da interpretação.

Ademais, ressalta o autor que a hipótese de incidência é uma formulação linguística que não pode ser adotada como critério diferenciador de espécies normativas, porque qualquer uma delas pode ser assim formulada, até mesmo os princípios. Dependendo do intérprete, um mesmo dispositivo formulado de modo hipotético pode ser entendido como regra ou princípio. A título de ilustração, demonstra-se que o princípio democrático pode ser assim reformulado: *“Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática”*. Portanto, a adoção desse critério acaba levando mais a uma confusão entre norma e dispositivo do que a uma distinção forte entre as espécies normativas. Conclui Ávila que a qualificação de princípio ou regra depende do uso argumentativo e não da estrutura hipotética. E complementa, ainda, o autor que a interpretação do princípio pode indicar comportamentos a serem adotados tal como uma consequência. Salienta que a finalidade do princípio deve ser considerada e o comportamento para sua realização também, configurando verdadeiras consequências do próprio princípio. Diante dessas considerações, depreende-se que efetivamente não é a estrutura hipotética-condicional que distingue as espécies normativas, mas sim o tipo de prescrição de comportamento e de consequência que delas se extrai.

O segundo critério analisado é o do “modo final de aplicação” que, para Dworkin, é determinado pelo fato de regras, ao contrário de princípios, serem aplicadas ao modo tudo ou nada, conforme acima já explanado. Para Alexy o modo final da aplicação distinguiria as espécies normativas porquanto as

¹¹ ÁVILA. op. cit. p. 40-43.

regras instituem obrigações definitivas, ao passo que os princípios criam obrigações *prima facie* ou deveres de otimização, também já acima abordado.

Ocorre que, no entendimento de Ávila¹², esse critério merece ser reformulado, especialmente porque o modo de aplicação não é exclusivamente determinado pela espécie normativa, mas também depende muito das circunstâncias do caso concreto que podem ser intensificadas ou não pelo intérprete do texto normativo.

De fato, uma consequência estabelecida por uma regra pode não ser aplicada por razões substanciais consideradas pelo aplicador, tais como razões encontradas em outras normas ou razões que fundamentam a própria regra e permitem a ampliação ou restrição de seu conteúdo. De outro lado, ainda, existem regras cujo texto não delimita totalmente o âmbito para aplicação, cabendo o intérprete decidir face às circunstâncias concretas.

Por isso, Ávila afirma que o modo de aplicação ao tudo ou nada só tem sentido quando já superadas todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos. A característica de consequência predeterminada só surge a partir da interpretação da regra. E, nesse particular, vale destacar que a interpretação muitas vezes deve ser feita conjuntamente à análise dos princípios a que a regra diz respeito, já que aqueles normalmente requerem a aplicação desta última para serem aplicados, o que só vem a tornar o critério distintivo em tela menos eficaz. Isso sem falar na aplicação analógica de regras, em que as suas condições não são implementadas mas mesmo assim a regra é aplicada, porque o caso concreto não regulado assemelha-se aos casos previstos na hipótese normativa.

Portanto, as razões que impõem a implementação da consequência normativa podem ser validamente ultrapassadas de várias formas, nem sempre sendo absoluto o caráter das obrigações estatuídas pelas regras.

Por fim, o terceiro e último critério de diferenciação analisado é o “critério do conflito normativo”. Para Dworkin, os princípios, ao contrário das regras, exteriorizam uma dimensão de peso na hipótese de conflito, sendo que o de peso maior prevalece sobre o outro, sem retirar deste a sua validade¹³. E, na concepção de Alexy, a colisão entre princípios resolve-se por meio da

¹² Ibidem. p. 44-51.

¹³ DWORKIN. op. cit. p. 42-46.

ponderação entre os princípios colidentes diante das circunstâncias concretas que se apresentam, de modo que um acaba prevalecendo sobre o outro.

Contudo, no entendimento de Humberto Ávila¹⁴ o critério precisa ser aperfeiçoado, especialmente porque a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, tampouco seria apropriado afirmar que os mesmos possuem uma *dimensão de peso*.

A ponderação também deve ser utilizada na hipótese de colisão entre regras que até podem coexistir abstratamente sem que uma retire a validade da outra, mas que concretamente podem se chocar. Nesse caso, a atividade de ponderação face às circunstâncias apresentadas atribuirá a uma peso maior do que à outra, sem que desta seja retirada sua validade.

Não obstante, pode ainda haver uma ponderação de razões que, mediante prevalência de razões contrárias, é capaz de determinar a superação do conteúdo preliminar de sentido de uma regra, culminado na sua exclusão e não aplicação ao caso concreto.

Aliás, é exatamente isso que ocorre na relação entre a regra e suas exceções. E, não se diga que não há ponderação neste processo, mas apenas interpretação de regras. Não se pode, de modo algum, separar a ponderação de razões da interpretação dos textos normativos, já que aquela faz parte desta e vice-versa.

Tanto na colisão entre princípios como entre regras e na relação destas com suas exceções, há sempre o sopesamento de razões e contra-razões. A diferença, na verdade, apenas está na intensidade da contribuição do intérprete ou aplicador quanto ao modo de ponderação. Isto porque a regra possui elemento descritivo que confere ao aplicador menor e diferente âmbito de apreciação por delimitar as suas possibilidades, ao passo que os princípios, ao estabelecerem um estado de coisas a ser buscado, conferem ao aplicador um maior espaço para apreciação.

Ainda assim, é de se observar que, em se tratando de regras com conceitos indeterminados, o âmbito para a apreciação do aplicador não é nada pequeno, quase chegando a oferecer um campo de apreciação tão grande quanto o ofertado pelos princípios, o que torna a distinção ainda delicada.

¹⁴ ÁVILA. op. cit. p. 51-64.

De qualquer modo, o fato é que a ponderação não é método de aplicação exclusivo dos princípios, constituindo uma qualidade geral de qualquer aplicação de normas. A ponderação de razões, inclusive, faz-se necessária até mesmo para a aplicação de regras por analogia ou para aplicação de algum precedente judicial. Apenas o tipo de ponderação é que varia de acordo com a espécie normativa a ser aplicada.

Quanto à questão da dimensão de peso dos princípios, difundida por Dworkin, é de se destacar, ainda, que qualquer norma jurídica tem a sua dimensão axiológica como elemento integrante, tanto que as interpretações extensivas e restritivas das regras demonstram isso muito bem.

Em segundo lugar, o critério da dimensão de peso supostamente exteriorizada na hipótese de conflito entre princípios não é hábil a justificar uma diferenciação entre as espécies normativas, pois não são os princípios em si mesmos que possuem uma dimensão de peso, mas sim as razões e os fins aos quais eles fazem referência. A dimensão de peso não é qualidade da norma. É, na verdade, relativa ao caso concreto e ao aplicador. Ademais, tudo depende do ponto de vista do aplicador, sendo que diante dos fatos e da perspectiva com que se os analisa pode uma norma ter mais, menos ou até peso nenhum para a decisão.

Por fim, em relação à definição de princípios enquanto deveres de otimização, propagada por Alexy e justificada pelo fato do conteúdo dessa espécie normativa dever ser aplicada na sua máxima medida, Ávila discorda e afirma que nem sempre é assim. Ele aponta situações como a hipótese de colisão entre princípios que buscam finalidades alternativamente excludentes, a qual somente pode ser solucionada pela rejeição de um deles, em semelhança ao que acontece na colisão entre regras. Outra situação apontada, por exemplo, é a de colisão entre princípios parcialmente imbricados, onde um leve apenas à realização de parte do fim estipulado pelo outro, devendo haver uma limitação e uma complementação recíprocas de sentido na parte objeto do imbricamento. Com isso, Ávila conclui:

“Essas ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios só na *medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. (...) A única

distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma”¹⁵.

Portanto, o dever de otimização não corresponde à definição de princípio, mas refere-se ao uso dele, pois o conteúdo do princípio deve ser otimizado no processo de ponderação. Fica bem evidente que não é a falta de ponderação na aplicação de regras que diferencia essas espécies normativas e sim o tipo de ponderação que é feita.

Com isso, Ávila¹⁶ desenvolve sua teoria e oferece novos critérios de dissociação entre regras e princípios, os quais, na verdade, consubstanciam-se num aprimoramento daqueles antigos critérios, agora balizados de acordo com a análise crítica que deles foi feita.

O primeiro critério seria o “critério da natureza do comportamento prescrito”. Ao invés de ser a estrutura hipotética-condicional do dispositivo o elemento determinante da espécie normativa, passa a distinção entre elas decorrer do modo como cada uma prescreve o comportamento: as regras são normas *imediatamente descritivas*, estabelecendo obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada; já os princípios são normas *imediatamente finalísticas*, estabelecendo um estado de coisas para cuja realização são necessários determinados comportamentos.

É verdade, entretanto, que ambas as espécies continuam fazendo referência a fins e a condutas. Se de um lado, as regras prevêm condutas visando a realização de fins devidos, de outro, os princípios prevêm fins cuja realização também depende de condutas necessárias. Por isso mesmo a distinção deve ser centrada na proximidade de sua relação, se mediata ou imediata, com os fins que devem ser atingidos e com as condutas que devem ser adotadas, o que só vem a corroborar o novo critério sugerido.

O segundo critério sugerido por Ávila seria o “critério da natureza da justificação exigida”, pois para ele as regras poderiam ser dissociadas dos

¹⁵ Ibidem. p. 63.

¹⁶ Ibidem. p. 71-78.

princípios quanto à justificação que exigem, ao invés de ser a distinção centrada no modo de aplicação, se ao tudo ou nada ou mais ou menos. Sustenta que para a interpretação e aplicação de regras faz-se necessária uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte. Já com relação aos princípios, afirma que a sua interpretação e aplicação demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Por fim, o terceiro e último critério sugerido por Humberto Ávila é o “critério da medida de contribuição para a decisão”. Para ele, os princípios são preliminarmente parciais e, por isso, possuem uma pretensão de complementaridade, na medida em que, ao abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas apenas a de contribuir, ao lado de outras razões ou princípios, para a tomada da decisão. Por outro lado, as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes que possuem pretensão terminativa, na medida em que, ao tentarem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, têm a aspiração de gerar uma solução única e específica para a questão.

Na verdade, esse critério acaba por destacar a maior interdependência existente entre os princípios, retratada na relação de imbricamento ou entrelaçamento decorrente justamente das diretrizes valorativas que estabelecem, as quais se cruzam reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes. Não obstante, atenta-se também para a importância da colaboração constitutiva dos aplicadores do Direito para a concretização dos princípios, especialmente porque os comportamentos adequados à realização dos fins que instituem, bem como a própria delimitação dos contornos normativos dependem – muito mais do que dependem as regras – de atos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, sem os quais os princípios não adquirem normatividade.

Assim, tendo-se por base a teoria de Humberto Ávila, chegamos a uma definição do que seria regra e princípio:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência,

sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”¹⁷.

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹⁸.

Não se pode deixar de salientar, entretanto, que embora os princípios se relacionem com valores, não se confundem com eles. Em que pese estabelecerem fins por meio de uma qualificação positiva de um estado de coisas, os princípios se afastam dos valores por se situarem no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecerem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção do estado de coisas, ao passo que os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico, apenas atribuindo uma qualidade positiva a determinado elemento.

De fato, os princípios, assim como as regras, enquanto espécies de normas jurídicas, são dotados de uma eficácia jurídica denominada por autores como Luís Roberto Barroso como “eficácia positiva ou simétrica”¹⁹. Isso quer dizer que os efeitos pretendidos pelo princípio – haja vista a supra mencionada obrigatoriedade – podem ser exigidos até mesmo pela via judicial, caso isso seja necessário, podendo, ainda, qualquer interessado fazê-lo.

Outra eficácia que possuem os princípios, mormente os constitucionais, é a denominada “eficácia negativa”²⁰, a qual autoriza a declaração de invalidade de certos atos ou normas que contravenham os efeitos pretendidos pelo princípio. Muito embora alguns efeitos sejam de difícil determinação, como, por exemplo, no caso do princípio da dignidade da pessoa humana, é bastante fácil identificar o que os contraria, continuando a eficácia negativa a ser plenamente viável.

E, tratando-se de princípios constitucionais ligados a direitos fundamentais, a eficácia negativa ainda se desdobra numa “eficácia vedativa

¹⁷ Ibidem. p. 78.

¹⁸ Ibidem. p. 78-79.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. e BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 307.

²⁰ Ibidem. p. 308.

do retrocesso”²¹. Isto porque se considera que um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais, de modo que também se pode exigir do judiciário que invalide qualquer revogação de norma que concede ou amplia direitos fundamentais, se tal revogação não vier acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

E, por fim, a terceira entre as eficácias mais relevantes dos princípios é a “eficácia interpretativa”²², já amplamente mencionada no decorrer deste capítulo. Com efeito, é inegável o peso que os princípios – por meio dos fins que estabelecem – têm para a interpretação das normas. Até mesmo o conceito de regras cita a análise dos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes como essencial à justificação para sua aplicação, ou seja, interpretação das mesmas.

Muito embora, a rigor, não exista superioridade hierárquica entre princípios e regras de mesmo nível hierárquico dentro do ordenamento jurídico, é possível reconhecer aos princípios uma ascendência axiológica sobre as demais normas que corrobora para a unidade e harmonia do sistema como um todo. Por isso, não podem ser omitidos do processo interpretativo. Aliás, os princípios, obviamente selecionados de acordo com sua pertinência e aplicabilidade, devem ser levados em conta na interpretação de toda e qualquer norma jurídica, o que poderá, em última instância, dependendo das circunstâncias do caso concreto, levar à observância de alguns princípios em detrimento de outros, sem retirar destes últimos a sua importância para o ordenamento jurídico.

Isto, nada mais reflete do que a atividade de ponderação, a qual é indissociável da atividade de interpretação e aplicável tanto aos princípios como às regras, conforme já afirmado nesse estudo.

A ponderação, sobretudo, adquire relevância quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que traçam soluções opostas. São aqueles casos de normas que coexistem harmonicamente, mas concretamente podem se chocar.

²¹ Ibidem. p. 309-310.

²² Ibidem. p. 307-308.

Basicamente, são três as etapas envolvidas pela atividade da ponderação²³. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no ordenamento as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas e agrupando as que indicarem a mesma solução. Na segunda etapa, devem ser examinados os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos, o que permitirá identificar com maior clareza o papel de cada norma e a extensão de sua influência. E na terceira e última etapa, os grupos de normas e os fatos devem ser analisados conjuntamente, visando a apurar o grupo de normas que deve preponderar no caso e indicar a solução mais plausível.

É obviamente esta terceira etapa a mais complexa de todas, que deve sempre ser pautada, por unanimidade na doutrina e jurisprudência, pelo princípio instrumental da proporcionalidade, objeto do capítulo seguinte.

3. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

A idéia de razoabilidade tem origem no sistema anglo-saxão. Na Inglaterra, falava-se em “princípio da irrazoabilidade”, entretanto, foi no Direito Norte-Americano que o princípio da razoabilidade se desenvolveu com maior destaque, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo²⁴.

Dentro desse contexto, o princípio da razoabilidade exigiria *“compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”*²⁵.

Já a idéia de proporcionalidade vem mais associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas levaram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. No Direito Norte-Americano, o princípio da proporcionalidade era tomado como instrumento de direito constitucional para aferir a constitucionalidade de determinadas leis. Na Alemanha, por outro

²³ Ibidem. p. 288-289.

²⁴ Ibidem. p. 302.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

lado, o princípio se desenvolveu como um princípio de direito administrativo, enquanto mecanismo de controle dos atos do executivo²⁶.

Hoje, o princípio da proporcionalidade continua ligado à idéia de justiça e atua diretamente no controle dos atos discricionários do poder público, bem como na interpretação das normas face ao caso concreto, visando à melhor realização do fim constitucional nela embutido ou desejado pelo sistema. E, para tanto, a atuação do princípio é pautada em três elementos objetivos sugeridos pela jurisprudência constitucional alemã, os quais serão oportunamente aprofundados: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Como se vê, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possuem origem e desenvolvimento diversos, mas inegavelmente confluem sobre os mesmos valores, tais como, justiça, racionalidade, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos.

Exatamente por isso, Luís Roberto Barroso os trata como sinônimos, porque entende que os conceitos são próximos o suficiente para serem intercambiáveis²⁷.

Ocorre que o entendimento de Barroso não é unânime na doutrina, havendo quem sustente o contrário²⁸. Entre esses, Virgílio Afonso da Silva²⁹ merece destaque pela forma como esmiúça os conceitos e busca uma diferenciação entre os princípios.

O doutrinador até admite que ambos os princípios possuam objetivos semelhantes, porém sustenta que isso não autoriza seu tratamento enquanto sinônimos, pois expressariam construções jurídicas distintas. Afirma que a proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem como também pela sua estrutura. Aliás, sob outro enfoque, destaca que não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo para que seja desproporcional.

Para ele, o Tribunal Constitucional alemão não desenvolveu uma simples análise de relação meio-fim, nem sequer uma simples pauta que

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. e BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 302.

²⁷ Idem.

²⁸ ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 176-179; e SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002. p. 27-34.

²⁹ **O proporcional e o razoável**. op.cit. p. 27-34.

vagamente sugere os atos estatais que devem ser razoáveis. A análise da proporcionalidade, conforme desenvolvida pela corte alemã, segue uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados numa ordem pré-definida, o que a diferencia de uma mera exigência de razoabilidade.

De fato, esses três elementos/requisitos da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* devem ser individualmente avaliados, exatamente nessa ordem indicada, para que se possa aferir a proporcionalidade ou não de qualquer ato. E, é nessa ordem que os mesmos serão a seguir estudados.

O elemento da adequação tem um conceito ainda difundido no Brasil no sentido de que estaria o mesmo atendido se a medida/meio/ato sob análise *alcançar* o fim pretendido³⁰.

Contudo, de acordo com Virgílio Afonso da Silva³¹, tal entendimento decorreria de uma imprecisa tradução da lição alemã. Para ele, o elemento somente seria compreendido em sua plenitude se for corretamente traduzido enquanto elemento atendido na hipótese de uma medida/meio/ato que *fomenta* ou *promove* a realização de um fim ou objetivo pretendido. Afirma o autor, com razão, que:

“adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”³².

Em contrapartida, uma medida apenas não atenderia o elemento da adequação caso sua utilização não contribuísse em nada para fomentar a realização do fim visado.

Nesse sentido, verifica-se que uma tradução correta e precisa da lição alemã aponta aquele primeiro conceito ainda difundido como impreciso e, aliás, inadequado.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e Devido Processo Legal**. 2007. p. 262.

³¹ **O proporcional e o razoável**. op. cit. p. 36.

³² *Idem*.

De qualquer forma, o exame da adequação permanece com seu caráter absoluto, empírico e fático. Ou seja, apenas diante das circunstâncias do caso concreto este elemento pode ser aferido.

Quanto ao elemento da necessidade, este também tem caráter empírico e fático, sendo igualmente aferido apenas diante das circunstâncias do caso concreto.

A necessidade é aferida quando a medida/meio/ato em questão, entre os demais meios igualmente eficazes, é a menos gravosa ou prejudicial, tendo em vista os direitos envolvidos.

Com efeito, havendo medida menos gravosa que permite alcançar os mesmos resultados, a medida em análise evidentemente deixa de ser necessária.

Dessa forma, a necessidade distancia-se da adequação não só pelo seu conteúdo, mas também por exigir um juízo comparativo e não absoluto³³.

Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito importa no exame do equilíbrio entre a medida/meio/ato e a finalidade pretendida, de modo que as vantagens trazidas pelo alcance do fim visado superem as desvantagens eventualmente decorrentes da adoção da medida/meio/ato elegido. Assim, o elemento não estará atendido caso o que se perde com a medida seja de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Para Virgílio Afonso da Silva³⁴, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito importa em verdadeiro sopesamento entre a intensidade da desvantagem gerada pela adoção da medida e a importância da realização do fim perseguido, que fundamenta adoção da medida.

Aliás, o referido doutrinador cita exemplo bastante interessante e expressivo para demonstrar a relevância deste terceiro elemento. Pede-se licença para transcrevê-lo:

“Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade –, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas

³³ Ibidem. p. 38.

³⁴ Ibidem. p. 40.

alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art.6º)³⁵.

Em suma, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito basta que as razões que fundamentam a adoção da medida (o fim pretendido) não tenham peso suficiente para justificar as desvantagens dela decorrentes. Portanto, não é necessário que a medida atinja o conteúdo essencial de um direito fundamental ou que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Vislumbra-se como desproporcional até mesmo a hipótese em que, muito embora as desvantagens sejam poucas, a importância do fim perseguido pela medida não é suficiente para justificá-las.

Assim, a análise desse último elemento é fundamental para a observância completa do princípio da proporcionalidade. Não basta que a medida seja adequada e necessária. Ela também deve ser proporcional em sentido estrito.

E, nesse particular, para a exata compreensão e aferição do atendimento ao princípio da proporcionalidade, é notório, e talvez até desnecessário enfatizar, que a aplicação desses sub-elementos deve se dar nesta ordem pré-definida: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

É nesta ordem que os sub-elementos se relacionam. A análise da adequação precede a da necessidade que, por sua vez, precede a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Eles se relacionam de forma subsidiária entre si, de modo que a aferição da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todos os três sub-elementos. A análise da necessidade só é exigível se, e somente se, a medida tiver atendido ao elemento da adequação. Já a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se, e somente se, a medida tiver atendido aos elementos da adequação e da necessidade, cumulativamente.

³⁵ Ibidem. p. 40-41.

Uma vez atendidos todos os sub-elementos, observado estará o princípio da proporcionalidade. Neste aspecto, então, percebe-se que o princípio da proporcionalidade implica uma análise muito mais completa da medida/meio/ato em apreço do que o próprio princípio da razoabilidade que, por sua vez, implica apenas uma análise da relação meio/fim.

Na verdade, a análise da razoabilidade acaba correspondendo apenas à aferição do primeiro dos três sub-elementos do princípio da proporcionalidade, qual seja o da *adequação*.

Desse modo, a aferição da razoabilidade está contida no próprio processo de observância do princípio da proporcionalidade – de tal forma que o irrazoável será sempre desproporcional –, o que, sob certo enfoque, poderia admitir a menção aos princípios enquanto sinônimos. Ocorre que, como se disse, o princípio da proporcionalidade implica uma averiguação muito mais ampla e completa da medida/meio/ato do que o mero princípio da razoabilidade – de tal forma que o razoável poderá ser desproporcional –, sendo exatamente isso que os distingue e veda a sua utilização enquanto sinônimos.

E, por mais esse motivo, o princípio da proporcionalidade assume posição de destaque entre todos os outros princípios no Direito.

Willis Santiago Guerra Filho³⁶, inclusive, o denomina “princípio dos princípios” e o delinea como *norma concretizadora fundamental*, em contraste à “Norma Hipotética Fundamental” da Teoria Pura do Direito, por entender que o princípio aponta para um modelo de ordenamento jurídico diverso daquele definido na doutrina como piramidal.

Para Guerra Filho, a essência do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais e, à diferença dos demais princípios que se situam em seu mesmo nível, de mais alta abstração, o princípio da proporcionalidade não é tão-somente formal, pois se revela em sua plenitude apenas no momento em que se há de decidir, concretamente, sobre a constitucionalidade ou justiça de alguma situação jurídica.

Com efeito, trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, tanto por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público como também por funcionar como

³⁶ **Sobre princípios constitucionais gerais:** isonomia e proporcionalidade. 1995. p. 58-59.

a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela arraigado ou decorrente do sistema.

Aliás, o princípio da proporcionalidade pode até permitir que o magistrado pondere o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não admitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade atua, sobretudo, em casos em que a medida para realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo implica a restrição de outro, ou outros, direitos fundamentais.

Ademais, como os direitos fundamentais são dotados de dupla dimensionalidade – uma subjetiva ou individual, a que tradicionalmente vêm associados, e outra objetiva, que expressa valores almejados por toda a sociedade –, o princípio da proporcionalidade assume especial importância no momento de harmonizá-los. Acaba se tornando ferramenta essencial do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo em dada sociedade, apresentando-se como instrumento indispensável ao estudo que ora se propõe: análise aprofundada sobre a constitucionalidade da previsão legal de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial (art. 60, parágrafo único, Lei nº 11.101/2005).

E, o fato deste princípio não estar expressamente previsto em nossa Constituição Federal não lhe retira importância, mormente porque decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais, faz parte da essência do próprio Estado de Direito³⁷ e porque poderia ser invocado à luz do art. 5º, §2º, da CF, que assim dispõe: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)*”³⁸.

4. ALGUNS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL QUE SÃO ESSENCIAIS AO PRESENTE ESTUDO

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2002. p. 386.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre princípios constitucionais gerais**. op. cit. p. 59; e BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 396.

Entre os princípios norteadores da Lei nº 11.101/2005 e do próprio instituto da Recuperação de Empresas, estão os *princípios da ordem econômica nacional*.

A nossa Constituição Federal, datada de 1988, consagra, no Capítulo I do seu Título VII, alguns dos referidos princípios, os quais, na opinião do legislador, mereciam relevância e, por isso, foram positivados.

Já no primeiro artigo deste Capítulo, qual seja, o art. 170 da Constituição vigente, são agrupados diversos princípios da Ordem Econômica Nacional, *in verbis*:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

No que interessa ao presente estudo, torna-se essencial conhecer e abordar adiante alguns desses princípios e seus desdobramentos, porquanto diretamente ligados à questão cerne deste trabalho, o que permitirá uma análise aprofundada e axiológica do tema e fomentará a conclusão final a ser desenvolvida.

4.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da *dignidade da pessoa humana* é adotado pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica nacional (art. 170, *caput* – “*a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna*”).

A expressão não é novidade desta Constituição, pois já foi utilizada pela Constituição Brasileira de 1934 (art. 115), pela Constituição de Portugal (art. 1º), pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (“*A dignidade do homem é inviolável. Respeita-la e protege-la é obrigação de todo o poder público*”) e pela Constituição de Weimar (“*A organização da vida econômica deverá realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme à dignidade humana...*”)³⁹.

A repetição se deve à alta relevância do princípio, relevância esta justificada nas palavras de Eros Roberto Grau:

“Embora assumida como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. Quanto a ela, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica”⁴⁰.

É, portanto, um princípio fundamental, cuja importância não é diminuída pelo fato de se tratar de um conceito aberto, ou seja, que não possui um sentido unívoco. Quando aplicado ao caso concreto, é passível de diferentes interpretações dependendo da realidade com a qual se depara.

Diante desta variedade e complexidade do princípio torna-se mais fácil distinguir o que não respeita a dignidade humana do que propriamente define-a. Contudo, a dificuldade de conceituação, ressalte-se, não lhe retira a sua extrema importância.

Importância esta que é plenamente evidente no sistema da Constituição de 1988, no qual o princípio da dignidade da pessoa humana, repete-se, é tomado não só como fundamento da República Federativa do Brasil, mas também como fim ao qual deve se voltar a ordem econômica nacional.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 2002. p. 175.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 176.

E, nessa segunda acepção, o princípio torna-se ainda mais relevante por comprometer todo o exercício da atividade econômica – tanto o setor público quanto o privado – com o programa de promoção da existência digna da qual todos devem gozar.

Isto é, conforme estabelece o art. 170, *caput*, da Carta Magna, toda a ordem econômica nacional deve ser dinamizada tendo em vista a dignidade da pessoa humana.

4.2. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A *valorização do trabalho humano* é destacada no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da ordem econômica nacional.

A sua consagração é consequência do princípio do *valor social do trabalho* estabelecido pelo art. 1º, IV, da Carta Magna como fundamento da República Federativa do Brasil. Denota-se que o art. 170 oferece um enfoque econômico ao que já é valorizado pela Constituição.

Na realidade, a valorização do trabalho é figura antiga entre nós por se tratar de um preceito da doutrina social da Igreja, a qual reconhece no trabalho uma verdadeira nobreza.

Além disso, este princípio também não é novidade da Constituição atual, pois está desde 1946 entre os que devem orientar a ordem econômica.

“A constituição de 1946 (art. 145) referia conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano; a Constituição de 1967 (art. 157, I e II) e a Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 160, I e II), colocavam lado a lado, como princípios da ordem econômica, a “liberdade de iniciativa” e a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” – as duas últimas, ademais, introduziram também como princípio da ordem econômica a “harmonia e solidariedade entre os fatores de produção” (Constituição de 1967, art.157, IV) e a “harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção” (Emenda Constitucional n.1/69, art.160, IV)”.⁴¹

⁴¹ Ibidem. p. 179-180.

Hoje, de acordo com Constituição em vigor, o princípio da valorização do trabalho humano é tomado como fundamento de toda a ordem econômica nacional devido à importância social do trabalho, salientada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O trabalho é para cada homem ao mesmo tempo um direito e uma obrigação. Como direito, deflui diretamente do direito à vida. Para viver tem o homem de trabalhar. A ordem econômica, se lhe rejeita a oportunidade de trabalho, *ipso facto* lhe recusa o direito à sobrevivência, porque lhe recusa os meios indispensáveis para essa mesma sobrevivência. A obrigação deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o bem de todo depende da colaboração e do esforço de cada um”.⁴²

Desse modo, o princípio constitucional em tela, cumulado com o princípio do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional.

E, é por isso que o Constituinte de 1988, em atendimento aos princípios supra citados, redigiu o art. 7º da Constituição em vigor, estabelecendo direitos fundamentais e regras de proteção que proporcionam mais segurança aos trabalhadores formais.

No entanto, o princípio em tela não se restringe ao trabalho formal, abrangendo também o trabalho informal e o empresário.

Hoje em dia, é notório que o número de trabalhadores informais e empresários no país é enorme, possuindo, assim, forte influência social e econômica.

Impossível, portanto, não reconhecer que se tratam de duas classes a serem valorizadas e que, da mesma forma que os trabalhadores com carteira de trabalho assinada, devem ser protegidas, apesar de não haver para elas artigo constitucional equivalente ao art. 7º supra citado.

Entretanto, muito antes da Constituição de 1988, o ramo do Direito do Trabalho, focado na proteção dos trabalhadores e dotado de autonomia científica, já surgia como decorrência desse princípio da valorização do trabalho humano – que já pauta as relações humanas há um bom tempo – e

⁴² **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** 1999. p. 172-173.

como decorrência do Estado Liberal e da modernização das relações trabalhistas.

Verifique-se o que leciona Sússekind:

“A legislação do trabalho nasceu intervencionista, como reação aos postulados da Revolução Francesa (1789) que asseguravam a completa autonomia da vontade nas relações contratuais, permitindo-se a exploração do trabalhador, numa fase histórica em que a Revolução Industrial propiciava o fortalecimento da empresa”.⁴³

Embora essa autonomia científica do Direito do Trabalho não seja total, por se aplicarem subsidiariamente as regras do direito comum, é um ramo do direito que possui institutos e princípios próprios. Aliás, no patamar infraconstitucional, tem como texto normativo geral a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que regula as relações de emprego.

Assim, diante da relevância para o presente estudo, caberá um breve estudo sobre alguns dos princípios basilares desse ramo do direito, enquanto desdobramentos do princípio constitucional da valorização do trabalho humano.

4.2.1. Princípio da Proteção

Como se viu, a necessidade de proteção social do trabalhador constitui a própria raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico⁴⁴. Sem a idéia de sistema protetivo, esse ramo do Direito não se justificaria nem histórica nem cientificamente.

Desde suas origens, o princípio protetor visa à tutela jurídica do trabalhador, oferecendo um tratamento legal vantajoso, como forma de compensar a sua inferioridade na relação de trabalho, pela sua posição de dependência ao empregador. Sob essa perspectiva, o princípio busca o equilíbrio que falta na relação jurídica diante do desnivelamento existente entre os seus dois sujeitos, em detrimento do trabalhador e favorecendo o patrão⁴⁵.

Indubitavelmente, trata-se de princípio fundamental do Direito Trabalhista.

⁴³ **Instituições de Direito do Trabalho**. 2002. p. 146.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 2007. p. 125.

Sem extremismos, contudo, vem se desenvolvendo a *tese da flexibilização* que a Constituição brasileira adotou, ainda que timidamente, ao dispor que alguns direitos fundamentais podem ser flexibilizados mediante acordo ou convenção coletiva. Em breve síntese, a tese visa a proporcionar a adaptação das condições de trabalho, mediante tutela sindical, a situações conjunturais ou a exigências de nova tecnologia, assim como a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais⁴⁶.

Em contrapartida, o princípio protetor não perde seu rigor. Os fundamentos jurídicos, políticos e sociológicos desse princípio geram ainda outros sub-princípios que dele são imediatamente decorrentes, dentre os quais merecem destaque:

a) *Princípio “in dubio pro operario”*: princípio de interpretação que aconselha o intérprete a escolher, dentre as hipóteses interpretativas viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida vontade do legislador, nem que se trate de matéria probatória. Observe-se que não se trata de correção de uma norma ou de integração da mesma, mas sim de atribuir-lhe o sentido mais favorável ao trabalhador;

b) *Princípio da norma mais favorável*: visa a solucionar eventual problema de aplicação das normas jurídicas trabalhistas. Preceitua que seja aplicada em cada caso a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente da sua posição na escala hierárquica do ordenamento jurídico. Inclusive, as normas mais favoráveis do contrato individual ou do regulamento da empresa prevalecem sobre as de hierarquia superior; e

c) *Princípio da condição mais benéfica*: tem a função de solucionar o problema de aplicação da norma jurídica trabalhista no tempo, quando uma norma cronologicamente posterior modificar ou suprimir um direito previsto pela norma anterior⁴⁷. Nesse particular, determina a prevalência das condições que mais beneficiarem o trabalhador, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis. E, tudo, em defesa do seu direito adquirido. Por isso, abrange apenas direitos definitivos constantes no contrato de trabalho, excluindo-se os provisórios. A diferença entre o princípio da norma mais

⁴⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. [et al.] **Instituições de Direito do Trabalho**. op. cit. p. 147.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit. p. 125.

favorável e o da condição mais benéfica é que o primeiro refere-se à situação mais abstrata e genérica, ao passo que o segundo trata de situação concreta e determinada⁴⁸.

Como se vê, todos esses sub-princípios também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais dos trabalhadores, buscando nivelar, juridicamente, uma desigualdade prática verificada entre os sujeitos da relação de emprego, exatamente em atenção ao princípio protetor.

4.2.2. Princípio da Irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas tem por finalidade fortalecer as conquistas obtidas pela normatividade jurídica ante da fragilidade do empregado, que poderia delas abrir mão.

O referido princípio talvez seja o principal mecanismo do Direito Trabalhista para, de forma eficaz, amenizar a significativa desigualdade inerente aos contratos de trabalho. Tal como o princípio protetor, trata-se de princípio fundamental do Direito do Trabalho.

Com efeito, de nada adiantaria uma legislação protetora caso fosse permitida a renúncia do direito pelo trabalhador, parte mais fraca da relação que, por exemplo, poderia ceder a ameaças do empregador com relação à demissão, entre outras.

Há quem entenda⁴⁹ que o princípio em apreço deve ser tratado como princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ao invés de princípio da irrenunciabilidade, porque, além da renúncia que é ato unilateral, o princípio em questão também envolve atos bilaterais de disposição de direitos, tal como a transação.

⁴⁸ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. 2009. p. 94.

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho: relações de trabalho e relação de emprego**. 2001. p. 175.

Renúncia é ato voluntário de uma das partes que, independentemente de qualquer contraprestação, abre mão dos direitos que lhe são reconhecidos, certos e existentes, ou futuros, mas certos⁵⁰.

Transação é ato bilateral ou plurilateral, pelo qual se acertam direitos e obrigações que pendem de certeza absoluta entre as partes acordantes, mediante concessões mútuas e recíprocas⁵¹.

De acordo com o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade, o trabalhador, quer seja por renúncia, quer seja por transação, não pode dispor de seus direitos trabalhistas, sendo nulo este ato de disposição.

Na CLT, existem três dispositivos destinados a assegurar o princípio, *in verbis*:

“Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

“Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

“Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Ocorre que a indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem justralhista não tem a mesma exata rigidez e extensão⁵².

Haverá indisponibilidade absoluta quando o direito enfocado merecer tutela de nível de interesse público, por oferecer patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política⁵³. São exemplos os direitos à assinatura da Carteira de Trabalho e ao salário mínimo.

Também haverá indisponibilidade absoluta quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria,

⁵⁰ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. op. cit. p. 95.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit. p. 199.

⁵² *Ibidem*. p. 200.

⁵³ *Idem*.

como, por exemplo, parcelas que poderiam ser objeto de negociação coletiva e, desse modo, ter modificação real⁵⁴.

Já será relativa a indisponibilidade quando o direito enfocado se referir a interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral, como, por exemplo, a modalidade de salário variável que acresce o salário fixo⁵⁵.

Assim, os direitos de indisponibilidade relativa podem ser sim objeto de *transação* desde que esta não resulte em prejuízos ao trabalhador (art. 468, CLT). E, nesse particular, os prejuízos resultantes apenas acarretam a nulidade da transação se, e somente se, forem *certos* no momento em que for ajustada. Conforme leciona Sússekind⁵⁶, tais prejuízos podem até ser diretos ou indiretos, atuais ou futuros, materiais ou morais, porém devem ser certos para que se caracterize a nulidade.

O ato de mera *renúncia*, por sua vez, é sumariamente repellido pela ordem justralhista, nos termos dos arts. 9º e 444 da CLT, sendo que apenas em raras situações autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal é que será passível de validade⁵⁷.

E, por fim, cabe observar que a *conciliação* – em que a transação recebe a mediação de autoridade jurisdicional – pode sim abarcar direitos trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada, permanecendo válida ainda que inexista a estrita reciprocidade⁵⁸.

4.2.3. Princípio da Continuidade

Regra geral, o contrato de trabalho é de trato sucessivo, perdurando no tempo e sendo perene, caso não haja disposição expressa em sentido contrário. Nesse particular, a estabilidade das relações trabalhistas deve ser

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibidem. p. 200-201.

⁵⁶ **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**. 1964. p. 425.

⁵⁷ Por exemplo: a) a renúncia à estabilidade no emprego, mediante pedido de demissão feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho (art. 500, CLT); e b) a renúncia tácita à estabilidade no emprego pelo dirigente sindical que solicitar transferência para fora da base territorial (art. 543, *caput* e §1º, CLT).

⁵⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. [et al.] **Instituições de Direito do Trabalho**. op. cit. p. 217.

protegida, para que o trabalhador não seja subitamente privado de sua fonte de renda.

Embora não seja inflexível, uma vez que a Constituição de 1988 não consagrou a estabilidade absoluta do trabalhador no emprego, o princípio da continuidade emana inquestionavelmente, das normas sobre a indenização devida nas despedidas arbitrárias, independentemente do levantamento do FGTS (art. 7º, I) e do aviso prévio para a denúncia do contrato de trabalho proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI)⁵⁹.

É definitivamente em razão do princípio da continuidade que se estabelecem vantagens em relação à antiguidade (garantia no emprego, salários diferenciados, montantes de indenização, etc)⁶⁰.

Conforme leciona Mauricio Godinho Delgado⁶¹, existem três tipos de repercussão positivas, decorrentes do princípio da continuidade: a) a tendência de elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao tempo de serviço; b) o investimento educacional e profissional a que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores ao longo dos contratos, em atendimento de mais uma faceta da função social da empresa; e c) a afirmação social do trabalhador, que tem no seu trabalho e na renda dele decorrente um decisivo instrumento de afirmação no plano sócio-econômico.

Inclusive, já há quem⁶² defenda uma visão mais atual do princípio, no sentido de não mais preceituar a estabilidade geral no emprego ou inibir as despedidas arbitrárias, mas, sim, no sentido de partir da premissa lógica da necessidade do trabalhador em se inserir num emprego, num contexto que lhe traga segurança econômica, em repúdio às mudanças bruscas e verdadeira concretização do princípio protetor.

Parece que esta é realmente a visão mais adequada aos tempos hodiernos, em aperfeiçoamento da visão do princípio da continuidade construída sob os problemas dos séculos passados.

⁵⁹ Ibidem. p. 148.

⁶⁰ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. op. cit. p. 96.

⁶¹ DELGADO. op. cit. p. 183-184.

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 2009. p. 160.

4.3. BUSCA DO PLENO EMPREGO

A *busca do pleno emprego* é enunciada como princípio da ordem econômica no inciso VIII do art. 170 da Constituição, com aquela dupla função que possuem os princípios deste rol.

Além de constituir um objetivo particular da ordem econômica nacional, também configura um instrumento efetivo para a realização do princípio da redução das desigualdades regionais e sociais – enunciado no inciso VII – e, portanto, importante para a realização do fim da ordem econômica, qual seja, o de assegurar a todos existência digna.

Devido à sua importância, o mesmo princípio já havia sido contemplado na Emenda Constitucional nº 1/69, no seu art. 160, VI, com os seguintes termos: “*expansão das oportunidades de emprego produtivo*”.

De um lado, este princípio impõe o emprego pleno de todos os recursos e fatores de produção, contribuindo também, neste aspecto, para a realização do princípio da função social da propriedade, conforme leciona Eros Roberto Grau:

“O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*. A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*”.⁶³

De outro lado, a *busca do pleno emprego* consubstancia, ainda que indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que, na condição de princípio da ordem econômica, deve ser analisado e aplicado conjuntamente com o princípio da valorização do trabalho humano, colaborando para a realização deste último⁶⁴.

E, sobretudo, neste último aspecto, o princípio ganha relevância, pois, como enfatiza Manoel Ferreira Filho, “*cumprir reconhecer que a oportunidade*

⁶³ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. op. cit. p. 221.

⁶⁴ *Idem*.

*de trabalho para todos é indispensável para uma ordem econômica atenta para a justiça social*⁶⁵”.

Diante dessa importância, impõe-se ao Poder Público a realização de políticas públicas voltadas à concretização do princípio, de modo que qualquer política econômica que conduza à retratação na oferta de emprego produtivo implica flagrante violação ao disposto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal, permitindo a aplicação de punições previstas no art. 173, § 5º.

4.4. LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA e LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA

O art. 170, da Constituição, coloca o princípio da *livre iniciativa* entre os fundamentos da ordem econômica nacional (art. 170, *caput*) e menciona o princípio da *livre concorrência* – ao qual aquele está vinculado – como um dos princípios da ordem econômica (art.170, IV).

Além disso, a Carta Magna enuncia o *valor social da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), sendo que a livre iniciativa, nesta acepção, não é tomada como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.

De fato, o princípio da livre iniciativa é socialmente importante, sendo considerado o primeiro dos princípios que devem reger a ordem econômica e social, para realização do desenvolvimento nacional e da justiça social.

Nesse sentido, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social”⁶⁶.

O princípio da *livre iniciativa*, assim como o da *livre concorrência* e o do *livre exercício de atividade econômica*, deriva dos direitos individuais consagrados no art. 5º da CF/88, em especial, do direito à liberdade humana.

⁶⁵ FERREIRA FILHO. op. cit. p. 176.

⁶⁶ Ibidem. p. 173.

Sua importância se sobressai na medida em que a grande maioria da atividade econômica compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros.

Com efeito, na ordem econômica, cabe ao Estado posição secundária, conquanto importante, devendo ter sua ação regida pelo princípio da subsidiariedade consubstanciado no art. 173, *caput*, da Constituição, abaixo transcrito:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Desse modo, em princípio, é à iniciativa privada que compete a atuação direta no campo econômico, sendo, excepcionalmente, admitida a do Estado (e de suas projeções) quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. E pela leitura do art.173, tem-se que ambos os casos que admitem a exceção não de estar definidos em lei.

Em consequência, a intervenção direta do Estado na ordem econômica, hodiernamente, não é mais exercida em larga escala, não sendo freqüente a figura do Estado empresário.

Contudo, a liberdade de iniciativa não é ilimitada na Constituição, pois nela se encontram dispositivos que impõem a intervenção indireta do Estado, com o fim de estabelecer restrições seu exercício desta liberdade.

Na realidade, nem mesmo na sua origem lá no Estado Liberal – época em que se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica – era ilimitada a livre iniciativa. Já naquele período, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, medidas de polícia eram a eles impostas.

Isto porque a busca do interesse pessoal não pode ser levada a extremos que acarretem um prejuízo para toda a coletividade. Nos termos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o *interesse pessoal pode ser defendido na medida em que o interesse coletivo não seja prejudicado*”⁶⁷.

Pela mesma razão, o texto constitucional atual estabeleceu alguns dispositivos com o intuito de restringir o exercício da livre iniciativa, tais como,

⁶⁷ Ibidem. p. 180.

por exemplo, o art. 173, §4º, art. 174, *caput*, e seu §1º, cujas redações são a seguir transcritas:

“Art. 173. *caput* a §3º - *omissis*. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Desse modo, o Estado, na qualidade de agente fiscalizador e normativo, exercerá intervenção indireta na economia, evitando a ocorrência de fatos indesejáveis à manutenção da ordem econômica nacional como, por exemplo, a monopolização dos mercados e a eliminação da concorrência.

A eliminação da concorrência, bem como o monopólio, é consequência lógica da livre iniciativa exercida ilimitadamente e representa flagrante afronta ao princípio da livre concorrência, consagrado pelo art.170, IV, da Constituição, como princípio da ordem econômica nacional tal como o é a livre iniciativa.

Portanto, o exercício da livre iniciativa vai até o ponto em que não ferir os demais princípios constitucionais, implicando o contrário a sua limitação e restrição através de intervenção estatal, com o fim de garantir a existência digna do homem e a realização da justiça social.

Sábria é a assertiva de Eros Roberto Grau quando diz que “*a análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência*”⁶⁸.

A livre concorrência, esta sim é novidade no direito constitucional positivo brasileiro que decorre da adesão à economia de mercado, na qual é típica a competição. No direito anterior, ela era considerada como compreendida pela liberdade de iniciativa⁶⁹.

Sua elevação à condição de princípio positivado visa à igualdade na concorrência, com a exclusão de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros.

⁶⁸ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. op. cit. p. 181.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p. 175.

A justificativa para tanto reside no fato do Constituinte de 1988 entender “*que através da livre concorrência é que melhor se alcança o interesse geral no plano econômico*”⁷⁰.

Por isso, é dever do Estado coibir qualquer forma de eliminação ou redução da concorrência.

O Estado brasileiro cumpre essa sua obrigação através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), um órgão criado em 1962 e transformado, em 1994, pela Lei de Antitruste (nº 8.884/94), em Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça.

As atribuições do CADE são previstas pela referida Lei, cuja finalidade é resumida no seu art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

A autarquia funciona como última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final em matéria concorrencial. Assim, após receber os pareceres das duas secretarias (Seae e SDE) o CADE tem a tarefa de julgar os processos. O órgão desempenha, a princípio, três papéis: repressivo, preventivo e educativo⁷¹.

No papel preventivo, o órgão fiscaliza os atos de concentração, quais sejam, as fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Embora não sejam ilícitos, os efeitos de tais atos devem ser analisados pelo CADE por força do art. 54 da Lei nº 8.884/94, especialmente nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência, que a Lei Antitruste supõe ocorrer em situações de concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui, no mínimo, quatrocentos milhões de faturamento bruto.

O papel repressivo impõe à autarquia o dever de repressão das condutas anticoncorrenciais, previstas detalhadamente nos artigos 20 e seguintes da Lei nº 8.884/94 e na Resolução 20 do CADE, tais como, cartéis e acordos de exclusividade.

⁷⁰ Ibidem. p. 181.

⁷¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Institucional**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp>. Acesso em: 17 set. 2006.

Já o seu papel educativo consiste na difusão da cultura da concorrência através de palestras, cursos e seminários, em parceria com instituições como universidades, associações e institutos de pesquisa. Esta função é uma determinação do art. 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/94.

Como se vê, esse órgão é de relevante importância para preservação efetiva da livre concorrência, o que evita as conseqüências da livre iniciativa ilimitada e os abusos do poder econômico.

Entretanto, no que pese o princípio da livre concorrência ter sido positivado para limitar o exercício da liberdade de iniciativa, tão intensa é a experiência brasileira com o dirigismo estatal que a Constituição de 1988, depois de consagrar os dois princípios acima mencionados, volta a afirmar que a atividade econômica é livre, não dependendo de autorização do Poder Público, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal:

“Art. 170. *caput* – *omissis*. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Assim, o dispositivo supra enfatiza a não sujeição da atividade econômica a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei.

E, é em decorrência desse princípio do *livre exercício da atividade econômica* que o CADE não exerce funções que não estejam explicitamente previstas na Lei de Antitruste ou nas suas Resoluções.

4.5. PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Os incisos II e III do art. 170 da Carta Magna enunciam também como princípios da ordem econômica, respectivamente, a *propriedade privada* e a *função social da propriedade*.

Da mesma forma, tais princípios são sucessivamente previstos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

De fato, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição, a qual garante o direito de propriedade, desde que esta atenda sua função social.

A propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover sua subsistência⁷². E, nesse aspecto, consiste indubitavelmente num direito individual que cumpre uma função individual.

O direito de propriedade também era entendido como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, que têm o dever de respeitá-lo e não violá-lo, sem retirar do direito de propriedade o seu caráter extremamente individualista⁷³.

Então, sob essa perspectiva civilista, o direito de propriedade se revela como “*um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*”⁷⁴, mantendo-se o seu caráter absoluto.

O tema, entretanto, é mais complexo, pois suas conseqüências não se restringem ao titular do direito, envolvendo toda uma coletividade. Por isso, o caráter absoluto do direito de propriedade foi sendo superado pela evolução jurídica até chegar-se à concepção de propriedade com função social.

Em decorrência das profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, esta passou a se sujeitar à disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Daí a Constituição estabelecer o regime jurídico da propriedade, restando ao Direito Civil disciplinar tão-somente as relações civis a ela referentes e, ainda assim, com as delimitações e condicionamentos que defluem das normas constitucionais⁷⁵.

Hoje, prevê a Constituição, através de diversas normas (art. 5, XXII e XXIII, 170, II e III, 176, 177 e 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222), que o direito de propriedade, repita-se, só é garantido se for atendida a função social desta mesma propriedade.

Denota-se, assim, que a propriedade não pode mais ser considerada unicamente como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Segundo José Afonso da Silva, inclusive:

“[...] ela deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e Portugal (art. 62)”⁷⁶.

⁷²COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. 1995. p. 30.

⁷³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2002. p. 270.

⁷⁴Idem.

⁷⁵Ibidem. p. 272.

⁷⁶Ibidem. p. 281.

Na Constituição brasileira, já foi visto que a *propriedade privada* e a *função social da propriedade*, embora previstas entre os direitos individuais, são também enunciadas, no art. 170, como princípios da ordem econômica nacional.

Tal enunciação é dotada de especial importância porque, com isso, a *propriedade* não pode mais ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado especialmente por serem os princípios da ordem econômica preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

Assim, a previsão do direito de propriedade entre as normas de direitos individuais da Constituição visa assegurar a instituição, mas sem conferir-lhe a extensão que o individualismo reconheceu, já que fica vinculada à consecução daquele fim da ordem econômica, além de ter que atender à sua respectiva função social.

E, sobre essa tão mencionada função social da propriedade cabe tecer mais alguns comentários.

É importante frisar que este princípio, da maneira como foi previsto pela Constituição, passou a constituir um elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade.

Na opinião de Fabio Konder Comparato:

“[...] a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro”.⁷⁷

A referida função social não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, tais como, servidões, desapropriações e outras restrições. Estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário, enquanto aquela, à estrutura do direito à propriedade.

Na realidade, a função social, na qualidade de princípio, condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício. De fato atribui a ela um

⁷⁷COMPARATO. op. cit. p. 32.

conteúdo específico, moldando-lhe um novo conceito, conforme leciona Eros Roberto Grau:

“O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”.⁷⁸

E, como princípio constitucional, incide imediatamente, sendo de aplicabilidade imediata. Assim, explica José Afonso da Silva:

“[...] aquela norma tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público [...]”.⁷⁹

Constitui, dessa forma, um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da garantia da mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

Bem conclui o doutrinador José Afonso da Silva:

“Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.⁸⁰

E, em síntese, é com essa concepção que o intérprete deve compreender as normas constitucionais atinentes ao regime jurídico da propriedade: o direito de propriedade é garantido enquanto atendida a sua função social, implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento da atribuição de poderes ao proprietário, seja sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado.

Para o presente estudo, esse regime da propriedade faz-se importante porque é ele que denota a natureza do sistema econômico.

Dessa forma, e tendo em vista o que foi narrado, verifica-se que, no Brasil, foi adotado um sistema econômico fundado na iniciativa privada, ou seja, um sistema capitalista, especialmente pelo fato de reconhecer-se o direito de propriedade privada como princípio da ordem econômica.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ SILVA. op. cit. p. 281.

⁸⁰ Ibidem. p. 283.

No entanto, a Constituição, ao enunciar o princípio da função social da propriedade também entre aqueles da ordem econômica, tenta amenizar as conseqüências desse sistema capitalista, dirigindo-o para uma preocupação constante com a realização justiça social e da dignidade humana.

É como leciona José Afonso da Silva:

“Vimos já que o nosso sistema é fundamentalmente o da propriedade privada dos meios de produção, o que revela ser basicamente capitalista, que a vigente Constituição tenta civilizar, buscando criar, no mínimo, um capitalismo social, se é que isso seja possível, por meio da estruturação de uma ordem social intensamente preocupada com a justiça social e dignidade da pessoa humana”.⁸¹

4.5.1. Função Social da Empresa

Ainda, é importante destacar que a compreensão da função social da propriedade como princípio da ordem econômica, correlacionada aos demais princípios enunciados no art. 170 da Constituição, importa na sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial⁸².

Note-se que a *função social da propriedade dos bens de produção* também é entendida como *função social da empresa* ou *função social do poder econômico*.

Eros Roberto Grau assim leciona:

“O princípio da função social da propriedade, para logo se vê, ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual em maior intensidade refletem os efeitos do princípio é justamente a propriedade, *dinâmica*, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*”.⁸³

A empresa se trata, basicamente, de uma atividade organizada dos fatores de produção, através de uma seqüência de atos coordenados pelo empresário, sendo uma atividade econômica com o fim de produção ou circulação de bens ou serviços, nos termos do art. 966 do Código Civil.

⁸¹ Ibidem. p. 789.

⁸² Ibidem. p. 790.

⁸³ **Elementos de direito econômico**. 1981. p. 128.

Assim, a empresa possui relevante função social, na medida em que possui forte influência sobre a economia nacional, por ser eivada do grande dinamismo dos bens de produção, sendo também capaz de envolver interesses públicos e particulares de diversos agentes direta ou indiretamente ligados a ela.

De fato, a atividade empresarial tem significado privilegiado na organização econômica e social, como elemento gerador de emprego, tributo, valor, consumo, produto, serviço, inovação, renda, etc.

Hoje, a empresa não é simplesmente uma atividade produtiva auxiliar da economia nacional, ao contrário, dentro do regime econômico capitalista adotado pela Constituição Federal, a empresa se tornou a principal fonte econômica do país, sendo responsável pela movimentação do ciclo do desenvolvimento econômico⁸⁴.

É como salienta Jorge Lobo:

“A ‘função social’ da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio da tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente”.⁸⁵

Em razão disso, qualquer norma de direito empresarial ou meramente relacionada à atividade empresarial deve ser aplicada e interpretada no sentido de preservação dessa função social das empresas, dada sua importância para a ordem econômica nacional e para realização de seu fim, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

5. OUTROS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Além dos princípios abordados no capítulo anterior, faz-se também necessário conhecer alguns dos princípios e objetivos específicos da Lei de

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: op. cit. p. 214.

⁸⁵ **O princípio da função social da empresa**. 2006. p. 29.

Recuperação de Empresas, a fim de melhor compreender o espírito dessa lei e o intuito da previsão legal tão polêmica que é objeto do presente estudo.

Antes, contudo, é preciso bem entender a situação concreta (empresa em crise) em que a lei é aplicável e sobre a qual seus princípios e objetivos foram desenvolvidos.

5.1. A EMPRESA EM CRISE

Com a criação do instituto da Recuperação de Empresas através da Lei nº 11.101/2005, o país deu os primeiros passos no processo de tratamento das dificuldades empresariais.

É nesse contexto da sociedade empresária em crise que o instituto da Recuperação da Empresa foi desenvolvido. Por isso, é pertinente que se faça uma análise dessa situação de crise empresarial antes de se estudar os objetivos específicos e demais princípios norteadores do instituto.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “quando se diz que uma empresa está em crise, isso pode significar coisas muito diferentes”⁸⁶. Isto porque as dificuldades empresariais se manifestam de diferentes formas.

O referido autor classifica a crise empresarial em três tipos principais, quais sejam, a crise *econômica*, *financeira* e *patrimonial*.

Sobre o primeiro tipo, o autor explica que:

“Por crise *econômica* deve-se entender a retratação considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”⁸⁷.

Em outras palavras, configura-se a crise econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio, gerando queda no faturamento.

Esta crise pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa. Definir o alcance do problema é indispensável à correta adoção de medidas de superação do estado crítico.

⁸⁶ **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas:** (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 2005. p. 23.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 24.

Já a crise financeira se configura quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa suficiente para pagar suas obrigações e, por isso, também é denominada crise de liquidez.

Saliente-se, no entanto, que a crise financeira não decorre, necessariamente, da existência de uma crise econômica, podendo ser gerada por muitos outros fatores. É a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“A crise *financeira* revela-se quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos. É a crise de liquidez. As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica –, mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas”⁸⁸.

No mesmo sentido, Ricardo Negrão:

“É possível que empresas economicamente saudáveis sofram crises financeiras, momentâneas ou não, em razão da insuficiência de recursos financeiros para o pagamento das obrigações assumidas. A causa desse desequilíbrio pode ser identificada, entre outros fatores, na ausência de correta estimativa dos custos dos empréstimos tomados, no alto índice de inadimplência de sua clientela ou em qualquer situação relativa à circulação e gestão do dinheiro e de outros recursos líquidos”⁸⁹.

Assim, a crise financeira é, normalmente, marcada pela impontualidade.

Em geral, a sociedade empresária que não está em crise econômica e patrimonial tem perfeitas condições de superar suas dificuldades financeiras através da adoção de algumas medidas como, por exemplo, a renegociação da forma de pagamento das dívidas e operações de mútuo bancário mediante a outorga de garantia real sobre bens do ativo, entre outras.

Por fim, o último tipo de crise ocorre quando o ativo é inferior ao passivo, ou seja, as dívidas superam os bens da sociedade. Assim explica Fabio Ulhoa Coelho:

“[...] a crise *patrimonial* é a insolvência, isto é, a insuficiência de bens do ativo para atender à satisfação do passivo”⁹⁰.

É, portanto, um estado crítico e temerário, indicativo de grande risco para os credores e que pode levar a sociedade empresária a um estado

⁸⁸ Ibidem. p. 24.

⁸⁹ **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências:** Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 2005. p. 173-174.

⁹⁰ COELHO. op. cit. p. 25.

falimentar. O autor supra citado, entretanto, afirma que não é necessariamente assim. Para ele:

“O patrimônio líquido negativo pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo. Quando concluída a obra e iniciadas as operações da nova planta, verifica-se aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial”⁹¹.

É por isso que, regra geral, a manifestação isolada de uma dessas crises não preocupa muito os agentes econômicos (credores, investidores, trabalhadores, etc.).

Já a manifestação das três formas de crise em conjunto, os desperta grande preocupação. De fato, quando a queda das vendas acarreta falta de liquidez e, em seguida, insolvência, considera-se que a sociedade empresária está, efetivamente, em estado crítico.

E convém ressaltar que esse estado crítico não decorre necessariamente de fatores endógenos como a má administração da empresa, por exemplo. Muitos são os fatores – inclusive, alguns exógenos –, que podem colaborar para o acarretamento das espécies de crise acima expostas.

Jorge Lobo lista variados fatores que também podem ameaçar e por em risco a continuidade dos negócios e o sucesso do empreendimento, tais como:

“a) desentendimentos entre sócios e entre estes e administradores, oriundos, basicamente, de abuso, desvio ou excesso de poder de controle ou abuso da minoria; b) má gestão; c) fraude; d) erros estratégicos; e) enfermidade grave e falecimento do principal sócio e administrador; f) falência de clientes ou de fornecedores importantes; g) surgimento de concorrentes oferecendo idênticos produtos ou serviços a preços abaixo dos de mercado; h) elevados custos operacionais; i) capital de giro insuficiente; j) excesso de estoque; l) linha de produtos obsoletos ou de difícil alienação etc”⁹².

Com isso, percebe-se que o setor empresarial está sujeito a uma série de fatores que pode vir a prejudicar o andamento dos negócios. Se os empresários ou as sociedades empresárias não souberem enfrentar essas dificuldades, a crise – seja ela econômica, financeira ou patrimonial – em algum momento se instalará.

E, se houver a manifestação das três formas de crise em conjunto, de modo a tornar o estado crítico irreversível, a crise empresarial será fatal,

⁹¹ Ibidem. p. 25.

⁹² LOBO *in* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) - **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**. 2010. p. 178-179.

gerando prejuízos tanto para os empreendedores, investidores e trabalhadores, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. Assim explica Fábio Ulhoa Coelho:

“A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional”⁹³.

Foi diante desse contexto que houve a criação do instituto da Recuperação de Empresas, com a intenção de evitar os gravames que a crise empresarial pode desencadear na economia, permitindo a preservação dessa empresa sem que haja a cessação de suas atividades, ainda que a sociedade empresária ou o empresário não possam ser salvos.

Conforme leciona Lídia Valério Marzagão:

“A Lei é inspirada no direito comparado e tem caráter publicista, na medida em que traz como primordial função prevenir o efeito nefasto que a insolvência traz não somente ao devedor, mas à cadeia de sujeitos envolvidos nas diversas negociações empresariais, dentre eles, os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores, desenvolvendo-se através de um processo de prevenção de crise, em ambiente de maior eficiência e justiça social, proporcionando a continuidade da exploração das atividades empresariais de modo a realizar a sua função social”⁹⁴.

Portanto, a criação do novo instituto é norteadada pelos princípios da Ordem Econômica Nacional – alguns já analisados – e por outros princípios e objetivos do direito falimentar e recuperacional, que serão comentados na seqüência e que retratam uma preocupação com a criação de um modelo eficiente que possibilite o soerguimento da empresa economicamente viável, com o fim primordial de evitar os prejuízos sociais decorrentes desse contexto de crise ora analisado.

5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS E DEMAIS PRINCÍPIOS ADOTADOS NA ELABORAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 QUE CRIOU O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

⁹³ COELHO. op. cit. p. 25.

⁹⁴ A Recuperação Judicial. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: doutrina e prática. 2005. p. 79.

Como já foi acima mencionado, a Lei nº 11.101/2005 que criou o instituto da Recuperação da Empresa surgiu da necessidade de elaboração de um modelo eficiente de soerguimento das empresas em crise, com o fim último de, sempre que possível, afastar os efeitos nefastos da falência.

A antiga Lei de Falências datada de 1945 não mais acompanhava as profundas alterações ocorridas no panorama econômico desde sua entrada em vigor e o instituto da Concordata não fornecia as mínimas condições necessárias à recuperação da sociedade empresária em crise, não passando, na maioria dos casos, de um instrumento de mero adiamento da decretação da falência.

A nova realidade social e a modernização das práticas empresariais fizeram necessária a adequação do regime falimentar brasileiro, no sentido de se propor uma legislação mais moderna e de conteúdo social imposto pelos novos princípios da Ordem Econômica Nacional.

Nesse sentido são os comentários do Senador Ramez Tebet, na qualidade de relator do Substitutivo do Senado ao PLC nº 71, de 2003, que originou a Lei nº 11.101/2005:

“[...] o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos”⁹⁵.

Portanto, nesse intuito, o Senador Ramez Tebet propôs, para elaboração da redação final da nova lei, a adoção de mais doze princípios – alguns mais propriamente objetivos específicos da lei – além daqueles referentes à ordem econômica positivados pela Constituição, quais sejam: 1) princípio da preservação da empresa; 2) da separação dos conceitos de empresa e empresário; 3) da recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; 4) da retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; 5) da proteção aos trabalhadores; 6) da redução do custo do crédito no Brasil; 7) da celeridade e eficiência dos processos judiciais; 8) da segurança jurídica; 9) da participação ativa dos credores; 10) da maximização do valor dos ativos do falido; 11) da desburocratização da recuperação de

⁹⁵ TEBET, Ramez. Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: doutrina e prática. 2005. p. 353.

microempresas e empresas de pequeno porte; e 12) do rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Diante da relevância para o presente estudo, é necessário discorrer um pouco sobre alguns deles que são direta e axiológicamente vinculados à previsão legal da inexistência de sucessão trabalhista na recuperação judicial.

5.2.1. Princípio da Preservação da Empresa

O Senador Ramez Tebet justifica a adoção do princípio da *preservação da empresa* para a elaboração da Lei nº 11.101/2005 da seguinte maneira:

“Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros”.⁹⁶

Como já discorrido no item 4.5.1 do presente trabalho, a empresa, de fato, possui uma importante função social a ser mantida, porquanto possua forte influência sobre a economia nacional essencialmente capitalista, em virtude do dinamismo dos bens de produção e dos inúmeros agentes envolvidos pela atividade empresarial.

Rubens Approbato Machado compartilha a mesma opinião, ao tratar a empresa como:

“[...] fonte geradora e produtora de bens sociais (empregos, bens, serviços, produtos, tributos), tornando-se o elemento eficaz do fortalecimento e crescimento econômico das atividades produtivas e, em consequência direta, do fortalecimento da política social”.⁹⁷

Percebe-se, assim, que a empresa exerce papel fundamental na sociedade moderna, pois movimenta o ciclo do desenvolvimento econômico capitalista na medida em que gera postos de trabalho, que por sua vez geram renda – inclusive para o Estado através da arrecadação tributária –, que conseqüentemente gerará a possibilidade de consumo que acabará desencadeando a necessidade de mais produção por parte das empresas.

⁹⁶Ibidem. p. 362.

⁹⁷ **A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.**

Diante disso, os efeitos de uma empresa em crise repercutem não apenas sobre os seus proprietários e funcionários, mas também sobre toda a economia nacional e, conseqüentemente, também sobre as empresas em regular funcionamento e sobre as pessoas que com elas negociam, pois tanto a avaliação de riscos e quanto o conjunto de transações que regem o processo econômico são atingidos pela crise da empresa.

Trata-se, portanto, de matéria com impacto na segurança jurídica de muitos agentes, aí incluídos os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores e os clientes das empresas.

Daí decorre a necessidade de preservação da empresa economicamente viável e, conseqüentemente, de sua função social.

É como comenta o professor Jorge Lobo:

“[...] a reestruturação, saneamento e recuperação da empresa, em especial da mega-empresa, abarca uma variegada gama de direitos e interesses e atinge, direta ou indiretamente, acionistas, investidores do mercado de capitais, empregados, ex-empregados, pensionistas, prestadores autônomos de serviços, financiadores, fornecedores, consumidores, comunidade, fisco e o Estado”.⁹⁸

Corroborando o entendimento ora exposto, a lição de Rubens Approbato Machado justifica a necessidade da preservação da empresa recuperável como meio efetivo a proteger essa gama de direitos e interesses envolvidos:

“[...] a preservação da empresa, tem uma tríplice finalidade de permitir a manutenção: (a) da fonte produtora (empresa); (b) do emprego dos trabalhadores (fins sociais) e (c) dos interesses dos credores, para que sejam alcançados os objetivos primordiais da função social da empresa e estimular a atividade econômica”.⁹⁹

No mesmo sentido, Manoel Justino Bezerra Filho:

“[...] preservando-se a empresa como organismo vivo, com o que se preservaria a produção, mantendo-se os empregos e, com giro empresarial voltando à normalidade, propiciando-se o pagamento de todos os credores”.¹⁰⁰

Ademais, sendo a empresa a principal fonte econômica do país, responsável pelo desenvolvimento econômico nacional, como já mencionado, a sua preservação passa a se tornar um relevante interesse público. Assim, leciona Jorge Lobo:

⁹⁸ **A Recuperação da Grande Empresa.**

⁹⁹ **A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** op. cit.

¹⁰⁰ **Lei de recuperação e falências:** comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 2009. p. 41.

“[...] o problema da pré-insolvência e da insolvência da grande empresa é, sem dúvida, jurídico, econômico e financeiro, mas é, sobretudo, um problema público e social [...]”.¹⁰¹

Sendo assim, todas as normas direcionadas à atividade empresarial, como efetivamente o é a Lei nº 11.101/2005, devem ser criadas, interpretadas e aplicadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de forma a propiciar a preservação das empresas que cumprem a sua função social¹⁰².

Por isso, o “princípio” ora analisado – enquanto reafirmação do princípio da função social da empresa – foi adotado como objetivo central e fundamental da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, conforme se depreende da redação do seu art. 47, abaixo transcrita:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos

¹⁰¹ **A Recuperação da Grande Empresa.** op. cit.

¹⁰² A propósito, confirmam-se alguns trechos de precedentes jurisprudenciais, em que o princípio foi aplicado: “*O princípio maior que informa a Lei nº 11.101, de 2005, é, sem dúvida, o da preservação da empresa, com o que se atende aos postulados da função social da propriedade visualizada como função social dos meios de produção, da dignidade da pessoa humana, bem como à preservação dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores*”. (TJSP – MS nº 486.399-4/0 – Voto nº 12.971 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “*Na aplicação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º, LICC). O Juiz não é mero cancelador ou homologador das deliberações assembleares, devendo examiná-las sob a óptica do princípio constitucional da função social da empresa que, por isso, deve ser preservada*”. (TJSP – AI nº 461.740-4/4 – Voto nº 12.369 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “*Falência. Pedido com esteio em títulos que, no seu conjunto, não atingem quarenta salários mínimos. Parâmetro da lei 11.101/05 que deve ser utilizado, mesmo nos casos de distribuição anterior à sua vigência, para evitar a proliferação de quebras por obrigações de pequeno valor, violando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes da câmara especial. Extinção mantida*”. (TJSP – Ap.Cível com revisão nº 423.243-4/8 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. José Araldo da Costa Telles); “*Ocorre que a finalidade da Nova Lei de Falência e Recuperação Judicial é preservar a atividade empresarial e a sua função social, devendo tal dispositivo ser interpretado sistematicamente aos princípios cernes da Lei nº. 11.101/2005, bem como aos princípios constitucionais da ordem econômica, o que nos faz concluir pela possibilidade de afastar a exigência do art. 57 e permitir o processamento da recuperação judicial, ainda que não apresentada as certidões*”. (TJRJ – AI nº 0019759-96.2010.8.19.0000 – Vigésima Câmara Cível – Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves); “*Princípio da preservação da empresa, que se encontra em funcionamento, gerando postos de trabalho, riquezas e recolhendo tributos. Precedentes da Câmara Especializada admitindo pedido de recuperação judicial para empresa falida sob o Decreto-Lei nº 7.661/45, que se encontra em regime de continuação de negócios*”. (TJSP – Ap. Cível sem revisão nº 664.543-4/5 – Voto nº 17.084 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “*Resumindo, a exegese ampliativa que sustenta o direito de o falido autorizado a continuar o negócio migrar para a recuperação judicial é que melhor se ajusta ao direito positivo porque viabiliza o cumprimento da função social da empresa, obedece o mandamento constitucional da igualdade, prestigia a construção doutrinária e jurisprudencial feita sob a égide da lei anterior que vislumbrava nessa autorização um verdadeiro meio de recuperação da empresa e se harmoniza com a integração da lacuna por via da analogia*” (TJSP – AI nº 403.920.4/1, AI nº 403.931.4/1 e AI nº 404.275.4/4 – Voto nº 6217 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Romeu Ricupero).

interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Ao comentar o substitutivo proposto pelo Senador Ramez Tebet para o Projeto da Lei, Rubens Approbato Machado atesta a importância do princípio/objetivo:

“Preservação da empresa: Esse princípio, que é o fundamento do próprio Projeto, leva em conta a função social da empresa, que deve ser preservada sempre que possível. É ela uma fonte geradora de riqueza econômica e geradora de emprego e renda, *‘contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País’*¹⁰³.

Portanto, as normas atinentes ao instituto da Recuperação devem ser integralmente interpretadas e aplicadas na busca pela concretização desse princípio/objetivo, qual seja, o da preservação da empresa economicamente viável.

5.2.2. Princípio da Separação dos Conceitos de Empresa e Empresário

A separação dos conceitos de empresa e empresário, hoje, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, foi pioneiramente desenvolvida por Alberto Asquini.

Foi este doutrinador italiano o primeiro a perceber a complexidade do fenômeno *empresa*. Percebeu que o intérprete, ao traduzir os termos econômicos em termos jurídicos, *“não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico da empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário”*¹⁰⁴, sendo necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico. Diante disso formulou sua pioneira teoria, conceituando a *empresa* como um *fenômeno poliédrico*, que possuía quatro diferentes perfis: o perfil *subjetivo*, o *funcional*, o *patrimonial* ou *objetivo*, e o perfil *corporativo*.

Resumidamente, segundo o perfil *subjetivo* da sua teoria, o termo *empresa* é usado como sinônimo de empresário, cuja definição é estabelecida pelo Código e da qual decorrem os elementos: o sujeito de direito (quem

¹⁰³ Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:** doutrina e prática. 2005. p. 25.

¹⁰⁴ Profili dell'impresa. 1943.

exercita), a atividade peculiar, a finalidade produtiva e a profissionalidade. No perfil *funcional*, “a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”¹⁰⁵. Já o perfil *patrimonial* ou *objetivo* vê a empresa como estabelecimento, enquanto projeção da empresa sobre o terreno patrimonial que dá lugar a um conjunto de bens distinto para o seu fim, do restante dos bens do empresário. E, segundo o perfil *corporativo*, a empresa é vista como instituição, enquanto organização de pessoal, formada pelo empresário e colaboradores, com o objetivo comum de melhor resultado econômico da produção.

Inclusive, é importante destacar no presente estudo a ressalva que faz Asquini ao analisar o perfil *funcional* de sua teoria:

“Em virtude de nosso vocabulário não dispor de uma outra palavra, simples como a palavra empresa, para exprimir o conceito de atividade empresarial, não é fácil resistir ao uso da palavra empresa em tal sentido, conquanto não seja um uso monopolístico. De qualquer forma, deixando de lado a questão das palavras, não há dúvida de que o conceito da atividade empresarial tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial (n. 6); em segundo lugar porque da diversa natureza da atividade empresarial – agrícola ou comercial – depende a qualificação do empresário como empresário agrícola ou comercial (arts. 2135, 2195); em terceiro lugar, para aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa”¹⁰⁶.

Portanto, deve-se efetivamente creditar a Asquini a visão mais apropriada e mais aceita da forma de recepção da empresa no plano jurídico.

Hoje, no direito brasileiro, os conceitos de empresa e empresário não só são distintos como a *empresa* é percebida tão-somente como atividade empresarial objeto de direito, enquanto que a sociedade empresária e o empresário são os sujeitos de direito, definidos pelo Código Civil como pessoa natural ou jurídica que exerce profissionalmente a atividade econômica para promover a produção ou circulação de bens e de serviços (art. 966).

Particularmente no Direito Falimentar e Recuperacional, a separação dos conceitos assumiu ainda maior ênfase com a nova lei, sendo eleita como um de seus princípios norteadores.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

No substitutivo proposto ao Projeto da Lei, o Senador Ramez Tebet assim justifica a adoção do princípio em comento:

“Separação dos conceitos de empresa e empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoal natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliena-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”¹⁰⁷.

Como se vê, a adoção desse princípio assume grande importância na concretização daquele princípio/objetivo anteriormente analisado, pois com a separação de tais conceitos, um maior número de empresas podem ser preservadas, independentemente da falência ou não de seu empresário. Até porque, nem sempre é possível a recuperação de ambos, entretanto, em muitos desses casos há grandes possibilidades de preservação da atividade produtiva através da transferência de seu controle.

Com isso, seria um enorme retrocesso se a Lei de Recuperação de Empresas, cujo princípio fundamental é a preservação da atividade empresarial, não admitisse a separação dos conceitos de empresa e empresário, impondo àquela a mesma sorte deste último.

A adoção desse princípio, além de se tratar de uma tendência do pensamento jurídico atual, configura-se inclusive uma necessidade para a efetividade da nova lei, conforme explica Rubens Approbato Machado:

“Fundamentalmente, reiterava a necessidade de deixar-se rigorosamente separada a figura do empresário da figura da empresa, sendo este o substrato intelectual necessário, a nova posição intelectual ante tal problema; entendia necessário firmar-se o princípio da “personificação da empresa”, tendência do pensamento jurídico atual, exposto nas legislações mais desenvolvidas [...]”¹⁰⁸.

Luis Fernando Valente Paiva, em artigo publicado no boletim semanal do escritório Pinheiro Neto, corrobora a justificativa de adoção do princípio em tela:

“A Lei deve primar pela preservação da empresa viável economicamente, distinguindo a sua sorte, da sorte do empresário. Não é admissível a decretação da falência para punir o empresário, pois a quebra pune, em primeiro lugar, os próprios credores e toda a sociedade. A lei deve permitir, em caráter excepcional, o afastamento dos administradores e controladores que tenham praticado atos de má

¹⁰⁷ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. op. cit. p. 362.

¹⁰⁸ Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. op. cit. p. 25.

gestão ou fraudulentos, viabilizando a continuação da atividade ou sua transferência a terceiros, sob a fiscalização dos credores e do juiz. A punição dos administradores e controladores não deve impedir a continuidade da atividade produtiva”¹⁰⁹.

Portanto, ao primar pela preservação da empresa viável economicamente como princípio e objetivo fundamental, a lei deve distinguir a sua sorte, da sorte do empresário, separando rigorosamente seus conceitos¹¹⁰.

5.2.3. Princípio da Recuperação das Sociedades e dos Empresários Recuperáveis e Princípio da Retirada do Mercado de Sociedades ou Empresários Não Recuperáveis

Embora o instituto da Recuperação proposto pela nova lei tenha como princípio fundamental a preservação das empresas, este não se trata, o contrário do que muitos pensam, de um instituto pró-devedor.

Na verdade, é um instituto de caráter estritamente social e o seu interesse é manter atividades empresariais viáveis que atinjam a sua função social.

Em razão disso, o Senador Ramez Tebet, quando da análise do projeto da Lei de Recuperação de Empresas, propôs a adoção dos princípios em tela, explicando a sua necessidade da seguinte maneira:

“Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o

¹⁰⁹ **A Reforma da Lei de Falências.** 2003.

¹¹⁰ A propósito, confirmam-se alguns trechos de precedentes jurisprudenciais, em que o princípio foi aplicado: *“Pelas disposições da antiga lei, se um devedor em concordata não estivesse cumprindo com as suas obrigações, deveria ter a sua falência decretada (diferentemente do que prevê a atual lei, que busca a preservação da empresa e a separação das figuras do empresário e da empresa)”* (TJSP – AI nº 403.920.4/1, AI nº 403.931.4/1 e AI nº 404.275.4/4 – Voto nº 6217 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Romeu Ricupero); *“Nada impediria, na visão (certa ou errada) da Câmara Especializada conceder-se uma chance à PANTANAL, – não aos controladores ou acionistas, mas à empresa visualizada como ‘organização’ de operações aéreas –, de ser preservada e, desta forma, serem pagos todos os credores, notadamente empregados e fornecedores”*. (TJSP – ED nº 994.09.316372-9/5 – Voto nº 17.903 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio”¹¹¹.

Dessa forma, o novo regime da Lei nº 11.101/2005, que estabelece como regra a recuperação da empresa e excepcionalmente a sua falência, utiliza, de um lado, o princípio/objetivo da preservação da empresa para aplicar a regra e, de outro, adota o princípio da viabilidade econômica da empresa para nortear a exceção.

Com isso, a adoção dos princípios em comento assume relevância, na medida em que nem sempre a exceção da falência é um mal, como muitos podem crer, sendo inclusive, em vários casos, uma providência absolutamente necessária, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho:

“Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores”¹¹².

Portanto, para a aplicação da Lei nº 11.101/2005, é de extrema importância a verificação da viabilidade da empresa¹¹³, a qual abarca não

¹¹¹ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos.op. cit. p. 362.

¹¹² COELHO. op. cit. p. 116-117.

¹¹³ A propósito, confirmam-se alguns trechos de precedentes jurisprudenciais, em que o princípio foi aplicado: “*A recuperação judicial tem por escopo permitir a reestruturação dos empresários individuais e das sociedades em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Todavia, a recuperação só deve ser facultada aos devedores que realmente se mostrarem em condições de se recuperar. Se a situação de crise que acomete o devedor é de tal monta que se mostra insuperável, o caminho da recuperação lhe deve ser negado, não restando alternativa a não ser a decretação de sua falência. (...) De nada adianta demonstrar a relevância socioeconômica regional da atividade do devedor, se a inviabilidade da empresa foi sublinhada com ênfase pela magistrada de 1º grau*”. (TJRJ – Ag. interno nº 0042010-45.2009.8.19.0000 – Décima Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Bento de Souza); “*Mesmo considerando-se que esta Câmara Especial de Falências e Recuperações tem entendimento de que o princípio da preservação da empresa, adotado pela Lei nº 11.101/2005, deve ser aplicado da forma mais ampla possível, pois não interessa a ninguém o decreto de falência de uma empresa, evidentemente, não se pode deixar de considerar que a nova Lei é inspirada também pelo princípio de que devem ser recuperadas as empresas que se mostrem recuperáveis, isto é, que evidenciem ter condições de pagar seus credores. No caso vertente, a concordata preventiva se desenrola há mais de 7 anos e a devedora não pagou nem um centavo para sua maior credora, sendo certo, ainda, que os imóveis oferecidos à penhora ou caução estão todos hipotecados, e a hipoteca está sendo*

somente questões jurídicas, mas principalmente técnico-administrativas, econômicas e sociais.

Nesse particular, Fábio Ulhoa Coelho orienta que o exame de viabilidade da atividade produtiva seja feito com base em cinco vetores, quais sejam: a) a importância social da empresa para a economia local, regional ou nacional; b) a mão-de-obra e tecnologia empregadas – se é qualificada e moderna; c) o volume do ativo e passivo – cuja análise deve observar a modalidade de crise empresarial, se econômica, financeira ou patrimonial; d) o tempo da empresa de contribuições para a economia local, regional e nacional; e e) o porte econômico da empresa – se é grande, média, pequena ou microempresa¹¹⁴.

Ainda, de forma mais objetiva, o advogado e economista Aristides Malheiros¹¹⁵ explica que a viabilidade econômica é avaliada pelo balanço patrimonial – no qual se confronta o ativo com o passivo exigível –, mas que, num processo de recuperação, o mais importante é que se analise a viabilidade financeira, ou seja, a capacidade da empresa de gerar recursos suficientes para cobrir todos os desembolsos necessários. E, a maneira de demonstrar essa viabilidade financeira no plano de recuperação é por meio da análise do fluxo de caixa, devendo ser o impacto das ações previstas no plano mensurado e o seu resultado refletido no fluxo. Afirma o economista que o que garantirá o sucesso do plano será a sua capacidade de gerar caixa, e não o valor do ativo da empresa.

Definitivamente trata-se de análise complexa, mas de importância fundamental, em razão dos princípios ora comentados exercerem papel relevante na aplicação da Lei como reafirmação do objetivo da preservação da empresa e sua função social – podendo ser também considerados objetivos específicos da lei.

5.2.4. Princípio da Proteção aos Trabalhadores

No seu relatório sobre o projeto da lei, o Senador Ramez Tebet explica a adoção do princípio em tela nos seguintes termos:

executada". (TJSP – AI nº 546.152.4/0-00 – Voto nº 14.491 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

¹¹⁴ Ibidem. p. 128-129.

¹¹⁵ **Plano de recuperação – isso funciona?** 2009. p. 26.

“Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservar a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados”¹¹⁶.

Na realidade, a adoção do princípio da proteção aos trabalhadores como um dos princípios fundamentais a serem observados na elaboração, aplicação e interpretação da Lei de Recuperação de empresas decorre diretamente dos preceitos e diretrizes da Constituição Federal, em especial, do princípio do valor social do trabalho (art. 1º, IV) e do princípio da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*) – fundamentos da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica Nacional, respectivamente.

Conforme já exposto no item 4.2. do presente trabalho, a valorização do trabalho humano é consagrada pela Constituição como fundamento da ordem econômica nacional justamente em razão da importância social do trabalho para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – outro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e fim da Ordem Econômica Nacional (art. 170, *caput*).

Com isso, o texto constitucional orienta para a necessidade de se conferir ao trabalho e seus agentes – aí incluídos os trabalhadores formais, informais e os empresários – um tratamento peculiar.

Tendo-se em vista o fato da empresa fazer parte da ordem econômica nacional, devendo, portanto, respeitar o princípio da valorização do trabalho, nada mais correto do que adotar o princípio da proteção aos trabalhadores como diretriz para a elaboração, aplicação e interpretação da Lei de Recuperação de Empresas, a fim de se conferir tratamento diferenciado à classe trabalhadora¹¹⁷.

¹¹⁶ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos.op. cit. p. 362.

¹¹⁷ A propósito, confirmam-se alguns trechos de precedentes jurisprudenciais, em que o princípio foi aplicado: “*A distância entre os estabelecimentos principais das empresas requerentes causa dificuldades incontornáveis à participação dos credores, notadamente os trabalhadores, nos conclaves assembleares realizados em comarcas distintas. Princípio da preservação da empresa e da proteção aos trabalhadores, ambos de estatura constitucional que, se em conflito, devem ser objeto de ponderação para a prevalência do mais importante. Tutela dos trabalhadores em razão da hipossuficiência. Manutenção da decisão que repeliu a possibilidade do litisconsórcio ativo no caso vertente (...)*”. (TJSP – AI nº 645.330-4/4-00 – Voto nº 16.783 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “*Por derradeiro, a decisão que ordenou o pagamento dos salários dos empregados que continuaram a trabalhar para a VASP no período em que a companhia se*

Além disso, a adoção desse princípio corrobora a importância da preservação da empresa, princípio fundamental da Lei nº 11.101/2005, na medida em que os maiores benefícios gerados pelo estímulo à atividade produtiva são, principalmente, relativos aos trabalhadores, porque permite a manutenção dos empregos existentes e criação de novas oportunidades de trabalho, também dando, assim, efetividade ao princípio da busca do pleno emprego (art. 170, VIII) que deve ser observado pela ordem econômica.

5.2.5. Princípio da Participação Ativa dos Credores

O substitutivo Tebet propõe a adoção do *princípio da participação ativa dos credores* para a elaboração, aplicação e interpretação da Lei de Recuperação de Empresas pela seguinte razão:

“Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando, para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida”.¹¹⁸

Ainda, Rubens Approbato Machado, ao comentar o referido substitutivo, reitera a importância do princípio:

“Participação ativa dos credores: Os credores não podem ser meros espectadores; deverão participar, ativamente, dos processos de falência e de recuperação, para otimizar os resultados a serem obtidos com o processo e evitar fraudes ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida;”¹¹⁹

De fato, principalmente para a recuperação das empresas é fundamental o envolvimento dos credores, vez que a negociação entre eles e a empresa devedora constitui elemento base da reestruturação.

É como comenta o juiz Alexandre Alves Lazzarini, em entrevista à Revista Mundo Corporativo:

encontrava sob recuperação judicial é, além de legal, justa, porque se funda no conceito de justiça, uma vez que, tais trabalhadores, que tem como bem primordial a sua força de trabalho, ao prosseguirem no efetivo exercício de suas funções, acreditando na recuperação da empresa, em rigor, prestaram seus serviços em prol de toda a comunidade de credores, inclusive da agravante”. (TJSP – AI nº 990.10.085954-4 – Voto nº 18.605 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

¹¹⁸ Ibidem. p. 363.

¹¹⁹ Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. op. cit. p. 26.

“A recuperação judicial, antes de ser propriamente um processo judicial, precisa ser vista sob um aspecto empresarial e negocial. É a discussão dos credores com a devedora que define esse processo”¹²⁰.

Assim, o princípio em tela impõe um envolvimento maior dos credores com o processo de recuperação e de falência, para que, principalmente, celebrem negociações preliminares à recuperação judicial e colaborem no sentido de zelar pelo bom andamento dos processos e pelo cumprimento da lei, fiscalizando os atos da empresa devedora e do administrador judicial, e garantindo uma boa administração frente ao empreendimento, a fim de torná-lo viável.

Talvez a regra mais significativa da lei nesse sentido é a que confere exclusivamente aos credores, divididos em três classes em assembléia geral, a deliberação sobre o plano de recuperação judicial, para aprová-lo ou rejeitá-lo (art. 45), dando à recuperação judicial a natureza de contrato, ao contrário da antiga concordata que era regulada pela lei anterior como um “favor legal”¹²¹.

Sobre a importância da adoção do princípio pelo projeto da Lei nº 11.101/2005, Jorge Lobo, ainda antes de a lei ser sancionada, opina que:

“A meu ver, a virtude capital do ‘Projeto de Lei de Recuperação de Empresa’ foi tornar o credor um protagonista no esforço de reestruturação, saneamento e recuperação da empresa em crise e não, como ocorre hoje, um sujeito passivo e inerte e manietado da iniciativa do devedor quando se confessa sem condições de cumprir suas obrigações e dívidas na forma contratada”¹²².

¹²⁰ A lei e os seus legados. **Revista Mundo Corporativo**, 2006. p. 09.

¹²¹ A propósito, confirmam-se alguns trechos de precedentes jurisprudenciais, em que o princípio foi aplicado: “Ademais, a Lei nº 11.101/2005, ao criar o novel instituto da recuperação judicial, alterou substancialmente a disciplina do antigo Decreto-Lei nº 7.661/45, que considerava a concordata preventiva como mero favor legal, outorgando à recuperação a natureza contratual. Em rigor, a recuperação judicial configura contrato estabelecido entre a empresa devedora e seus credores, cabendo à Assembléia-Geral de Credores, de forma soberana, apreciar o plano apresentado e sopesar o que é melhor para a comunidade de credores: aprovar o plano ou rejeitá-lo e, neste caso, a teor do art. 56, §4º, da LRF, ser decretada pelo Juiz a falência da empresa”. (TJSP – Ap. Cível sem revisão nº 664.543.4/5-00 – Voto nº 17.084 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “Soberania da assembléia que, por unanimidade de credores das duas classes presentes, ao rejeitar o plano de recuperação, acarreta o inevitável decreto de falência da devedora”. (TJSP – AI nº 555.891.4/2-00 – Voto nº 16.358 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças); “Antecipação da tutela recursal para ser convocada Assembléia-Geral de Credores para deliberar sobre a prorrogação da data de cumprimento da obrigação do plano. Deliberação assemblear que prorroga o prazo para o adimplemento da obrigação. O Juiz não tem poder para alterar o plano de recuperação, matéria da alçada exclusiva da Assembléia de Credores”. (TJSP – AI nº 624.330.4/0-00 – Voto nº 16.133 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

¹²² **Críticas ao projeto de lei de recuperação da empresa.**

De acordo com a sistemática da nova lei, a Assembléia Geral de Credores é órgão hierarquicamente superior ao Comitê de Credores e ao Gestor Judicial, não tendo, porém, superioridade em relação ao administrador judicial que, por sua vez, se subordina ao juízo universal da falência ou recuperação da empresa.

Desse modo, a participação ativa dos credores é bastante relevante para o sucesso da lei e alcance de seu objetivo central, qual seja, a preservação da empresa viável.

5.2.6. Princípio da Maximização do Valor dos Ativos do Devedor

A adoção do *princípio da maximização do valor dos ativos do devedor* pela Lei nº 11.101/2005 é justificada pelo substitutivo Tebet da seguinte maneira:

“Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protege os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral”¹²³.

Como se vê, dentro da Lei nº 11.101/2005, o princípio em tela possui maior relevância para a falência do que para o instituto da recuperação da empresa, objeto do presente estudo.

Este princípio impõe maior celeridade e efetividade ao levantamento dos ativos do falido, no processo de falência, a fim de evitar o deságio e a desvalorização provocados pelo decurso do tempo, bem como evitar a perda dos intangíveis, como nome, marca, etc. Assim, o valor levantado é maximizado e mais dívidas são quitadas, em benefício dos credores, dos empresários insolventes e da economia local¹²⁴.

¹²³ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. op. cit. p. 363.

¹²⁴ A propósito, confira-se trecho de precedente jurisprudencial, em que o princípio foi aplicado: *“Inovou-se, e para melhor, ao determinar o legislador que a realização do ativo deva ser iniciada logo após a arrecadação dos bens. Com isso, atende-se ao objetivo da maximização do valor dos bens arrecadados”*. (TJSP – AI nº 990.10.228334-8 – Voto nº 19.016 – Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais – Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças).

Fábio Ulhoa Coelho também dá destaque ao princípio:

“A experiência demonstrou que a demora na realização do ativo representa um desastre para a comunidade dos credores. É extremamente difícil e cara a adequada fiscalização e conservação dos bens do falido. Quando não são roubados, os bens se deterioram pela falta de manutenção. Além disso, a maioria dos bens móveis costuma sofrer acentuada desvalorização com o passar do tempo. Uma atualizada e completa rede de computadores pode não valer nada de significativo depois de um ano sem uso. Por isso, a alienação dos ativos do falido deve-se iniciar independentemente da conclusão da verificação dos créditos e consolidação do quadro geral de credores”¹²⁵.

No entanto, em que pese ser um princípio de maior aplicação no processo de falência, a maximização do valor dos ativos também interessa ao processo de recuperação na medida em que prioriza a alienação judicial de filiais e unidades produtivas isoladas, como meio de recuperação do devedor (art. 50, VII) e, concomitantemente, como meio de preservação da atividade produtiva praticada nesses estabelecimentos mediante a transferência de sua titularidade, controle e administração.

Portanto, trata-se também de um princípio importante para o sucesso do instituto da recuperação judicial.

6. A POLÊMICA INEXISTÊNCIA DE SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Uma vez abordados todos os princípios e objetivos que conferem o suporte axiológico à previsão legal de inexistência de sucessão trabalhista na recuperação judicial, é possível adentrar à polêmica discussão sobre a sua constitucionalidade.

Como já explanado na introdução deste trabalho, a Lei de Recuperação, em seu art. 60, parágrafo único, combinado com o art. 141, inciso II, estabeleceu que, na hipótese de alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial, o objeto será alienado livre de quaisquer ônus, inexistindo a sucessão das obrigações – inclusive trabalhistas –, em prol da preservação da atividade produtiva e maximização dos ativos do devedor.

¹²⁵COELHO. op. cit. p. 362.

Com efeito, a medida possibilita uma alienação mais rápida e valorizada do complexo de bens, evitando-se, na grande maioria das vezes, o encerramento da atividade empresarial e, ao mesmo tempo, maximizando os ativos do devedor em recuperação que, justamente, serão destinados ao pagamento do passivo.

Por outro lado, a regra em apreço vai literalmente contra o disposto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que, em caso de alteração na propriedade ou “estrutura jurídica” da empresa, impõem a sucessão automática do adquirente com relação aos contratos de trabalho e direitos adquiridos dos empregados, conforme redação abaixo transcrita:

“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”.

Como consequência, a norma que prevê a inexistência da sucessão trabalhista na recuperação judicial entra em conflito com os princípios de cunho essencialmente trabalhista que dão suporte axiológico às regras supra transcritas.

Muitos dos ferrenhos defensores dos direitos dos trabalhadores enxergam na previsão legal que veda a sucessão uma série de prejuízos¹²⁶. Eles entendem que há uma verdadeira afronta aos direitos sociais estabelecidos pelos arts. 6º e 7º da Constituição Federal (CF) – direitos fundamentais de 2ª geração – e, especialmente, aos princípios da proteção aos trabalhadores, da irrenunciabilidade e da continuidade do contrato de trabalho,

¹²⁶ “O eterno argumento de que eventualmente alguns empregos podem sobreviver é falacioso. Se a empresa está de fato insolvente, é da essência do instituto da falência eliminá-la do mercado. A falência fundamentalmente protege o mercado como um todo (do qual participam também os trabalhadores e o fisco). A alegação da manutenção da empresa para garantir novos empregos e mais impostos não vale se não há a possibilidade de pagar os débitos trabalhistas e tributários antigos. Na verdade é tudo uma questão de saber se o patrimônio da empresa falida é apto a prosseguir em atividade. Em caso positivo, é do interesse dos credores, segundo sua conveniência, manter a empresa em atividade. É só uma questão de organizar os meios jurídicos já existentes, sofrendo a sanha dos mais afoitos. Em caso negativo, a empresa deve mesmo ser extinta, já que é inviável. Os céticos diriam que isto já não funciona e a falência se transforma em carniça para os abutres de plantão. Mas se já assim com o mecanismo protetor da sucessão, que dirá sem ele”. (WALDRAF, Célio Horst. **O fim da sucessão tributária e trabalhista no projeto da nova lei de falência**).

que são justamente desdobramentos do próprio princípio da valorização do trabalho humano, um dos norteadores da Lei de Recuperação.

Em razão disso, aliás, a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação foi questionada perante o STF que, entretanto, já decidiu favoravelmente ao dispositivo¹²⁷. Ainda assim, a inexistência da sucessão trabalhista na recuperação judicial é criticada pelos juristas especializados em Direito do Trabalho.

Sob a ótica do Direito do Trabalho, a questão da sucessão trabalhista possui forte apelo axiológico, podendo ser analisada sob diferentes ângulos.

Um deles é a necessidade de proteção dos trabalhadores e dos seus direitos adquiridos (princípio protetor), enquanto hipossuficientes no sentido de não terem condições de discordar da negociação que envolve a transferência da propriedade ou a alteração da estrutura jurídica da sociedade empresária empregadora, muito embora seja o contrato de trabalho bilateral e sinalagmático. Nesse particular, aliás, a sucessão pode ser entendida como se promovesse a despersonalização do empregador, não relacionando o contrato de trabalho à pessoa física ou jurídica (*intuitu personae*), mas sim à empresa, enquanto atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966, CC/2002)¹²⁸.

Sob outro ângulo, é preciso destacar o fato de ser o contrato de trabalho uma relação de trato continuado ou duradouro, que não se esgota com uma determinada prestação – a exceção de expressa disposição contratual em contrário. E, conforme já mencionado em capítulo próprio supra, é nessa continuidade da relação de emprego que se concretizam a proteção ao trabalhador e a sua segurança no quadro sócio-econômico, pois proporciona a maior integração do empregado na empresa e alicerça inúmeros direitos que lhe são assegurados por lei.

Em razão disso, afirma Arnaldo Sussekind, co-autor da CLT, que o princípio da continuidade deve ser aplicado não só quando ocorre a transferência de toda a organização, mas também quando se verifica a cessão

¹²⁷ STF - ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – julg. 27.05.2009 – DJE 208 – publ. 06.11.2009.

¹²⁸ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. op. cit. p. 320. No mesmo sentido, ainda, Arnaldo Sussekind, um dos co-autores da CLT. **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**. op. cit. p. 242.

de um estabelecimento ou determinado ramo da indústria¹²⁹. Inclusive, em comentários posteriormente tecidos sobre a CLT, o co-autor ressalta que, ao invés de alteração na “estrutura jurídica da empresa”, a lei quis dizer que é a alteração na “estrutura orgânica da empresa” que não afeta os contratos de trabalho (arts. 10 e 448), até porque a empresa não possui personalidade jurídica¹³⁰.

Assim, de acordo com a legislação trabalhista, uma vez configurada a sucessão empresarial, quer seja pela transferência de toda a organização empresarial, quer seja pela transferência de parte dela, adquire o sucessor todos os direitos e obrigações atinentes aos contratos de trabalho em curso, tornando-se, ainda, beneficiário dos créditos e responsável pelos débitos de natureza trabalhista relacionados com o objeto da sucessão¹³¹. Ou seja, os contratos de trabalho em curso devem ser mantidos pelo sucessor exatamente nas mesmas condições contratadas, sendo vedada a rescisão que não observe as possibilidades legalmente previstas de justa causa, relembrando sempre que, por força do princípio da irrenunciabilidade, não é lícito ao empregado renunciar aos direitos que decorrem da continuidade do seu contrato de trabalho. Sob outra perspectiva, ainda, fica assegurada ao trabalhador a possibilidade de cobrar seus eventuais créditos tanto do sucessor quanto do sucedido, aumentando as chances de recebê-los.

Com base nessas premissas, inclusive, era majoritário até 2005 o entendimento jurisprudencial¹³² de que havia sucessão trabalhista automática nas hipóteses de aquisição de acervo do empregador falido, em concordata ou em liquidação, desde que o negócio se mantivesse com as características anteriores, explorando o mesmo ramo de negócio.

Porém, agora, com a nova Lei de Recuperação de Empresas e seu art. 60, parágrafo único, combinado com o art. 141, inciso II, a sucessão inexiste

¹²⁹ **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar.** op. cit. p. 243.

¹³⁰ Ibidem. p. 246.

¹³¹ Ibidem. p. 261-262.

¹³² **SUCESSÃO. ANTECESSORA FALIDA.** Se a prova demonstra, de forma inequívoca, que a demandada é sucessora de empresa falida, fica responsável pelos encargos trabalhistas da sucedida, apesar da falência decretada contra esta. (TRT/SP- Ac. 8ª T. 02920063477 - DJU 30/04/92).

SUCESSÃO DE EMPREENDEDORES. Opera-se pela transferência de universalidades entre empresas, por título jurídico hábil, seja compra e venda, arrendamento ou aquisição de acervos empresariais em hasta pública. (TRT/SP – Proc: 02129-2002-025-02-00-8 – DJU 07/12/04).

em caso de alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação judicial e, muito embora sejam bastante consistentes os princípios e objetivos que fundamentam a nova regra, é inegável o confronto dessa norma com toda a doutrina, legislação e jurisprudência trabalhistas construídas ao longo dos anos que antecederam a publicação da Lei de Recuperação.

Daí a dificuldade de aceitação da “novidade” por parte dos especialistas em Direito do Trabalho, que ainda fazem diversos questionamentos a respeito da constitucionalidade da nova regra, em que pese já haver decisão proferida pela Suprema Corte sobre o assunto.

De qualquer modo, será enriquecedor para o presente estudo, bem como para a análise final sobre a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação no que tange à sucessão trabalhista, conhecer alguns dos argumentos e teses contrárias à previsão legal, defendidas pelos especialistas em Direito do Trabalho, para só depois, em contraposição, analisar as teses favoráveis à nova regra.

Nesse particular, Marcelo Papaléo de Souza, em sua obra “A Lei de Recuperação e Falência e as suas Conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho”¹³³, conseguiu compilar de maneira sucinta e objetiva algumas teses relevantes sobre o tema. Com base nos seus comentários e em alguns outros posicionamentos encontrados, prosseguir-se-á no presente estudo.

6.1. TESES CONTRÁRIAS

Entre as teses contrárias à previsão legal de inexistência da sucessão trabalhista na recuperação judicial, Papaléo de Souza¹³⁴ traz aquela que faz uma interpretação literal do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação, no sentido de que a falta de menção expressa às obrigações de natureza trabalhista conduziria à confirmação da sucessão quanto a essas obrigações na hipótese de recuperação judicial, sendo que apenas na hipótese de falência

¹³³ **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 331-363.

¹³⁴ Ibidem. p. 332-334.

tal sucessão estaria excluída, já que o art. 141, II, da mesma lei refere-se expressamente às obrigações trabalhistas¹³⁵.

Ocorre que, sem qualquer ofensa ou descrédito aos argumentos que a sustentam, tal tese é afastada e superada pela interpretação sistemática da lei, fundada nos princípios e objetivos já abordados no presente trabalho. A própria decisão do Supremo Tribunal Federal já analisou a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, considerando a interpretação de que também na recuperação judicial inexistente a sucessão trabalhista. Nessa esteira, as decisões da Justiça Especializada vêm adotando, ainda com algumas exceções¹³⁶, a mesma interpretação¹³⁷, tanto que todas as outras teses contrárias à sucessão, sustentadas por ferrenhos defensores dos direitos trabalhistas, partem do pressuposto que a Lei de Recuperação, em seu art. 60, parágrafo único, também excluiu a sucessão trabalhista em caso de recuperação judicial.

Ademais, conforme bem explica Jorge Lobo¹³⁸, apenas houve a necessidade de o parágrafo único do art. 60 da Lei de Recuperação mencionar expressamente a exclusão da sucessão tributária, porque os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial (art. 57) e poderia haver alguma divergência de interpretação nesse sentido. Ao contrário, não houve a mesma

¹³⁵ Nesse sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. op. cit. p. 160.

¹³⁶ Ainda é possível encontrar em algumas decisões da Justiça do Trabalho, e até mesmo em alguma doutrina, a sustentação dessa tese, porém a tendência é de que o entendimento seja definitivamente superado, não apresentando assim relevância para o presente estudo. Apenas a título de exemplificação cite-se: TRT 9ª Região – RO 02715-2007-095-09-00-0 – Rel. Des. Rosemarie Diedrichs Pimpão – DJPR de 02/06/2009; TRT 4ª Região – RO 0011100-15.2007.5.04.0019 – Rel. Des. Ana Luiza Heineck Kruse – julgamento: 24/03/2010; TRT 3ª Região – RO 0127600-72.2008.5.03.0015 – Rel. Juíza Convocada Taísa Maria Macena de Lima – Publicação: 01/06/2010; e BENHAME, Maria Lúcia. **Lei não é clara sobre sucessão de créditos trabalhistas na falência**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jun-20/lei_ao_clara_sucessao_creditos_trabalhistas Acesso em 14/07/2010.

¹³⁷ I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA VRG LINHAS AÉREAS. PROVIMENTO. Diante de potencial violação do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS. SUCESSÃO TRABALHISTA. EMPRESA SUBMETIDA A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DE BENS. ARREMATACÃO JUDICIAL. LEI Nº 11.101/2005. Nos termos do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, não haverá sucessão do arrematante quando da alienação da unidade produtiva de empresa em processo de recuperação judicial. Neste contexto, a VARIG LOGÍSTICA e a VRG LINHAS AÉREAS S.A. são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da reclamação trabalhista. Recursos de revista conhecidos e providos. (TST - RR - 14300-78.2007.5.04.0003 – DEJT: 20/08/2010).

RECURSO DE REVISTA. VARIG LOGÍSTICA S.A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) INEXISTÊNCIA DE SUCESSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. (TST - RR 1260/2006-019-04-00 – DEJT: 13/11/2009).

¹³⁸ LOBO. in TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) op. cit. p. 238.

necessidade com relação aos créditos trabalhistas, que estão sujeitos à recuperação. Portanto, ao estabelecer que “o objeto da alienação estará livre de quaisquer ônus e que não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor”, o parágrafo único do art. 60 também exclui a sucessão trabalhista.

Ainda, outra tese trazida por Papaléo de Souza¹³⁹ é aquela em que juristas trabalhistas têm invocado as previsões contidas no Código Civil e na CLT a respeito da sucessão de responsabilidade e da configuração de grupo econômico para justificar a sucessão no caso da recuperação judicial (arts. 1.115 e 1.146 do CC; art. 222 da Lei. 6.404/1976; e art. 2º, §2º, da CLT).

Porém, novamente aqui sem qualquer intenção de ofender os argumentos que lhe dão suporte, é de se ressaltar que a referida tese já é parcialmente afastada porquanto as hipóteses de fusão, incorporação, cisão e transformação da sociedade, conforme adiante restará demonstrado, não estão compreendidas pelo art. 60 da Lei de Recuperação que estabelece a inexistência de sucessão trabalhista na recuperação judicial. Ademais, a referida tese trata de uma antinomia entre o art. 1.146 do Código Civil e o art. 60, parágrafo primeiro, da Lei de Recuperação que é apenas aparente que facilmente se resolve pelo critério da especialidade. Isto porque a situação da recuperação judicial é excepcional e regulada por normas especiais contidas na Lei nº 11.101/2005, as quais devem prevalecer sobre as normas do Código Civil. Por fim, quanto à configuração de grupo econômico, se verá mais adiante que a aquisição das unidades produtivas por sócio da falida ou sociedade por ela controlada, é hipótese de fraude expressamente coibida pelo art. 141, §1º, inciso I, da Lei nº 11.101/2005¹⁴⁰.

Portanto, como a questão da interpretação do art. 60, parágrafo único, já está praticamente encerrada e a tese baseada nas normas do Código Civil pode ser facilmente superada, o presente estudo ater-se-á às teses de maior destaque a seguir abordadas.

6.1.1. Tese da aplicação da norma mais favorável

¹³⁹ **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 347-350.

¹⁴⁰ Nesse específico ponto, aliás, concordo com a tese contrária à regra de exclusão da sucessão, porque restando configurada a aquisição por sociedade empresária do mesmo grupo econômico, evidenciada está a fraude, que deve ser coibida na forma do art. 141, §1º, inciso I, da Lei nº 11.101/2005.

Diante da inferioridade econômica do empregado em relação ao empregador, o Direito do Trabalho desenvolveu-se no propósito de compensar essa hipossuficiência por meio de um tratamento legal vantajoso ao trabalhador, tendo como um de seus princípios fundamentais a proteção do hipossuficiente.

Conforme já estudado em capítulo anterior (sub-item 4.2.1), um dos desdobramentos do princípio da proteção é a regra da aplicação da norma mais favorável, a qual preceitua que, em existindo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve-se sempre optar pela norma mais favorável ao trabalhador, ainda que hierarquicamente inferior.

Com base nesse preceito, a tese em apreço¹⁴¹ sustenta que, na contraposição entre a norma do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação e a do art. 448 ou a do art. 10 da CLT, devem prevalecer as últimas porquanto mais favoráveis e, sobretudo, por não haver discussão a respeito de seu nível hierárquico ou sua especialidade. Isto porque ambos os textos legais possuem nível infra-constitucional e, enquanto a Lei de Recuperação é especial em relação à situação econômica da empresa, a CLT também é especial com relação aos trabalhadores, devendo prevalecer sobre aquela primeira.

Nesse sentido foi fundamentada a decisão da Desembargadora Ana Luiza Heinecke Kruse do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, cujo trecho de ementa é abaixo transcrito:

“(…)Hipótese em que verificada efetiva transferência da unidade econômico-jurídica da antiga Varig para a Varig Logística S/A, empresa que, por força do art. 2º, §2º, da CLT, compõe grupo econômico com a Aéreo Transportes Aéreos S/A, vencedora do leilão Judicial. A norma contida no § único do art. 60 da Lei 11.101/05 não veda expressamente a sucessão trabalhista, diferentemente do que fez a norma prevista no art. 141, II, da mesma lei, quando trata da alienação de ativos na falência. Interpretação histórica que culmina na aplicação da norma mais favorável, princípio basilar laboral. O direito não pode cancelar uma situação em que a “nova” empresa (que ganhou todos os ativos, os vãos, os equipamentos, o programa smiles, etc.) não seja responsável pelas dívidas da “velha” Varig. Interpretação consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º,

¹⁴¹ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 337-341.

inciso III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), da valorização do trabalho humano (art. 170, caput) e, ainda, da função social da propriedade (art. 170, inciso II)¹⁴².

Com todo respeito, entretanto, parece ser fundamental para a sustentação da tese em comento a resposta à seguinte questão: *Especificamente no cenário da empresa em crise, a inexistência da sucessão trabalhista como fator fomentador da recuperação judicial é menos vantajosa para o trabalhador do que a manutenção da sucessão, que arrisca a viabilidade da recuperação e pode culminar na falência?*

É verdade que, à primeira vista, as normas da CLT aparentam ser bem mais favoráveis ao trabalhador, porém, diante da especial situação de crise da empresa e dependendo da forma prevista no plano de recuperação para pagamento dos créditos trabalhistas, a resposta pode ser outra.

Assim, para sustentação da tese em apreço, caberá um cotejo mais aprofundado da situação concreta e das vantagens oferecidas pela recuperação da empresa, conforme será estudado mais adiante quando da análise das teses favoráveis.

6.1.2. Tese baseada no princípio do não retrocesso social

A tese que se baseia no princípio do não retrocesso social¹⁴³ para refutar a previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação, é fundamentada na afirmação de que a desconsideração da sucessão trabalhista na recuperação judicial retiraria do trabalhador a devida proteção, em desrespeito aos direitos sociais consubstanciados no art. 7º da Constituição Federal enquanto direitos fundamentais de 2ª geração.

Tendo em vista a importante evolução que a conquista e a aceitação dos direitos sociais representaram na história da humanidade e no próprio Direito, propiciando a transição do Estado Liberal para o Estado Social, a tese em apreço sustenta que a exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial configuraria um verdadeiro retrocesso com relação aos direitos sociais

¹⁴² TRT 4ª Região – RO 0011100-15.2007.5.04.0019 – Rel. Des. Ana Luiza Heineck Kruse – julgamento: 24/03/2010.

¹⁴³ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 341-346.

conquistados e hoje positivados em nossa constituição, que exatamente por isso deveriam ser intocáveis e estar em constante aperfeiçoamento e evolução.

Aliás, também com base nos princípios da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito – ressaltando que a estabilidade dos direitos fundamentais deve ser assegurada e, por outro lado, o Estado Democrático deve garantir a implementação integral dos mesmos, inclusive coibindo os excessos eventualmente encontrados nos atos estatais e políticas públicas – a tese em apreço sustenta que o suposto retrocesso não poderia ser admitido.

Entre os adeptos dessa tese encontra-se o Desembargador Cláudio Brandão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Vale transcrever seus argumentos aduzidos na fundamentação de uma de suas decisões:

“(…) A interpretação principiológica permite situar o trabalho humano e a figura do próprio homem acima da proteção outorgada ao capital. Isso se identifica a partir da simples leitura do art. 1º, da Constituição, ao enumerar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, especialmente nos incisos II, III e IV: (...) Os direitos sociais, introduzidos nos sistemas constitucionais, representaram uma evolução ao conceito de cidadania e caracterizaram o surgimento do Estado intervencionista, que passou a atuar diretamente na economia como forma de superar as crises e a destruição geradas pelo Primeiro Conflito Mundial, executando diversas atividades antes restritas à área privada, como produção de bens e serviços, agente de crédito, transformando-se em Estado Social. (...) Antes, porém, já no preâmbulo, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro, a garantia do exercício dos direitos sociais, o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio. Consagrou, portanto, o princípio da máxima efetividade. Encontram-se direitos sociais inseridos ao longo do Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, especialmente no art. 7º, onde são enumerados de forma exemplificativa, mas que se destinam a garantir o mínimo de condições de vida digna ao trabalhador. (...) E é exatamente essa efetividade que impede, por meio da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social (da não retrocessão social ou, para J. J. Canotilho, proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária), a aplicação da regra em foco. Significa afirmar que a legislação que atribuir densidade (ou densificação) aos direitos de ordem fundamental não pode ter a sua eficácia afastada por qualquer outra. Estabelecido um determinado patamar de concretude de um direito fundamental, não se admite possa dele retroceder (...)”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ TRT 5ª Região – RO 00825-2006-003-05-00-0 – Rel. Des. Cláudio Brandão – julgamento: 06/09/2007.

A tese, de fato, é fundada em forte apelo axiológico. A questão fundamental, entretanto, é se a nova previsão legal, específica para a situação de recuperação judicial da empresa, realmente representa um retrocesso ou pode significar um avanço no campo dos direitos dos trabalhadores. A resposta dependerá, logicamente, das circunstâncias do caso concreto, mas também de uma análise mais aprofundada dos benefícios da recuperação judicial da empresa, especialmente para estes trabalhadores.

6.1.3. Tese baseada no princípio da continuidade dos contratos de trabalho e na proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF)

Outra tese de destaque que, embora não tenha sido abordada por Papaléo de Souza, merece ser aqui mencionada por ter sido questionada perante a Suprema Corte¹⁴⁵, é a tese baseada no art. 7º, I, da Constituição Federal, que, inclusive, é complementada pelo princípio da continuidade – um dos fundamentos axiológicos da sucessão trabalhista.

O inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal, estabelece como direito fundamental dos trabalhadores terem a “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”.

Nesse particular, a tese em referência sustenta que a inexistência de sucessão trabalhista na recuperação judicial, ao afrontar os arts. 10 e 448 da CLT, configuraria despedida arbitrária e sem justa causa, porquanto naturalmente conduziria à extinção dos contratos de trabalhos, ainda que os postos de trabalho fossem mantidos e os trabalhadores novamente contratados.

Assim, as disposições constantes da Lei de Recuperação (art. 60, p. único, e art. 141, II) foram refutadas perante o STF, sob a alegação de que a proteção contra a despedida arbitrária deveria ser regulamentada por Lei Complementar, sendo incapaz de ser flexibilizada por Lei Ordinária.

O Supremo Tribunal, porém, exarou entendimento diverso, no sentido de que a extinção dos contratos de trabalho seria efeito indireto da tentativa de

¹⁴⁵ STF - ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – julg. 27.05.2009 – DJE 208 – publ. 06.11.2009.

recuperação e efeito direto da situação de crise empresarial, que se enquadra como motivo de força maior. Dessa forma, a extinção do contrato em tais casos se distingue da despedida arbitrária que somente ocorre por ato unilateral e volitivo do empregador.

Ademais, lembraram os ministros que a extinção dos contratos não é efeito necessariamente decorrente da alienação das unidades produtivas, pois a força de trabalho pode ser mantida e reaproveitada em proveito da sociedade recuperanda ou da própria massa falida.

Ainda assim, como em caso de alienação de unidades produtivas ou filiais de sociedades ou empresários em recuperação, a extinção de praticamente todos os contratos de trabalho é bastante provável ante a inexistência de sucessão, tal extinção permanece sendo entendida por muitos como uma despedida injusta. E mais, a extinção dos contratos ante a exclusão da sucessão é apontada como causadora de diversos prejuízos aos empregados, em razão da violação ao princípio da continuidade.

Afora os enormes prejuízos que correm os trabalhadores por não darem continuidade ao contrato conforme originalmente ajustado – sabe-se que os novos contratos poderão prever condições distintas do contrato anterior, com salários inferiores e jornada de trabalho distinta –, inclusive para efeitos de contagem de tempo de serviço e benefícios decorrentes, se preocupam alguns doutrinadores com a inexistência de obrigatoriedade com relação à nova contratação de todos os empregados que tiveram seus contratos rescindidos por força da alienação.

Confirmam-se os comentários de Carlos Carmelo Balaró:

“Com relação à manutenção dos empregos, não há qualquer garantia para sua efetivação, até porque o legislador não estabeleceu qualquer obrigação condicional neste sentido; logo, o arrematante pode, mas não tem qualquer obrigação, de manter os postos de trabalho; ademais, se a idéia é de garantir empregos, sob o aspecto social, somente a imposição de um período razoável de estabilidade dos trabalhadores poderia assegurar a propalada preservação de empregos”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Os Créditos Trabalhistas no Processo de Recuperação de Empresas e de Falência. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: doutrina e prática. 2005. p. 256.

Na mesma esteira, as críticas formuladas pelo professor Manoel Carlos Toledo Filho:

“Já o dispositivo seguinte [art. 141, §2º, Lei nº 11.101/2005] assinala que, além de não responder pelo passivo trabalhista, o arrematante/adquirente não estará vinculado às condições contratuais anteriores. Poderá fixar um novo conteúdo para os contratos daqueles empregados que acaso venham a seguir trabalhando ali. Vale lembrar que o contrato de trabalho é, fundamentalmente, um *contrato de adesão*: o trabalhador, a rigor, não negocia nada, ele aceita o que lhe ofereçam, ou, então, fica sem o emprego. Assim, ele poderá, por exemplo, ter seu salário reduzido à metade, continuando todavia a executar as mesmas tarefas, a desenvolver a mesma jornada, a possuir o mesmo grau de responsabilidade, a trabalhar na mesma máquina, a vestir o mesmo uniforme, tudo isto dentro do mesmo estabelecimento. Aliás, como se trata de um novo contrato, de um contrato zero quilômetro, ele poderá inclusive receber menos para trabalhar mais, além de ser compelido a executar atribuições mais complexas e desgastantes do que suas atividades originais. [...] Estaria tudo muito bem, não fosse a circunstância de que, ao proceder desta maneira, o legislador coloca o trabalhador em uma condição semelhante a uma ferramenta usada, a um utensílio descartável, a um material de carga, a um objeto de consumo. O empregado é transformado em coisa: se servir fica, mas fica do jeito que eu quiser; se não servir, vai embora, e não recebe nada, pelo menos não de mim”.¹⁴⁷

Sem dúvida, a questão da manutenção dos empregos é um ponto importante para o sopesamento das regras e princípios em jogo, porém, dependerá muito do caso concreto.

É evidente que a obrigatoriedade de contratação de todos os empregados está fora de cogitação e vai justamente contra a idéia de maximizar o ativo em prol da recuperação e preservação da empresa. No entanto, a recuperação e preservação da empresa também visam à manutenção do maior número possível de empregos, como um efeito cíclico.

Assim, às críticas supra referidas, parece fundamental opor as seguintes questões: *Valeria à pena eventualmente sacrificar todos os postos de trabalho em razão de um pequeno grupo de trabalhadores prejudicados? Os prejuízos suportados por esse pequeno grupo seriam maiores ou menores se a empresa fosse a falência sem condições de maximizar seus ativos? Para os trabalhadores que foram novamente contratados sob condições menos favoráveis que antes, seria melhor terem seus contratos subitamente extintos?*

¹⁴⁷ A lei falimentar e o direito do trabalho.

Essas respostas, obviamente, somente poderão ser obtidas após uma maior reflexão sobre os princípios e objetivos da Lei de Recuperação, bem como sobre a aplicação da regra que veda a sucessão trabalhista na recuperação judicial.

6.2. TESES FAVORÁVEIS

As teses favoráveis à inexistência da sucessão trabalhista em caso de alienação de unidades produtivas ou filiais do devedor em recuperação judicial basicamente se preocupam em rebater algumas das críticas trabalhistas, exaltar a contribuição do instituto da recuperação e preservação da atividade produtiva para a sociedade como um todo e traçar a importância da regra da não sucessão para a concretização dos princípios e objetivos da Lei de Recuperação.

Nesse intuito, as referidas teses refletem análises sob dois diferentes ângulos que, na verdade, se complementam e contribuem positivamente para a aceitação da norma legal em apreço.

Sob o primeiro ângulo, são destacados alguns pontos da Lei nº 11.101/2005 que conferem maior segurança e idoneidade ao procedimento da Recuperação Judicial, visando especialmente a obstaculizar eventuais tentativas de fraude e prejuízos decorrentes, já em retaliação a algumas críticas trabalhistas.

Sob o segundo ângulo, são exaltados alguns objetivos e princípios norteadores da Lei que são concretizados por meio da vedação da sucessão trabalhista, em contraposição a experiências de um passado recente anterior à edição da Lei de Recuperação.

É dessa forma que referidas teses serão abaixo abordadas e compiladas.

6.2.1. Disposições constantes na Lei nº 11.101/2005 que conferem maior segurança e idoneidade à Recuperação Judicial

Antes de se analisar especificamente sobre os benefícios trazidos pela previsão de inexistência de sucessão trabalhista na recuperação judicial e sobre sua constitucionalidade, é prudente salientar, como premissa inicial, a segurança e a idoneidade do procedimento da recuperação judicial, especialmente quando o plano de recuperação envolve a alienação de filiais e unidades produtivas isoladas.

Assim dispõe o art. 60 da Lei nº 11.101/2005:

“Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

Inicialmente, portanto, é de se destacar que a inexistência de sucessão trabalhista se impõe na exclusiva hipótese de alienação de *estabelecimento empresarial* que seja segregável como filial ou unidade produtiva isolada¹⁴⁸.

É como assevera Jorge Lobo:

“Como já acentuei, o art. 60, *caput*, da LRF, sob a denominação ‘alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor’, trata, em verdade, do decantado ‘trespasse de estabelecimento empresarial’, cabendo destacar que a LRF peca, às vezes, por desprezar vocábulos e expressões consagradas, como ocorre *in casu*, ao empregar a palavra ‘filiais’ e a expressão ‘unidades produtivas isoladas’ ao invés do clássico ‘estabelecimento’ (...)”¹⁴⁹.

Nesse particular, o conceito de estabelecimento já foi amplamente desenvolvido pela doutrina e encontra-se positivado no art. 1.142 do Código Civil, com redação abaixo transcrita:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

O objeto de alienação mencionado pelo art. 60 da Lei de Recuperação refere-se a um conjunto de bens organizados para exploração de determinada

¹⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 172.

¹⁴⁹ **Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência.** 2008. p. 95-96.

atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Conforme leciona Eduardo Secchi Munhoz:

“É preciso que aos bens objeto da alienação esteja ligada uma atividade empresarial que possa continuar a ser desenvolvida, a partir da exploração desses mesmos bens, pelo arrematante”¹⁵⁰.

Por outro lado, como já se afirmou, é necessário que se trate de um estabelecimento empresarial isolado do devedor em recuperação, ou melhor, um estabelecimento segregável como filial ou unidade produtiva isolada.

Dessa forma, não se encontram concebidas pela regra as hipóteses de fusão, cisão, incorporação e transformação da sociedade devedora, já no intuito de evitar eventuais fraudes.

Ainda visando a coibir mais fraudes, o parágrafo único do art. 60 também faz remissão ao § 1º do art. 141 da Lei de Recuperação, cuja redação é abaixo transcrita:

“Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – *Omissis*;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

§ 1º O disposto no inciso II do **caput** deste artigo não se aplica quando o arrematante for:

I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou

III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão”.

Assim, admitindo a possibilidade de o devedor agir por interpostas pessoas a fim de fraudar o instituto da recuperação e se locupletar da inexistência de sucessão, a Lei de Recuperação expressamente ressalva a situação de adquirentes que estejam agindo em nome e por conta do empresário ou de um ou mais sócios da sociedade empresária em recuperação.

¹⁵⁰ MUNHOZ. *In* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005. 2007. p. 299.

Caso a arrematação do estabelecimento seja efetuada por pessoa que tem alguma ligação com o empresário ou empreendedores e investidores da sociedade em recuperação, a regra da supressão da sucessão é excepcionada e a sucessão se estabelece.

São especificamente ressalvadas as situações em que o adquirente é sócio da sociedade em recuperação, seu parente, sociedade controladora ou controlada desta ou quem, por qualquer razão, for identificado como agente do empresário em recuperação¹⁵¹.

A finalidade é de realmente combater as eventuais fraudes associadas à inexistência da sucessão tributária e trabalhista.

Além disso, o próprio art. 60 da Lei de Recuperação, ao expressamente mencionar a observação ao art. 142 da mesma lei, sugere que a alienação de filial ou unidade produtiva isolada se realize da mesma forma prevista para a realização ordinária do ativo de falidos, ou seja, mediante hasta pública (leilão por lances orais, propostas fechadas ou pregão).

A modalidade da hasta pode ser definida pela Assembléia Geral de Credores e, caso assim não proceda, caberá ao juiz defini-la após ouvir o comitê de credores e o administrador judicial.

O propósito da realização da hasta pública é otimizar o procedimento e assegurar a recuperação da empresa em crise¹⁵².

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 171.

¹⁵² No caso a caso, entretanto, pode ocorrer de existirem propostas ou formas alternativas mais interessantes de realização do ativo. Diante disso, prevê o art. 144 da LRF que: “*Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei*”. Ademais, conforme prevê o art. 145 da LRF, a Assembléia-Geral de Credores também poderá aprovar, mediante votação de 2/3 dos créditos presentes (art. 46), qualquer outra modalidade de realização do ativo, que será homologada pelo juiz. Nesse particular, como a lei apenas se refere expressamente à supressão da sucessão nas situações em que há hasta pública ou constituição de sociedade de credores (art. 145, §1º), existe discussão a respeito da sua supressão quando a realização do ativo ocorre por modalidades diversas. Jorge Lobo, por exemplo, entende que fora os casos expressamente previstos em lei, haverá a sucessão (*in* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. op. cit. p. 239-240). Já Sérgio Campinho entende que a supressão da sucessão se aplica a qualquer das modalidades de venda judicial do ativo, não se limitando às intituladas ordinárias. Para ele, o importante é que as alienações em juízo passam pelo crivo da avaliação judicial e se dirigem à obtenção de um mesmo escopo. (**Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 2008. p. 433-434). Por fim, Ivo Waisberg, entende que na recuperação judicial – que trata de situação completamente diversa da falência à qual a regra do art. 142 é destinada – o devedor e os credores têm plenas condições de negociar a alienação da unidade produtiva diretamente com o comprador, sem que haja a sucessão trabalhista, mas desde que tal forma de alienação seja aprovada em AGC (**Da não sucessão pelo adquirente por**

Em qualquer das modalidades de hasta pública, deverá haver publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com trinta dias de antecedência para a alienação das filiais ou unidades produtivas isoladas, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda (art. 142, §1º). O objetivo é dar ao evento grande divulgação, procurando despertar no maior número de pessoas o interesse pela empresa ou bens postos à venda¹⁵³.

No leilão por lances orais, ressalvada a forma e prazos de publicação, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil. Na modalidade de propostas fechadas, deverá ocorrer a entrega, em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo juiz, no dia, hora e local designados no edital, lavrando o escrivão o auto respectivo, assinado pelos presentes, e juntando as propostas aos autos da recuperação. Por fim, a modalidade de pregão constitui uma conjugação das duas modalidades anteriores, com procedimento pautado pelos §§5º e 6º do art. 142.

Em qualquer das modalidades, a alienação ocorrerá pelo maior lance, ainda que inferior ao valor da avaliação, podendo o plano de recuperação estabelecer um preço mínimo¹⁵⁴.

Após a escolha da modalidade de alienação, estabelece o §7º do art. 142 que o Ministério Público deverá ser pessoalmente intimado, sob pena de nulidade absoluta, para que atue como *custos legis*, cumprindo sua tarefa de fiscalizar e verificar a aplicação da lei.

Caso seja descumprida a obrigação de intimação do Ministério Público, o ato de alienação deverá ser invalidado *ex officio*, sem necessidade de provocação por qualquer interessado.

Assim, em razão das formalidades exigidas por lei, com participação do juiz competente e do Ministério Público, para alguns juristas, como os adiante citados, não pode ser sustentada a sucessão das responsabilidades do devedor¹⁵⁵.

dívidas trabalhistas e tributárias na aquisição de unidades produtivas isoladas perante a Lei 11.101/2005. 2010. p. 161).

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 372.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 171-172.

¹⁵⁵ Confira-se por todos: SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 362-363.

A título de ilustração, vale transcrever trecho de aresto de lavra da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, do Tribunal Superior do Trabalho:

“(…) V - SUCESSÃO TRABALHISTA - ALIENAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO E CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LABORAIS - SUBSTITUIÇÃO AERONÁUTICA – VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI E DOLO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADOS. A sucessão trabalhista pressupõe dois requisitos: a transferência total ou parcial do fundo de comércio ao sucessor e a continuidade da prestação de serviços dos antigos empregados à nova empresa. No caso, nenhum dos requisitos citados está presente. Não houve, tecnicamente, transferência de fundo de comércio porque a aquisição do direito de explorar as rotas não se deu por força de negócio jurídico de cessão entabulado entre a UNITED e a PAN AM, mas decorreu de arrematação feita em expropriação de bens da massa falida no Poder Judiciário americano. Se sucessão houver em tal caso, então esta também ocorrerá toda vez que uma empresa quebrar e seus imóveis forem praxeados e adquiridos por uma terceira pessoa jurídica, o que configura absurdo. **Lembro, ainda, em reforço de tal argumento, que o direito civil distingue entre a aquisição de direitos em hasta pública, que é primária, livre de qualquer ônus, e a cessão ou alienação feita entre particulares, forma secundária de adquiri-los.** (...)”¹⁵⁶.

No mesmo sentido, inclusive, são os comentários da Procuradora Gisela de Castro Chamoun:

“Ora, para a doutrina mais moderna, na arrematação o bem é transferido, já expropriado pelo Estado, por meio do órgão jurisdicional, e transferido, diretamente, ao arrematante para a satisfação do direito do credor-exeqüente. Trata-se, assim, de forma originária, e não derivada, de aquisição de propriedade, não se confundindo com a simples compra e venda. Não há transferência direta do direito de propriedade do seu titular para o arrematante, o que, nesse caso, justificaria a sucessão. (...) Entendimento em contrário representa, a meu ver, afronta à natureza da arrematação, bem como enorme risco de inviabilização da recuperação judicial e enriquecimento ilícito do real devedor”¹⁵⁷.

Por fim, não se pode esquecer que, por expressa disposição contida no art. 45, §2º, da Lei de Recuperação, o plano de recuperação, que envolver a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas nos termos do art. 60 e sem sucessão nas obrigações, deverá ser aprovado pela Assembléia Geral de Credores na forma do art. 45¹⁵⁸, em que os próprios credores trabalhistas

¹⁵⁶ TST-ROAR-667.949/2000.3 - DJ12/03/2004 – os destaques não constam no original.

¹⁵⁷ **Recuperação judicial e empregados:** breves comentários. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 2007. p. 63-64.

¹⁵⁸ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

presentes à assembléia votam por cabeça, pessoalmente ou, se preferirem, representados por sindicato¹⁵⁹.

A propósito, é de se destacar que o intuito da estipulação de voto “por cabeça” na classe nos credores trabalhistas foi justamente o de proteger os trabalhadores e o caráter alimentar do seu crédito, conforme esclareceu o Senador Ramez Tebet no relatório apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, ainda à época da aprovação da lei no Congresso:

“Na classe dos trabalhadores, as diferenças entre os credores podem implicar inadmissível detrimento dos pequenos, que têm menor capacidade econômica para aceitar descontos ou diferimentos no recebimento, dado que o caráter alimentar das parcelas trabalhistas é tanto maior quanto menor for o crédito. Propomos, assim que os votos dos trabalhadores nas votações por classe sejam tomados na proporção de um voto por trabalhador, e não em função do valor do crédito de cada um. Com essa medida, a todos os trabalhadores é dado igual peso na votação, o que protege os mais humildes”¹⁶⁰.

No mesmo sentido, Jairo Saddi ressalta a importância do voto “por cabeça” na classe dos credores trabalhistas:

“A justificativa é que a representação do trabalhador não se pode dar em face do valor do seu crédito, que é definido por muitas variáveis alheias (tempo de serviço, por exemplo), o que acarretaria a elitização do crédito trabalhista se o valor fosse utilizado como critério único – até porque as categorias gerenciais e de diretoria, numa empresa, teriam maior valor de créditos do que os trabalhadores”¹⁶¹.

Ademais, o voto “por cabeça” poderá ser exercido pessoalmente ou mediante representação por sindicato, o que mais uma vez beneficia o

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

¹⁵⁹ Art. 37. (...) § 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia.

¹⁶⁰ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. op. cit. p. 376-377.

¹⁶¹ Considerações sobre o Comitê e a Assembléia de Credores na nova Lei Falimentar. in PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.) – **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. 2005. p. 209.

trabalhador, pois o sindicato tem condições de contratar técnicos da área de finanças e administração, tornando as discussões mais profissionais e técnicas, com interlocução mais fácil e esclarecedora sobre o plano de recuperação.

E, caso o plano de recuperação não obtenha a aprovação na forma do art. 45, poderá apenas ser concedida a recuperação, em caráter excepcional, caso sejam cumulativamente atendidos os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei de Recuperação, cuja redação é abaixo transcrita:

“Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”.

Conforme bem assevera Fábio Ulhoa Coelho, trata-se da “hipótese em que um plano de recuperação é aprovado com substancial apoio entre os credores, mas sem alcançar o quórum qualificado de deliberação”¹⁶².

Ou seja, além de consistir em método de recuperação repleto de formalidades e sujeito à aplicação de previsões legais aptas a coibir eventuais fraudes, a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor em recuperação judicial deve passar pelo crivo da Assembléia de Credores, onde os credores titulares de créditos derivados da legislação trabalhista ou de acidentes de trabalho têm participação ativa para votação, inclusive em atendimento ao princípio da participação ativa dos credores. Tudo em ratificação da idoneidade do instituto.

¹⁶² COELHO. op. cit. p. 168.

6.2.2. Vantagens da supressão da sucessão trabalhista: a sua importância para o atendimento dos objetivos e princípios da nova lei

A importância da empresa e de sua preservação ante a relevante função social que desempenha já foi reiteradamente afirmada e demonstrada no presente trabalho, sobretudo nos capítulos 4.5.1 e 5.2.1.

Do mesmo modo, já se asseverou que a Lei de Recuperação foi elaborada com o propósito principal de promover essa preservação da atividade produtiva e de possibilitar o soerguimento dos empresários e sociedades economicamente viáveis, a fim de afastar os efeitos nefastos da falência.

Comparativamente ao Decreto-Lei nº 7.661/1945 (antiga Lei de Falências), a Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 11.101/2005, de fato, significou uma evolução e alteração bastante importante na temática do Direito Falimentar ao instituir a recuperação judicial e extrajudicial, pois o sistema anterior não propiciava a preservação da atividade produtiva, de modo que falências em massa eram decretadas.

Agora, a nova lei tem como seu princípio fundamental o princípio da preservação da empresa e de sua função social, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo ainda o estímulo à atividade econômica.

Dessa forma, a lei visa a conjuntamente atender os seus princípios norteadores, em especial aqueles da ordem econômica nacional que foram abordados em capítulo 4 do presente trabalho.

Não obstante, para que a sistemática da nova lei fosse idônea e eficaz quanto a esse propósito, também foram desenvolvidos e adotados na sua elaboração alguns outros princípios e objetivos a serem perseguidos – abordados no capítulo 5.2 –, os quais pautaram a redação de seus artigos.

E, foi exatamente como fruto da conjunção de alguns desses princípios e objetivos que foi aprovada a redação do art. 60, parágrafo único, em que há a previsão de supressão de sucessão trabalhista na alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor em recuperação judicial. Trata-se talvez da mais ousada, festejada e criticada das previsões legais constantes da

nova lei, obviamente ao lado do art. 141, II, que também veda a sucessão em caso de realização dos ativos do falido.

Muito embora vários¹⁶³ dos especialistas em Direito do Trabalho enxerguem na norma jurídica uma série de prejuízos e a violação de princípios constitucionais, a verdade é que a medida possibilita o cumprimento de dupla função, porquanto atenda tanto ao princípio da preservação da empresa – vez que permite a manutenção da atividade produtiva – quanto ao princípio da maximização dos ativos do devedor – porque possibilita uma alienação mais célere evitando o deságio do valor dos bens.

Sob este enfoque, então, a norma apresenta-se bastante positiva e eficaz, promovendo a convergência de todos os princípios e objetivos envolvidos, incluindo aqueles que se referem aos trabalhadores (valorização do trabalho humano e proteção dos trabalhadores), porquanto a manutenção da atividade produtiva permite também a manutenção dos postos de trabalho, assim como a maximização do ativo fomenta o pagamento integral do passivo trabalhista.

Por este viés é que a regra da inexistência de sucessão visa à proteção os trabalhadores e ao atendimento dos princípios da valorização de trabalho humano e da busca pelo pleno emprego, protegendo assim os postos de trabalho e, por conseguinte, o próprio sustento da família trabalhadora.

Assim, os defensores¹⁶⁴ da previsão legal, ao contrário dos críticos trabalhistas, enxergam nela muitas vantagens não só aos trabalhadores, como a toda a sociedade e economia, em razão da preservação que proporciona da atividade produtiva, sem cogitarem qualquer conflito de princípios.

A propósito, vale transcrever um trecho da lição de Eduardo Secchi Munhoz:

¹⁶³ Digo “vários” porque não são todos. Já é possível encontrar juristas conhecidos no ramo do Direito do Trabalho que aceitaram bem a regra a exclusão da sucessão e já são favoráveis à referida norma jurídica, como, por exemplo, Amador Paes de Almeida. (ALMEIDA, Amador Paes de. **Os direitos trabalhistas na recuperação judicial e na falência do empregador**).

¹⁶⁴ Lídia Valério Marzagão assevera: “Dessa forma, possibilita a alienação de ativos da empresa sem que, contudo, sujeite o adquirente a riscos, preservando a atividade produtiva, os empregos e repercutindo positivamente no mercado de crédito”. (MARZAGÃO. op. cit. p. 107). Sérgio Campinho complementa: “(...) a forma de quitação dos créditos trabalhistas será objeto de disposição no plano de recuperação, não tendo sentido criar-se sucessão do arrematante. A alienação judicial em tela tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento das obrigações contidas no plano, frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado”. (CAMPINHO. op. cit. p. 175).

“(...) a transferência do complexo de bens para terceiro com capacidade de continuar o exercício da empresa assegura a manutenção de empregos, o pagamento de tributos e a geração de riquezas para todos os participantes dessa atividade. Sob todos os aspectos, portanto, a eliminação da sucessão dos ônus e obrigações na alienação de unidades produtivas isoladas do devedor deve ser havida como positiva”.¹⁶⁵

Na verdade, a regra sob este enfoque é vista como meio de concretização de princípios relevantes como o da dignidade da pessoa humana, da busca pelo pleno emprego e da livre iniciativa que, em segundo plano, colabora para o desenvolvimento nacional.

Foi nesse sentido a manifestação da Presidência da República nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade em que foi questionado o art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação. Verifique-se o trecho colacionado no relatório do aresto:

“os dispositivos atacados (...) longe de afrontar a Lei Maior, cumprem-na rigorosamente, prestigiando exatamente a dignidade da pessoa humana, o emprego e o trabalho. Fazem-no (...) dentro do contexto excepcionalíssimo de uma situação de insolvência, em que a recuperação não comporta a observância dos mesmos parâmetros da normalidade, sob pena de em lugar de se garantir aos trabalhadores o que é possível, não se poder lhes garantir nada, pelo fato consumado da falta absoluta de recursos (...)”.¹⁶⁶

Ademais, a supressão da sucessão nas obrigações do devedor é fator essencial para assegurar a maximização dos seus ativos que, se destinará ao pagamento do passivo, conforme destaca o Senador Ramez Tebet, em seu relatório substitutivo:

“Ao estabelecer a oferta para compra da empresa, os interessados evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a empresa oferecida leva consigo a carga das obrigações tributárias anteriores à venda, não pode haver dúvidas de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. No entanto, como essas obrigações estão cercadas de incertezas quanto a seu valor, é bastante comum que a estimativa dessa dívida potencial seja superestimada. Com isso, os valores de venda podem ser

¹⁶⁵ MUNHOZ. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 299.

¹⁶⁶ STF - ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – julg. 27.05.2009 – DJE 208 – publ. 06.11.2009.

sistematicamente rebaixados. Como é a venda dos ativos, em conjunto ou em separado, que garante os créditos trabalhistas e tributários, é do interesse do fisco e dos trabalhadores que o valor de venda seja maximizado. Assim, embora pareça contrário à intuição, a sucessão não traz vantagens aos cofres públicos ou aos trabalhadores. (...) O mesmo raciocínio é aplicável com maior razão à sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas (...) Viabilizando-se a venda e maximizando-se o valor obtido pela empresa pela exclusão da sucessão trabalhista, ganham os trabalhadores, que terão maiores chances de obter o pagamento integral de seus créditos. Mais ainda, a alienação da empresa como unidade produtiva não beneficia os trabalhadores somente em relação ao recebimento de seu crédito, mas também - e talvez principalmente - no que tange à preservação de seus empregos¹⁶⁷.

Esta também é a lição de Fábio Ulhoa Coelho, ao comentar os arts. 60 e 141 da Lei nº 11.101/2005, ressaltando-se que os comentários específicos sobre a falência podem ser aplicados por analogia à situação do devedor que está em crise e tenta se recuperar por meio da recuperação judicial:

“Aparentemente, trata-se de medida contrária aos interesses dos credores, mas, de verdade, não é. Se a lei não ressaltasse de modo expresso a sucessão do adquirente, o mais provável é que simplesmente *ninguém* se interessasse por adquirir a filial ou unidade posta à venda. E, nesse caso, a recuperação não seria alcançada e perderiam todos os credores... [...] a expressa previsão de inexistência de sucessão era indispensável para que surgissem interessados na aquisição da empresa do falido. Se o adquirente se torna sucessor, ele provavelmente mergulha na mesma situação patrimonial crítica que havia causado a falência do titular anterior do negócio. Ocorrem duas quebras, em vez de uma. E os credores acabam não sendo atendidos do mesmo jeito. Se a lei imputasse ao adquirente da empresa do falido as mesmas obrigações deste, os recursos da massa não seriam otimizados; haveria, em decorrência, menos dinheiro para satisfazer os credores. [...] Em suma, bem analisada a matéria, não há outra conclusão. A sucessão do adquirente prejudica os credores e inviabiliza a permanência da empresa porque nenhum empresário sério é suicida. Enquanto os juízes e demais membros da comunidade jurídica tiverem a visão estreita do problema e acharem que o mais justo e jurídico é imputar ao adquirente a sucessão, não se encontrarão interessados na aquisição da empresa do falido em bloco e menos recursos serão levantados para pagamento dos credores”.¹⁶⁸

A questão da maximização dos ativos, aliás, ganha ainda mais importância quando em cotejo com a situação que era constatada num passado recente, anterior à nova Lei de Recuperação.

¹⁶⁷ Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. op. cit. p. 376-377.

¹⁶⁸ COELHO. op. cit. p. 172-370.

Eduardo Secchi Munhoz ressalta o avanço que a previsão legal em apreço representou como um todo diante da realidade que era vivida sob a égide da lei anterior:

“A orientação adotada no regime anterior revelava que o legislador não distinguia *empresa* de *empresário*, punindo-se a primeira pelas obrigações inadimplidas pelo segundo. O modelo adotado conduzia a um jogo em que todos perdiam; em vista da sucessão tributária e trabalhista, a unidade produtiva não era alienada, comprometendo-se a manutenção dos empregos e o pagamento de novos tributos; o próprio pagamento das obrigações inadimplidas pelo empresário anterior também era impossibilitado, já que não se levantavam os recursos que agora poderão ser auferidos com a alienação”.¹⁶⁹

Diante disso, a supressão da sucessão trabalhista e tributária na alienação de estabelecimentos do devedor em recuperação judicial ou na realização de ativos da massa falida representou uma das mais significativas explicitações introduzidas pela nova lei¹⁷⁰. Como tal, é importante que se confirme a sua constitucionalidade, conforme se fará a seguir, até mesmo para se enfrentar a resistência da justiça especializada do trabalho quanto à aplicação da norma.

7. A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (art. 60, parágrafo único)

Como se informou ao longo do presente trabalho, a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, já foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF.

Nesse particular, é pertinente trazer à baila os principais fundamentos da respeitável decisão, para posteriormente concluir de forma mais aprofundada a respeito da constitucionalidade e aplicabilidade da previsão legal em foco.

¹⁶⁹ MUNHOZ. *In* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 297-298.

¹⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 172.

7.1. A CONSTITUCIONALIDADE CONFIRMADA PELA SUPREMA CORTE

Com razão, os eminentes Ministros em Tribunal Pleno decidiram, por unanimidade¹⁷¹ de votos e nos termos do voto do relator¹⁷², que não há inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão trabalhista na recuperação judicial.

De início, o voto do relator já afastou a alegada inconstitucionalidade formal por afronta à reserva constitucional de lei complementar para regulamentar a despedida arbitrária e sem justa causa (art. 7º, I, CF), conforme mencionado no item 6.1.3 supra.

Na sequência, foi examinada a inconstitucionalidade material suscitada.

Em primeiro ponto, já se adiantou que a suposta inconstitucionalidade não era identificada porque não há no texto da Carta Magna qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de devedor falido ou em processo de recuperação judicial.

Em segundo ponto, não foi identificada qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Constituição. Ressaltou o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que se poderia admitir, no máximo, a existência de colisão entre distintos princípios constitucionais, os quais, por outro lado, poderiam ser facilmente ponderados, sem que isso implicasse a declaração de invalidade de qualquer deles ou a instituição de uma cláusula de exceção.

Conforme bem salientou, no caso da Lei nº 11.101/2005, o legislador escolheu os valores e princípios constitucionais aplicáveis à espécie que entendeu “*mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou*”.

¹⁷¹ Embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade tenha sido improcedente por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, foi confirmada por unanimidade. Isto porque a divergência dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto foi apenas parcial, especificamente quanto a outro dispositivo da lei que também foi questionado.

¹⁷² STF - ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – julg. 27.05.2009 – DJE 208 – publ. 06.11.2009.

Em contrapartida, lembrou o Relator do anacronismo da antiga Lei de Falências diante das profundas transformações socioeconômicas pelas quais o mundo passou a partir da segunda metade do século XX e que afetaram profundamente as empresas, trazendo a necessidade de um novo diploma legal que fosse mais adequado a essa realidade. Foram citados, inclusive, os comentários de Rubens Appropato Machado, que também merecem ser aqui transcritos:

“A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência”.¹⁷³

Nesse contexto, a nova lei surgiu da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido na ordem econômica mundial, sendo que os legisladores optaram por suprimir a sucessão trabalhista para que, de um lado, a venda do estabelecimento e o seu valor fossem otimizados – levantando-se maiores ativos para pagamento do passivo – e, de outro, para que a atividade empresarial lá exercida fosse preservada, bem como fosse viabilizada a recuperação da sociedade empresária ou do empresário em crise – preservando-se a fonte produtora, os postos de trabalho, a geração de rendas e tributos, etc.

Do ponto de vista teleológico, então, ressalta o Relator que o diploma legal buscou primordialmente garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades, tendo em conta, sobretudo, a função social que exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior – objeto de estudo do item 4.5.1 deste trabalho.

Nesse sentido, foi transcrita no respeitável voto relator a lição de Manoel de Queiroz Pereira Calças, que também aqui merece ser colacionada:

¹⁷³ Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. op. cit. p. 22.

“Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do país, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa *Constituição Federal*, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (*art. 170, III*), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: *função social da empresa*. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o *princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII)*, o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas. (...) Na senda da velha lição de Alberto Asquini, em seu clássico trabalho sobre os perfis da empresa, que ensinou ser a empresa um *fenômeno poliédrico*, não se pode confundir o *empresário ou a sociedade empresária (perfil subjetivo)* com a atividade empresarial ou *organização produtiva (perfil funcional)*, nem com o *estabelecimento empresarial (perfil objetivo ou patrimonial)*. Nesta linha, busca-se preservar a empresa como atividade, mesmo que haja a falência do empresário ou da sociedade empresária, alienando-a a outro empresário, ou promovendo o *traspasse* ou o *arrendamento* do estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, conforme previsão do art. 50, VIII e X, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências”.¹⁷⁴

Assim, tendo-se em vista a função social exercida pela empresa, o voto relator enfatiza o intuito do novo diploma legal em preservar a atividade produtiva para que também sejam preservados os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores.

Com base nisso, o Ministro Lewandowski decidiu favoravelmente à constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação, no que tange à exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial, especialmente porque entendeu que o legislador ordinário, ao conceber tal regra, optou por concretizar determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

E, como se disse, o voto foi acompanhado neste ponto por todos os Ministros do Tribunal Pleno, merecendo, ainda, destaque algumas observações de Eros Grau e Cezar Peluso. Confirmam-se:

¹⁷⁴ **A nova lei de recuperação de empresas e falências:** repercussão no direito do trabalho (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). 2007. p. 40-41.

“O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: (...) Se eu trabalhar com a totalidade que a Constituição é, considerar o princípio da função social da propriedade, considerar que, no combate entre as classes sociais, efetivamente não haverá trabalho se não houver capital. No modo de produção social dominante entre nós tenho de admitir que o texto é plenamente adequado à Constituição”.¹⁷⁵

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: (...) E digo mais: se fosse, como se pode sustentar, interessante ou atraente adquirir empresas em colapso com integral sucessão jurídica, esta lei seria absolutamente inútil. Ela foi engendrada, concebida exatamente porque a realidade mostra, como, aliás, a experiência judiciária o comprova abundantemente, que ninguém jamais, salvo com finalidades escusas, teria o menor interesse em adquirir uma empresa nessas circunstâncias e arcar com débitos absolutamente insuscetíveis de pagamento! Finalmente, Senhor Presidente, gostaria de acentuar – isto me parece também importantíssimo – que o que está por trás da interpretação dessa norma é, na verdade, um conflito entre duas visões. De um lado, uma visão macroeconômica, que tem o foco no dinamismo da economia e que, por isso mesmo, visa ao benefício de toda a coletividade, e, de outro, uma visão que eu diria um pouco mais microscópica e um pouco mais rente a aparentes interesses subjetivos individualizados, mas que, no fundo, reverte em dano geral, porque não permite a recuperação das empresas, nem que a lei atinja os seus objetivos. Isso tudo, com base na experiência, que nos mostrou que, durante a vigência da lei velha, ninguém costumava adquirir bens, muito menos toda a massa. Em muitos e muitos casos, a demora nos processos de falência levava à deterioração desses bens e, portanto, à perda do seu valor econômico. Os créditos não eram satisfeitos – e a minha memória não é tão boa quanto o era, mas não me recordo de ter pago crédito trabalhista em falências há muitos anos; não me lembro de ter feito isso. E as empresas eram extintas, e o desemprego era acelerado”.¹⁷⁶

Assim, a decisão da Suprema Corte foi bastante festejada, porém é cediço que também desagradou a muitos dos especialistas em Direito do Trabalho, os quais continuam tendo dificuldades para aceitar a nova regra¹⁷⁷.

Portanto, cabe ainda uma análise mais aprofundada do tema, tomando-se como ponto de partida a decisão do Supremo e as teses favoráveis abordadas no capítulo 6.2 supra, com o intuito de aclarar alguns pontos e

¹⁷⁵ Voto do Sr. Ministro Eros Grau na ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – julg. 27.05.2009.

¹⁷⁶ Voto do Sr. Ministro Cezar Peluso na ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – julg. 27.05.2009.

¹⁷⁷ Ressalva-se, contudo, que a posição do Tribunal Superior do Trabalho vem seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal. A título de ilustração, vale colacionar trecho da ementa de um dos seus recentes arestos: SUCESSÃO TRABALHISTA - INEXISTÊNCIA - EMPRESA SUBMETIDA A PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EMPRESA ADQUIRENTE - ARTIGO 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.101/2005 - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3934-DF, em que fora relator o Ministro Ricardo Lewandowisk, assentou tese acerca da constitucionalidade do artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, pelo qual se estabeleceu não haver sucessão de empresas, no âmbito do processo de recuperação judicial. (...). (TST – 4ª Turma - RR 54000-25.2008.5.05.0027 – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DEJT: 13/08/2010).

amenizar algumas das críticas trabalhistas, reafirmando a constitucionalidade e aplicabilidade da norma em questão.

7.2. A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA PREVISÃO LEGAL EM FOCO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E EM CONTRAPOSIÇÃO ÀS CRÍTICAS TRABALHISTAS

Considerando o propósito fundamental deste trabalho, passa-se ao estudo aprofundado da constitucionalidade e aplicabilidade da regra da exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial.

A princípio, é importante que se recorde que ao longo deste trabalho já foi oportunizado o estudo de algumas premissas básicas que colaboram para a análise que ora se pretende fazer. Todo o estudo que se fez até aqui, especialmente das teses contrárias e favoráveis sobre o tema, é essencial para a exata compreensão do que se pretende sustentar.

Como pontos de partida positivos e favoráveis, portanto, há a decisão da Suprema Corte – com o destaque dado para o princípio da função social da empresa – e as teses favoráveis supra examinadas – que não só atestam a idoneidade do processo de recuperação judicial como também enfatizam as vantagens da exclusão da sucessão trabalhista na alienação de filiais e unidades produtivas.

Assim, a importância da preservação da atividade produtiva e a relevância da regra de exclusão da sucessão trabalhista para a concretização desse princípio na recuperação judicial já estão bem demonstrados.

Agora, em contraposição direta às críticas de cunho trabalhista, pretende-se explicar o porquê de sua prevalência.

É de se considerar que as críticas trabalhistas, em sua grande maioria, apontam na regra em questão uma restrição aos direitos fundamentais dos trabalhadores elencados nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal, denominados direitos sociais. Sustentam basicamente que o art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação, traz um imbricamento de princípios constitucionais em que os direitos sociais e os princípios da dignidade humana

e valorização do trabalho humano são relegados a segundo plano – para não dizer desrespeitados ou desprezados –, em sintoma de retrocesso social inadmissível (ofensa ao princípio do não retrocesso social).

Todavia, é preciso que se observe que não pode existir hierarquia entre bens constitucionalmente protegidos, princípios ou direitos fundamentais, devendo, ao contrário, haver uma harmonização entre eles, sem que haja o sacrifício total de um em relação a outros¹⁷⁸.

Nesse particular, recebe especial importância o princípio da proporcionalidade, objeto do capítulo 3, enquanto ferramenta de interpretação da Constituição, cuidando de aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de forma a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

À luz do princípio da proporcionalidade, portanto, será aferida a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da regra de exclusão da sucessão trabalhista na alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor em recuperação judicial.

Não obstante, é preciso destacar como premissa inicial o fato de que a sucessão trabalhista somente é excluída caso a alienação nestes termos tenha sido aprovada pelos credores na Assembléia Geral, na forma dos art. 45 ou 58 da Lei de Recuperação, conforme estudado no tópico 6.2.1 acima. Quer dizer, são os próprios credores que conferem legitimidade ao procedimento.

Posto isso, parte-se, então, para o exame da proporcionalidade com base no seu primeiro sub-elemento da adequação.

Quanto à adequação, já se ressaltou neste trabalho que a experiência histórica sob a égide da lei anterior demonstrou que ninguém costumava adquirir bens contaminados por ônus trabalhistas e tributários, o que inviabilizava a manutenção da atividade produtiva e, num processo cíclico, acarretava a falência do devedor, dificultava e retardava a realização do seu ativo, gerando a perda do seu valor econômico, de modo que os créditos acabavam não sendo satisfeitos. Em contraponto, partindo-se do pressuposto de que a inexistência de ônus levará à maximização do ativo, alcançando-se valor superior para pagamento dos credores e viabilizando-se a manutenção da

¹⁷⁸ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 358.

atividade produtiva, verifica-se desde logo que a previsão do art. 60, parágrafo único, é realmente adequada ao fim que se destina a Lei de Recuperação de Empresas¹⁷⁹.

No que tange à necessidade, deve se verificar a inexistência de meio eficaz e menos gravoso aos trabalhadores.

Efetivamente não se vislumbra medida igualmente eficaz a realizar ou alcançar o resultado pretendido pela lei¹⁸⁰. Aliás, como bem salientou o Ministro Cezar Peluso – e, aqui, pede-se licença para repetir a sua pertinente colocação – *“se fosse, como se pode sustentar, interessante ou atraente adquirir empresas em colapso com integral sucessão jurídica, esta lei seria absolutamente inútil”*¹⁸¹.

E, por fim, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, vislumbra-se razoável a proporção entre o meio e o fim perseguido, pois o plano de recuperação não só atinge os credores trabalhistas, mas também vários credores de outras classes, com a finalidade de superação da crise econômico-financeira do devedor para pagamento da totalidade das dívidas, manutenção da empresa e empregos, geração de rendas e tributos¹⁸². É a famosa *quota de sacrifício de cada um* em prol do bem geral.

Ademais, no exame do equilíbrio entre a medida/meio/ato e a finalidade pretendida – recordando-se o estudo sobre a proporcionalidade em sentido estrito do Capítulo 3 –, deve-se também analisar se as vantagens trazidas pela preservação da atividade produtiva e maximização do ativo superam as desvantagens decorrentes da restrição dos direitos trabalhistas.

E, nesse ponto, cabe reiterar que, *especificamente no cenário da empresa em crise*, a experiência histórica sob a égide da lei anterior demonstrou que nada pode ser pior para os trabalhadores do que a falência e o fracasso na alienação de seus ativos enquanto unidades produtivas, pois ficam reduzidas as chances de receber seus créditos e ainda perdem seus empregos. Vale transcrever passagem de julgado em que o Desembargador

¹⁷⁹ Ibidem. p. 359.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Voto do Sr. Ministro Cezar Peluso na ADI 3.934/DF – Tribunal Pleno – julg. 27.05.2009.

¹⁸² SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. op. cit. p. 359.

Cláudio Brandão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região relatou essa experiência traumática da fase em que falências eram decretadas em massa:

“Milhares de pessoas, ao longo de todo o País, foram privadas de sua capacidade de subsistência, viram as suas vidas despencarem no abismo da incerteza, de uma hora para outra, muitas delas numa quadra em que não se obtêm empregos com facilidade, seja em virtude da idade, seja em virtude do fato de haverem labutado, por longos anos, em um mesmo setor da atividade econômica, sob forte crise. Trajetórias de vida, sonhos, desejos, realizações foram ceifados abruptamente pela decisão de encerramento das atividades, sem que houvessem sido pagos salários e parcelas decorrentes da dissolução do contrato”¹⁸³.

Já ante as vantagens trazidas pela preservação de empresa e a maximização do ativo, conforme destacado em 6.2.2., restam superadas as restrições dos direitos trabalhistas geradas pela previsão de exclusão da sucessão, pois as desvantagens ligadas à quebra da continuidade do contrato de trabalho tornam-se ínfimas diante das possibilidades de fomentar o recebimento de seus créditos e manterem seus empregos, ainda que em condições menos vantajosas.

É preciso que se entenda de uma vez por todas que, no cenário da empresa em crise, a impossibilidade de alienação de unidade produtiva isenta de ônus acaba acarretando a falência, situação em que a extinção dos contratos de trabalho é certa e o recebimento de créditos é duvidoso.

Por outro lado, a alienação de unidade produtiva isolada livre de ônus possibilita a manutenção da atividade nela desenvolvida – o que significa manutenção dos postos de trabalho –, otimiza a superação da crise econômica pelo devedor – o que significa a preservação de mais empregos – e fomenta o recebimento do crédito trabalhista. Ou seja, ainda que o trabalhador seja recontratado sob piores condições contratuais de trabalho, ele tem o crédito praticamente garantido e um salário mensal assegurado, nem que seja durante o período em que ele procura outro emprego, mas o fato é que a sua renda não foi abruptamente extinta. E, caso ele não venha a ser recontratado, ele tem, no mínimo, mais chances de receber seu crédito, sendo que, na melhor das

¹⁸³ TRT 5ª Região – RO 00825-2006-003-05-00-0 – Rel. Des. Cláudio Brandão – julgamento: 06/09/2007.

hipóteses, ele nem terá o contrato extinto e ainda terá o crédito pago. Melhor ter ao menos uma esperança do que nada!

É verdade que tal previsão pode parecer exageradamente otimista, contudo, há que se reconhecer que, na pior das hipóteses, o trabalhador já desempregado terá maiores chances de receber seu crédito, líquido ou ilíquido¹⁸⁴. E, mesmo para aqueles que não forem titulares de quaisquer créditos ao tempo do pedido de recuperação e da aprovação do plano, a chance de ter o emprego mantido ainda é esperança encarada como vantagem trazida pela não sucessão na recuperação judicial.

Portanto, as vantagens, ainda que incertas, são em condições bem melhores do que as desvantagens certas trazidas pela falência em que a realização do ativo é frustrada. Pelo menos, na recuperação, os trabalhadores têm algum fio de esperança para se agarrar. Tornam-se, assim, de menor importância as restrições de direitos fundamentais dos trabalhadores, pois, na específica situação da empresa em crise, o art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação, visa garantir ao trabalhador o que é possível, sob pena de não conseguir lhes garantir absolutamente nada.

Além disso, não se pode jamais perder de vista a questão macroeconômica e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que estará sendo assegurada, muito embora em alguns casos individualizados possam as desvantagens superar as vantagens.

Nesse aspecto, então, não há o que se falar em *retrocesso social*, mas sim em *avanço* em benefício dos trabalhadores, se comparado à sistemática e à experiência do Decreto-lei 7.661/45, como bem assevera Papaléo de Souza:

“Ressaltamos, ainda, que não admitimos a redução dos direitos sociais, em face do princípio da proibição do retrocesso social mas, na situação específica – sucessão das obrigações em caso de alienação do patrimônio em hasta pública da empresa em recuperação ou falida – a maximização do ativo e a manutenção do posto de trabalho representam benefícios aos trabalhadores. Ademais, na situação

¹⁸⁴ Cabe destacar quanto aos créditos ilíquidos a possibilidade de reserva de valor, nos termos do art. 6º, §3º, da Lei nº 11.101/2005: “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. (...) § 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria”.

anterior à Lei nº 11.101/05, sabíamos a consequência – a extinção da atividade (empresa) em face do temor do interessado-adquirente em face do perigo da sucessão trabalhista e tributária”.¹⁸⁵

Tampouco há o que se falar em aplicação das normas da CLT com fundamento na *teoria da norma mais benéfica*, pois acaba de se demonstrar que, no contexto excepcionalíssimo da empresa em crise, a norma do art. 60, parágrafo único, da Lei de Recuperação é muito mais benéfica aos trabalhadores, até mesmo em sua maioria quando individualmente considerados.

E, em que pese a existência o *princípio da irrenunciabilidade* dos direitos trabalhistas, é de se recordar que os trabalhadores têm participação ativa na votação do plano de recuperação que envolve alienação de unidades produtivas, configurando transação – aliás, praticamente uma negociação coletiva – que é homologada em juízo e recebe supervisão judicial (recuperação judicial), tratando-se de *transação judicial* ou *conciliação* que é tida como válida e incentivada pelas regras contidas na CLT (arts. 831 e 764)¹⁸⁶. Por sinal, a Lei nº 11.101/2005, foi neste ponto bastante coerente ao excluir da Recuperação Extrajudicial os créditos trabalhistas. Ademais, também se deve recordar que nas raras situações autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal – que é o caso –, a renúncia é passível de validade, conforme estudado em capítulo próprio supra.

Por derradeiro, quanto à *inexistência da obrigatoriedade de contratação* de todos os empregados do devedor que trabalhavam naquela determinada unidade produtiva alienada (art. 141, §2º, LRF), a previsão é fundamental para que a finalidade de maximização do ativo e preservação da empresa seja atingida, pois a obrigatoriedade de recontração tornaria o bem menos interessante, até porque muitas vezes é justamente o elevado volume de funcionários que vem ocasionando ou colaborando para a crise instalada.

Ainda assim, é de se ponderar que na aquisição de uma unidade produtiva inteira dificilmente o adquirente terá mão-de-obra exclusiva e pronta para realocar integralmente na nova unidade. O mais natural é que o

¹⁸⁵ **Sucessão de empregadores diante da nova lei da falência.** 2007. p. 107.

¹⁸⁶ Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.
Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

adquirente realmente recontrate os antigos funcionários que já conhecem o funcionamento da unidade produtiva, facilitando inclusive a transição de sua administração geral.

Nesse sentido, são os comentários de Ricardo Bernardi especificamente tecidos sobre a situação de falência, mas que por analogia podem ser aplicados à recuperação judicial:

“Considerando que o arrematante do estabelecimento ou de unidade produtiva continuará a desenvolver a empresa do falido a partir desse complexo de bens e direitos, necessitará de empregados. Em razão das habilidades, conhecimento e treinamento que possuem, o mais adequado pode ser a contratação dos mesmos empregados que já prestavam serviços ao falido”¹⁸⁷.

No entanto, também é possível que haja um enxugamento do quadro de funcionários e aconteça de alguns trabalhadores não serem recontratados. Porém, ressalvadas as peculiaridades do caso a caso, teoricamente este trabalhador não recontratado ainda estará na vantagem por terem aumentado as suas chances de receber o crédito de que é titular, face à maximização dos ativos. E, numa análise macroeconômica ou de dimensão objetiva e coletiva dos direitos fundamentais, realmente deve prevalecer o bem coletivo dos demais trabalhadores que foram recontratados, em detrimento destes poucos trabalhadores que ficaram desempregados. Não seria razoável extinguir todos aqueles postos de trabalho que poderiam ser mantidos, em razão desta pequena massa de trabalhadores que não poderão ser recontratados, mas que, por outro lado, terão mais chances de receber o crédito que lhe é devido.

Em resumo, portanto, a regra de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial, traz a harmonização e efetiva concretização dos princípios constitucionais da dignidade humana, da busca pelo pleno emprego, da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, do livre exercício da atividade econômica e da função social da propriedade, sempre os concretizando em sua máxima medida possível diante do contexto de crise, ainda que parcialmente imbricados. Como se viu, os direitos fundamentais dos trabalhadores, tanto em sua dimensão subjetiva quanto objetiva, acabam sendo assegurados ao máximo possível ante a situação excepcionalíssima de

¹⁸⁷ BERNARDI. *In* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 492.

crise empresarial, sob pena de todos sucumbirem em razão da falência em que a realização de ativos foi frustrada.

Vale, aqui, transcrever alguns dos comentários de Alexandre de Souza Agra Belmonte, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que justamente cancelam o que se vem de concluir:

“A norma que exclui a sucessão fere o princípio protetivo? Penso que não. Realmente, a Constituição estabelece inúmeras garantias em relação ao empregado. Trata-se de uma constituição social nesse particular. (...) Isso não quer dizer que esse princípio não esteja preservado, a partir do momento em que se está preservando a empresa na proteção a ela e, protegendo a empresa, está-se protegendo o emprego e, protegendo o emprego, está-se protegendo o salário e, protegendo o salário, está-se protegendo o empregado. É uma outra forma de proteção, uma outra concepção a respeito de um mesmo tema. Proteção, no meu entender, continua a existir, mas é a proteção do nosso século, é a proteção do século XXI, e não a proteção do século XIX. É outro tipo de proteção. Os problemas, hoje em dia, são outros. Não estamos mais vivendo aqueles problemas. Não adianta querer negar a realidade, dar proteção nominal ou meramente enunciativa ao empregado e ele, de fato, não a ter. Ele não vai ter, como vimos em tantas empresas quebradas por aí, como vimos em tantas situações de injustiça que vão continuar acontecendo, até com a nova lei, e talvez fosse pior sem ela”.¹⁸⁸

Sendo assim, à luz do princípio da proporcionalidade, a restrição aos direitos dos trabalhadores acarretada pela supressão da sucessão na recuperação judicial mostra-se lícita e constitucional, perfeitamente aplicável aos créditos dos trabalhadores, pois, na excepcional situação de crise empresarial, poderá trazer benefícios aos trabalhadores e a todos os demais envolvidos, inclusive, à própria sociedade, ante a função social da empresa.

Contudo, é preciso que se observe que toda a argumentação supra em prol da constitucionalidade e aplicabilidade da norma jurídica em tela acaba ficando fragilizada caso o plano de recuperação não respeite o prazo fixado pelo art. 54 da Lei de Recuperação de Empresas para pagamento do passivo trabalhista, conforme se verá na sequência.

7.2.1. A condição de atendimento do prazo do art. 54 da Lei de Recuperação para pagamento dos créditos trabalhistas

¹⁸⁸ Aspectos controversos da sucessão e da responsabilidade trabalhista. 2007. p. 88-89.

Estabelece o art. 54 da Lei de Recuperação de Empresas que o plano de recuperação judicial deverá prever um prazo diferenciado para o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho e decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação¹⁸⁹, sendo ainda mais reduzido o prazo para pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores ao pedido, desde que limitados até 5 salários-mínimos por trabalhador. Confira-se a sua redação:

“Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.
Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial”.

Obviamente, todos os argumentos acima aduzidos em defesa da constitucionalidade e proporcionalidade da regra de supressão da sucessão trabalhista na recuperação judicial revelam-se bastante consistentes na medida em que se presume a observância do prazo do art. 54 para pagamento dos créditos trabalhistas¹⁹⁰.

Contudo, caso esse prazo não venha a ser observado pelo plano de recuperação, a argumentação supra fica bastante fragilizada, já que o exame da proporcionalidade em sentido estrito fatalmente apresentará resultados menos positivos e menos convincentes.

A propósito, citem-se os comentários de Papaléo de Souza a respeito:

“Acreditamos que, nos casos de recuperação judicial, caso fosse respeitado o disposto na própria Lei n. 11.101/2005, art. 54 (prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano para pagamento dos débitos trabalhistas), não haveria tanta insurgência e o desenvolvimento de tantas teses favoráveis à sucessão, pois nos parece razoável, no caso específico, o

¹⁸⁹ Quanto aos créditos que se vencerem após a distribuição do pedido de recuperação, afirma Fábio Ulhoa Coelho que plano de recuperação poderá estabelecer quaisquer condições para o pagamento, sem obrigatoriedade de respeitar o prazo do art. 54. (COELHO. op. cit. p. 164). Contudo, deve-se recordar que, por força do art. 6º, §3º, da Lei nº 11.101/2005, poderá a Justiça do Trabalho requerer a reserva de valor para pagamento deste crédito.

¹⁹⁰ Ainda há controvérsia na doutrina a respeito do termo inicial para contagem do prazo, o que somente será resolvido após decisão do judiciário a respeito. Rachel Sztajn (*in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). op. cit. p. 268) entende que o prazo se inicia na data de aprovação do plano. Jorge Lobo (LOBO. *in* TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) op. cit. p. 218) entende que o prazo deve ser contado a partir da concessão da recuperação judicial.

pagamento do crédito trabalhista no período referido na lei. Ademais, o prazo de um ano é razoável também em face da dificuldade do trâmite da execução trabalhista que, via de regra, demora esse período. (...) Fazemos essa referência, pois, nos casos de recuperação na forma prevista na lei, ou seja, observados os requisitos legais (principalmente o art. 54 – pagamento em um ano do débito trabalhista), pouco tem sido objeto de manifestação e insurgência nos juízos trabalhistas, havendo, nesses casos, sim, a conjugação de esforços de todos no sentido da continuidade da empresa, ou preservação da atividade, ressaltados no art. 47 da LRF”.¹⁹¹

O problema, entretanto, é que pode acontecer de ser aprovado em Assembléia Geral de Credores, com votação ativa e favorável dos credores trabalhistas, um plano de recuperação que desrespeita e ignora solenemente o prazo do art. 54. Aí, a discussão sobre a constitucionalidade e aplicabilidade da norma do art. 60, parágrafo único, fica mais complexa e os argumentos a ela favoráveis mais fragilizados. Isto porque as vantagens da exclusão da sucessão na recuperação judicial ficam reduzidas e, dependendo do caso, o trabalhador pode acabar recebendo o seu crédito de forma mais rápida na falência do que na própria recuperação que, neste aspecto, se torna a ele desfavorável.

Ainda assim, cientes deste fato, a verdade é que os trabalhadores se agarram nas esperanças de ter, por meio da preservação da empresa, seus empregos preservados – independentemente da possibilidade de admissão sob novas condições contratuais – e, em razão disso, aprovam o plano e se submetem às condições nele previstas, mesmo lhes sendo desfavoráveis.

Por um lado, isso só vem a corroborar a proporcionalidade em sentido estrito da regra de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação, pois os próprios trabalhadores consideram que as vantagens oferecidas, ainda que incertas, superam as desvantagens decorrentes.

Por outro lado, a flexibilização do princípio da irrenunciabilidade, com base na autonomia da vontade, não pode chegar a tanto, a ponto de se admitir uma transação que afronta à própria sistemática da Lei de Recuperação de Empresas.

Nesse particular, confira-se o que leciona Carlos Carmelo Balaró:

¹⁹¹ **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho.** op. cit. p. 364-365.

“De se notar, por oportuno, que negociação sugere sempre uma troca que, no caso, deve visar à melhoria da condição social do trabalhador (*art. 7º caput CF*), e não poderá estar circunscrita apenas ao ideal da preservação do emprego, ainda que reconhecamos como sendo o bem maior a ser protegido”.¹⁹²

A rigor, a norma contida no art. 54 deveria ser considerada norma de ordem pública e ser aplicada de forma cogente. Nesse sentido, verifique-se a lição de Sérgio Campinho:

“É condição de validade do plano, estando a questão afeta ao controle judicial de sua legalidade, o respeito ao limite temporal, estabelecido no artigo 54, para que se paguem os créditos de natureza trabalhista”.¹⁹³

Aliás, é de se ponderar que, se o plano de recuperação não tem sequer condições de pagar os créditos de natureza alimentar dos trabalhadores no prazo razoável de um ano, é porque realmente são ínfimas as suas chances de êxito ou o soerguimento do devedor é de viabilidade duvidosa. E, sendo assim, é de se recordar o princípio da retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, abordado no item 5.2.3, devendo-se realmente proceder a uma análise precisa sobre a sua capacidade de soerguimento, para que, na hipótese de inviabilidade, desde logo seja decretada a sua falência e não se insista na sua recuperação, porque será uma “laranja podre” que fatalmente comprometerá a idoneidade do instituto da recuperação judicial.

Portanto, em que pese haver a aprovação do plano de recuperação pelos credores, incluindo os trabalhistas, é necessário que haja um acompanhamento atento por parte do Judiciário e do Ministério Público para que os princípios e os objetivos da Lei de Recuperação não sejam desvirtuados. E, nesse particular, em se tratando de recuperação judicial, o pagamento dos credores trabalhistas no prazo do art. 54 é objetivo expresso da lei. Trata-se, em verdade, de norma cuja violação não poderia sequer ser admitida pelo Judiciário.

É princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras ou disposições inúteis nem destituídas de fundamento. Na interpretação sistemática da Lei de Recuperação, o pagamento dos credores trabalhistas no prazo do art. 54 é objetivo expresso que deve ser

¹⁹²BALARÓ. *op. cit.* p. 249.

¹⁹³CAMPINHO. *op. cit.* p. 161.

considerado requisito legal para a supressão da sucessão na recuperação judicial. E, sendo assim, a regra da exclusão da sucessão, enquanto disposição excepcional, deve ser interpretada de forma restritiva dentro da sistemática legal à qual pertence, sobretudo em razão da situação particular dos trabalhadores que tendem a aprovar qualquer plano de recuperação única e exclusivamente para evitar a falência.

Vale aqui transcrever os comentários que Fábio Ulhoa Coelho, ainda na época da edição da lei, submeteu ao Senador Ramez Tebet, relator do substitutivo:

“A condição fundamental para que a nova medida de recuperação da empresa seja efetiva e atinja os objetivos pretendidos – inclusive a contribuição na luta contra o aumento do desemprego – é a seriedade e consistência do plano de reorganização. Se a denegação da recuperação judicial implicar necessariamente a falência do devedor, os credores terão a tendência de referendar *qualquer* plano de reorganização, mesmo sem consistência. Isto porque a falência do devedor é sempre a alternativa menos interessante para o credor. Ao seu turno, o juiz, por não ter formação na área, tenderá a homologar todos os planos referendados pelos credores. O resultado será a desmoralização do instituto, na medida em que a admissão de planos inconsistentes levará apenas à *indústria da recuperação* (similar à *indústria da concordata* que hoje existe) e ao agravamento dos prejuízos de todos os credores, em especial os trabalhadores”.¹⁹⁴

Ou seja, cabe ao Judiciário e ao Ministério Público velar pela idoneidade dos institutos propostos pela nova lei, evitando-se que a recuperação se torne um meio de fraudar direitos de terceiros ou um mero meio de postergação da falência, tal como era a concordata – será realmente uma pena se isto acontecer, dadas as expectativas que norteiam o novo diploma legal.

Dessa forma, o juiz não pode ser um mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares, devendo verificar o cumprimento das formalidades legais, entre as quais está a norma contida no art. 54.

É como bem observa Ivo Waisberg:

“A lei estabeleceu um diálogo entre devedor e credores, inclusive trabalhistas, monitorado pelo Judiciário para certificar que os limites da autonomia privada consubstanciados na preservação do direito de certos tipos de credores, como a garantia de prazos e valores mínimos (caso dos trabalhistas), e a não sujeição ao processo de recuperação (como no caso dos credores fiduciários). O novo diploma procura fixar

¹⁹⁴COELHO. op. cit. p. 115-116.

as fronteiras da atuação dos particulares para atingir o fim precípua de preservar a empresa, balanceando interesses e incentivos”.¹⁹⁵

De outra parte, cabe também ao Judiciário incentivar a recuperação, de modo que – ante a inexistência de jurisprudência pacificada a respeito da natureza da norma do art. 54 – pode ocorrer de alguns magistrados entenderem que a deliberação soberana da Assembléia dos Credores, chancelando a viabilidade do plano, seria capaz de legitimar a inobservância daquela norma.

Esse entendimento, aliás, já foi manifestado por reiteradas vezes¹⁹⁶ pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo. Confira-se o trecho de acórdão abaixo transcrito:

“Uma das maiores alterações promovidas pela Lei nº 11.101/2005 na órbita do direito falimentar, foi a outorga de novo e relevante papel para a Assembléia Geral de Credores, que, tanto no processo de falência, como na novel recuperação judicial, tem atuação soberana em determinadas deliberações do interesse da massa falida ou dos credores da empresa sob recuperação. (...) Por fim, cumpre esclarecer que, se o plano da agravada não prevê o pagamento, no prazo de 30 dias, dos valores correspondentes a 5 salários mínimos das verbas estritamente salariais vencidas nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, nos termos do parágrafo único do artigo 54, nem prevê o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação em prazo inferior ou igual a um ano, a teor do artigo 54 ‘caput’, da Lei nº 11.101/2005, mas logrou aprovação unânime pela classe dos trabalhadores, não compete ao Poder Judiciário determinar o cumprimento de referidas normas legais, que tratam de direitos disponíveis dos trabalhadores e que, só por eles poderiam ser pleiteados quando da realização da Assembléia-Geral de Credores”¹⁹⁷

Porém, dada a inobservância do art. 54, aumentam ainda mais as críticas dos especialistas em Direito do Trabalho e, em contrapartida, mais frágeis ficam os argumentos favoráveis à exclusão da sucessão.

Não que a inobservância do art. 54 venha a comprometer a constitucionalidade da regra de supressão da sucessão trabalhista na recuperação judicial, porque a análise de sua constitucionalidade deve ocorrer no âmbito da sistemática da lei em que está inserida, presumindo-se que o art.

¹⁹⁵ **Justiça do Trabalho e Recuperação Judicial**. 2007. p. 252.

¹⁹⁶ A título exemplificativo: AI nº 990.10.089737-3. Rel.: Des. Elliot Akel; AI nº 990.10.083220-4. Rel.: Des. Elliot Akel.

¹⁹⁷ AI nº 9043079-66.2006.8.26.0000. Rel.: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

54 será atendido – muito embora há quem entenda que a constitucionalidade daquela regra é condicionada à observância do prazo estipulado pelo art. 54¹⁹⁸.

No entanto, é fato que, numa situação concreta em que se atente que o art. 54 foi desrespeitado, surge a polêmica e insurgências podem ser verificadas por parte dos trabalhadores, como já ocorreu, inclusive no caso do acórdão cujo trecho foi acima transcrito¹⁹⁹. E, isto, porque a sistemática da Lei de Recuperação estará sendo violada, especialmente no que tange à proteção especial conferida aos trabalhadores.

De qualquer modo, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento²⁰⁰ de que é competência da Justiça Comum, ou melhor, do Juízo Universal da Falência e Recuperação a decisão sobre a aplicabilidade da regra de supressão da sucessão, observado ou não o disposto no art. 54 da LRF. Ademais, o próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST), em consonância com a orientação do Supremo, vem confirmando a constitucionalidade e aplicabilidade da regra de supressão da sucessão²⁰¹.

Assim, a decisão final cabe realmente ao Juízo Falimentar, sendo importante, portanto, que este vele pelo cumprimento do art. 54 e vede a concessão de recuperação judicial quando o plano não observa o prazo lá estabelecido²⁰².

¹⁹⁸ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. op. cit. p. 374-379.

¹⁹⁹ AI nº 471.171.4/5-00. Rel.: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

²⁰⁰ Conflito de Competência nº 61.272-RJ. Rel.: Min. Ari Pargendler; Conflito de Competência nº 73.380-SP. Rel.: Min. Hélio Quaglia Barbosa.

²⁰¹ (...) II - RECURSOS DE REVISTA. SUCESSÃO TRABALHISTA. EMPRESA SUBMETIDA A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DE BENS. ARREMATACÃO JUDICIAL. LEI Nº 11.101/2005. Nos termos do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, não haverá sucessão do arrematante quando da alienação da unidade produtiva de empresa em processo de recuperação judicial. Neste contexto, a VARIG LOGÍSTICA, a VRG LINHAS AÉREAS S.A. e a GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da reclamação trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – 3ª Turma – RR 107700-96.2008.5.12.0001 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DEJT 14/05/2010).

²⁰² Vale aqui transcrever os comentários de Manoel Justino Bezerra Filho ao disposto nos parágrafos do art. 56 da Lei de Recuperação, em que o doutrinador destaca a possibilidade do Juiz decidir de forma contrária à AGC, desde que o faça fundamentadamente: “a *assembléia geral, que no caso sob exame apenas será convocada se houver objeção, tem poderes para aprovar, alterar ou rejeitar o plano de recuperação. O juiz não está vinculado a tais decisões, mantendo evidentemente o exercício do poder jurisdicional; de qualquer forma, tratando-se de decisão tomada pela assembléia geral de credores, deverá ser seguida pelo juiz, que, caso decida de forma contrária, deverá fundamentar suficientemente a sua decisão*”. (**Lei de recuperação e falências**. 2009. p. 155).

Não obstante, caso seja concedida a recuperação baseada em plano que prevê prazo superior para pagamento dos créditos trabalhistas, espera-se que esta concessão esteja condicionada, por parte do Juízo Universal da Falência e Recuperação, ao estudo preciso da viabilidade do plano, de modo que seja viável a recuperação e não haja indícios da intenção de fraudar credores.

Com efeito, a idoneidade do instituto da recuperação e propriamente a história que o novo diploma está a traçar dependem muito de uma atuação mais ativa e consciente do Judiciário e do Ministério Público²⁰³, que face ao caso concreto deverão sempre ponderar e sopesar os princípios, os objetivos da lei e as regras aplicáveis, sob pena de tornar a recuperação um instituto desacreditado tal como o era a concordata. Aí estará o verdadeiro retrocesso social.

²⁰³ Merecem aqui ser transcritas as palavras de Jorge Lobo: “No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembléia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins — salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’ de determinado fim se indispensável para o saneamento da empresa ou o ‘sacrifício’ parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores, etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são ‘procedimentos de sacrifício’ que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores (Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris: Economica, 1991, Tome 2, 3e éd., p. 113)”. **Ação de recuperação judicial da empresa.**

8. CONCLUSÃO

Tendo-se em conta o propósito fundamental deste estudo de promover uma análise aprofundada sobre a constitucionalidade e aplicabilidade da regra da exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial (art. 60, p. único, LRF), parece que o presente trabalho realmente foi além dos fundamentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal para decidir pela constitucionalidade da norma.

Foi reafirmada a constitucionalidade da regra e demonstrada a importância de sua aplicação no que se refere à credibilidade do próprio instituto da recuperação judicial. E isto, não só com base na decisão da Corte Suprema, mas principalmente por meio do estudo de todos os princípios e objetivos envolvidos, em confronto com a experiência histórica da antiga lei de falências (Decreto-Lei nº 7.661/45).

Foram examinadas as teses de maior destaque sobre o tema – contrárias e favoráveis –, bem como foi exaltada a seriedade do instituto da recuperação, com relação aos requisitos que conferem legitimidade e idoneidade à regra de exclusão da sucessão.

Tudo isso possibilitou uma exata compreensão sobre a necessidade e forma de aplicação da norma em apreço, tal como proposto pela nova lei, que, aliás, se revelou bastante coerente.

Viu-se como a nova regra é essencial, e talvez represente o ponto mais relevante da lei, para que os seus objetivos e princípios sejam alcançados, em especial o da preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Parece ter restado sedimentado que a situação da empresa em crise é realmente excepcional, não comportando análises dentro dos parâmetros da normalidade, motivo pelo qual devem ser excepcionadas as regras da CLT.

Inclusive, foi mais de uma vez enfatizado que a vantagem da supressão da sucessão obrigacional na recuperação judicial, comparativamente à falência decorrente da frustração na realização de ativos, é justamente a viabilidade de garantir aos trabalhadores o que é possível, sob pena de não conseguir lhes assegurar absolutamente nada.

Com efeito, a medida em tela cumpre duplo fundamento, proporcionando a manutenção dos postos de trabalho e otimizando a realização do ativo, que será destinado ao pagamento do passivo.

Não há como negar que, caso fosse aceita a sucessão obrigacional, o valor de mercado dos bens do devedor seria afetado. A própria dificuldade na mensuração exata do passivo do devedor acaba ensejando o superdimensionamento das dívidas, culminando fatalmente no desinteresse pela continuidade do negócio e pela aquisição de bens.

De fato, conjugando-se todos os fatores, conclui-se que a supressão da sucessão na alienação de estabelecimentos mostra-se como a solução mais eficaz ao soerguimento das empresas em crise que ainda são viáveis, trazendo benefícios a todos os envolvidos, possibilitando o pagamento de maior número de credores, a manutenção dos empregos, geração de impostos e conservação da unidade produtiva.

Em resposta às perguntas formuladas ao longo do trabalho, viu-se que, no contexto excepcionalíssimo da empresa em crise, a regra de exclusão da sucessão obrigacional na recuperação judicial é benéfica aos trabalhadores, até mesmo em sua maioria quando individualmente considerados. Em contrapartida, a manutenção da sucessão compromete a viabilidade da recuperação e colabora para a falência, alternativa esta que é sempre prejudicial aos trabalhadores.

De fato, as vantagens proporcionadas pela recuperação, ainda que incertas, são em condições bem melhores do que as desvantagens certas trazidas pela falência em que a realização do ativo é frustrada. Tornam-se, assim, nesse contexto, de menor importância as restrições de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse aspecto, não há o que se falar em *retrocesso social*, mas sim em *avanço* em benefício dos trabalhadores, se comparado à sistemática e à experiência do Decreto-lei 7.661/45.

Ainda que o trabalhador seja recontratado sob piores condições contratuais de trabalho, ele tem o crédito praticamente garantido e um salário mensal assegurado, nem que seja durante o período em que ele procura outro emprego, mas o fato é que a sua renda não foi abruptamente extinta. E, caso ele não venha a ser recontratado, ele tem, no mínimo, mais chances de

receber seu crédito, sendo que, na melhor das hipóteses, ele nem terá o contrato extinto e ainda terá o crédito pago.

Então, à luz do princípio da proporcionalidade, pode-se aferir que a regra de exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial, embora implique a restrição de alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, é lícita, constitucional e deve ser reiteradamente aplicada, porque traz a harmonização e efetiva concretização dos princípios constitucionais da dignidade humana, da busca pelo pleno emprego, da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, do livre exercício da atividade econômica e da função social da propriedade, sempre os concretizando em sua máxima medida possível diante do contexto de crise, ainda que parcialmente imbricados.

Trata-se efetivamente de norma adequada aos tempos hodiernos, em que a proteção eficaz do trabalhador deve se dar em nível macroeconômico, tendo-se em conta a dimensão coletiva dos direitos fundamentais, em prol de uma economia forte e um país desenvolvido em que as desigualdades regionais e sociais serão progressivamente reduzidas. Ou seja, os benefícios aos trabalhadores também aumentarão progressivamente em idêntica proporção.

E mais, quanto à dimensão subjetiva e individual dos direitos fundamentais, não fica a mesma relegada a segundo plano, mas, sim, assegurada em sua máxima medida possível ante a excepcional situação de crise empresarial, na qual infelizmente fica inviabilizada a garantia integral dos direitos fundamentais.

Portanto, a resistência que nova regra de exclusão da sucessão na recuperação judicial tem enfrentado perante alguns dos juristas especializados em Direito do Trabalho, ao que parece, se deve mais a uma dificuldade em romper com o sistema protetivo construído sobre problemas dos séculos passados – bastante diferentes daqueles que hoje são enfrentados num contexto de crise empresarial –, do que propriamente às desvantagens que efetivamente são impostas aos trabalhadores.

Assim, o presente trabalho buscou exatamente auxiliar neste rompimento, exaltando a importância da sistemática proposta pela nova Lei de Recuperação de Empresas e amenizando as críticas mais severas, até mesmo proporcionando a harmonização de algumas posições aparentemente

contraditórias, sem, contudo, ter qualquer pretensão de esgotar a discussão, que sempre é tão salutar.

Aliás, o que se vem de concluir somente representa um alicerce para as inúmeras discussões que ainda estão por vir, ante as mais diversas peculiaridades que são trazidas pelo caso concreto.

Uma dessas discussões, inclusive, já foi adiantada neste trabalho, qual seja: o caso de inobservância do prazo fixado pelo art. 54, da Lei de Recuperação.

Nesse particular, ressaltou-se a importância de o Juízo Universal da Falência e Recuperação exigir a observância do prazo estabelecido pelo dispositivo legal. Porém, considerando que não é nada inusitada a aprovação de plano que preveja de prazo superior ao do art. 54 para pagamento do passivo trabalhista, alertou-se, no caso de concessão da recuperação nessas circunstâncias, para a necessidade de uma ação pró-ativa e conjunta do Juízo Recuperacional e do Ministério Público no sentido de primar pela aplicabilidade da regra de exclusão da sucessão em processos de recuperação de empresas viáveis, evitando-se fraudes, a fim de que o instituto da recuperação judicial não se torne desacreditado, a exemplo do que aconteceu com a concordata.

Seja como for e independentemente do número de discussões que ainda podem surgir relativamente ao tema em foco, o fato é que o presente trabalho fomenta a discussão e dá alicerce para a evolução do instituto da recuperação judicial, nos termos vislumbrados pelo legislador.

Por fim, vale encerrar com a observação de que o desenvolvimento nacional e o atendimento dos princípios e objetivos abordados no presente trabalho estão direta e estreitamente ligados ao êxito do instituto da recuperação judicial, que, por sua vez, somente será alcançado caso preponderem segurança jurídica e a certeza de que as normas e o espírito da nova lei serão respeitados.

REFERÊNCIAS

A lei e os seus legados. **Revista Mundo Corporativo**, São Paulo: n. 14, 4º trimestre, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valedés. 1ª. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Os direitos trabalhistas na recuperação judicial e na falência do empregador**. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/amador.pdf>> Acesso em 06/09/2010

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Rivista Del Diritto Commerciale**. v. 41, I. 1943.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALARÓ. Carlos Carmelo. Os Créditos Trabalhistas no Processo de Recuperação de Empresas e de Falência. in MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: doutrina e prática**. Lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>> Acesso em: 31 jul. 2010.

BELMONTE, Alexandre de Souza Agra. **Aspectos controversos da sucessão e da responsabilidade trabalhista.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

BENHAME, Maria Lúcia. **Lei não é clara sobre sucessão de créditos trabalhistas na falência.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jun-20/lei_nao_clara_sucessao_creditos_trabalhistas> Acesso em 14/07/2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação e falências:** comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Lex: CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso em: 17 set. 2009.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A nova lei de recuperação de empresas e falências**: repercussão no direito do trabalho (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

CHAMOUN, Gisela de Castro. **Recuperação judicial e empregados**: breves comentários. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/apresentacao/cade.asp>>. Acesso em: 17 set. 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 2. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e Devido Processo Legal**. In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Sobre princípios constitucionais gerais**: isonomia e proporcionalidade. In Revista dos Tribunais. Fasc. Doutrina Civil. v. 719. Set/1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1997.

LOBO, Jorge. **A Recuperação da Grande Empresa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=18703> Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. **Ação de recuperação judicial da empresa.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=9587> Acesso em 05/09/2010.

_____. **Críticas ao projeto de lei de recuperação da empresa.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=8426> Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. **O princípio da função social da empresa.** Revista Jurídica Consulex – Ano X – nº 228 – 15 de julho/2006.

_____. **Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência.** Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 27, jan/mar. 2008.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:** doutrina e prática. Lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=14851>. Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:** doutrina e prática. Lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MALHEIROS, Aristides. **Plano de recuperação – isso funciona?** Revista do advogado. Recuperação Judicial: temas polêmicos. Associação dos advogados de São Paulo – AASP. Ano XXIX. n. 105. Set/2009.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: doutrina e prática. Lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.) – **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **A Reforma da Lei de Falências**. Boletim: A Biblioteca Informa. São Paulo: Escritório Pinheiro Neto, n. 1.757, 20/26 de abr. 2003.

SADDI, Jairo. Considerações sobre o Comitê e a Assembléia de Credores na nova Lei Falimentar. *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de. (coord.) – **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Interpretação constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O proporcional e o razoável**. *In* Revista dos Tribunais. Fasc. Doutrina Civil. Ano 91. v. 798. Abril/2002.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Sucessão de empregadores diante da nova lei da falência**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais**. *In* SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo. [et al.] **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 20ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**. v.I e III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

TEBET, Ramez. Parecer nº , de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos. *in* MACHADO, Rubens Approbato (coord.) - **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: doutrina e prática. Lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **A lei falimentar e o direito do trabalho.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=29440> Acesso em: 05 mar. 2010.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; e ABRÃO, Carlos Henrique. (coord.) - **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein.** In SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional.** 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAISBERG, Ivo. **Justiça do Trabalho e Recuperação Judicial.** In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 10. n. 37. jul-set/2007.

_____. **Da não sucessão pelo adquirente por dívidas trabalhistas e tributárias na aquisição de unidades produtivas isoladas perante a Lei 11.101/2005.** In Revista de Direito Empresarial e Recuperacional. Ano I. n. 0. jan-mar/2010.

WALDRAF, Célio Horst. **O fim da sucessão tributária e trabalhista no projeto da nova lei de falência.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/161>
[Acesso em 07/09/2010.](http://jusvi.com/artigos/161)