

UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF.

Veronica Lagassi

**LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA LEI DE FALÊNCIA
E RECUPERAÇÃO.**

Dissertação de Mestrado

Área de Concentração
Direito, Estado e Cidadania.

RIO DE JANEIRO
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BIBLIOTECA/UGF

A autora, abaixo assinada, autoriza as Bibliotecas da Universidade Gama Filho a reproduzir este trabalho para fins acadêmicos, de acordo com as determinações da legislação sobre direito autoral, nos seguintes formatos

Autorizado Fotocópia Meio digital
Não autorizado Fotocópia Meio digital

Assinatura da autora _____.

Atendendo Portaria 13/2006 da CAPES

A autora, abaixo assinada, autoriza a divulgação no site da CAPES.

(x) Autorizado Não autorizado

Não sendo autorizado, justifique.

JUSTIFICATIVA:

Assinatura da autora: _____.

RESUMO.

LAGASSI, Verônica. Limitação do Crédito Trabalhista na Lei de Falência e Recuperação. 2009. Artigo. (Pós-graduação Stricto-sensu em Direito). Universidade Gama Filho – Candelária, Rio de Janeiro.

Entrou em vigor, em 09 de fevereiro de 2005, a Lei nº 11.101, que versa essencialmente sobre a falência e recuperação de empresas. O advento da nova lei, no entanto, foi motivo de esperança para alguns e decepção inicial para outros. Pois, se por um lado, ela substituiu o já fracassado instituto jurídico da concordata por um novo instituto denominado de recuperação que, além de mais abrangente, também pode ser judicial ou extrajudicial – fato esse que causa esperança para todos aqueles que se encontram iminentemente sujeitos a se submeterem a um processo de cunho falimentar -- por outro lado, a supracitada lei, inicialmente, também causou decepção para aqueles que diferentemente dos primeiros aguardavam maior celeridade no recebimento de seus créditos. Logo, o desconforto para o Estado brasileiro proveniente do antagonismo existente entre as figuras de empregador e empregado não foi por meio desta lei atenuado.

Isto porque, no tocante aos créditos trabalhistas a referida lei divide a opinião da doutrina no sentido de ser ou não benéfica ao trabalhador e, por conseguinte, torna dúbia a constitucionalidade de alguns artigos que versam sobre o tema nessa lei. Assim, para parte da doutrina, representada por Ivani Martins Ferreira Giuliani¹, Ricardo Maciel dos Santos² entre outros, essa lei é inconstitucional e configura-se como um verdadeiro retrocesso que é precipuamente constatável pelo que dispõe o seu art. 49 que submete os créditos dessa natureza ao novo instituto da recuperação judicial, submissão essa que não ocorria na concordata, posto que essa última se adstringia aos créditos quirografários. Ou seja, restringia-se aos créditos sem garantia. Mas, esse somente seria o ensaio do que realmente viria a ser entendido como disposição em prejuízo do trabalhador nessa nova lei, pois, o

¹ GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. *Inconstitucionalidades da Lei de Recuperação de Empresas e da Lei Complementar n. 118, de 2005*. São Paulo: Revista LTr, v. 70, n.05, p. 585- 589, 2006.

² SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 439 à 456.

maior problema para o trabalhador apontado por essa parte da doutrina foi na realidade o que vieram a dispor os artigos 83, inciso I, e o parágrafo único do artigo 54 da aludida lei. O primeiro artigo, pelo fato de limitar os créditos trabalhistas, ao valor correspondente ao máximo de 150 salários mínimos, de forma a serem recebidos como créditos preferenciais. Já o segundo, pelo fato de dispor que o plano de recuperação judicial apesar de não poder estipular prazo superior a 30 dias para proceder ao pagamento dos trabalhadores, também os restringe ao limite de 05 salários mínimos por obreiro, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação. Disposições estas que, ressalte-se, representariam pelo menos de início uma afronta aos princípios da igualdade, do não retrocesso social e de dignidade da pessoa humana, esse último que é princípio macro do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, causa geradora para alguns, de inconstitucionalidade em larga escala. Posto que, nos casos apontados, independentemente dos supracitados dispositivos legais buscarem apenas atingir os trabalhadores do mais alto escalão hierárquico da empresa, ainda assim, são trabalhadores. Além disso, o trabalhador que possui crédito acima dos 150 salários mínimos para recebê-lo em um processo falimentar é porque, no mínimo, representa o alto escalão hierárquico da empresa. Conseqüentemente, esse trabalhador também possui qualificação e padrão de vida superior aos demais, o que lhe causará maior dificuldade de custeio de suas despesas e de se inserir novamente no mercado de trabalho. Logo, a limitação do crédito trabalhista, até mesmo para esse tipo de trabalhador, será sem dúvida prejudicial.

Nesse sentido, esse tratamento dispensado pela nova lei somente aos trabalhadores de maior renda da empresa, por não ser igualitário, fere ao *caput* do art. 5º da CRFB/88 que expressamente dispõe sobre o direito à igualdade, inclusive de condições de trabalho. A essa situação atribui-se o fato de que a nova lei terminou por dividir o trabalhador em duas classes distintas, quais sejam: a classe de trabalhadores com créditos inferiores à 150 salários mínimos e a classe de trabalhadores com créditos superiores aos 150 salários mínimos. Logo, a Lei n.11.101/05 pecaria ao dispor sobre a limitação do crédito a ser recebido por uma classe de trabalhadores que ela própria cria, ou seja, a classe daqueles que possuem créditos superiores à 150 salários mínimos. Assim sendo, a Lei n. 11.101/05 em última análise termina por estabelecer a desigualdade de condições entre trabalhadores de uma mesma empresa para recebimento de seu crédito atrasado apesar de identicamente o almejarem.

Também foi objeto de crítica o fato de que as disposições legais previstas na nova lei de falências por esse trabalho apontadas representarem lesão direta a disposição constitucional

descrita no art. 7º, inciso IV, da CRFB/88. Lesão essa, que adviria justamente do fato de que para limitar o privilégio de preferência do crédito trabalhista essa lei fez menção ao salário mínimo o que, conseqüentemente, elidiria com a parte final do inciso IV, desse artigo que veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Todavia, o conflito com esse dispositivo constitucional não é mais passível de discussão, haja vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal presente no Informativo n. 548, do STF que entendeu sob esse prisma pela constitucionalidade do art. 83, inciso I, da nova lei de falência e recuperação. Assim, diante dessa decisão recente da mais alta corte de nosso país o presente trabalho irá também ponderar os fatores que induziram os Ministros do Supremo a essa decisão para então, somente ao final, tentar obter uma única conclusão no tocante à constitucionalidade dos artigos 49; parágrafo único do artigo 54; e, 83, inciso I, da aludida lei defendida pela outra parte da doutrina, conforme informa João Glicério de Oliveira Filho³. Nesse sentido, o trabalho se prestará a analisar as discussões, emendas e os motivos que levaram o legislador pátrio a elaboração do texto dos dispositivos supracitados tal qual foram aprovados quando da criação do projeto de Lei n. 4376/93 que daria nascimento à Lei n. 11101/05.

Palavras-chave: restrição, inconstitucional e lei de falência e recuperação.

³ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Limitação dos Créditos Trabalhistas na Nova Lei de Falências e o Princípio da Isonomia*. Artigo disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf>, retirado em 03.01.2010.

Abstract

It was enforced on February 09th, 2005, the Law Num. 11,101, which deals primarily on the bankruptcy and reorganization of the companies. The advent of the new law, however, was the reason of hope for some and disappointment to others. Since, if on the one hand, it replaces the body of law of the composition that had already failed for a new institute called recovery that, besides being more comprehensive may also be legal or extra - a fact that brings hope for those who are imminently subject to undergo a process of bankruptcy stamp - on the other hand, the aforementioned law, initially, also caused disappointment for those who unlike the first ones mentioned were waiting a speed up on receiving their claims. Therefore, the discomfort from the Brazilian State coming from the antagonism between the figures of employer and employee was not through this law mitigated.

This is because, with respect to labor claims this law divides the opinion of the doctrine in the sense of being beneficial to the employee and, therefore, makes dubious the constitutionality of some articles that focus on the subject of this law. So, for part of the doctrine represented by IVAN MARTINS FERREIRA GIULIANI, RICARDO MACIEL DOS SANTOS among others, this law is unconstitutional and appears as a real set-back, which can be noticed according to the article 49 of the law that submits such claims to the new institute of recuperation, this submission did not occur in bankruptcy since the latter is squeezed to unsecured claims. That is, it was restricted to the claims of unsecured creditors. But, it would only be the test of what would actually be understood as a provision to the detriment of the employee according to the New Law, since, the biggest problem for the worker mentioned by that part of the doctrine was, in fact, what came to conclude the articles 83, item I, and the unique paragraph of the article 54 concerning the aforementioned law. The first article, for the fact that it limits labor credits to the value that corresponds to a maximum of 150 minimum wages, to be received as preferential credits. The second, for the fact that it displays the plan of recuperation although it can't stipulate a superior installment of 30 days for the payment of the workers, it also limits to a maximum of 05 minimum wages per worker, the claims of salary nature due in the three months preceding the request for recovery. Such provisions, however, would represent, at least initially, an affront to the principles of non-regression of social and human dignity, the latter being the macro principle of Brazilian Law

and therefore the responsible cause for some of unconstitutionality large scale. Once, on the previously mentioned cases, regardless the above legal provisions seeking only to reach the workers of the highest hierarchical level of the company, even though they are still workers. In addition, the workers who have credit above 150 times the minimum wage to receive in a bankruptcy process is because he is, at least, part of the top hierarchy of the company. Consequently, this kind of worker also has qualification and standard of living superior to the others, which will cause him greater difficulty in funding his expenses in going back to the labor market. Therefore, the limitation of the labor credit, even for that type of worker, will be undoubtedly prejudicial.

Thus, this treatment given by New Law only to workers with higher income in the company, for not being equal, it hurts the chapeau (caput) of the 5^o article of the CRFB/88, which expressly provides the Right to Equality, including in working conditions. To this situation is attributed the fact that the New Law ended up dividing the workers into two distinct classes, being: the class of workers with claims below the 150 minimum wages and the working class with claims higher than 150 minimum wages. Therefore, the law number 11.101/05 would not be correct on limiting the credit to be received by a working class that is created by itself, that is, the class of those who have claims above the 150 minimum wages. Thus, the law number 11.101/05, in an ultimate analysis, ends up establishing inequality of conditions between workers of the same company when talking about receiving their credit later despite the identical crave.

It was also the object of criticism the fact that the laws provided by the New Bankruptcy Law by this academic work represent direct injury to the constitutional disposition described in the article 7^o, IV of the CRFB/88.

This injury would be originated precisely from the fact that to limit the privilege of preference of the credit labor, this law mentioned the minimum wage which, as a consequence, overturned the final part of section IV of this article that expressly prohibits the linking with the minimum wage to any purpose. However, the conflict with this constitutional device is no longer open for discussion, considering the recent decision of the Supreme Court that is present in the Newsletter number 548 from the Supreme Court, it understood for the constitutionality of article 83, I, of the New Bankruptcy Law and Recuperation. So, considering this recent decision of the highest court of our country, this academic study will also consider the factors that led the Ministers of the Supreme to that decision and then, only in the end, attempt to obtain a single conclusion regarding the constitutionality of the articles 49, unique paragraph of the article 54, and article 83, I, of the aforementioned law advocated by the

other part of the doctrine, as we can see in João Glicério de Oliveira Filho. In this sense, our job will be to analyze the discussions, amendments and the reasons that took the native legislator to the preparation of the text of the previously mentioned devices, as they were approved at the moment of the creation of the project of Law number 4.376/93 that would be the first step to the creation of the Law number 11.101/05.

Keywords: restriction, unconstitutional and bankruptcy and recuperation law.

ÍNDICE.

I- INTRODUÇÃO.....	10
II- ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO CRÉDITO TRABALHISTA.....	12
III- EMPRESA: Definição do principal responsável pelo surgimento do crédito trabalhista.....	16
IV- BREVE HISTÓRICO DO CRÉDITO TRABALHISTA NA LEI FALIMENTAR.....	20
V- A ANTIGA LEI DE FALÊNCIA E CONCORDATA X A ATUAL LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO.....	30
5.1- A CONCORDATA.....	32
5.1.1- Espécies de Concordata.....	34
5.1.2- Cumprimento da Concordata.....	34
5.1.3- Principal Problema da Concordata.....	35
5.2- A RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E SUA DIFERENCIAÇÃO DA CONCORDATA.....	35
5.3- A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIAME DE DIFERENCIAÇÃO...38	
VI- LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA FALÊNCIA	47
6.1- A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49 DA LEI N. 11.101/05.....	50
6.2- A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 54, § ÚNICO E 83, I, DA LEI N. 11.101/05.....	61
VII- CONCLUSÃO.....	72
VIII- REFERÊNCIAS.....	75

I-INTRODUÇÃO.

O presente trabalho busca investigar a questão da constitucionalidade ou não de alguns dispositivos da Lei n. 11.101, comumente conhecida como a “Nova Lei de Falências e Recuperação”, que entrou em vigor em 09 de fevereiro de 2005.

Os referidos artigos, que são o art. 49; o parágrafo único do art. 54; e o art. 83, inciso I, todos da Lei n. 11.101/05, regulam de modo geral a submissão e a limitação dos créditos trabalhistas quando da ocorrência da decretação de falência ou do pedido de recuperação.

Inicialmente procurar-se-á comparar os supracitados dispositivos vigentes com as disposições previstas sobre o mesmo tema na lei anterior, qual seja o Decreto-Lei n.7661/45. Mas, para isso, serão preliminarmente introduzidos os conceitos do que seja crédito trabalhista, sua origem e natureza. Será feita também, uma análise dos fins sociais, princípios e do próprio conceito de empresa.

A partir daí, ingressaremos em questões sobre o tema consideradas controversas na antiga lei e que foram posteriormente pacificadas pela jurisprudência para, finalmente, tratarmos das disposições legais em vigor.

E será justamente nesse último ponto do trabalho que tentaremos analisar a constitucionalidade ou não da submissão e limitação dos créditos trabalhistas, conforme a previsão legal dos artigos 49, parágrafo único do art 54 e art. 83, inciso I, da nova lei de falências e recuperação.

Essa análise não só terá por base a interpretação teleológica dos motivos que levaram o legislador a aprovar o texto legal dos dispositivos acima citados, como também se baseará na seleção para aplicação de alguns dos princípios incidentes entre os presentes no

ordenamento jurídico pátrio de modo a solucionar eventuais antinomias falaciosamente existentes entre esses princípios.

Cumprе ressaltar que esse último ponto pelo trabalho abordado também fará uma ressalva ao equívoco apontado por alguns doutrinadores que defendem e fundamentam a inconstitucionalidade da nova lei de falências e recuperação no tocante as disposições que submetem e limitam o recebimento dos créditos trabalhistas por meio da evocação de princípios que julgam ser específicos do Direito do Trabalho, mas que na realidade não são.

II- ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO CRÉDITO TRABALHISTA.

Por crédito trabalhista entende-se toda remuneração proveniente de uma relação de trabalho em sentido lato.

A definição feita acima se justifica no fato de a doutrina ter por praxe fazer a diferenciação entre relação de emprego e relação de trabalho, cujo fim precípua seria o de caracterizar, ou não, a existência de vínculo empregatício.

Sabemos que tanto na relação de emprego, quanto na relação de trabalho, existem dois sujeitos, que são contratante e contratado. O primeiro exige do segundo uma obrigação e em troca lhe paga um salário previamente pactuado.

Por relação de emprego compreende-se toda aquela, na qual o contratado, para cumprir a obrigação convencionada age sob subordinação, com habitualidade, pessoalidade e mediante remuneração, nos termos do artigo 3º da CLT. Ou seja, para estar caracterizada a relação de emprego necessária se faz a existência simultânea desses quatro requisitos, quais sejam: subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade.

Já a relação de trabalho seria aquela em que estivesse ausente pelo menos um dos requisitos que caracterizam a relação de emprego. Donde se conclui que a relação de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego seria espécie.

No entanto, essa diferença doutrinária não produz qualquer efeito de cunho prático quando o tema tratado é o crédito trabalhista, isso porque, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, toda e qualquer relação de trabalho passou a ser de competência da Justiça do Trabalho e conseqüentemente, as verbas por aquela pleiteadas ganharam o status de “crédito trabalhista” ainda que regidas pelo Código Civil brasileiro ou qualquer outra lei que não a CLT.

Um grande exemplo disso foi o julgamento do Recurso de Revista de n. 186/2006-601-04-40.9⁴ pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho do qual foi relator o Ministro João Oreste Dalazen, que, de forma magistral, elucida quaisquer dúvidas que possam pairar sobre esse tema, conforme passar-se-á a transcrever:

“(...) entendo que, em essência, a EC n. 45/2004, ao emprestar nova redação ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal, convolou a Justiça do Trabalho no juízo natural para o qual devem convergir todos os conflitos decorrentes do trabalho pessoal prestado a outrem, subordinado ou não. **(grifo nosso)**

Por fundamentos jurídicos, sociológicos e econômicos penso que a locução – relação de trabalho- no texto constitucional não se cinge à –relação de emprego-, data vênia.”(grifo nosso)

Mais adiante, nesse mesmo voto, o Ministro Dalazen fundamenta seu entendimento de ampliação da competência da Justiça do Trabalho por meio de um trabalho preparatório do processo legislativo que redundou na EC n.45/2004. Senão vejamos:

“(...).Rememore-se que, na Comissão Especial da PEC n. 96/1992 da Câmara dos Deputados, votou-se e aprovou-se parecer da Relatora, Dep. Zulaiê Cobra, em que, coerentemente preservava-se o sistema originário do art. 114 da CF/88. Com efeito. Na proposta do que seria o atual art. 115, inciso I, reportava-se explicitamente a dissídio de relação de emprego, e, em outro inciso (VIII), repisava-se a diretriz de que a lei poderia alargar a competência da Justiça do Trabalho para outras controvérsias da relação de trabalho.

Sucede, todavia, que em Plenário, a Câmara dos Deputados aprovou destaque para substituir a locução –relação de emprego- (DO INCISO I) por –relação de trabalho- E o Senado Federal manteve a locução –relação de trabalho-“.

Nesse sentido, o Ministro conclui:

“(....). Houve, sim, deliberada vontade do Congresso Nacional, expressa em sucessivos momentos, de alargar os horizontes da atuação da Justiça do Trabalho”. **(grifo nosso)**

⁴ Data de Publicação: DEJT 19/10/2009.

Além disso, o Ministro Dalazen justifica o seu entendimento de ampliação da competência da Justiça do Trabalho por meio de mais dois fundamentos que menciona nesse mesmo relatório, a saber:

“(…) O segundo fundamento pelo qual sustento que –relação de trabalho- do inciso I não é sinônimo de relação de emprego está em que, diferentemente da redação anterior do art. 114, a atual não repisa a referência a dissídio de trabalhadores e empregadores. O silêncio eloqüente acerca dos sujeitos em que se pode configurar um dissídio advindo da relação de trabalho também sinaliza, iniludivelmente, que se objetivou mesmo a expansão dos domínios da Justiça do Trabalho, de maneira a inscrever em sua esfera muitos outros litígios derivantes de relação de trabalho, em sentido lato, em que não haja vínculo empregatício. (grifo nosso)

O terceiro fundamento jurídico reside precisamente no conceito mais amplo da locução –RELAÇÃO DE TRABALHO-.

Sabemos que essa locução é de natureza polissêmica: em sentido estrito, designa a relação de emprego, espécie do gênero –relação de trabalho-; mas em sentido amplo designa também as múltiplas relações jurídicas cujo objeto seja o trabalho humano autônomo. Como se recorda, o vocábulo “relação”, do ponto de vista filosófico, indica “o modo de ser ou de comportar-se dos objetos entre si”. No tocante ao trabalho humano, seja subordinado, seja autônomo, acha-se ele “relacionado” de diferentes modos, visto que notoriamente pode ser objeto de distintas relações jurídicas, a exemplo não apenas do contrato de emprego mas, do contrato de empreitada, do contrato de prestação de serviços, do contrato de parceria, do contrato de representação mercantil, etc. Por isso, no plano do Direito Privado, reportam-se alguns doutrinadores a tais contratos denominando-os genericamente “contratos de atividade”. Não há por que, assim, data vênua, para efeito de determinação da competência material da Justiça do Trabalho, abraçar-se visão reducionista de que a locução relação jurídica de trabalho é utilizada como sinônima de relação jurídica de emprego.

Convenci-me de que a norma constitucional em foco, ao estatuir que incumbirá à Justiça do Trabalho equacionar dissídio oriundo da –relação de trabalho- (art. 114, inciso I), confiou-lhe, além dos conflitos trabalhistas emergentes de uma relação de emprego, espécie do gênero relação de trabalho, também toda lide advinda dos contratos de atividade em geral, contanto que se cuide de prestação pessoal de serviço a outrem. Daí emerge

que igualmente pode recair na órbita da Justiça do trabalho a lide decorrente do labor prestado “sem subordinação”, objeto de uma relação de trabalho em sentido amplo, quer haja sido formalizada, quer não.

(...)”

Esse entendimento sufragado pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho representa a corrente majoritária em nossos tribunais.

Ademais, convém observar que atualmente o crédito trabalhista tem natureza jurídica de “verba de caráter alimentar”, conforme dispõe o artigo 100, § 1º-A, da CRFB/88, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n.30, de 13 de setembro de 2000. Daí então, ratificando-se o privilégio do crédito laboral existente por força da alteração feita em 1935 na antiga lei de falência, conforme explicar-se-á mais adiante.

Todavia, no tocante ao desenvolvimento desse trabalho o que realmente importa é ser o crédito trabalhista fruto de uma relação de emprego, na qual o contratante é denominado empregador e o contratado, simplesmente, de trabalhador ou empregado.

Nesse sentido, é importante observar que a principal figura inserida no conceito de empregador é a “empresa”, conforme se conclui do disposto no artigo 2º da CLT. Será a empresa, na grande maioria dos casos, a responsável em nosso ordenamento jurídico pelo surgimento do crédito trabalhista.

A partir daí surge um problema que seria o de conceituar “empresa”, cuja formulação de conceito mais esclarecedora apontada pela doutrina foi proposta por Alberto Asquini, assunto a ser tratado no capítulo seguinte.

III - EMPRESA: Definição do principal responsável pelo surgimento do crédito trabalhista.

Conforme apontado no capítulo anterior, a principal figura inserida no conceito de empregador seria a empresa e a partir daí surge o problema de como conceituá-la.

Em um artigo publicado no ano de 1943, foi proposta por Alberto Asquini⁵ uma teoria do que seria “empresa” que foi considerada a mais esclarecedora pela maioria da doutrina, na qual encontramos autores como: Fábio Ulhôa Coelho, Mônica Gusmão, Amaury Campinho, Sérgio Campinho, Abrão Nelson entre outros. Foi por meio do estudo dessa teoria de Asquini, que consolidou-se o entendimento doutrinário e atual em nosso país de que a empresa seria o exercício de uma atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, nos termos do artigo 966 do Código Civil Brasileiro a contrário-senso.

Fábio Ulhôa⁶ explica que a “Teoria da empresa” surge na Itália, no ano de 1942, como um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares, cujo fim seria o alargamento do âmbito de incidência do Direito Comercial, o qual passaria a também abranger atividades de prestação de serviços e as ligadas à terra.

O supracitado autor também chama a atenção para o fato de que a teoria da empresa foi criada num momento em que o mundo estava em guerra, e que, justamente a Itália, seu país de criação, era governada por um ditador fascista, Benito Mussolini.

Sua ressalva ocorre justamente para dizer que a empresa, tal como foi concebida por Asquini, ou seja, no ideário fascista, representava uma organização na qual se harmonizavam as classes em conflito, quais sejam: empregado e empregador. Daí redundo o perfil corporativo como sendo um dos perfis da empresa apresentados por Asquini.

⁵ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa, in *Rivista Del Diritto Commerciale*. 1943, p. 5. Citado por ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 30.

⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004. P 08.

É importante salientar a simpatia nutrida por nosso legislador pátrio no tocante ao ideário do Estado fascista, que era de um modo geral corporativista. Nesse sentido, não só destacamos sua influência no campo do Direito Empresarial através da importação da “teoria da empresa” como também ela está presente em relação às leis do trabalho, o que foi objeto de análise, inclusive na obra de Arion Sayão Romita intitulada “O fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro⁷”. Na referida obra, o autor explica que o Direito Corporativo seria constituído pelo conjunto de normas que regulam as relações entre os fatores da vida econômica e especialmente entre os fatores da produção, inspirado no princípio de solidariedade nacional. Donde se conclui que efetivamente ele teria que incidir tanto no Direito Empresarial quanto no Direito do Trabalho, já que ambos estão diretamente ligados à Política Econômica de um determinado país.

Assim, a sistemática dessa teoria não se adstringiu ao Estado Fascista representado por Mussolini, mas que também influenciou a maioria dos países de tradição jurídica romana, entre os quais o Brasil ainda que tardiamente em comparação aos demais países.

Esse sucesso da teoria da empresa está atribuído ao fato de que ela representou um grande avanço para o Direito Comercial ao ampliar sua esfera de atuação.

No Brasil, antes da legislação vir a ser influenciada pela teoria da empresa que se consolidou no CCB/02, o que vigorava era a teoria dos atos de comércio. Essa última, regida pelo Código Comercial de 1850 e pelo regulamento n.737 de mesmo ano, era bem mais restrita visto que abarcava apenas algumas atividades econômicas denominadas de mercancia, tais como: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou no varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos; d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armação e expedição de navios.

Posteriormente, com a adoção pelo Brasil da teoria da empresa, essa gama de atividades econômicas foi ampliada, passando a abranger as atividades de prestação de serviços, negociação de imóveis e atividades rurais.

A essência dessa teoria se consubstanciava no fato de que para Asquini⁸ o termo empresa era polissêmico, já que comportava mais de um significado. Assim, Asquini parte de uma

⁷ ROMITA, Arion Sayão. *O Fascismo no Direito do Trabalho: influência da Carta Del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 19.

⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa, in *Rivista Del Diritto Commerciale*. 1943, p. 5. Citado por ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 30

idéia de que “empresa seria o exercício profissional de uma atividade econômica organizada para fins de produção ou de troca” e sustenta que ela deve ser encarada sob quatro perfis, a saber: o subjetivo, o funcional, o patrimonial e o corporativo.

Por meio do perfil subjetivo, a empresa não se confunde com a pessoa de seu exercente, ou seja, ela não se confunde com a figura do empresário que também possuía conceito determinado pelo artigo 2082 do Código Civil italiano, como sendo aquele que exercita, portanto, o sujeito da atividade empreendedora ou empresária.

Cumprido destacar que atualmente, na legislação pátria, o conceito de empresário foi adotado exatamente nesse sentido, conforme dispõe o *caput* do artigo 966 do Código Civil de 2002. Trata-se, portanto, de cópia fiel do disposto no artigo 2082 do Código Civil italiano.

Assim, a atuação do sujeito sobre os fatores econômicos, quais sejam capital e trabalho, de maneira organizada, revela o perfil subjetivo da empresa.

Já o perfil funcional sustentado por Asquini associa a empresa com a própria atividade empreendedora dirigida a um fim produtivo. Entendimento esse, bastante atual para os dias de hoje, já que a Constituição Brasileira de 1988 elenca como um de seus primados a função social da propriedade. Tema que trataremos adiante por ser de suma importância para o desenvolvimento desse trabalho.

E o perfil objetivo ou patrimonial da empresa advém de seu caráter negociável, ou seja, a visualização da empresa como patrimônio negocial.

Finalmente, o quarto perfil proposto por Asquini - um dos mais importantes para este estudo além do perfil funcional - é o corporativo no qual a empresa é uma organização especial de pessoas formada pelo empresário e seus colaboradores. Segundo esse perfil, o trabalho é sujeito, e não mero objeto da economia. Assim, os prestadores do trabalho seriam de certa forma associados do empresário, o que foi reconhecido por inúmeros ordenamentos jurídicos entre os quais o nosso, haja vista a grande influência exercida pela Carta Del Lavoro sobre o Direito do Trabalho brasileiro.

Assim, é possível que as leis falimentares posteriores à teoria da empresa tenham passado a privilegiar de forma especial o crédito dos trabalhadores com base no perfil corporativista da empresa, renunciando o entendimento futuro de que o crédito trabalhista

seria caracterizado como verba de cunho alimentar tomando-se por base esse perfil ou caráter corporativo.

Ademais, é importante observar que a Lei n. 11.101/05, em seu artigo 50, seguiu exatamente os contornos emprestados pela Teoria da Empresa de Asquini ao Direito Empresarial Brasileiro por meio do disposto no art. 966 do Código Civil de que a empresa não se confunde com o empresário ou a sociedade empresária.

IV – BREVE HISTÓRICO DO CRÉDITO TRABALHISTA NA LEI FALIMENTAR.

A primeira previsão legal que se tem notícia no Brasil em relação ao privilégio dos créditos trabalhistas na falência remonta do artigo 4º da lei n. 62, de 05 de junho de 1935, aplicável a industriários e comerciários⁹.

Já Marcelo Antônio de O. A. de Moura e Luiz Marcelo Figueiras de Góis¹⁰ nos informam que a redação original do art. 449, parágrafo 1º, da CLT, determinava que os salários constituíam créditos privilegiados, mas não suas indenizações que eram limitadas a um terço.

Em 1960, com a edição da Lei n. 3.726/60, a totalidade das indenizações trabalhistas foi elevada à escala preferencial, sem qualquer distinção quanto a valor. Embora o Decreto-Lei n. 192/67 tenha restabelecido o critério do “um terço” quanto às indenizações, a Lei n. 6.449/77 novamente equiparou a integralidade das indenizações trabalhistas aos salários na escala de preferência, prevalecendo este sistema até os dias atuais.

No entanto, o direito do trabalhador brasileiro a esse privilégio somente se consolidou no bojo do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945 e, assim mesmo, depois de 15 anos de vigência do referido Decreto-Lei mediante a alteração sofrida no *caput* do art. 102 por meio da Lei n. 3.726, de 11 de fevereiro de 1969, perdurando, portanto, quase a totalidade dos seis decênios de vigência do referido decreto-lei até a sua revogação no ano de 2005 pela Lei n. 11.101 que manteve em seu texto a previsão desse privilégio.

O artigo 102 dispunha:

“art. 102- Ressalvada, a partir de 2 de janeiro de 1958, a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, sobre cuja legitimidade não haja dúvida, ou quando houver, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho, e, depois deles, a

⁹ FERRARI. Irany; NASCIMENTO. Amauri Mascaro; MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2002, p. 170.

¹⁰ MOURA, Marcelo Antônio de O. A. de. GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *Os Efeitos da Falência nas Relações Materiais e Processuais de Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2006, vol. 70, n.11, p. 1328.

preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa (art. 124), a classificação dos créditos, na falência, obedece à seguinte ordem:

I- créditos com direitos reais de garantias;

II- créditos com privilégio especial sobre determinados bens;

III- créditos com privilégio geral;

IV- créditos Quirografários.

§ 1º- Preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente de trabalho e os outros que, por lei especial, gozarem essa prioridade.

§ 2º- Têm privilégio especial:

I- os créditos a que o atribuírem as leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

II- os créditos por aluguel de prédio locado ao falido para seu estabelecimento comercial ou industrial, sobre o mobiliário respectivo;

III- os créditos a cujos titulares a lei confere o direito de retenção, sobre a coisa retida; o credor goza, ainda, do direito de retenção sobre os bens móveis que se acharem em seu poder por consentimento do devedor, embora não esteja vencida a dívida, sempre que haja conexão entre esta e a coisa retida, presumindo-se que tal conexão entre comerciantes resulta de suas relações de negócios.

§ 3º- Têm privilégio geral:

I- os créditos a que o atribuírem as leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

II- os créditos dos Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões, pelas contribuições que o falido dever.

§ 4º- São quirografários os créditos que, por esta lei ou por lei especial, não entram nas classes I, II e III deste artigo e os saldos dos créditos não cobertos pelo produto dos bens vinculados ao seu pagamento.”

Desse artigo podemos retirar a conclusão de que na legislação falimentar revogada, o crédito trabalhista era o prioritário, não possuía qualquer limitação e prevalecia, inclusive, sobre o crédito fiscal, diferentemente do que ocorre na atual lei de falência e recuperação.

Nesse sentido, Amaury Campinho¹¹ explica que “em relação aos créditos trabalhistas, os salários devidos aos empregados são pagos na sua totalidade, bem como as indenizações trabalhistas (art. 449,§ 1º, da CLT)”. Ou seja, na legislação antiga não havia qualquer limitação quanto ao montante devido a cada trabalhador do falido, mas desde que sobre sua legitimidade não pairasse qualquer dúvida.

Já Fábio Ulhôa Coelho¹² sustenta que os créditos trabalhistas compreendem toda sorte de pagamentos devidos pelo empresário aos seus empregados, tornando-se irrelevante qualquer distinção que se lhes faça para os fins de direito do trabalho.

Assim, na legislação anterior, o crédito trabalhista gozava de um tratamento especial, pois era considerado crédito de pagamento prioritário em relação aos demais créditos que gozassem de caráter privilegiado, entre os quais se incluía o crédito fiscal.

No entanto, há que se ressaltar que para gozar dessa prioridade, o crédito proveniente da relação de trabalho teria que observar um procedimento prévio, pois conforme dispunha o *caput* do artigo 102 do Decreto-Lei n. 7.661/45, somente gozavam de tal privilégio os créditos de origem trabalhista sobre cuja legitimidade não pairasse qualquer dúvida.

Registrou-se divergência na doutrina e na jurisprudência laboral com relação à competência para declarar e executar o crédito trabalhista em que a massa falida figurasse no polo passivo, uma vez que não havia entendimento unânime por parte da doutrina acerca dessa competência. Essa divergência se manifestava principalmente na jurisprudência da Justiça do Trabalho entre aqueles que defendiam que ela também seria competente para executar tal crédito e não apenas declará-lo; e, aqueles que entendiam que o trabalhador somente poderia acionar a massa falida perante a Justiça do Trabalho para declarar, ou não, a legitimidade de seu crédito, porém tão logo alcançado esse fim, ele deveria habilitá-lo no quadro geral de credores em observância expressa ao princípio da indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar, que avoca para esse a competência para julgar todas as questões que envolvam a execução de crédito contra a massa falida. Com base nesse princípio todos que tiverem crédito a reclamar na falência teriam que se habilitar no mesmo juízo, alegando e provando seus direitos.

¹¹ CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*. 8.ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89.

¹² COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed., SP: Saraiva, 2004. Quarta Parte - Capítulo 28, p.371.

Na realidade, a universalidade do juízo falimentar é sucedâneo lógico do princípio da *pars conditio creditorum*, que garante a todos os credores do falido igualdade de condições para o recebimento de seu crédito, ressalvando-se, obviamente, que essa igualdade se dará em cada classe de credores que o referido crédito corresponder no quadro geral de credores, conforme disposto no artigo 102 do Decreto-Lei n. 7.661/45.

Assim, a falência nada mais seria do que a insolvência do devedor empresário que tem seu patrimônio submetido a um processo de execução coletiva, cujo fim seria o de tentar resguardar que todos os seus credores, ou pelo menos a maior parte deles, receba pelo menos, parte de seu crédito.

A par de toda essa discussão Carlos Henrique Bezerra Leite¹³ nos explica que ainda hoje não é pacífico o entendimento acerca da competência da Justiça do Trabalho quando a massa falida figura no pólo passivo. Explica ainda, o referido autor, que nesse sentido a doutrina acompanhada pela jurisprudência se divide em três correntes, a saber:

A primeira corrente ou corrente tradicional tem por afiliado o Ministro do TST Antônio José Levenhagem¹⁴. Por meio dessa corrente, parte da doutrina sustenta que a execução dos créditos trabalhistas sofre a *vis atractiva* do juízo falimentar ainda que a decretação de falência seja posterior ao início da execução no juízo trabalhista. Ilustra esse entendimento o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁵:

“Competência. Conflito Positivo. Juízo Falimentar e Justiça do Trabalho. Execução Trabalhista. Precedentes. Conflito Procedente. Decretada a falência, a execução dos julgados, mesmo os trabalhistas, terá início ou prosseguimento no juízo falimentar, ainda que já se tenha efetuado a penhora em data anterior”.

Já a segunda corrente, que teria também por representante um dos Ministros do TST, João Oreste Dalazen, defende que o art. 114 da CRFB/88 confere à Justiça do Trabalho a competência para executar as suas próprias decisões, excluindo, assim, o juízo universal de falência.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Ltr,2008, p.988.

¹⁴ TST – RR668259-DJU:29.06.2001.

¹⁵ STJ, Conflito de Competência n. 21.820 (98/0014665-2) ES. Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publ. D.J. 22.06.1998.

Para esta segunda corrente, pouco importa que a quebra tenha ocorrido antes ou depois dos atos de constrição dos bens do devedor, conforme se depreende os seguintes julgados:

“COMPETÊNCIA- FALÊNCIA- EXECUÇÃO. Compete à Justiça do Trabalho a execução da sentença prolatada contra a massa falida, seja anterior, seja posterior à declaração de quebra. Aplicação dos arts. 889 da CLT e 114 da Constituição Federal, que não cinde, no caso da competência, para restringi-la ao processo de cognição. Invocação também do princípio da máxima efetividade na interpretação de norma constitucional. Recurso parcialmente conhecido e provido¹⁶”. **(grifo nosso)**

“MASSA FALIDA- EXECUÇÃO TRABALHISTA- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A execução trabalhista não está submetida ao juízo universal da falência. A competência é da Justiça do Trabalho. Os fundamentos legais para esse entendimento são os seguintes: primeiro, o art. 114 da Constituição da República, ao estabelecer a competência da Justiça do Trabalho, não faz nenhuma ressalva quanto à falência, ao contrário, diz que essa competência abrange os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças; segundo, o art. 877, da CLT, dispõe de forma expressa a competência do juiz ou presidente do tribunal para a execução das decisões que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio; terceiro, o art. 24, §2º, inciso II, do Decreto-Lei n.7.661/45, diz que não estão submetidos ao juízo falimentar as ações e execuções dos credores por título não sujeitos a rateio, do que é exemplo os créditos de natureza trabalhista, por força do que diz o art. 186, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), que gozam de um superprivilégio. Por último, a Lei n. 6.830/80, por disposição expressa do art. 889, da CLT, tem aplicação no processo de execução trabalhista e o art. 29 dessa Lei, diz de modo claro que a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento¹⁷”. **(grifo nosso)**

Convém, no entanto, observar que com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04 o artigo 114 da Constituição Federal sofreu alteração em seu *caput* que teve parte de sua disposição suprimida e, portanto, revogada. Essa parte era justamente a que servia de fundamento legal para o reconhecimento exclusivo da competência da Justiça do Trabalho para executar suas próprias sentenças. É justamente esse o principal argumento dos julgados acima transcritos que são anteriores à Emenda Constitucional n. 45/04.

¹⁶ TST- RR 226331/1995 – 1ª T. – Rel. Min João Oreste Dalazen – DJU: 07.11.1997 – p. 57456.

¹⁷ TRT 8ª R. – AP 01237/2001 – 2ª T. – Rel. Juiz José Edílson Elizário Bentes – J. 01.06.2001.

E, finalmente, a terceira corrente é a mista, também chamada de eclética por parte da doutrina, pelo fato de se posicionar de acordo com o momento dos atos de constrição. Vale dizer que, se os bens do devedor forem penhorados antes da decretação da falência, não serão eles alcançáveis pelo juízo falimentar, por aplicação analógica da Súmula n. 44 do antigo TFR. Ao passo que, se os atos de constrição ocorrerem após a quebra, cessa a competência da Justiça do Trabalho, devendo o juiz do trabalho expedir certidão para habilitação do crédito trabalhista junto à massa falimentar, ou seja, perante o juízo falimentar.

Embora as três correntes sejam defensáveis, foi a mista ou eclética que se tornou majoritária por parte da doutrina, na medida em que se harmoniza com o princípio da isonomia entre os credores privilegiados da massa falida, permitindo que disputem os respectivos créditos em igualdade de condições perante o juízo universal falimentar, conforme se poderá depreender a partir dos seguintes julgados:

“MANDADO DE SEGURANÇA- EXECUÇÃO – FALÊNCIA DECRETADA ANTES DA PENHORA DE BENS DA EMPRESA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR. Quando a decretação da falência ocorre antes do início da execução, ou seja, antes da realização da penhora de bens da executada, esta hipótese não pode ser alcançada pela execução prevista no art. 24,§ 2º, inciso I, da Lei de Falências, caso em que se deve dar provimento ao feito somente até a liquidação da sentença, para, em seguida, remeter o processo de execução ao juízo falimentar. Recurso ordinário que se nega provimento¹⁸. **(grifo nosso)**

“EXECUÇÃO TRABALHISTA – MASSA FALIDA – COMPETÊNCIA. A jurisprudência majoritária fixa que os bens penhorados antes da decretação da falência não são alcançáveis pelo juízo falimentar, por aplicação analógica da súmula 44 do antigo TFR. No entanto, após a quebra, a execução da competência exclusiva e universal do juízo falimentar, atingindo, inclusive, a trabalhista, cessando a atuação deste juízo com a expedição de certidão de habilitação legal do crédito (art. 768, da CLT) junto à massa liquidanda. Tal procedimento assegura igualdade de tratamento entre os credores, inclusive dentre aqueles que possuem créditos privilegiados. Agravo de petição a que se nega provimento.¹⁹ **(grifo nosso)**

¹⁸ TST – ROMS 689879 – SBDI 2 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU: 01.06. 2001 – p. 481

¹⁹ TRT 3ª R. – AP 3838/98 – SE – Rel. Juiz Paulo Araújo – DJMG 14.09.1999 – p. 4.

Todavia, há que se destacar que com a entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, toda essa discussão acerca do juízo competente para execução de crédito trabalhista tornou-se obsoleta.

O artigo 6º, § 1º, da nova lei de falências determina que terá prosseguimento, no juízo no qual estiver se processando, a ação que demandar quantia ilíquida, sendo certo que o parágrafo 2º do mesmo artigo faculta ao interessado pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho.

Além disso, no tocante exclusivamente às demandas de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 6º, § 2º, da supracitada lei, serão processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito, o qual será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença.

Neste aspecto, Leite²⁰ esclarece que com o advento da nova lei de falências, facultou-se ao trabalhador optar entre propor sua ação diretamente perante o administrador judicial a fim de postular a habilitação, exclusão ou modificação dos seus créditos trabalhistas, ou, caso tenha optado por ajuizar ação trabalhista, esta tramitará na Justiça Especializada até a apuração do respectivo crédito, cujo valor deverá ser posteriormente habilitado perante o quadro geral de credores no juízo falimentar, conforme foi dito anteriormente.

Contudo, com a opinião de Leite não comungamos. Primeiramente, porque o art. 6º, § 2º da nova lei, a nosso ver, é uma exceção ao princípio da indivisibilidade do juízo falimentar, por meio do qual toda e qualquer demanda contra a massa falida é avocada para o juízo falimentar no qual tramita a falência ou ainda, no caso da lei atual a recuperação. Fato que se atribui a especificidade de apreciação, reconhecimento e apuração do crédito trabalhista à Justiça do Trabalho.

Já o segundo motivo, advém do fato de que o entendimento do supracitado autor gera antagonismo entre a disposição do art. 6º, § 2º da nova lei falimentar e a nova redação do art. 144 da CRFB/88, dada pela Emenda Constitucional n. 45/04. O referido parágrafo do art. 6º, com base no entendimento atacado disporia em sentido contrário ao da nova redação do artigo 114 da CRFB/88. E, tomando-se por base a interpretação lógico-sistemática da lei, é

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6ª Edição. São Paulo: Ltr,2008, p.992

sabido que uma lei infraconstitucional não pode excepcionar a Lei Constitucional por ser esta superior àquela.

Não poderia o trabalhador, em conseqüência, optar entre propor sua reclamação diretamente perante o juízo falimentar, por ser este incompetente, ante o que dispõe a nova redação do artigo 114 da CRFB/88, alterado por meio da EC n. 45/04 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar toda demanda que tenha origem em uma relação de trabalho.

A propósito do tema, cabe registrar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, divulgada no informativo n. 548, de maio de 2009, segundo a qual é de competência da Justiça do Trabalho a cognição do crédito, o qual depois de liquidado, torna-se objeto de execução perante a Justiça Comum. Transcreve-se a informação:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL: EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM²¹. Quanto à questão de fundo, salientou-se que, no âmbito infraconstitucional, o assunto seria atualmente disciplinado pelos parágrafos 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, os quais contemplados pelo art. 76, e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal (“art. 6º A decretação de 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. § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados de relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença....Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”). Observou-se que, tanto no regime anterior (Decreto-Lei n. 7.661/45, artigos 7º, § 2º e 3º, e 23) quanto no atual, o legislador ordinário teria adotado o entendimento no sentido de que, decretada a falência – e agora deferida a recuperação judicial -, a execução de todos os créditos, inclusive os de natureza trabalhista, deveria ser processada no juízo falimentar. Afirmou-se

²¹ RE 583955/RJ, Rel. Min Ricardo Lewandowski, 28.05.2009. (RE-583955)

que tais regras consagrariam o princípio da universalidade do juízo falimentar, que exerce uma *vis attractiva* sobre todas as ações de interesse da massa falida, caracterizando a sua individualidade. Explicou-se que, num processo falimentar, o patrimônio da empresa nem sempre corresponde ao montante de suas dívidas, razão por que a regra da individualidade na execução dos créditos poderia ensejar a obtenção de vantagem indevida por certos credores em prejuízo dos demais. Dessa forma, estaria afastada a regra da execução individual dos créditos, instaurando-se, em substituição, o concurso de credores, a permitir a concretização do princípio da *par condicio creditorum*, que garante tratamento isonômico a todos os credores de uma mesma categoria na percepção do que lhes é devido. Dessa maneira, instalar-se-ia, no processo de falência o denominado juízo universal, a atrair todas as ações aptas a afetar o patrimônio da empresa em processo de quebra ou recuperação judicial. Registrou-se que o juízo universal da falência atrairia apenas os créditos consolidados, estando excluídas, portanto, as ações que demandam quantia ilíquida, as trabalhistas e as de natureza fiscal, as quais terão prosseguimento nos juízos especializados (Lei n. 11.101/2005, art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º). Aduziu-se, também, que, de acordo com o art. 83, I e VI, c, da Lei n. 11.101/2005, os créditos de até 150 salários mínimos teriam tratamento preferencial, sendo transformados em quirografários os que superassem esse valor. Mencionou-se, ainda, o disposto no art. 54 do aludido diploma legal, segundo o qual, o plano de recuperação judicial, aprovado pelo juízo da falência, não poderia prever prazo superior a 1 ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho, anteriormente vencidos, e nem prazo superior a 30 dias para o pagamento, até o limite de 5 salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 meses anteriores ao pedido. Assim, a Lei n. 11.101/2005 teria se mantido fiel ao princípio da *par condicio creditorum* no tocante aos créditos trabalhistas, contemplados com a devida precedência sobre os demais, em decorrência de sua natureza alimentar. Por sua vez, a Justiça do Trabalho teria conservado a jurisdição cognitiva sobre tais créditos cuja execução, quando líquidos, ficariam a cargo da Justiça Comum, uma vez instaurado o processo falimentar. O novo diploma teria ampliado a possibilidade de os empregados receberem o que lhes é devido, ao inserir no ordenamento jurídico o instituto da recuperação judicial, o qual teria por escopo manter em atividade as empresas que estivessem passando por dificuldades de caráter conjuntural, tendo em conta a função social que exercem. Por fim, após afastar qualquer violação aos incisos I a IX do art. 114 da CF, esclareceu-se, quanto a esse último inciso, que ele teria apenas outorgado ao legislador ordinário a faculdade de

submeter à competência da Justiça do Trabalho outras controvérsias, além das taxativamente previstas nos incisos anteriores, desde que oriundas da relação de trabalho. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos de Brito, que davam provimento ao recurso. Precedentes citados: AI 584949 AgR/RJ (DJU de 8.8.2006) e AI 585407 AgR/RJ (DJU de 1º.12.2006).” **(grifo nosso)**

Outro entendimento que se manteve tal como ocorria na antiga lei de falência (art.24, § 3º c/c art. 130) foi a possibilidade do pedido de reserva de crédito feita pelo trabalhador à vara em que está em andamento o processo de falência por meio de ofício expedido pelo juízo da Justiça do Trabalho no qual tramita sua reclamação trabalhista, permanecendo, portanto, o juiz do trabalho competente para determinar a reserva da importância que estimar devida tanto na recuperação judicial quanto na falência ao trabalhador que ao seu juízo provoca, e, uma vez reconhecido líquido o direito, deverá ser o crédito incluído na classe própria, por força do que dispõe o § 3º do art. 6º da Lei n. 11.101/05.

Uma mudança trazida pela nova lei foi a presente no § 4º do art. 6º, que excepciona o caput, do art. 6º, ao determinar a suspensão do trâmite processual das demandas a serem propostas ou ainda já em curso contra o devedor empresário num prazo improrrogável de 180 dias, na hipótese de recuperação judicial que devem ser contados do deferimento de seu processamento. Após o decurso desse prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções é restabelecido, independentemente de decisão judicial.

A segunda mudança que a nova lei trouxe no que diz respeito ao crédito trabalhista foi o fato de que na lei anterior as demandas de cunho laboral não eram suspensas por força do que dispunha o § 2º, do art. 24 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Atualmente, no caso de recuperação judicial, por força do que dispõe o artigo 6º da Lei n. 11.101/05, as demandas de cunho laboral serão suspensas por período jamais superior a 180 dias.

V- A ANTIGA LEI DE FALÊNCIA E CONCORDATA X A ATUAL LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO.

Com o fim de tratar do instituto da recuperação, dever-se-á ter em mente o que vem a ser a falência bem como as diversas concepções que essa palavra possuiu até alcançar o significado atual na legislação pátria.

Etimologicamente a palavra “falência” advém do verbo falir, do latim *fallere*, que exprime a idéia de faltar com o prometido, equiparando-se ao verbo enganar. Significando, portanto, a falta do cumprimento daquilo que foi assumido.

Sob o ponto de vista técnico-jurídico, a palavra falência passou a expressar a impossibilidade de o devedor arcar com a satisfação de seus débitos, ante a impotência de seu patrimônio para a geração dos recursos e meios necessários aos pagamentos devidos, conforme explica Sérgio Campinho²².

No Brasil, esse instituto foi inicialmente regulado pelas Ordenações do Reino que, em vez da palavra falência, adotou a palavra “quebra” como seu sinônimo. Fato que se explica na tradição existente na época de os credores promoverem a quebra da banca do comerciante que não houvesse honrado seus compromissos, impossibilitando-o, portanto, de comerciar.

Em substituição às Ordenações do Reino, entrou em vigor o Código Comercial que, apesar de manter a utilização da palavra “quebra”, intitulando inclusive sua terceira parte com o termo “Das Quebras”, também previa expressamente em seu artigo 798 a utilização desse termo como sinônimo de “falência”.

Nas palavras de Campinho²³, “a falência revela-se como o conjunto de atos ou fatos que exteriorizam, ordinariamente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor”.

²² CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

²³ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 04.

Tida como instituto jurídico, ela faz emergir um complexo de regras estabelecidas com o fim de regular e oferecer uma solução a esse desequilíbrio verificado, revelador de um estado de insolvência do devedor, que não possui patrimônio capaz de atender ao cumprimento de suas dívidas.

A partir desse entendimento, utilizaremos como conceito para esse instituto o formulado por Amaury Campinho²⁴, que conceitua falência como “a insolvência do devedor empresário que tem seu patrimônio submetido a um processo de execução coletiva”. E, muito embora, esse conceito tenha sido formulado com base na antiga lei de falência também se aproveita para a nova lei de falência e recuperação.

Ressalva ainda, o supracitado autor que “a falência antes de ser um fato jurídico, é um fato econômico e social”. Pois, a falência de uma grande empresa poderá gerar a falência de outras empresas menores. Além do que, a falência normalmente acarreta o desemprego em massa, já que por força de sua declaração ocorrerá a rescisão dos contratos de trabalho.

É com base nesse fundamento que, modernamente, a falência não mais se presta a servir de instrumento de ignorância e desonra, nas mãos de credores para a vingança pessoal contra o devedor. Foi esta, a ideologia empregada quando da elaboração do Decreto-Lei 7661/45, que revogou as disposições do Código Comercial de 1850 sobre o tema e afastou as expressões falência e quebra do sentido etimológico originário.

Deste modo, fica claro que o legislador, ao promulgar o Decreto-Lei n. 7661/45, inicialmente perseguia por dois objetivos antagônicos que podiam, porém, ser sucessivos: a tentativa de impedir a empresa de falir através da concordata e, caso tal fato não fosse possível, a regulamentação de um procedimento especial, ou seja, o processo falimentar. O objetivo deste último era de impor a igualdade entre os credores.

Contudo, conforme se verá mais adiante, este meio acima citado de se tentar impedir a empresa de falir demonstrou-se, ao longo dos seis decênios que a antiga lei vigorou, falho e bastante desmoralizado em nosso país, pelo fato de objetivar apenas o pagamento das dívidas através da concessão de um prazo maior para tal quitação ou uma diminuição do seu valor, ou ainda, os dois em conjunto. Já a sua desmoralização advinha do fato de ter se transformado em mecanismo de fraude contra credores, proporcionando o enriquecimento

²⁴ CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.03.

sem causa do titular da empresa. Não objetivava, assim, a adoção de meios eficazes para reestruturação da empresa e tampouco buscava avaliar seus pontos deficientes e ensejadores de tais débitos. Por tal fato, faz-se necessária uma análise desta e do novo mecanismo introduzido pela Lei n.11.101/05, cujo essencial objetivo de reestruturar a empresa com o fim de reerguê-la e não mais apenas de saldar suas dívidas.

Para as autoras Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn²⁵ a referida lei possui na realidade quatro finalidades que são: eliminar a empresa inviável; afastar o empresário faltoso; preservar a empresa como unidade de produção e, por fim, tutelar a circulação do crédito.

Bem parecida com essa opinião é a de Carlos Habovski Roberts e de Sonia Maria Ferreira Roberts²⁶ que chamam a atenção para o fato de que o plano de recuperação deve ser viável, sendo necessário para tanto que atenda três requisitos: deve ser justo, o que se traduz na inexistência de vícios; deve ser equitativo, *par conditio creditorum* e deve ser viável, o que se apura nas demonstrações contábeis e no fluxo de caixa, a par de uma visão holística empresarial, não deixando escapar o otimismo e o bom relacionamento entre devedor, credores, clientela e o aviamento total da empresa.

5.1- A CONCORDATA.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 11.101/05, o meio utilizado como fim de tentar prevenir ou suspender a falência se dava pela concordata, instituto regulado pelo artigo 139 e seguintes do Decreto-Lei n. 7.661/45, que se configurava na proposta feita pelo devedor aos seus credores para que fosse feita uma dilação no prazo de vencimento dos créditos a esses últimos pertencentes, com o pagamento integral ou parcial destes. Porém, é importante frisar que essa proposta não era feita diretamente aos credores do devedor empresário, mas sim ao juiz. Na antiga lei não havia, portanto, campo para negociação direta com os credores, até porque caso o devedor primeiramente assim o fizesse, daria ensejo para que um de seus credores requeresse sua falência mediante tal fundamento.

²⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p 15.

²⁶ ROBERTS, Carlos Habovski. ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. *A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência e Algumas Repercussões no Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2005, vol. 69, n. 09, p.1132.

Assim, esse instituto pode ser conceituado tal como explica Ulhôa²⁷, em seu livro Manual de Direito Comercial, da seguinte forma:

“Um favor legal, consistente na dilação dos vencimentos das obrigações ou na remissão parcial de seu valor, a que tem direito o comerciante²⁸ que preenche determinados requisitos formais. Visa esta prevenir ou extinguir os efeitos da falência e independe da vontade dos credores”.

Por meio da concordata o devedor empresário continuava a gerir seus negócios, embora fiscalizado pelos credores através da figura do comissário, atualmente inexistente na nova lei.

Desta forma, não havia qualquer processo de execução coletiva e em consequência disso, não perdia o devedor empresário a posse e a administração de seus bens, deixando de sofrer os rigores que a falência acarretava.

A antiga lei condicionava a eficácia de determinados negócios jurídicos à observância de alguns pressupostos, conforme dispunham os artigos 149 e 167.

Assim, para alienar ou onerar bens móveis durante sua vigência era necessária a autorização judicial, enquanto a alienação do estabelecimento comercial depende do consentimento expresso de todos os credores admitidos à concordata.

Cumprir destacar que a realização desses negócios sem tais pressupostos importava na sua ineficácia perante a massa falida, caso fosse decretada ou reaberta a falência. Nesse mesmo entendimento, a autorização judicial para a alienação de bens imóveis, por seu turno, dependia da prova de quitação da dívida ativa ou da concordância da fazenda Pública, conforme dispunha o artigo 31 do Decreto-Lei n. 7.661/45.

Ressalte-se, porém, que o benefício da concordata só era concedido ao devedor empresário que preenchesse todos os requisitos impostos pela antiga lei falimentar para a sua obtenção, e vinculava apenas os credores quirografários.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed., SP: Saraiva, 2004. Quarta Parte - Capítulo 28, p.371.

²⁸ Faz-se por bem ressaltar que o termo destacado deve ser na atual conjuntura e por força do art. 966 do CCB/02 entendido como empresário, visto ser esse último mais amplo que o termo “comerciante” ora empregado por Ulhôa.

5.1.1- Espécies de Concordata.

O Decreto-Lei n. 7661/45 dispunha de duas espécies de concordata, a preventiva e a suspensiva. A diferença que existia entre essas duas espécies se resumia na observância do momento de seu requerimento. Assim, quando a concordata era requerida antes da declaração judicial de falência a fim de evitar que essa última viesse a ser declarada, ela era preventiva. Ao passo que, se a concordata somente fosse requerida depois da declaração judicial de falência de modo a suspender o curso do processo falimentar, ela seria suspensiva.

Contudo, além dessas duas espécies legalmente previstas no Decreto-Lei n. 7661/45, parte da doutrina, que tinha Amaury Campinho por integrante, incluía mais uma espécie, denominada concordata amigável.

Por concordata amigável entendia-se o “acordo extrajudicial realizado através de instrumento público ou particular entre devedor e credores”, nas palavras de Campinho²⁹.

5.1.2- Cumprimento da Concordata.

Depois de pagos os credores e cumpridas outras obrigações assumidas pelo concordatário, deveria este requerer ao juiz que fosse julgada cumprida a concordata, o deferimento do pedido, teria como efeito a extinção das responsabilidades do devedor com a conseqüente publicação da decisão por edital.

Em se tratando de concordata suspensiva, a sentença que a julgasse cumprida encerraria a falência e deveria ser comunicada a todos os funcionários e entidades informadas de sua declaração.

Podia acontecer, porém, a hipótese de que a sentença não julgasse cumprida a concordata. Neste caso, podia o concordatário interpor o recurso de agravo de instrumento.

Outra hipótese que existia, na antiga lei de falência, era a possibilidade de rescisão da concordata, que somente podia ocorrer nos casos previstos no art. 150 da referida lei, cujo rol era exaustivo.

²⁹ CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*. 8ª edição. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002, p. 112.

5.1.3- Principal Problema da Concordata.

Sustentava majoritariamente a doutrina que o principal problema que envolvia o instituto da concordata referia-se ao fato de que esta não abrangia os credores privilegiados, ou seja, o fisco e os créditos de origem trabalhista.

A esse problema atribui-se o fato de que tais créditos impediam que a empresa conseguisse quitar todos os seus débitos e se reerguer. Pois, se levarmos em consideração que a concordata só era eficaz para os credores quirografários e, portanto, ineficaz quanto aos credores privilegiados e que estes últimos, são normalmente a maior parte do montante devido, a empresa não teria capital para se reerguer e muito menos facilidade para conseguir empréstimos em face da ausência de negociação da maior parte de seus débitos.

Diante do exposto, a concordata acabava, tão somente, adiando a falência da empresa, pois estudos indicavam que das empresas que pediam esse favor legal somente 17% se recuperavam enquanto a maioria esmagadora de 83% acabava efetivamente falindo.

Foi com o objetivo de resolver justamente esse problema que o legislador pátrio submeteu os créditos considerados privilegiados no instituto que a substituiu, qual seja o da recuperação judicial.

5.2- A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA DIFERENCIAÇÃO DA CONCORDATA.

A preservação da empresa era o objetivo que o legislador brasileiro buscava atingir ao criar a Lei n. 11.101/05, em substituição ao até então vigente, Decreto-Lei n. 7.661/45.

Nesse sentido, a nova lei trouxe como principal inovação o instituto da recuperação da empresa em substituição ao instituto da concordata, este último bastante criticado pela doutrina naquela ocasião.

A nova lei apresenta uma face extrajudicial à recuperação e um fundamento econômico, pois a solução passou a ser dada pelo devedor empresário em negociação e até em parceria com os credores. Ou seja, o devedor empresário pode primeiramente negociar seus débitos com os credores apresentando para estes um plano de recuperação ou, ainda, criando um com a ajuda destes.

Convém lembrar que, essa situação era inconcebível na antiga lei de falências pelo fato de causar a presunção de falência, nos termos do inciso III, do artigo 2º do Decreto-Lei n. 7.661/45. Desta forma, a nova lei abandona o formalismo da lei antiga e abre uma gama de opções para viabilizar a recuperação da empresa que poderá ser realizada de forma judicial ou extrajudicial.

A recuperação “extrajudicial”, conforme art. 161, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ocorre quando o empresário em situação de insolvência apresenta a seus credores – excluídos os trabalhadores e o Fisco – uma proposta de recuperação, que, se aceita pela maioria dos credores em Assembléia Geral, será levada ao judiciário.

O juiz apreciará os eventuais pedidos de impugnação formulados por credores insatisfeitos com o acordo. Caso as impugnações não sejam acatadas, o acordo será homologado, cabendo sua gestão às partes envolvidas.

Diferentemente da extrajudicial, a “recuperação judicial” não tem início com uma tentativa direta de acordo entre devedor e credor. Nesta, o devedor apresenta ao judiciário um plano de recuperação contendo um diagnóstico da situação da empresa e a sua proposta para a repactuação das dívidas.

A proposta será submetida a uma Assembléia Geral de credores, que pode aprová-la, rejeitá-la ou ainda, propor um plano alternativo. Se rejeitadas todas as alternativas de plano de recuperação, o juiz decretará de imediato a falência da empresa.

Para requerer sua própria recuperação, a empresa e seus proprietários devem atender a determinados requisitos.

Em suma, a recuperação empresarial é um meio de se apresentar aos credores ou diretamente ao juiz, um real plano de reestruturação da empresa, ao invés de um simples pedido de prorrogação de prazo, como no caso da concordata.

Esse instituto, da recuperação, faz com que participem da decisão os credores, o que o difere efetivamente da concordata, onde eles se limitavam a impugnar os créditos e a existência dos requisitos objetivos para a sua concessão.

Nesta hipótese, não se trata do binômio devedor e juiz e sim, do trinômio devedor, credores e juiz. E assim, os credores participarão ativamente da formulação e aprovação do plano de reestruturação, que poderá utilizar instrumentos muito mais eficientes, tais como a

fusão e a cisão de sociedades, acordos coletivos de trabalho e outros, vez que não são estes adstritos apenas à previsão legal. Vai valer a versatilidade e a audácia do devedor.

Desta forma, conforme chamamos atenção anteriormente o fato do devedor chamar o conjunto de credores para negociar, que na antiga lei era entendido como razão reveladora do estado de falência, passou a ser previsto legalmente, tornando-se parte regular do sistema falimentar com a nova lei.

Quanto à legitimidade ativa: a recuperação pode ser requerida por pessoa física ou jurídica que exerça atividade econômica, inserindo-se neste rol não apenas os empresários como também as sociedades simples, com algumas exceções. Diferentemente da concordata, que só poderia ser requerida ao juiz por devedores empresários.

Diferem-se os dois institutos, também, no prazo para pagamento, visto que, na recuperação, caberá ao juiz fixar caso a caso enquanto na concordata o prazo máximo era de dois anos.

Na recuperação judicial, todos os credores se sujeitarão ao plano, mesmo aqueles com garantia ou privilégio, diferentemente do que ocorria na concordata, à qual só estavam sujeitos os credores quirografários, ou seja, aqueles que não gozam de qualquer privilégio.

Na recuperação judicial o juiz designa um administrador judicial, ao passo que na concordata era nomeado um representante dos credores, denominado comissário.

Cabe ainda ressaltar que a nova lei trouxe também a possibilidade de aprovação do plano de reestruturação por meio de maioria (qualificada, segundo regras de divisão em categorias de credores), afastando o problema enfrentado na concordata, a qual possibilitava que uma minoria de credores causasse embaraço e impedisse soluções inteligentes e menos gravosas para a crise econômica da empresa.

A recuperação dependerá de muita negociação com credores e de profissionalismo na construção de um plano de recuperação economicamente viável.

No tocante às pequenas empresas, a nova lei previu o instituto da recuperação num sistema simplificado baseado no alargamento do prazo para pagamento. Trata assim, de forma diferenciada, segundo os preceitos constitucionais, a micro e pequena empresa.

Em suma, esta nova lei de direito empresarial buscou oxigenar possíveis empresas que se encontrem em perigo de falência, viabilizando a reestruturação desta e evitando toda a cadeia de transtornos sociais e econômicos que a falência provoca.

QUADRO EXPLICATIVO – ASPECTOS PRINCIPAIS

CONCORDATA (DL N. 7661/45)	RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI N. 11.101/05)
1. Mero favor legal, que se constitui pelo binômio devedor empresário / judiciário.	1. Plano de reestruturação apresentado pelo devedor ao judiciário, sujeito à aprovação dos credores.
2. Requerida somente pelo devedor empresário (sociedade empresária ou empresário individual).	2. Pode ser apresentado pelo devedor empresário individual, sociedade empresária ou sociedade simples.
3. Abrange somente os credores quirografários, ou seja, aqueles que não gozam de qualquer privilégio.	3. Abrange todos os credores.
4. Prazo para o seu cumprimento de, no máximo 02 anos.	4. Prazo para cumprimento a ser definido caso a caso.

5.3- A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIAME DE DIFERENCIAÇÃO.

Conforme explica Fábio Ulhôa³⁰, muito já se escreveu a respeito da importância da empresa no regime econômico de livre iniciativa, como é o caso brasileiro. Tal é o papel que ela tem na economia, que o direito contemporâneo está desenvolvendo mecanismos de

³⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed., SP: Saraiva, 2004. Quarta Parte - Capítulo 28, p.351.

preservação da empresa a fim de imunizá-la dos infortúnios que envolvem o empresário ou os sócios da sociedade empresária.

E para isso, foi necessária a revogação da legislação falimentar até então em vigor. Sua inspiração estava mais ligada à satisfação dos interesses dos credores do falido que, propriamente, à preservação da empresa, em atenção ao arco de interesse dos seus empregados, clientes e da própria comunidade. Muito embora, ainda na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, já houvesse o eco de vozes como as de Amaury Campinho³¹, que demonstravam que a falência de uma grande empresa geraria um efeito dominó para as empresas menores que daquela necessitam para sobreviver. Consequentemente, tal fato também provocaria o desemprego em massa e um grande transtorno econômico, já que sem emprego não há como se consumir e tampouco, haveria arrecadação de impostos.

Com a entrada em vigor da nova lei de falências e recuperação, atualmente, o interesse dos credores deixou de ser o paradigma, passando a sê-lo o da preservação da empresa em decorrência de seu valor ou função social. Função social essa, que é consectário da evolução histórica do direito à propriedade.

Nesse aspecto, vale lembrar que a propriedade é um direito reconhecido internacionalmente por meio do que dispõe a Declaração Universal³² de 10 de dezembro de 1948, da Organização das Nações Unidas que em seu art. XVII assegura que “todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”, bem como também garante que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Como consequência lógica, no âmbito internacional, o direito à propriedade desde 1948 está elencado no mesmo patamar de outros direitos considerados por diversas nações como fundamentais, são eles: direito à vida, liberdade, dignidade da pessoa humana, etc.

Foi com idêntico sentido e valor que no Brasil o direito à propriedade surgiu como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 ao lado de outros direitos, todos elencados no *caput* do art. 5º da referida Carta Magna.

³¹ CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*. 8ª edição. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2002.

³² Resolução 217-A (III), da Assembléia da ONU.

Mais adiante, ainda no supracitado artigo constitucional, o inciso XXII, garante o direito à propriedade a fim de que no inciso seguinte determine que toda propriedade deva atender a sua função social.

Tamanha a sua importância para o legislador constituinte que ele achou por bem reiterar essa determinação em outro dispositivo constitucional que trata justamente da ordem econômica, conforme podemos constatar no que dispõe o art. 170, inciso III, da CRFB/88.

Ao lermos com atenção os artigos supracitados, podemos facilmente concluir que à época da elaboração da Constituição de 1988 o legislador constituinte tinha por objetivo o de promover a justiça social, mas para isso ele sabia que havia a necessidade de criar ferramentas no bojo da própria constituição como forma de se alcançar o objetivo suscitado. Uma dessas ferramentas criadas pelo legislador constituinte foi, sem dúvida, a de se atrelar o direito de propriedade ao atendimento de uma função social. É, portanto, o direito de propriedade que abarca em seu conteúdo o princípio da função social, nas palavras de Marcelo José Ladeira Mauad³³.

Tal afirmação Mauad faz baseado na teoria de Léon Duguit sobre propriedade-função, por meio da qual ele explica que a propriedade deveria ser vista como a função social inerente ao detentor da riqueza e não como uma faculdade desse titular. Por conseguinte, deveria a ordem jurídica assegurar aos indivíduos o poder de usar e gozar de um bem para que possa proporcionar benefícios a toda coletividade. Será esse interesse geral, ou seja, de benefício da coletividade que irá legitimar, inclusive, a exploração econômica da sociedade.

É sob essa ótica, por exemplo, que podemos legitimar um contrato de locação, uma vez que ao alugar seu imóvel o proprietário não só faz circular a riqueza ao receber o aluguel como também, propicia o direito de moradia para aqueles que ainda não possuam imóvel próprio.

Diferentemente não é a lógica aplicada quando utilizamos o termo “função social da empresa”. Termo que surgiu mediante a interpretação sistemática dos artigos constitucionais: 5º, *caput* e incisos XII e XXIII, bem como do art. 170, inciso III.

³³ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 79.

Pois, conforme ensina Mauad³⁴:

“(...) a empresa, como sabido, está inserida no conceito moderno de propriedade, uma vez que reúne os fatores capital e trabalho, este considerado como os bens materiais e imateriais necessários à elaboração dos produtos e serviços. À primeira vista, evidencia-se a preocupação com os chamados bens de produção, mas uma exegese aprofundada do art. 170, da Lei magna, leva a considerar que tanto faz falar em função social da propriedade dos meios de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico”.

Assim, o Decreto-Lei n. 7.661/45 que era, portanto, anterior à Constituição de 1988 apesar de recepcionado, começou gradativamente a se tornar obsoleto em meio a esse contexto de evolução axiológica da função social da propriedade de forma a contemplar a empresa, pois tamanha é a sua importância para obtenção da justiça social.

Justiça Social que já não mais poderia ser alcançada mediante a utilização do instituto da concordata, atualmente substituído pelo instituto da recuperação judicial.

A recuperação judicial é concebida como o instituto da legislação falimentar que tem por objetivo o de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, de modo a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. A idéia é a preservação da empresa em razão de sua função social e o estímulo à atividade econômica, nos termos do artigo 47 da Nova Lei.

Para Modesto Carvalhosa,³⁵ seria óbvia a função social desempenhada pela empresa, nela sendo interessados seus empregados, os fornecedores, a sociedade e, inclusive, o próprio Estado, que dela recebe impostos. Ele ainda elenca em três as principais e mais modernas funções sociais da empresa, a saber: a primeira se refere às condições de trabalho e às relações da empresa para com seus empregados; a segunda, volta-se ao interesse dos consumidores; a terceira, volta-se ao interesse dos concorrentes. Além disso, ele também elenca outra função, que entende ainda mais atual, a qual corresponde a preocupação com os interesses de preservação do meio ambiente em que a referida empresa atua.

³⁴ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 96.

³⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. V.3, p.237.

A concepção de parte da doutrina se faz no sentido de que o reconhecimento da função social da empresa seria fruto da interpretação explícita ou analógica das disposições legais existentes no ordenamento jurídico pátrio a começar pela Constituição de 1988 que em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, garantem, respectivamente, o direito de propriedade e o atendimento de sua função social. Muito embora, haja quem defenda opinião diversa dentre os quais destacamos Carlos Eduardo de Castro Palermo³⁶, que a função social da empresa teria previsão legal no que dispõem os arts. 116 e 154 da Lei n. 6.404/76, que é anterior, inclusive, à própria Constituição Federal atualmente em vigor.

No mesmo sentido da tese de Palermo é a observação feita por Fábio Konder Comparato³⁷, para quem, a Lei de Sociedades Anônimas reconhece que, no exercício da atividade empresarial, haveria interesses internos e externos que devem ser respeitados.

Esse doutrinador explica ainda que, devem ser observados não só os interesses das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua.

Deste modo, apesar de a doutrina divergir a respeito da localização topográfica da previsão legal da função social da empresa - que para a corrente majoritária seria proveniente da interpretação analógica dos incisos XXII e XIII, do art. 5º, cumulados com o art. 170 da CRFB/88, ratificados pelas leis que a seguiram dispendo explicitamente sobre o tema, tais como: o Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil brasileiro; e, que, para a corrente minoritária ela já estava prevista antes mesmo da Constituição de 1988 – o fato é que ela existe e mais importante ainda do que existir, independentemente da doutrina sobre a qual se fundamente a função social da empresa, é matéria de preocupação por causar repercussão em diversos segmentos da sociedade.

Na realidade, o que vemos hoje é uma atitude responsável das empresas em relação aos seus clientes, fornecedores, empregados e comunidade.

Palermo³⁸ informa que, em uma obra publicada há cerca de sete anos, de autoria de David Grayson e Adrian Hodges, denominada “Compromisso Social e gestão Empresarial”,

³⁶ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*. Artigo disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>, retirado em 31.10.2009.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n.732, out. 1996, p. 43-44.

³⁸ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*. Artigo disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>, retirado em 31.10.2009.

que já se defendia a idéia de que a empresa socialmente irresponsável era economicamente inviável.

Segundo os autores, a empresa vale cada vez mais por sua marca que os consumidores examinam, no ato de compra, além do preço e da qualidade, a forma como elas tratam o ambiente, cuidam de seus funcionários ou valorizam a comunidade.

Assim, a empresa moderna seria inviável, nas palavras de Palermo, ao utilizar o trabalho infantil, ao desrespeitar as minorias, ao poluir o meio ambiente, etc.

O supracitado autor observa ainda que o acesso às informações por quaisquer dos meios de comunicação e o poder das ONGs determinou o aumento de fiscalização, em qualquer parte do mundo, sobre o que fazem as empresas no seu interior ou fora dele. E, é justamente isso um dos fatores do sucesso ou fracasso de uma empresa.

Em sua tese de doutorado, Geraldo José Guimarães da Silva³⁹, assinala que:

“É evidente que a função social da empresa dará mais ênfase à sua própria sobrevivência, mas não se esquecerá do lucro, porque uma posição não exclui a outra. O lucro é importante, mas a sobrevivência ou o social da empresa é mais importante, no sentido de vir antes, visando a expansão, da própria empresa e de sua sobrevida”.

Nesse aspecto assinala Palermo⁴⁰ que a função social da empresa reside justamente nas reservas, que serão prioritárias em relação aos dividendos. Assim, falar em reservas significaria o mesmo que falar em função social da empresa que, por conseguinte, representaria o interesse social.

Interesse social, nas palavras do autor acima, não significa necessariamente o interesse da maioria, mas da própria empresa, órgão estabilizador de emprego e de circulação de bens e serviços.

Assim, uma empresa geradora de riqueza e de emprego atende à função social, acima de distribuir dividendos para seus sócios, pois o lucro seria a princípio importante para a sobrevivência da empresa, mas as reservas são fundamentais para o trabalho e para a organização em si mesma.

³⁹ SILVA, Geraldo José Guimarães da. *A crise da Empresa no Direito Falimentar Comparado*. Tese (Doutorado – Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1998. P- 232-233.

⁴⁰ Idem, citação anterior desse autor.

Em suma, conclui Palermo⁴¹ que “capital e trabalho têm que se completar e não gerar conflito”. Visão corporativa de que se imbuíu boa parte de nosso ordenamento jurídico bem como o legislador pátrio ao conceber a lei nova de falência e recuperação e nela ponderar pela inexistência do conflito de interesses no sentido de que a preservação da empresa também representaria a preservação de empregos, entre outras coisas, vez que cada uma dessas questões é parte de um todo, que é a função social da empresa. Função essa, que deve ser observada pelo legislador já que beneficia toda a coletividade de um modo geral.

Foi justamente esse o enfoque dado pelo legislador pátrio ao art. 47 da Lei n. 11.101/05. Nesse artigo de lei infraconstitucional há expressamente a previsão da função social da empresa, o que inexistia na lei anterior.

Em linhas gerais tanto o artigo 47 quanto o artigo 75 da supracitada lei têm por diretriz a idéia de que tudo deve estar voltado à satisfação dos interesses da coletividade e não apenas ao interesse ou enriquecimento do particular. Donde se conclui que a atual Lei de Falência e Recuperação em vigor estaria em conformidade com o que dispõem os arts. 5º, *caput*, XXII e XXIII, e art. 170, III, todos da CRFB/88. E, em última análise estaria também em consonância ao objetivo do legislador constituinte de 1988, qual seja a realização da justiça social.

Assim, conforme explica Mauad,⁴² a justiça social estaria reconhecida como uma espécie de condicionante essencial ao exercício da atividade econômica, devendo a liberdade de desenvolvimento da empresa a ela se adequar, sendo que ambos os valores fundamentam a própria Ordem Econômica. De tal modo que, as empresas devem condicionar sua autonomia as restrições previstas na Constituição e nas leis infraconstitucionais, como é o caso de lei ora em análise.

Em outras palavras, a liberdade de iniciativa econômica constitucionalmente assegurada estaria diretamente vinculada ao fim de propiciar a justiça social. Ou ainda, nas palavras do autor acima citado⁴³ inspirado nas lições de Roberto Eros Grau e mais especificamente em sua obra “*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*” que passamos a transcrever:

⁴¹ *Idem*, referência anterior desse autor.

⁴² MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 104.

⁴³ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 103.

“A Constituição de 1988 procurou assentar preceitos como a livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de planejamento de seus interesses, todavia tudo condicionado à realização da justiça social, ao Estado Democrático de Direito, à dignidade da pessoa humana, valores que, são perfeitamente de pronto, aplicáveis”.

Na prática, toda essa formulação teórica redundava no fato de que o Direito não pode dar guarida a maus empresários, cuja incompetência ou má-fé prejudique os interesses de uma coletividade, mas por outro lado, tem o Estado o dever de assegurar o direito de propriedade e especialmente, no caso dessa propriedade se tratar de uma empresa, Ele tem o dever de propiciar meios para que não só ela exerça sua função social como a mantenha o máximo de tempo possível, ainda que para isso tenha que afastar aqueles que venham a ser legalmente considerados “maus empresários”.

Foi em consonância com esse pensamento que a Lei n. 11.101/05 estabelece em maior grau que na lei anterior, um conjunto de medidas que poderão ser adotadas por todos os envolvidos na tentativa de recuperação da empresa, quer seja seu credor, administrador judicial, juiz ou outros órgãos do poder público, cujo fim seria o de preservar a própria Ordem Econômica dos danos causados por essas pessoas.

Faz-se necessário, mais uma vez, citar os ensinamentos de Mauad que resume exatamente a relação quadricular que existe entre o Estado, a empresa, seus empresários e a coletividade, a qual foi minuciosamente considerada pela Lei n. 11.101/05 ao prever mecanismos de transferência de comando dos negócios ou de filiais a terceiro (art.50), a sucessão quanto às obrigações trabalhistas (art. 60 e 141), etc. Passamos, portanto, a transcrevê-la:

“Evidencia-se, desta forma, que a estrita observância de todos os contornos da função social pelas empresas é a garantia de que o Estado e a ordem jurídica zelarão e assegurarão o direito de propriedade. Por outro lado, se o interesse social não for respeitado (deixar ela, v.g., de cumprir a legislação social e trabalhista, inclusive quanto ao pagamento pontual dos salários e demais verbas de caráter remuneratório; além do não recolhimento das contribuições – previdenciária e fundiária -, bem como dos impostos; desrespeitar o meio ambiente em geral e as exigências para a preservação do patrimônio comum), não há porque manter o negócio nas mãos de seus atuais titulares”.

O estudo e análise desse subcapítulo foi sem dúvida um dos pontos mais importantes para o rumo que se direcionará a conclusão do presente trabalho acadêmico.

VI-A LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO.

A lei de falência em nosso país a partir do Decreto-Lei n. 7.661/45, sempre teve por aspiração reabilitar ou reestruturar a empresa e somente em caso de sua total inviabilidade é que a lei regulava a sua extinção, de modo a quitar o máximo possível os seus débitos e de forma simultânea salvaguardar a observância de igualdade de pagamento entre os seus credores.

O Decreto-Lei n. 7.661, entrou em vigência no Brasil em 1945 e vigorou até fevereiro de 2005, foi a primeira lei relevante sobre esse tema em nosso país e representou também pela primeira vez a preocupação do legislador pátrio com a questão da preservação da empresa. E, muito embora, o instituto da concordata tenha se demonstrado posteriormente um fracasso para a obtenção desse objetivo, ainda assim ele representou um avanço principalmente no campo do Direito Comercial, modernamente chamado de Direito Empresarial por ser mais abrangente que o primeiro no sentido de compreender novas relações comerciais que não se enquadravam na teoria dos atos de comércio.

Em 2005, entrou em vigor a Lei n. 11.101 que traz consigo a responsabilidade de efetivamente se prestar a reestruturar a empresa e, portanto, salvá-la da extinção em face da tamanha importância de sua função social conforme anteriormente explicado. Com a finalidade de cumprir essa missão, a referida lei traz em seu bojo o instituto da recuperação. Sucessor da concordata, apesar da nova nomenclatura, o instituto da recuperação corrige pontos falhos de seu antecessor a fim de propiciar à empresa idêntico objetivo, qual seja, o de sua reestruturação.

Todavia, a maioria esmagadora da doutrina entende que a referida lei encontra-se maculada de flagrantes inconstitucionalidades, como são os casos de: Amador Paes de

Almeida⁴⁴; Sólton de Almeida Cunha⁴⁵; Ivani Martins Ferreira Giuliani⁴⁶; Francisco Antônio de Oliveira⁴⁷ para quem o “tratamento leonino imposto na lei fere o princípio de igualdade garantido a todos pela Carta Magna”; compartilham desse mesmo entendimento João Glicério de Oliveira Filho⁴⁸, Marcelo Antônio de O. A. de Moura em conjunto com Luiz Marcelo Figueiras de Góis⁴⁹ e Sérgio Campinho⁵⁰, por entenderem que a Lei n. 11.101/05 ofende diretamente ao princípio da isonomia; já Daniela Muradas Reis⁵¹ entende que “os tópicos inovadores da Lei n. 11.101/05, particularmente nos aspectos que tocam a seara juslaboral não atendem ao princípio da proporcionalidade, sendo, portanto, afronta ao estatutário constitucional”; e por fim, Suzy Cavalcante Koury⁵² e Marcelo José Ladeira Mauad⁵³ comungam do mesmo pensamento de que a referida lei seria inconstitucional por inobservar o princípio constitucional de vedação ao retrocesso legal.

O grande problema nesse sentido, apontado por esta corrente majoritária foi o de submeter os créditos trabalhistas a esse novo instituto e o desenlace de tal submissão. São diversos os fundamentos utilizados por esta corrente a fim de demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais: art. 49; art. 54, parágrafo único; e, art. 83, inciso I, todos da Lei n. 11.101/05.

⁴⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. *Os Direitos trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do Empregador*. Disponível em: <http://www.4.Mackenzie.com.Br/fileadmin/graduação/F Dir/Artigos/ amador.pdf> > acesso em: 29.03.2008.

⁴⁵ CUNHA, Sólton de Almeida. ALMEIDA, Amador Paes de. *Os Direitos Trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do Empregador*. São Paulo: Revista LTr, 2005, vol. 69, n. 08, p. 938-943.

⁴⁶ GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. *Inconstitucionalidades da Lei de Recuperação de Empresas e da Lei Complementar n. 118, de 2005*. São Paulo: Revista LTr, 2006, v. 70, n.05, p. 585.

⁴⁷ OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Da Nova Lei de Falência e Execução Trabalhista*. São Paulo: Revista Ltr, 2005, vol. 69, n. 05, p. 581-584.

⁴⁸ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Limitação aos Créditos Trabalhistas na Nova Lei de Falências e o Princípio da Isonomia*. Artigo disponível em: <HTTP://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf>, retirado em 03.01.2010.

⁴⁹ MOURA, Marcelo Antônio de O. A. de. GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. *Os Efeitos da Falência nas Relações Materiais e Processuais de Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2006, vol. 70, n. 11, p. 1318-1332.

⁵⁰ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime de Insolvência Empresarial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 406.

⁵¹ REIS, Daniela Muradas. *A Nova Lei de Falência: Aspectos Inovadores no Direito do Trabalho e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Revista LTr, 2005, vol. 69, n. 07, p. 858-862.

⁵² KOURY, Susy Cavalcante. *As Repercussões da Nova Lei de Falências no Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2005, vol. 69, n. 08, p. 968-976.

⁵³ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: LTr, 2007.

Um dado curioso que João Glicério de Oliveira Filho⁵⁴ nos chama atenção, é o fato de que tantos os que defendem a constitucionalidade quanto àqueles que defendem a inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/05 tomam por principal fundamento o princípio constitucional da isonomia.

Ademais, os principais fundamentos alegados pela corrente que defende a inconstitucionalidade são os seguintes:

- a submissão dos créditos trabalhistas ao instituto da recuperação previsto no artigo 49 da nova lei viola os princípios do não-retrocesso e o da proteção;
- a limitação dos créditos trabalhistas prevista nos artigos 54, parágrafo único, e, 83, inciso I, da nova lei violam os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como afrontam diretamente a disposição constitucional descrita no artigo 7º, inciso IV.

Também foi agravante a crítica feita por alguns doutrinadores, entre eles Ricardo Maciel dos Santos⁵⁵, no sentido de que a nova lei falimentar beneficiou extremamente as instituições financeiras em prejuízo dos demais credores, inclusive os provenientes de crédito trabalhista. Porém, esse trabalho não pretende tratar exaustivamente desse tema por entender que foge ao foco principal, mas não irá se eximir desse assunto por ter correlação com a questão de submissão e limitação dos créditos trabalhistas.

Apresentados os principais fundamentos sob os quais parte da doutrina argumenta pela inconstitucionalidade dos supracitados dispositivos da Lei n.11.101/05, eles serão analisados a seguir.

⁵⁴ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Limitação aos Créditos Trabalhistas na Nova Lei de Falências e o Princípio da Isonomia*. Artigo disponível em: [HTTP://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf), retirado em 03.01.2010.

⁵⁵ SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007, p. 442.

6.1- A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49 DA LEI N. 11.101/05.

A primeira crítica que se faz à nova lei de falência e recuperação é a submissão dos créditos trabalhistas ao instituto da recuperação judicial, conforme previsão expressa do art. 49 da lei.

Também dispõe nesse sentido o art. 6º da referida lei.

Essa crítica advém do fato de que no extinto instituto da concordata, que é o antecessor da recuperação, não havia tal submissão. Logo, no âmbito do Direito do Trabalho a partir da nova lei teríamos, a princípio, retrocesso social. Prejuízo esse, que a própria Carta Magna autoriza apenas excepcionalmente, conforme a previsão expressa do art. 7º, incisos IV, XIII e XIV.

Desta forma, conforme afirma Mauad,⁵⁶ a nova lei falimentar viola o princípio constitucional da democracia econômica social ao dispor uma situação mais desfavorável ao trabalhador do que existia na lei anterior.

Mauad⁵⁷ explica que o princípio da democracia econômica e social tem entre outras consequências a de vedação ao retrocesso social. O que significa dizer, que não se admite a retrocessão de direitos sociais e econômicos que já atingiram ou conquistaram determinado patamar de valorização.

O referido autor ainda conclui que não seria possível a admissão de retrocessos aos direitos trabalhistas realizados por leis infraconstitucionais, já que afrontariam à democracia social e econômica proveniente da aplicação do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CRFB/88).

⁵⁶ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 63.

⁵⁷ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 62.

Na realidade, o que Mauad quer defender é que a constituição proíbe que leis infraconstitucionais mitiguem os direitos sociais anteriormente conquistados pela coletividade. Não é preciso, necessariamente, que sejam os direitos trabalhistas podendo os ser, por exemplo, os previdenciários.

Assim, no tocante a Lei n.11.101/05 e em especial ao artigo 49, ora em estudo, o supracitado autor afirma que o legislador optou por retroceder nas conquistas sociais no sentido de que foi derogada a prerrogativa para pagamento preferencial dos créditos trabalhistas se comparada essa disposição com a da lei anterior.

Finalmente, o referido autor ainda adverte que não só essa como as demais disposições da nova lei de falências que põem em prejuízo os direitos anteriormente assegurados ao trabalhador colocam em xeque as regras da Lei n. 11.101/05, uma vez que confrontam-se com o princípio do Estado Democrático de Direito, concretizado pela vedação do retrocesso social e, mais especialmente, pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador que veremos a seguir.

Desse modo, poder-se-ia também sustentar a inconstitucionalidade do artigo 49 da Lei n. 11.101/05, pelo fato deste dispositivo ir de encontro ao que preconiza o princípio da proteção.

De modo geral, esse princípio tem por fundamento o de buscar compensar a superioridade econômica do empregador fornecendo proteção ao empregado por meio de uma suposta superioridade jurídica, situação não condizente com o que dispõe o artigo 49 da supracitada lei.

O princípio da proteção tem por divisão os seguintes subprincípios: *in dubio pro operario*; da norma mais favorável ao trabalhador; e, da condição mais benéfica.

Quanto ao seu primeiro subprincípio, significa este dizer que em caso de dúvida sobre a exegese da lei, deve o intérprete decidir em favor do empregado. Nesse sentido explica Arion Sayão Romita⁵⁸ que o fundamento desse subprincípio seria o fato de que o legislador

⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: Temas em aberto*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 115.

manifestou sua decisão de intervir na defesa do interesse dos trabalhadores e, por conseguinte, caberia ao intérprete dar atuação a essa decisão.

Mais adiante, o supracitado autor observa que, de qualquer modo deveria ser o Direito do Trabalho quem teria missão tutelar e não o aplicador da lei, já que este último não pode deixar de ser imparcial. É com este entendimento que comungamos. Cabe, porém prosseguir na análise, depois de explicitados os demais subprincípios oriundos do princípio da proteção.

O subprincípio da norma mais favorável ao trabalhador determina a aplicação, como o próprio nome já diz, da norma mais favorável independentemente de sua hierarquia. O que, significa dizer, segundo Bolívar Viegas Peixoto⁵⁹ que tanto as leis trabalhistas quanto a Constituição Federal estabelecem garantias mínimas ao trabalhador, não proibindo que outros textos legais possam ser mais favoráveis aos trabalhadores, como é o caso de algumas leis esparsas ou ainda, também poderia ser o caso de uma sentença normativa, uma convenção coletiva, um acordo coletivo, etc., vez que correspondem à lei existente entre as partes.

Esse autor ainda explica que nesses casos podem existir vantagens estipuladas, que se incorporarão ao patrimônio do trabalhador, sem qualquer possibilidade de sua supressão enquanto estiver em vigência essa norma, tal como determina o artigo 468 da CLT.

Assim, em linhas gerais, existindo norma mais favorável ao trabalhador, deverá esta ser aplicada em seu benefício, por corresponder a verdadeiro direito adquirido, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88.

O subprincípio da condição mais benéfica tem o condão de proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato e que de forma alguma poderão ser posteriormente retiradas, sob pena de violação ao artigo 468 da CLT, conforme explica Alice Monteiro de Barros⁶⁰.

A supracitada autora ainda adverte que a simples tolerância do empregador quanto ao não exercício de determinado direito está sendo excluída pela jurisprudência do contexto de condição mais favorável. De mesmo modo, advém o entendimento de que qualquer vantagem

⁵⁹ PEIXOTO, Bolívar Viegas. *Iniciação ao Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, Capítulo IV, p. 72.

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo: Ltr, 2008, p. 181.

auferida pelo trabalhador mediante erro de seu empregador também não pode gerar direito, logo, não integra o rol de condições mais vantajosas.

Demonstradas todas as facetas do que se afirma ser por maioria esmagadora da doutrina um direito peculiar do Direito do Trabalho, certo é que o princípio da proteção vem sofrendo recortes pela própria lei, cujo objetivo seria o de não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais, como bem observa Barros⁶¹.

Sob nosso ponto de vista, o princípio da proteção, bem como suas subdivisões, não constitui princípio integrante do Direito do Trabalho, isto é, não lhe é peculiar.

Isso, porque o princípio da proteção é, na realidade, um princípio de Direito Constitucional que, por sê-lo, irradia-se para todo o ordenamento jurídico ou para todos os demais ramos existentes do Direito no país. Tanto é assim, que atualmente, encontramos nitidamente o princípio da proteção nas relações de consumo.

Deste modo, conforme sustentamos acima, o princípio da proteção não pode ser considerado peculiar ao Direito do Trabalho por ser comum aos mais diversos ramos do Direito. Pelo fato de se tratar, na realidade, de um princípio constitucional cujo fundamento precípua seria o de equalizar as relações ao tentar proteger aqueles os quais presumem-se hipossuficientes seria, então, equivocada a análise de que ele constitui um dos fundamentos de existência autônoma do Direito do Trabalho.

Desta corrente doutrinária participa Romita⁶² do que escreve:

“Não há dúvida de que, em sua origem, o Direito do Trabalho é protecionista dos trabalhadores, mas já se assinalou a transformação apresentada pela fisionomia de nosso direito, no curso de sua evolução histórica: hoje, ele não é exclusivamente protetor das classes trabalhadoras, eis que tem em mira, também, normalizar as relações entre empregados e empregadores, de modo a assegurar a paz social.

(...)

O caráter “bondoso” da legislação do trabalho para com as classes trabalhadoras, a função oficialmente protecionista dessa legislação e a feição unilateral e de “favor” pelos assalariados são desmentidos pela lógica produtivista da economia de lucro... A preservação do direito potestativo de

⁶¹ ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: Temas em aberto*. São Paulo: Ltr, 1998, p 182.

⁶² ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: Temas em aberto*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 116 e 117.

despedir e as medidas de contenção salarial a pretexto de combate à inflação contribuem ativa e objetivamente para a salvaguarda da dominação capitalista.

(...)

Em um país de organização democrática, ainda cabe falar em “natureza contraditória” ou em “caráter ambivalente” da legislação do trabalho, para, com Gérard Lyon-caen, rejeitarmos a dicotomia: nem finalidade protecionista exclusiva nem intenções mistificadoras. Realmente, inaceitável é qualquer das posições extremas, merecendo repulsa a alternativa por demais fácil e falsa segundo a qual o Direito do Trabalho seria o direito da proteção dos assalariados ou o direito que regula somente a exploração da força de trabalho. Entretanto, no Brasil, ainda, submetido ao império do corporativismo e do autoritarismo, assistimos quase diariamente à prática de medidas destinadas à assegurar às empresas (estatais ou privadas) a necessária margem de lucro, em detrimento, se necessário, dos assalariados(...) Ainda assim, diz-se no Brasil que o Direito do Trabalho é protecionista dos empregados(...) Isto, para não falar dos desempregados: do direito deles, quem se lembra?”

Mas, apesar de toda essa discussão doutrinária acerca da natureza do princípio da proteção, é correto assinalar a forte tendência doutrinária no sentido de que a aplicação desse princípio passou a ser mitigada em prol do progresso nas conquistas sociais como bem preconizou Barros⁶³.

Com base nessa nova ideologia referente à aplicação do princípio da proteção, o artigo 49 não representaria sua violação e ao invés disso, representaria apenas um exemplo de um dispositivo legal que segue tal ideologia.

Neste aspecto, é importante lembrar que um dos motivos apontados pela doutrina para o insucesso da concordata e, portanto, para o fracasso da preservação da empresa em crise foi à ausência de submissão dos créditos trabalhistas a esse instituto.

Tanto é, como bem observa Ricardo Maciel dos Santos⁶⁴, que o art. 50 subsequente ao art. 49 dispõe que constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, entre outros, a redução salarial, a compensação de horários e a redução de

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo: Ltr, 2008

⁶⁴ SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 439- 456.

jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Logo, trata-se de mecanismos para a redução de custos representados pela folha de salários da empresa em recuperação judicial, mas que seguem em consonância com as normas constitucionais, previstas no art. 7º, incisos VI e XIII, da CRFB/88, que autorizam a compensação de horários e a redução da jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

E, muito embora o artigo 49 da Lei n. 11.101/05 não seja inconstitucional, ainda há outro ponto desse dispositivo que a doutrina insiste em criticar. Esse ponto corresponde à constatação de que o legislador pátrio privilegiou as instituições financeiras em detrimento dos trabalhadores da empresa.

A crítica se demonstra bastante plausível, consoante, os argumentos do autor acima citado⁶⁵:

“O que não se pode aceitar, no entanto, é a exclusão da recuperação judicial dos créditos bancários e financeiros elencados nos parágrafos terceiro e quarto, do art. 49 (credor fiduciário, arrendador mercantil, bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio, etc), que *“não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria”*⁶⁶, o que frontalmente viola o privilégio do crédito trabalhista, existente na lei falimentar anterior e na própria lei n. 11.101/05, já que em seu art. 83 dispõe que os créditos derivados da legislação do trabalho classificam-se em primeiro lugar, anteriormente, portanto, aos créditos bancários. Além disso, constata-se que o referido privilégio também nos termos do art. 449, parágrafo 1º, da CLT, e no art. 186, do Código Tributário Nacional”.

O autor ainda conclui que a lei mostra-se incoerente nesse particular, vez que privilegia o crédito trabalhista e reconhece-lhe o caráter alimentar, mas ao mesmo tempo também relega-o à segundo plano e o sujeita à recuperação judicial, ao passo que outros créditos (bancários, financeiros, etc) são explicitamente excluídos desse procedimento.

Sustenta ainda que o argumento para a exclusão dos titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing, etc.) e dos bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio justifica que os mesmos possam cobrar juros

⁶⁵ Idem referência 58, p. 441.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132 – citado por SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 439- 456

menores, pelo fato dos *spreads* não serem impactados pelo risco associado à recuperação judicial. A idéia é a de que a lei possa criar um ambiente favorável à atividade financeira e, conseqüentemente, acesso ao desenvolvimento e ao crescimento econômico do país.

Todavia, o supracitado argumento seria falho, nas palavras de Santos⁶⁷, por inexistir qualquer garantia de que as instituições financeiras reduzirão seus juros, como pretende o governo. Sendo essa, na realidade, a maior crítica que se deve fazer acerca do que dispõe o art. 49 da Lei n. 11.101/05, pelo fato de o legislador contar e necessariamente depender de atitudes promovidas por terceiros, a fim de que o instituto da recuperação tenha êxito.

Ademais, é sempre bom lembrar que pela própria cultura jurídica pátria a recuperação judicial de uma empresa não deixará de ser um risco para o capital. Até porque o *spread* – diferença entre o custo do dinheiro para instituições financeiras e o quanto elas cobram para emprestar para os consumidores e empresas – no Brasil compõe-se de 32% de margem de lucro, 28% de impostos diretos e indiretos, 24% de despesas administrativas e apenas 16% de inadimplência (risco), conforme bem observa Maeli Prado⁶⁸.

Por esta razão, o risco do capital é o que menos importa para a configuração do *spread* e, se houver redução de juros, por força do que dispõe Lei n. 11.101/05 em favor das instituições financeiras, ela será mínima.

Semelhante pensamento é o de Mauad⁶⁹ ao sustentar ser um dado curioso o fato do artigo 50, que é seguinte ao art.49, dispor sobre os mecanismos jurídico-econômicos para a recuperação judicial da empresa prevendo, entre eles, a possibilidade de “redução salarial” para os trabalhadores (inciso VIII) e, ao mesmo tempo, de “equalização”, para os encargos financeiros (inciso XII).

Sua observância se faz no sentido de que o legislador apenas considerou a hipótese de redução de salários como forma de recuperar a empresa, deixando as instituições financeiras sem qualquer tipo de restrição em seu crédito e muito ao contrário disso, garantindo-lhe prioridade nos termos do que dispõe o art. 194 da Lei n. 11.101/05.

⁶⁷ SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 439- 456

⁶⁸ PRADO, Maeli. “*Spread*” brasileiro é o maior do mundo. Reportagem publicada na Folha de São Paulo do dia 12.04.2004, no caderno “Folha Dinheiro”, p. B1.

⁶⁹ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 209 e 210.

Será justamente em decorrência dessa situação que Mauad faz parte da doutrina que advoga pela inconstitucionalidade da lei. Para esse autor, a lei seria inconstitucional por ferir ao princípio da isonomia que neste caso estaria atrelado ao *princípio da par conditio creditorum*. E, além disso, também afronta princípios constitucionais como o de proibição ao retrocesso e infraconstitucionais, como os de proteção ao trabalhador.

Mediante idêntica ótica, Santos⁷⁰ afirma que a prioridade dos créditos extraconcursais em detrimento dos créditos trabalhistas é uma verdadeira afronta à Constituição Federal, pois violaria o princípio da proteção à dignidade humana, manifestada pelo valor social do trabalho, conforme incisos III e IV, do art. 1º, da CRFB/88, além de deixar de assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social, prevista no art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

Acreditamos que, melhor razão não está com essa corrente que defende a inconstitucionalidade do artigo 49 da Lei n. 11.101/05. Justamente porque, na realidade, as antinomias existentes apenas são aparentes e, portanto, não têm o condão de eivar a lei de vícios que a tornem inconstitucional.

É o caso, por exemplo, do argumento de Mauad acima informado. Pois, para ele como para talvez quase toda a doutrina que defende a inconstitucionalidade, a lei seria inconstitucional por violar o princípio da isonomia que estaria atrelado ao *princípio da par conditio creditorum* no sentido de que não há igualdade entre os credores já que as instituições financeiras têm privilégio de receber a totalidade de seus créditos e os trabalhadores não os têm.

Há outros doutrinadores ainda, como é o caso de Giuliani⁷¹ que defendem que a isonomia também não é respeitada tendo em vista que os créditos com garantia real (de instituições financeiras) jamais poderiam ser priorizados em relação ao crédito tributário.

São palavras da supracitada autora⁷² as seguintes:

“Entendo, outrossim, que os créditos tributários devem permanecer em caráter privilegiado, logo após o crédito trabalhista, como acontecia na vigência da legislação anterior (Decreto-Lei n. 7.661/45), pois, da forma

⁷⁰ SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 454

⁷¹ GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. *Inconstitucionalidades da Lei de Recuperação de Empresas e da Lei Complementar n. 118, de 2005*. São Paulo: Revista LTr, 2006, v. 70, n.05, p. 585.

⁷² Idem referência 51, p 588.

como foi previsto na legislação atual (Lei n. 11.101/05) e na Lei Complementar n. 118, de 2005, a República Federativa do Brasil jamais poderá alcançar seus objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Constituição Federal, que são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), o desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), se abrir mão de seu primeiro princípio fundamental, qual seja, a sua soberania (inciso I do art. 1º)."

Todavia, os argumentos para a inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/05 não devem prosperar inicialmente porque não há violação ao princípio da isonomia. Há que se observar o que determina o *princípio da par conditio creditorum* aplicável ao caso por ser mais específico além de ter sido citado por um dos autores acima (Mauad).

Determina esse princípio que todos os credores de uma mesma classe sejam contemplados com tratamento equânime. Logo, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de uma lei em razão do tratamento desigual entre credores de classes distintas.

Devemos lembrar que o princípio da isonomia não prega necessariamente a idêntica forma de tratamento, mas o tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais na medida em que se igualem. É justamente com esse viés que o princípio da isonomia ou igualdade foi inserido no art. 5º, *caput*, da CRFB/88.

Tanto é que José Afonso de Silva⁷³ ensina que a Constituição Federal de 1988 reforça o princípio da isonomia com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais. Donde há que se concluir que a própria Carta Magna autoriza implicitamente que o legislador crie disposições que na prática repercuta em tratamento desigual, mas que tenha por objetivo final propiciar a igualdade.

Idêntico é o ensinamento de Alexandre de Moraes⁷⁴ em relação ao princípio da isonomia, senão vejamos:

"A Constituição Federal adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, Cap. III, p. 211.

⁷⁴ MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008, p 36.

absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito,...”(grifo nosso)

É o que exatamente acontece no caso da Lei n. 11.101/05. Posto que, para ser criada o legislador constatou como falhas em sua antecessora o fato de que a não submissão do crédito trabalhista no procedimento de concordata tornava a empresa em crise descapitalizada e que tal situação não poderia ser contornada por meio de empréstimos bancários, já que as garantias para as instituições financeiras eram mínimas na antiga lei.

Logo, não seria razoável a manutenção de dispositivos que ao invés de propiciar a preservação da empresa terminavam enfim por prejudicar a superação de sua crise e, conseqüentemente, a manutenção da fonte de trabalho.

Assim, o legislador ao submeter e limitar os créditos trabalhistas priorizou em última análise a realização da justiça social e não o inverso, como equivocadamente entende a corrente que advoga pela inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/05.

Além do mais, conforme Jorge Lobo⁷⁵ explica a ação de recuperação judicial prevista no *caput* do art. 49 é coletiva, mas não universal justamente por que não sujeita todos os credores da empresa. Um exemplo disso são os créditos tributários, pelo fato de ser facultável seu parcelamento, nos termos da Lei n. 11.101/05 em seu art. 6º, § 7º, c/c o art. 155-A, §3º, do Código Tributário Nacional.

E da mesma forma que os autores que advogam pela inconstitucionalidade da lei n. 11.101/05 se equivocam no tocante à violação ao princípio da isonomia, é equivoco também a afirmação de Giuliani, acima transcrita de que, o Estado estaria “abrindo mão” de sua soberania.

Tal afirmação improcede justamente porque o Estado não estaria “abrindo mão” de sua soberania, mas sim estaria apenas agindo em atenção ao Princípio de Estado Democrático de Direito pelo qual também se fundamenta a nossa constituição. Desse modo, o legislador ao alterar a ordem de classificação do crédito tributário apenas submete o Estado à própria lei

⁷⁵ LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (Coord.) – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134 e 135.

que cria e, além disso, propicia uma perspectiva maior de preservação da empresa e, por conseguinte, da fonte de trabalho.

Ademais, conforme anteriormente dito o legislador criou a possibilidade de parcelamento para pagamento do débito fiscal. Logo, o entendimento da autora acima transcrito é falho.

É importante observar também, que assim como na classe dos créditos trabalhistas a lei n.11.101/05 faz diversas restrições ao crédito trabalhista - nos termos dos arts. 49, § único do 54 ou ainda, no 83, inciso I -, essa lei também o faz com os créditos pertencentes as instituições financeiras que possam estar inseridos em diferentes classificações junto ao quadro de credores. Seriam eles, extraconcursais caso se enquadrassem no art. 84 e 194; Concursais se enquadrados no art. 83, II; e art.119, inciso VIII.

Além do que, nos termos do art. 84, I, da Lei n. 11.101/05 nada impede que hajam créditos trabalhistas na esfera de créditos extraconcursais.

Desta forma, o legislador quis apenas cumprir com uma das finalidades objetivadas pela nova lei de falências que é a de tutelar a circulação do crédito, conforme sustentaram Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn⁷⁶.

Já no tocante ao argumento de que a supracitada lei violaria o princípio de não retrocesso Social, de forma idêntica ao primeiro, essa violação é apenas aparente. Isso porque, a própria lei segue aos ditames da Constituição Federal de 1988 quando prevê em seu art. 50, inciso VIII, que a redução salarial somente se fará mediante acordo ou convenção coletiva tal como prevê o art. 7º, inciso VI, da CRFB/88. Logo, inexistente retrocesso posto que a própria Constituição Federal assim o prevê.

6.2- A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 54, § ÚNICO E 83, INCISO I, DA LEI N. 11.101/05.

A corrente doutrinária que sustenta a inconstitucionalidade desses dois artigos (§ Ú, do art. 54; art. 83, I) apresenta como principal fundamento o de que a limitação dos créditos trabalhistas violaria o princípio da isonomia e que sua vinculação ao salário mínimo confronta diretamente disposição constitucional.

⁷⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p 15.

Nos termos do § único, do art. 54, o plano de recuperação deverá prever que os créditos estritamente salariais, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, vencidos nos três meses anteriores ao ajuizamento da ação, serão pagos no prazo máximo de trinta dias, a contar da concessão da recuperação judicial.

Verifica-se que a lei não só limita o recebimento do crédito trabalhista privilegiado ao equivalente a cinco salários como também faz a supracitada vinculação ao salário mínimo, o que é vedado pela Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso VI, parte final.

Na mesma assertiva acima está a disposição do art. 83, inciso I, da Lei n. 11.101/05. Porém, nesse artigo o que existe é uma graduação entre os créditos no concurso entre credores, uma vez que supera os ativos e nem todos podem receber os valores da massa; assim, a hierarquia se justifica dentro do âmbito da importância singular, conforme explica Carlos Henrique Abrão⁷⁷.

Esse autor justifica que a intenção do legislador ao estipular o limite de 150 salários mínimos para o recebimento privilegiado dos créditos trabalhistas teria por finalidade a de evitar fraudes ou deslizes que viessem a comprometer a massa.

Informa Giuliani⁷⁸ que ainda em meio às discussões quando do trâmite do Projeto de Lei n.4337/93 no Congresso Nacional, houve concordância do Plenário com a argumentação feita pelo Senador Tebet de que elevar o limite não alcançaria grande número de trabalhadores e, por outro lado, beneficiaria ex-administradores que tivessem cometido fraudes contra a empresa.

Nesse mesmo sentido, Abrão⁷⁹ explica que o tema foi polemizado; porém, o Senado resolveu, depois de analisar a matéria e ouvir muitos segmentos, fixar o limite que é a percepção da remuneração e a estatística das reclamações trabalhistas, fato que despertou

⁷⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (Coord.) – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83 e 84.

⁷⁸ GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. *Inconstitucionalidades da Lei de Recuperação de Empresas e da Lei Complementar n. 118, de 2005*. São Paulo: Revista LTr, 2006, v. 70, n.05, p. 586.

⁷⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (Coord.) – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83 e 84.

revolta de muitas entidades e associações de classe e que culminou na propositura da ADIN n. 3.934-2/DF, a qual será objeto de análise mais adiante.

Waldo Fazzio Júnior⁸⁰ afirma que:

“É enganosa a interpretação dessa limitação a pretexto de que não prejudica o interesse dos trabalhadores, mas, ao contrário, garante sua preferência. (...). Se a intenção do legislador é fazer justiça social, a melhor solução seria estabelecer um limite para o pagamento preferencial dos preditos altos funcionários e não estabelecer limite para os trabalhadores de baixa renda”.

Cumprе ressaltar que apesar do supracitado autor fazer parte da corrente que defende a inconstitucionalidade da lei, o seu entendimento – conforme acima transcrevemos – é contrário ao da maior parte dessa corrente doutrinária que alega lesão ao Princípio da Isonomia.

Já Santos⁸¹ sustenta que as limitações impostas pelos artigos 54, § único, e, 83, I, da Lei n. 11.101/05, representam uma afronta ao crédito trabalhista, na medida em que se ignora sua natureza alimentar (sendo essencial para a subsistência do trabalhador): primeiro porque elastece-se o pagamento do mesmo em até um ano, quando deveria ser liquidado imediatamente, no mais tardar até o quinto dia útil do mês seguinte (CLT, art. 459, § 1º), e segundo ante o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, o que para o supracitado autor não poderia ser aceito.

Defende, portanto, esse autor que o art. 83, I da Lei n. 11.101 é inconstitucional porque fica contra o princípio da isonomia, constante no *caput* do art. 5º, da CRFB/88 e, também porque viola o princípio que assegura a existência digna e funda a ordem econômica na valorização do trabalho, ao converter o saldo excedente do limite de 150 salários mínimos em crédito quirografário, que será pago após a quitação do saldo dos créditos não cobertos pelo produto da alienação de bens vinculados ao seu pagamento (créditos com garantia real).

⁸⁰FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 92.

⁸¹SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 443.

Complementa os argumentos para a inconstitucionalidade dos referidos artigos, o fato de que no caso do art. 54, § único, a lei termina por fazer distinção entre os trabalhadores de baixíssima renda (que têm mais chance de receber seus créditos na integralidade) e aqueles que são um pouco mais qualificados e recebem mais do que 2,5 salários mínimos mensais, que dificilmente receberão todos os valores a que têm direito. Já no caso do art. 83, I, a crítica se faz no sentido de que lei cria duas classes de trabalhadores. Aqueles que possuem privilégio para o recebimento da totalidade de seus créditos por não excederem ao limite de 150 salários mínimos e, daqueles que possuem tal privilégio em parte, pelo fato de seus créditos excederem ao referido limite.

Como argumento, tal corrente acrescenta que o caráter alimentar destas verbas não se restringe à alimentação, cujo valor da cesta básica não muda. Mas, também estende-se a vestuário, moradia, educação, etc. Custos que são maiores para aqueles que possuem maior remuneração. Daí resultaria em lesão a isonomia.

Essa diferenciação de tratamento entre a própria classe de trabalhadores seria um dos principais aspectos de lesão ao princípio da isonomia tão bravamente sustentado pela corrente que defende a inconstitucionalidade da lei n. 11.101/05.

Surpreendentemente, a corrente que defende a constitucionalidade dos artigos 54, § único, e 83, I, da Lei n. 11.101/05, fundamenta o seu argumento com base nesse mesmo princípio.

Para essa corrente, o princípio da isonomia divide-se entre a acepção formal e material. Na acepção formal, afirma-se que todos são iguais perante a lei. Já na material, expõe-se que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente na medida em que se desigalam. Daí, a importância da classificação dos créditos na falência, bem como da posição privilegiada dos créditos trabalhistas. Em razão da hipossuficiência do trabalhador e do caráter alimentar de seus créditos, os credores trabalhistas são os primeiros a receber no processo de falência (entre os créditos concursais, ressalvados os extraconcursais).

Assim, a limitação se justificaria por existirem outros credores a receber que também são tocados pela hipossuficiência.

Na realidade, o que teríamos aqui, é a mitigação do princípio da proteção conforme Barros prenuncia em fls. 51 desse trabalho, cumulado a aplicação do princípio da *par conditio creditorum* em observância à especificidade do caso.

Conseqüentemente, sustenta essa parte da doutrina que os trabalhadores devem ser diferenciados dentro de sua própria classe, já que no sistema capitalista de produção existem trabalhadores com salários diferenciados. Uns recebem um salário mínimo mensal e outros mais que isso. E, dessa forma, há uma desigualdade fundamental dentro da própria classe dos trabalhadores, o que justificaria a limitação dos créditos trabalhistas, com base no princípio da isonomia.

E diversamente ao que sustenta a corrente que defende a inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/05, acrescenta ainda esta corrente que apesar de cada trabalhador viver de acordo com suas condições financeiras, o valor da cesta básica é o mesmo para ambos. Logo, o caráter alimentar estaria preservado.

Em suma, no entendimento de Daniela Muradas Reis⁸² a Lei n. 11.101/05 seria constitucional em virtude do instituto da recuperação empresarial conspirar a favor da manutenção de relações de empregos e, nestes termos, permite efetivar a função social da empresa e o nobre princípio juslaboral da continuidade da relação de emprego, que deflui do direito fundamental do trabalhador à proteção à relação de emprego, nos termos do art. 7º, I, da CRFB/88.

A divergência no tocante a constitucionalidade da Lei n. 11.101/05 também ocorria em razão da vedação constitucional de vinculação ao salário mínimo, nos termos do art. 7º, inciso IV, parte final, da CRFB/88. Porém, conforme informou o informativo n. 548/2009, do STF, essa polêmica foi pacificada por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. 3.934-2/DF⁸³, originalmente proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) perante o Supremo Tribunal Federal, que teve por Relator o Ministro

⁸² REIS, Daniela Muradas. *A Nova Lei de Falência: Aspectos Inovadores no Direito do Trabalho e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Revista LTr, 2005, v. 69, n. 07, p 858-862.

⁸³ ADIN N. 3934/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgada em: 27.05.2009 – conforme Informativo do STF n. 548 de 25 a 29 de maio de 2009.

Ricardo Lewandowski e que decidiu pela constitucionalidade do art. 83, I, e até mesmo dos demais artigos da supracitada lei, ainda que forma indireta.

Em linhas gerais de seu relatório o Ministro Ricardo Lewandowski chama atenção que a ação direta de inconstitucionalidade fora proposta suscitando a inconstitucionalidade dos artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei n. 11.101/05, pelo fato de serem incompatíveis com os seguintes dispositivos constitucionais: arts. 1º, III e IV, 6º, § 7º, I, e 170, VIII.

O referido Ministro relata ainda que os fundamentos formulados pelo Autor (PDT) seriam os seguintes, conforme passamos a transcrever:

“Em primeiro lugar, o requerente identifica nos dispositivos impugnados inconstitucionalidade de natureza formal, pois teriam disciplinado matéria relativa à “despedida arbitrária ou sem justa causa”, por lei ordinária, a qual, no seu entender, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Carta Magna.

Depois, o requerente encontra neles inconstitucionalidade de ordem material, porquanto, ao liberarem os arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Lei Maior.

Outra inconstitucionalidade material flagrada pelo requerente é a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, porque tal disposição violaria a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, tratados nos arts. 5º, XXXVI e 7º, IV, da Constituição”.

Não trataremos aqui da questão da sucessão trabalhista por entendermos que foge ao foco do trabalho e, além disso, é um tema bastante controverso a ponto de poder ser objeto de monografia e até mesmo de dissertação de mestrado.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski inicialmente afirma que não consegue visualizar a inconstitucionalidade formal alegada por afronta à reserva constitucional de lei complementar e fundamenta seu voto nesse aspecto da seguinte forma:

“Com efeito, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para reger a dispensa imotivada. Esse tema, porém, definitivamente, não constitui objeto da Lei n. 11.101/2005.

Não é difícil constatar, a meu ver, que o escopo do referido diploma normativo restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de deus credores”.

Mais adiante, ainda em seu voto:

“Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei n. 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os trabalhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.

(...)

Este Tribunal, de resto, já afirmou o entendimento de que a reserva de lei complementar restringe-se àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu tal instrumento de forma expressa, não se admitindo qualquer tipo de analogia ou relação de similitude material...”

No tocante ao tema da sucessão trabalhista, o voto do Ministro Ricardo Lewandoski foi no sentido de que inexistiria qualquer inconstitucionalidade, pelo fato de ser possível a constatação de que a nova lei da falência e recuperação foi resultado de amplo debate com os setores sociais diretamente por ela afetados, bem como também foi fruto da necessidade de preservar-se o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada, de um lado, pela concorrência predatória entre seus principais agentes e, de outro, pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Nesse ponto, o relator ratifica seu entendimento de que a previsão de inexistência de sucessão trabalhista seria constitucional, bem como transparece o seu entendimento quanto à constitucionalidade dos demais artigos da Lei n. 11.101/05, inclusive o art. 47:

“Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada -, autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior.

(.....)

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela aguarda verdadeira relação simbiótica.

É exatamente o que consta do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, *verbis*:

(.....)

Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a incoerência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a 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”.

Já no tocante à limitação dos créditos trabalhistas ao limite de 150 salários mínimos, tema do art. 83, I, da Lei n. 11.101/05 e um dos objetos de análise desse trabalho, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu da seguinte forma:

“(...) não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se

tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional”.

Mais adiante o referido Ministro ainda sustenta que:

“É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado.

Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a

“legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso da falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores”.

E continuando seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski adentra no mérito da questão da constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas mediante o mesmo fundamento argüido pela doutrina, senão vejamos:

“Nesse aspecto, as disposições da Lei n. 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei n. 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número

de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par conditio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram”.

Cumprе ressaltar, que no primeiro parágrafo acima transcrito, Ministro adota a corrente doutrinária que entende pela constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas e adota, inclusive, o princípio da isonomia como forma de justificá-la. Já o último parágrafo acima transcrito, o referido Ministro segue nosso entendimento sustentado nesse trabalho de que deve ser aplicado o princípio da *par conditio creditorum*, pelo fato de ser específico ao caso em análise.

Em outra parte ainda de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski praticamente extingue qualquer tipo de objeção à Lei n.11.101/2005 no sentido de dizer que ela se oporia ao anseio constitucional de realização da justiça social em nosso país, conforme passamos a transcrever:

“Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência”.

Por fim, o supracitado Ministro finaliza seu voto decidindo a última questão pendente nesse trabalho que corresponde à constitucionalidade da Lei n. 11.101/2005 pelo fato de alguns de seus dispositivos fazerem vinculação expressa ao salário mínimo. Passamos a transcrever:

“Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações

ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte”.

Foi justamente com base em todo o entendimento acima transcrito e comentado que por votação da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal julgou-se pela constitucionalidade dos artigos da Lei n. 11.101/05.

Contudo, é importante destacar que foram votos vencidos os dos Ministros Carlos de Brito, que votou pela inconstitucionalidade do art. 83, I, da supracitada lei, e de Marco Aurélio, esse último para quem a inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/05 somente estaria no tocante à indexação ao salário mínimo.

Em relação à esse aspecto, o voto do Ministro Marco Aurélio se fundamenta nos seguintes termos:

“A inconstitucionalidade, a meu ver, surge, e o caso é mesmo de indexação, porque ninguém me diz que cento e cinquenta salários mínimos, à data da edição da Lei, representam hoje em pecúnia o mesmo quantitativo, no conflito da norma com o inciso IV, ou seja, a cláusula final do inciso IV do art. 7º da Carta Federal, no que visa deixar o legislador livre, sem vinculações maiores, para atuar na majoração do salário mínimo. Prevê o salário mínimo como suficiente a satisfazer certas necessidades – e acredito que ele não chegue a essa satisfação, mesmo não percebendo salário mínimo. E vem o preceito final: “(...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. E, no caso, houve a vinculação.

O que se pretendeu, Presidente, quando se versou o quantitativo de cento e cinquenta salários mínimos por credor? Pretendeu-se manter o valor atualizado. Em vez de cogitar-se de quantitativo absoluto, lançou-se a referência a salários mínimos.

(....)”

E mais adiante, o supracitado Ministro finaliza seu voto da seguinte forma:

“Por isso, no tocante ao inciso I do artigo 83, parto para a interpretação conforme à Carta e declaro a inconstitucionalidade, a menos que se

considere o valor em pecúnia que os cento e cinqüenta salários mínimos representam à data da edição da lei”.

O que, com a devida vênia, melhor razão não assenta ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, posto que esse entendimento também tornaria inconstitucional diversos dispositivos de leis atualmente vigentes, inclusive, complementares. Como é o caso, por exemplo, do art. 275, inciso I, da Lei n. 5.869/73, comumente conhecida por Código de Processo Civil. E também do art. 852-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, a segurança jurídica estaria abalada. Nesse aspecto, é importante lembrar que segurança jurídica “significa paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito”⁸⁴, o que, a *contrário sensu*, é o oposto do que iremos obter ao concordamos com a tese do supracitado Ministro do Supremo.

⁸⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p18.

VII-CONCLUSÃO

Ao iniciarmos os nossos estudos relativos ao tema que foi tratado nesse trabalho ainda não tínhamos a exata noção da complexidade que o objeto de estudo envolvia. A cada nova leitura a conclusão pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos arts. 49, § único do 54 e inciso I, do 83, da Lei n. 11.101/05 era abalada.

Na realidade, o esclarecimento começou a surgir por meio do estudo da função social da propriedade e, por conseguinte, da função social da empresa. Função social essa, que entendemos ser o principal liame de diferenciação entre a lei anterior (Decreto-Lei n. 7.661/45) e a Lei atual n. 11.101/05. Pois, a atual lei de falência e recuperação representa uma nova ferramenta criada pelo legislador pátrio a fim de concretizar o sonho de se fazer a justiça social.

São provas contundentes dessa intenção os pareceres para admissão ou rejeição à algumas emendas ao Projeto de Lei n. 4.376/93 que posteriormente daria nascimento a Lei n. 11.101/05. Senão vejamos:

“Emenda n. 41⁸⁵, do Senador Pedro Simon, traz alterações a 30 artigos do substitutivo, modificando a disciplina dos créditos de natureza trabalhista na recuperação judicial e na falência. A emenda exclui a votação na classe dos trabalhadores na recuperação judicial, prevendo que os trabalhadores só se submetem ao plano de recuperação por adesão voluntária; reduz o prazo máximo de pagamento das obrigações trabalhistas na recuperação judicial, de um ano para seis meses, e aumenta o valor do crédito, que deve ser pago em 30 dias, de cinco para dez salários mínimos; elimina o limite de 150 salários mínimos para a preferência do crédito trabalhista na falência; prevê a superioridade, sem limitações, do crédito trabalhista em execução ou sob reserva e do crédito de natureza estritamente salarial na falência; restabelece a sucessão trabalhista nas alienações judiciais do processo

⁸⁵ PARECER N. 559, de 2004- PLEN, proferido pelo Senador RAMEZ TEBET. Obtido na obra de: MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 243 e 244.

falimentar e prevê expressamente a solidariedade do arrematante. De maneira semelhante, preceituam as emendas n. 43, 44, 46, 47 e 49, da Senadora Heloísa Helena, e as emendas n. 45 e 50, do Senador Paulo Paim.

Entendemos que o trabalhador, como o grande interessado na preservação da empresa e na manutenção do emprego, deve participar do processo de negociação, e as modificações propostas dificultam a concessão da recuperação judicial. Ressalte-se que o plano só será aprovado, se os trabalhadores, como classe, aprovarem-no. Mesmo assim, foram definidos diversos mecanismos de proteção aos trabalhadores, como a limitação dos termos do plano de recuperação e o voto por cabeça.

Quanto à limitação, na falência, da preferência dos créditos trabalhistas à 150 salários mínimos, é preciso deixar bem claro que ela visa proteger os próprios trabalhadores contra possíveis fraudes de ex-administradores e, por isso, conta com o apoio das maiores centrais sindicais do País. Ademais, a média das indenizações e acordos homologados na Justiça do Trabalho não supera o equivalente a 12 salários mínimos. Considerando-se a estrutura extremamente concentrada da renda no Brasil, o limite superior a 150 salários mínimos (hoje equivalente a R\$ 39 mil) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estarão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados na hierarquia administrativa das sociedades.

Por essa razão e outra, o nosso parecer é pela rejeição das Emendas”

Constata-se que, o legislador estudou e não quis inviabilizar o novo instituto tal como ocorria na concordata caso deixasse de submeter os créditos trabalhistas ao regime de Recuperação.

Desse parecer, também podemos verificar que a limitação do privilégio dos créditos trabalhistas não foi algo impensado pelo legislador, mas sim algo criteriosamente analisado. Ele garante ter por escopo três questões, que são: a de criar possibilidades para o restabelecimento da empresa em crise e ao mesmo tempo evitar fraudes de seus administradores e de proteger o trabalhador, esse último tanto no sentido de permitir que ele receba seu crédito como também mantenha seu emprego.

No tocante ao equívoco vislumbrado por parte da doutrina de que alguns artigos da Lei n. 11.101/05 seriam inconstitucionais, isto é, contrários à Constituição Federal brasileira

terminamos por comprovar com a ajuda, inclusive, do entendimento do Supremo Tribunal Federal que, na realidade, não o são.

Não há que se suscitar violação ao princípio da isonomia ou igualdade, mas há que se observar a sua especificidade. Nesse caso, ele representa necessariamente que deva ser observado o princípio da *par conditio creditorum*, pelo fato de primar que seja respeitada a igualdade de credores de uma mesma classe.

Assim, a Lei n. 11.101/05 quanto limita a preferência dos créditos trabalhista à 150 salários mínimos estabelece à igualdade entre essa classe e ainda propicia a isonomia entre as demais classes, já que essas última terão mais chances de receber seu crédito.

O fato é que agora só nos resta aguardar esperançosos que a aplicação da Lei n. 11.101/05 ao caso concreto efetivamente represente a preservação da empresa e de sua função social, nos termos que foram expostos por esse trabalho, mas que até o presente momento ainda não aconteceram.

IX-REFERÊNCIAS:

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (Coord.) – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83 e84.
- ABRÃO, Nelson. *O Novo Direito Falimentar: Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. Cap. 2, p.29-34, e, Cap. 16, p.178-183.
- _____. *Curso de Direito Falimentar*. 3.ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p18.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Os Direitos Trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do Empregador*. Disponível em < [http:// www4.Mackenzie.com.Br/fileadmin/graduação/F Dir/ Artigos/ amador.pdf](http://www4.Mackenzie.com.Br/fileadmin/graduação/F_Dir/Artigos/amador.pdf) > Acesso em: 29.03.2008.
- ALMEIDA, Amador Paes de. Sólton de Almeida Cunha. *Os Direitos Trabalhistas na Recuperação Judicial e na Falência do Empregador*. São Paulo: Revista LTr, v. 69, n.08, p. 938-943, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2008.
- CAMPINHO, Amaury. *Manual de Falência e Concordata*. 8.ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. V.3, p.237
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª Ed., SP: Saraiva, 2004. Quarta Parte - Capítulo 28, p.366-374.
- _____. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 7ª Ed., SP: Saraiva, 2005.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n.732, out. 1996, p. 43-44.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 2ª Ed., SP: Atlas, 2005. Cap.1, p. 17-36; e, Cap 4, p. 77-96.
- FERRARI. Irany; NASCIMENTO. Amauri Mascaro; MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2002.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p 15
- GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. *Inconstitucionalidades da Lei de Recuperação de Empresas e da Lei Complementar n. 118, de 2005*. São Paulo: Revista LTr, 2006, v. 70, n.05, p. 585- 589.
- KOURY, Suzy Cavalcante. *As Repercussões da Nova Lei de Falências no Direito do Trabalho*. São Paulo : Revista LTr, 2005, v. 69, n.08, p. 968- 975.
- LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão (Coord.) – 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134 e 135.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6.ª Ed., SP: LTr, 2008.
- MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Os Direitos dos Trabalhadores na Lei de Recuperação e de Falência de Empresas*. São Paulo: LTr, 2007.
- MOURA, Marcelo Antônio de O. A. de. Luiz Marcelo Figueiras de Góis. *Os Efeitos da Falência nas Relações Materiais e Processuais de Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2006, v. 70, n.11, p.1318- 133.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Ed., SP: Atlas, 2008. Cap. 3, p. 30-122; e, Cap. 5, p. 193-203.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Falências, Recuperação e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, v. 69, n.08, p. 903- 914, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Da Nova Lei de Falência e a Execução Trabalhista*. São Paulo: Revista LTr, 2005, v. 69, n.05, p.581- 584.
- OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. *A Limitação aos Créditos Trabalhistas na Nova Lei de Falências e o Princípio da Isonomia*. Artigo disponível em: [HTTP://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33509/public/33509-43302-1-PB.pdf), retirado em 03.01.2010.

- PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*. Artigo disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>, retirado em 31.10.2009.
- PEIXOTO, Bolivar Viegas. *Iniciação ao Processo individual do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Cap. IV, p. 53-95.
- PRADO, Maeli. “Spread” brasileiro é o maior do mundo. Reportagem publicada na Folha de São Paulo do dia 12.04.2004, no caderno “Folha Dinheiro”, p. B1.
- REIS, Daniela Muradas. *A Nova Lei de Falência: Aspectos Inovadores no Direito do trabalho e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Revista LTr, 2005, v. 69, n.07, p. 858- 862.
- ROBERTS, Carlos Habovski. ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. *A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência e Algumas Repercussões no Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista LTr, 2005, v. 69, n.09, p. 1131-1135.
- ROMITA, Arion Sayão. *O Fascismo no Direito do Trabalho: influência da Carta Del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira*. São Paulo: LTr, 2001;
- _____. *Direito do Trabalho: Temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, Cap. 8, p 111-120;
- _____. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2007
- SANTOS, Ricardo Maciel dos. *Os Créditos Trabalhistas e a Nova Lei de Falências*. Estado & Atividade Econômica. Marco Antônio Villatore, Roland Hansson (Cooders.) Curitiba: Juruá, 2007. P. 439- 456.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Geraldo José Guimarães da. *A crise da Empresa no Direito Falimentar Comparado*. Tese (Doutorado – Direito das Relações Sociais). Pontifca Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1998. P- 232-233.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE
GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA
FORMADA PELOS SEGUINTE PROFESSORES:

Prof. Dr. Arion Sayão Romita
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF
(Orientador)

Prof. Dr. Maria Stella Faria de Amorim
UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF

Prof. Dr. Arnaldo José Duarte do Amaral
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB

Rio de Janeiro, 11 de maio de 2010.

Prof. Dr. Maria Stella Faria de Amorim
Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)