ANDRÉ DE MELO RIBEIRO

**O DIREITO DO TRABALHO E A PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA NO NOVO DIREITO CONCURSAL:
A LEI N. 11.101/2005 E A SUCESSÃO DE
EMPREGADORES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DR. NELSON MANNRICH

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

ANDRÉ DE MELO RIBEIRO

**O DIREITO DO TRABALHO E A PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA NO NOVO DIREITO CONCURSAL:
A LEI N. 11.101/2005 E A SUCESSÃO DE
EMPREGADORES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho e Previdência Social, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Mannrich.
Área de concentração: Direito do Trabalho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

Banca examinadora

À Ana, pelo apoio incondicional e amor infinito.

Aos meus pais, exemplos de vida, amor e dedicação.

RESUMO

A organização do mercado de trabalho experimentou alterações significativas nas últimas décadas. Tais mudanças aumentaram significativamente as relações de trabalho não sujeitas à subordinação direta inerente à relação de emprego, porém também não consistentes com a autonomia existente nos contratos de prestação de serviço regulados pelo Direito Privado. Esse cenário promove novo estado de crise no Direito do Trabalho, pois seus instrumentos não correspondem com os anseios sociais referentes a tais formas de contratação. Nesse cenário, a sucessão de empregadores é analisada, a fim de identificar seus elementos e verificar sua aplicabilidade às empresas em crise. Esta análise torna-se necessária em virtude das modificações no Direito Concursal brasileiro promovidas pela Lei n. 11.101/2005. A referida lei implantou reformas significativas, alterando o objetivo nuclear e oferecendo novos instrumentos para assistir empresas em crise. Dentre tais instrumentos, novo procedimento de falência e a recuperação judicial afetam diretamente os direitos e prioridades dos credores trabalhistas. Considerando tais alterações, a aplicabilidade da legislação trabalhista relacionada à sucessão de empregadores na venda de unidades produtivas do devedor no contexto da recuperação judicial e da falência, conforme artigos 60 e 141, da Lei n. 11.101/2005, é o objeto central do presente estudo. A referida análise parte do conceito de sucessão de empregadores e seus elementos essenciais no Direito do Trabalho – especialmente a despersonalização do empregador como instrumento de promoção da continuidade dos contratos de trabalho e das garantias dos empregados. Adicionalmente, buscou-se amparo nos antecedentes históricos do Direito Concursal e a sua atual regulamentação no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, União Européia, Estados Unidos, França, Espanha, Portugal, Bélgica e Argentina, bem como relevantes decisões da Corte Européia e das cortes norte-americanas. Com base nesses elementos, os antecedentes históricos e a legislação concursal brasileira atual são interpretados, considerando a opção legislativa de abandonar a dicotomia entre a moratória e a liquidação de ativos, a fim de oferecer uma gama de instrumentos ao devedor com o objetivo de preservar negócios economicamente viáveis. Considerando tal substrato, os artigos 60 e 141, da Lei n. 11.101/2005, são interpretados conjuntamente com os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, e com os princípios constitucionais relacionados.

ABSTRACT

The organization of the labor market underwent substantial changes in the last decades. These changes dramatically increased work relationships not subjected to direct subordination inherent to the employment contract, but also not consistent with the autonomy existing in the service rendering agreements which are regulated by the Civil Law. This scenario prompts a state of crisis in the Labor Law, since its instruments do not correspond to the society's expectations related to these forms of relations. In this scenario, the succession of employers is analyzed, in order to identify its elements and to verify its applicability to enterprises in economical distress. Such analysis is necessary due to the modifications of the Brazilian Bankruptcy Law instituted by the Law no. 11.101/2005. This law implemented significant reforms, changing the Brazilian Bankruptcy legislation core objective and providing new instruments to assist enterprises in economical distress. Among such instruments, the judicial recovery and the new bankruptcy proceedings directly affected the labor creditors' rights and priorities. Considering such changes, the applicability of the Brazilian Labor Law regarding the succession of employers in the sale of business units of debtor in the context of the judicial restructuring and bankruptcy, under Articles 60 and 141 of Law no. 11.101/2005, is the central objective of this study. This analysis considers the concept of succession of employers and its essential elements in the Labor Law, especially the depersonalization of the employer as an instrument to promote observance of the employment contract and the employees' guaranties. Additionally, the historical background of Bankruptcy Law and its current regulations under the International Labor Organization, European Union, United States, France, Spain, Portugal, Belgium and Argentina, as well as the relevant case law of the European Court and U.S. Courts are considered. Based upon these elements, the Brazilian historical and current Bankruptcy legislation are interpreted, considering the legislative option to abandon the dichotomy between the moratorium and liquidation of assets, in order to provide the debtor with a significant range of instruments to preserve economically viable enterprises. Considering such substrate, Articles 60 and 141 of Law no. 11.101/2005 are interpreted together with Articles 10 and 448 of the Consolidation of Labor Laws and the related constitutional standards.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
PRIMEIRA PARTE: A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E A SUCESSÃO TRABALHISTA.....	6
1. PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO.....	6
1.1. Alterações do ambiente do trabalho.....	6
1.2. A crise do Direito do Trabalho.....	7
2. NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO DO TRABALHO	14
2.1. Origens do Direito do Trabalho	15
2.2. Direito do Trabalho no Brasil	20
3. SUCESSÃO	22
3.1. Noções preliminares.....	22
3.2. Sucessão no Direito do Trabalho	23
SEGUNDA PARTE: DIREITO CONCURSAL	39
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	39
1.1. Na Antiguidade	39
1.2. Na Idade Média	41
2. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRA	44
2.1. Organização Internacional do Trabalho	46
2.2. União Européia.....	48
2.3. Estados Unidos da América do Norte	55
2.4. França.....	64
2.5. Portugal	74
2.6. Espanha	79
2.7. Bélgica.....	83
2.8. Argentina.....	84
3. Legislação nacional.....	88
3.1. Antecedentes históricos.....	88
3.2. Críticas ao modelo regulado pelo Decreto-Lei n. 7.661/45	90
3.3. A Lei n. 11.101/2005	93
TERCEIRA PARTE: INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONCURSAL	109
1. LEI N. 11.101/2005 E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: APARENTES ANTINOMIAS	111
1.1. A preservação da empresa	118
1.2. Sucessão trabalhista na falência.....	121
1.3. Sucessão trabalhista na recuperação judicial	127
CONCLUSÃO	139
BIBLIOGRAFIA	145

INTRODUÇÃO

O tema proposto é o estudo das alterações promovidas pela Lei n. 11.101, de 09.02.2005, em relação à sucessão de empregadores na alienação de estabelecimentos ocorrida nos procedimentos de recuperação judicial e falência. Propõe-se a análise do aparente conflito de normas consubstanciado nos artigos 60 e 141, da Lei n. 11.101/2005, e os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O referido tema apresenta relevância em virtude das acentuadas crises econômicas enfrentadas a partir do final da década de 1980, cumuladas com a exaustão da capacidade de investimento do Estado e suas conseqüências na promoção dos direitos sociais e nas políticas de incentivo ao desenvolvimento econômico.

Com a reforma promovida pela Lei n. 11.101/2005, foi alterado de maneira fundamental o paradigma axiológico do sistema concursal brasileiro, com significativos reflexos nas garantias dos trabalhadores. Entre tais alterações, destaca-se a regulamentação da sucessão de obrigações entre devedor e adquirente de unidades produtivas na recuperação judicial e falência, tendo em vista seus impactos na precificação dos ativos, na segurança jurídica dos negócios firmados em tais procedimentos e na viabilização dos objetivos da nova legislação, considerando seu papel enquanto elemento de promoção da preservação da atividade econômica.

Ao tratar da alienação de estabelecimentos na recuperação judicial e na liquidação dos ativos na falência, prevê esse diploma a ausência de sucessão do adquirente nas obrigações do alienante. A disposição referente à sucessão na recuperação judicial é genérica, enquanto na falência menciona especificamente as obrigações trabalhistas e decorrentes de acidentes de trabalho, bem como a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados que acompanharem a unidade produtiva alienada.

Sob esse cenário, surge a necessidade de interpretar o alcance das referidas normas, tomando-se por fundamento a natureza própria da relação de emprego e seus princípios e a regulamentação trabalhista vigente, sem, contudo, ignorar a natureza da empresa como núcleo de um feixe de interesses coletivos, protegido pelo ordenamento.

Como elemento auxiliar à análise proposta, verificou-se a regulamentação falimentar e o tratamento dispensado à sucessão de empregadores na alienação de estabelecimentos no Direito Internacional e na legislação estrangeira.

Tal análise abrangeu os aspectos relevantes do Direito Concursal e da sucessão de empregadores, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho e da União Européia, bem como da legislação e doutrina nos Estados Unidos, França, Espanha, Portugal, Bélgica e Argentina. Também foram mencionados aspectos específicos da legislação italiana, em especial vinculados às decisões da Corte Européia.

Ademais, buscou-se examinar os elementos na evolução histórica do instituto da sucessão de empregadores e das alterações promovidas no Direito Concursal no Brasil, a fim de interpretar sistematicamente os dispositivos mencionados. A referida interpretação tomou por fio condutor a harmonização dos dispositivos previstos em ambos os microsistemas normativos e a mudança dos paradigmas legislativos decorrentes do novo Direito Concursal, do Direito do Trabalho atual e sua aplicação às empresas em crise.

Quanto aos países considerados para a análise, a legislação norte-americana foi eleita em virtude de sua vanguarda na em relação à recuperação de empresas em crise, bem como sua relevância econômica.

No âmbito da União Européia, além do exame das normas comunitárias e das principais decisões da Corte Européia referentes ao tema, decidiu-se pelo estudo da legislação francesa, por sua vanguarda na previsão de instrumentos de recuperação no continente europeu, bem como sua preocupação com a manutenção de postos de trabalho e proteção dos trabalhadores. Espanha e Portugal foram também examinados em virtude de seus vínculos históricos com os países da América Latina – em especial com o Brasil – e pela orientação atual de sua legislação, retornando a privilegiar a satisfação dos credores, após experimentar as conseqüências da busca exacerbada pela preservação da empresa. A experiência belga apresenta elementos peculiares e interpretações que oferecem suporte à interpretação proposta para a legislação brasileira.

Por fim, analisou-se o modelo concursal argentino, por sua proximidade geográfica, econômica e cultural com o Brasil, sua vanguarda na América Latina, e importância desse país enquanto parceiro comercial do Brasil.

Considerando esses elementos, o estudo proposto foi dividido em três partes. A primeira corresponde à identificação do contexto atual e dos antecedentes históricos do Direito do Trabalho, bem como dos elementos caracterizadores da sucessão de empregadores.

A segunda parte analisa a mencionada legislação concursal internacional e estrangeira, bem como os antecedentes históricos e o contexto atual da legislação concursal no Brasil, com especial destaque para as reformas promovidas pela Lei n. 11.101/2005.

A terceira parte apresenta a intersecção do Direito do Trabalho e do Direito Concursal na regulamentação da sucessão de empregadores, buscando-se solucionar a aparente antinomia entre os artigos 60 e 141, da Lei n. 11.101/2005, e os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, considerando o paradigma da preservação da empresa e os demais princípios constitucionais afetados pela interpretação de tais dispositivos. Para tanto, se propôs a interpretação das referidas normas, com base no princípio da proporcionalidade, a fim de delimitar a aplicabilidade da sucessão de empregadores na alienação de unidades produtivas na recuperação judicial e na falência.

As citações bibliográficas foram elaboradas com base nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, adaptadas às peculiaridades da doutrina jurídica. As remissões e a apresentação de informações complementares constam de notas de rodapé, a fim de facilitar a leitura e a consulta imediata às referências citadas. Nas hipóteses em que apenas uma obra de determinado autor é citada na dissertação, após a primeira citação utilizou-se a expressão '*op. cit.*', repetindo-se a citação completa na bibliografia. Havendo multiplicidade de obras do mesmo autor, preferiu-se indicar as primeiras palavras do título da obra ou artigo após a primeira citação, bem como a página.

Em relação a artigos e periódicos norte-americanos, indicou-se, também, a referência bibliográfica utilizada naquele país, a fim de facilitar eventual consulta. Em relação às fontes disponíveis em versões impressas e em meios eletrônicos, fez-se referência a ambas,

identificando o endereço eletrônico onde se encontrava disponível a obra citada, bem como a data (mês e ano) da última consulta efetuada.

Por fim, em virtude de a questão analisada vincular-se a recente alteração legislativa, cuja análise pela jurisprudência ainda é limitada, faz-se menção às principais ações em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade dos dispositivos analisados. Até o encerramento desse estudo, não havia sido publicada decisão referente ao mérito de tais ações.

PRIMEIRA PARTE: A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E A SUCESSÃO TRABALHISTA

1. PANORAMA ATUAL DO DIREITO DO TRABALHO

1.1. Alterações do ambiente do trabalho

O Direito do Trabalho, influenciado pelo objeto de seu estudo, funda-se sobre um substrato mutável, vinculado a fatores econômicos, políticos, culturais e sociais. Trata-se de ramo jurídico cujos elementos desmontam-se e recompõe-se continuamente, a fim de interpretar e dar significado às novas realidades da organização das relações de trabalho.¹

Tal qual ocorreu durante o século XVIII, no século XX verificou-se a incapacidade do ordenamento jurídico de regular as novas formas de produção decorrentes dos avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas. A dispersão da organização produtiva – por meio da exteriorização de mão-de-obra – e o desenvolvimento dessas novas formas de contratação contrapõe-se à uniformidade normativa do Direito do Trabalho, afetando sua eficácia.² Essa realidade, porém, não se apresenta como um fenômeno imprevisto. A superação do modelo de gestão fundamentado nas máximas de Frederic Taylor e Henry Ford já fora identificado no final do século passado.

O Relatório Supiot verificara a alteração da estrutura empresarial em decorrência da elevação do nível de competência e qualificação dos trabalhadores, concorrência em função da abertura de mercados e aceleração do progresso técnico nas áreas de informação e comunicações.³

¹ BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para Armar*. São Paulo: LTr, 1999, p. 47-49. Também nesse sentido, Arion Sayão Romita (ROMITA, Arion Sayão. “Sucessão de empresa: Assunção pelo sucessor da responsabilidade trabalhista e previdenciária do sucedido”. In: *Direito do Trabalho – temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, p. 111).

² FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: Uma breve história do século XXI*. (Tradução de Cristiana Serra e S. Duarte). Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 50. De maneira semelhante se posiciona Maria do Rosário Palma Ramalho (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 57).

³ No final da década de 1990, a União Européia decidiu pela instituição de uma política social comunitária, em vista do Tratado de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997. Foi delegada a um grupo de especialistas – sob a coordenação de Alain Supiot – a análise das transformações ocorridas nas formas produtivas e suas repercussões no Direito do Trabalho. Esse relatório passou a ser referido com o nome de seu coordenador. Foi posteriormente publicado (SUPIOT, Alain (Coord.). *Au-delà de l’emploi: transformations du travail et*

Assim, se o Direito do Trabalho surge no século XVIII como solução para a “questão social”, os paradigmas e instrumentos desenvolvidos para o ambiente produtivo decorrente da Revolução Industrial tornaram-se incapazes de regular satisfatoriamente o modo de produção no qual a relação de trabalho típica deixa de ser hegemônica. Frente a tal situação, o ordenamento jurídico vê-se novamente em crise.

1.2. A crise do Direito do Trabalho

Segundo Jürgen Habermas, o conceito de crise foi absorvido do uso médico, no qual designa fase de doença em que os recursos do organismo não são suficientes para superar a enfermidade. Nas ciências sociais reflete as restrições previstas na estrutura do sistema social, incompatíveis com as necessidades, resultando em distúrbios persistentes de integração.⁴

Esta situação ocorre com o Direito do Trabalho, cujos institutos enfrentam dificuldades em cumprir sua função na regulação do trabalho.⁵ Se até a década de 1970 era possível identificar um perfil típico do trabalhador subordinado – sujeito por excelência das garantias previstas pelo Direito do Trabalho – tal homogeneidade torna-se cada vez mais rara com as mudanças no modo de produção. Dessa forma, verifica-se a inflexão da orientação tradicional do Direito do Trabalho, desencadeando novo período de instabilidade.⁶

Na Europa e na América do Norte, em virtude do grau de industrialização e de desenvolvimento dos mercados econômicos, tal crise resultou na alteração da legislação, reascendendo o debate quanto aos objetivos do Direito do Trabalho. Assim, enquanto se mantém a aplicação dos instrumentos tradicionais para regular as relações de trabalho típicas, novas relações exigem estruturas legislativas adaptadas às suas realidades.

devenir du droit du travail en Europe. Paris: Flammarion, 1999), contando, inclusive, com versão em português (SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, Associação de Estudos Laborais – Perspectivas Laborais, 2003).

⁴ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio* (trad. de Vamireh Chacon). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 11-13.

⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho (...)*, p. 61.

⁶ Idem, p. 54-55.

No âmbito da União Européia, o Livro Branco de 1994 já indicava a necessidade de buscar competitividade de longo prazo por meio do aperfeiçoamento da relação entre proteção social, competitividade e criação de postos de trabalho, superando as propostas de simples diluição da proteção social como solução para a retomada econômica.⁷

Ademais, verificou-se que as alterações na organização produtiva resultaram na estratificação do mercado de trabalho: de um lado os trabalhadores permanentes, com vínculos duradouros e protegidos pela legislação atual (“*insiders*”), de outro, indivíduos alijados de qualquer proteção, em situações precárias e sem níveis mínimos de proteção (“*outsiders*”). Como alternativa, vislumbra-se a remoção de obstáculos ao trabalho a tempo parcial e promoção de sistemas de proteção social diferenciados, a fim de integrar os diversos modelos de ocupação que o trabalhador terá durante sua carreira.⁸

Portanto, cabe ao Direito do Trabalho resgatar suas origens vinculadas à crise do sistema de produção, apresentando-se como elemento-chave no processo de adaptação de trabalhadores e empresas à nova realidade produtiva e social. Tal realidade, porém, implica uma maior adaptabilidade às novas formas de contratação atípicas, como ocorre no mercado europeu.⁹

Na França, desde 1982 verifica-se a profusão de instrumentos coletivos regulando a jornada de trabalhadores, ainda que em condições menos favoráveis que aquelas estabelecidas pela lei, bem como a multiplicação de formas alternativas de contratação, conforme a natureza e peculiaridades das atividades desenvolvidas.¹⁰

⁷ UNIÃO EUROPÉIA. “*Jobs, Jobs, Jobs: Creating more employment in Europe.*” EC Livro Branco, COM (94) 333 – Relatório do Grupo de Missão sobre o Emprego, sob a presidência de Wim Kok. Novembro 2003. Disponível em <http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/etf_en.pdf>. (Acesso em novembro/2008). No mesmo sentido, DEAKIN, Simon. MORRIS, Gillian S. *op. cit.*, p. 49.

⁸ Para evitar tal situação, o referido instrumento indica a necessidade de promoção das agências de trabalho temporário, remoção de obstáculos ao trabalho a tempo parcial, bem como promover sistemas de proteção social que integrem os diversos modelos de ocupação que o trabalhador provavelmente terá durante sua carreira (UNIÃO EUROPÉIA. *Jobs, (...)*, p. 7-11).

⁹ UNIÃO EUROPÉIA. “Livro Verde: Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”. COM (2006) 708 final, p. 205-206. Disponível em: <http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_pt.pdf>. (Acesso em novembro/2008). A União Européia cunhou o conceito da ‘flexigurança’, vinculado à busca de um mercado de trabalho mais justo, reativo e inclusivo, que possibilite à Europa resgatar sua competitividade. Por consequência, é significativa a alteração da distribuição dos postos de trabalho entre as novas formas de contratação, tanto em relação ao trabalho a termo ou tempo parcial quanto à exteriorização de ciclos produtivos ou subcontratação (UNIÃO EUROPÉIA. “Livro Verde: (...)”, p. 209-216).

¹⁰ Beatrice Appay indica as seguintes modalidades de contratação “non-standard” hoje vigentes no ordenamento francês: *contrat d'accès à l'emploi* (CAE); *contrat d'accompagnement dans l'emploi*; *contrat*

Na Itália, em 2006, as formas alternativas de contratação já representavam 26,8% dos contratos de trabalho, conforme pesquisa realizada pela Associazione Nuovi Lavori.¹¹ Na Inglaterra, o contrato de trabalho tradicional permanece sendo o preponderante, entretanto, 44,3% da força de trabalho dependente já se encontra vinculada por meio de relações outras que não a relação de emprego.¹²

Considerando o exposto, há necessidade de o Direito do Trabalho readaptar-se, passando a centralizar seus esforços na garantia de direitos, organização de um mercado de trabalho flexível e promoção da ocupação formal. Não por outra razão, identifica-se forte movimento legislativo, com vistas à positivação de diversas exceções ao contrato tradicional de trabalho, inclusive com o aumento das formas de contratação por prazo determinado, por projeto e a tempo parcial.¹³

Tal orientação permanece atual, sendo necessário reequacionar o equilíbrio entre Estado, mercado e sociedade. Esse exercício, todavia, não se resume a “mais mercado” e “menos Estado”; o que se busca é mais sociedade, mais mercado e um melhor Estado, onde este não compareça apenas como poder transcendente à sociedade civil, mas como servidor

d'adaptation; contrat d'apprentissage; contrat d'avenir; contrat d'insertion dans la vie sociale (CIVIS); contrat de professionnalisation; contrat de qualification pour les adultes; contrat de qualification pour les jeunes; contrat de travail temporaire; contrat de travail à temps partiel; contrat emploi consolidé; contrat emploi solidarité (CES); contrat initiative-emploi (CIE); contrat insertion – revenu minimum d'activité (CIRIMA); contrat saisonnier; contrat vendanges; contrat 'Jeunes en Entreprise'; contrat nouvelles embauches (CNE); contrat première embauche (CPE)) (APPAY, Beatrice. “Il Caso Francese”. In: TURSILLI, Antonio. *Il 'nuovo' nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori. 2006, p. 52-53).

¹¹ Maria Pia Camusi cita os seguintes formas de contratação alternativas vigentes na França e sua participação no mercado de trabalho: *Contratti non standard – Tempo determinate full-time* (4,3%); *Contratti non standard – Tempo determinate part-time* (1,4%); *Contratti non standard – apprendistato* (3,2%); *Contratto di reinserimento* (ex legge 223/1991) (0,2%); *Collaborazione occasionale* (2,1%); *Prestazione d'opera* (1,5%); *Associazione in partecipazione* (0,4%); *Lavoro autonomo con partita Iva* (4,3%); *Contratto di apprendistato* (2,3%); *Contratto di inserimento* (0,3%); *Lavoro ripartito* (0,1%); *Lavoro intermittente* (0,1%); *Lavoro a progetto* (2,9%); *Lavoro occasionale o accessorio* (0,9%); *Associazione in partecipazione* (0,2%); *Appalto* (0,7%); *Distacco* (1,0%); *Somministrazione a tempo determinato* (0,6%); *Somministrazione a tempo indeterminato* (0,3%) (CAMUSI, Maria Pia. “La domanda di lavoro non standard.” In: TURSILLI, Antonio (Coord). *Il 'nuovo' nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori. 2006, p. 22).

¹² Paul Edwards inclui nas formas alternativas de contratação os trabalhadores autônomos (12,7%), os trabalhadores dependentes temporários (5,9%) e os trabalhadores dependentes a tempo parcial (25,7%) (EDWARDS, Paul. “Il ristrutturato mercato del lavoro inglese”. In: TURSILLI, Antonio. *Il 'nuovo' nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori, 2006, p. 22).

¹³ VIGNEAU, Christophe. “Comparative Labor and Employment Law and policy in the next quarter century: Labor law between changes and continuity.” In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 25 (25 Comp. Lab. L. & Pol’y J. 129), outono de 2003. Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>>. (Acesso em janeiro/2009).

dela, assegurando de forma igualitária e contínua o acesso aos serviços essenciais e garantindo o respeito aos direitos fundamentais, nova denominação do princípio protetor.¹⁴

Assim, deve-se aceitar novo papel do Direito do Trabalho, aparentemente contraditório e ambíguo, de proteger o trabalhador e promover os interesses da empresa, assegurando eficácia econômica, sem deixar de garantir o direito dos trabalhadores e seu efetivo cumprimento.¹⁵

2.3. Cenário brasileiro

No Brasil, a situação não difere de maneira significativa. Enquanto o legislativo buscou nas últimas décadas estabelecer modelos de contratação alternativos, com resultados limitados, o mercado de trabalho continua a reestruturar-se significativamente, inclusive com aumento da informalidade.

Segundo PNAD/IBGE de 2003, mais de 14 milhões de trabalhadores brasileiros, sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, não tinham registro de trabalho, e 42,3% da população ocupada não possuíam registro em carteira. Ainda, estima-se que em torno de 17,7 milhões de trabalhadores autônomos estejam em condição irregular.¹⁶ Por outro lado, segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em 2006 havia no mundo 376,6 milhões de trabalhadores envolvidos com atividades terceirizadas, divididos em 145 países, ou seja, 15,5% da mão-de-obra em atividade. Nesse contexto, o Brasil respondia por 1,9% da terceirização mundial, com 7,1 milhões de trabalhadores terceirizados.¹⁷

O referido movimento não é recente, se iniciando no Brasil no final da década de 1960, com a promoção da descentralização da atividade estatal, por meio de contratação de prestadores de serviço.¹⁸

¹⁴ MANNRICH, Nelson. "Tendências Atuais Relativas ao Âmbito Pessoal do Direito do Trabalho em Portugal, Espanha e Brasil". In: *Revista de Estudos Laborais Minerva*, série II, n. 1, Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, p. 140.

¹⁵ Idem, p. 141.

¹⁶ Ibidem, p. 155.

¹⁷ POCHMAN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho - Pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão-de-Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo (SINDPREES)*. Disponível em: <<http://www.sindeepres.com.br/pt/estudos/Pesquisa%20Marcio%20Pochman.pdf>>. (Acesso em 02.01.2009).

¹⁸ Decreto-Lei n. 200/1967 e Lei n. 5.645/1970.

Em 1974 é aprovada a Lei n. 6.019/74, instituindo o trabalho temporário para substituição de pessoal permanente ou aumento extraordinário de atividade. Em 1983, a Lei n. 7.102/83 autorizou a contratação de serviços especializados de vigilância e transporte de valores por entidades financeiras.

Em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento jurisprudencial restringindo a possibilidade de contratação de serviços apenas às atividades de vigilância e trabalho temporário.

O Ministério do Trabalho e Emprego, antecipando a orientação posteriormente adotada pela referida Corte na Súmula 331, recrudesceu a fiscalização de empresas terceirizadas, restringindo as hipóteses de terceirização às atividades de limpeza, vigilância e transporte, como indicava a Instrução Normativa n. 7/1990. Em 1993, a publicação da Súmula 331 – a qual permanece em vigor – passa a autorizar a contratação de atividades desvinculadas do ciclo produtivo.

Frente à limitação das alternativas de contratação, e com a modificação do parágrafo único, do artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, verificou-se extraordinário incremento na contratação de cooperativas. Entretanto, se o referido dispositivo legal determina a inexistência de vínculo de emprego entre o cooperado e a cooperativa ou a tomadora de mão-de-obra, a utilização indiscriminada – e por vezes fraudulenta – dessa forma de contratação levou a fiscalização e o judiciário a forte ação repressiva, praticamente inviabilizando tal modelo.

Em 2005, por meio da Lei n. 11.196, buscou-se regular a contratação de prestadores de serviços para execução de serviços intelectuais e artísticos, modelo bastante difundido nas áreas de tecnologia e entretenimento, assegurando que os valores pagos a tais profissionais não seriam considerados como salário no âmbito fiscal e previdenciário.

Entre 1995 e 2005, de cada três novas vagas de trabalho criadas no setor privado, uma foi vinculada a serviços terceirizados. O ritmo médio de expansão anual desta modalidade de contrato foi quase quatro vezes maior do que o conjunto dos postos formais de trabalho. Paralelamente, verificou-se significativo crescimento das empresas prestadoras de serviço

sem empregados registrados no Estado de São Paulo, enquanto em 1985 correspondiam a 4,8% do total de empresas de prestação de serviços, em 2005 representavam 30,8%. No mesmo período, apenas 49% das vagas criadas encontravam-se no setor formal, usufruindo as garantias previstas na legislação trabalhista.¹⁹

Assim, enquanto o setor industrial buscou formas de exteriorização de segmentos do ciclo produtivo e contratação de prestadores de serviço para realização de atividades de suporte, no setor de serviços identifica-se cada vez mais a realidade descrita nos países europeus, com trabalhadores caracterizados como autônomos, com atividades contratadas por projeto ou sob a forma de parcerias. Como a legislação não acompanhou a realidade, o judiciário se vê na difícil tarefa de encaixar tais situações nos modelos vigentes, no mais das vezes caracterizando tais relações como de emprego, mesmo reconhecendo suas peculiaridades.²⁰

Dessa forma, a relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Comercial torna-se cada vez mais intrincada, pois as fronteiras entre o trabalhador por conta de terceiro e o trabalhador autônomo tornam-se cada vez mais mitigadas.²¹ Reforça-se a necessidade de redefinir o Direito do Trabalho para proteger os empregados sem, contudo, deixar de organizar o acesso à força de trabalho pelo empresário.²²

¹⁹ POCHMAN, Marcio. *op. cit.* .

²⁰ “PARASSUBORDINAÇÃO. JORNALISTA CORRESPONDENTE. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO RELACIONADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. (...) As novas e modernas formas de prestação de serviços avançam sobre o determinismo do art. 3º, da CLT, e alargam o conceito de subordinação jurídica, que, a par de possuir diversos matizes, já admite a variação periférica da parassubordinação, isto é, do trabalho coordenado, cooperativo, prestado extramuros, distante da sua original concepção clássica de subsunção direta do tomador de serviços.” (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Processo: 00073-2005-103-03-00-0, 4ª Turma, Relator Luiz Otávio Linhares Renault, 01.10.2005 – DJMG p. 12) A referida Turma manteve o mesmo posicionamento em recente decisão sobre o tema (Processo n. 00546-2007-091-03-00-0, Relator Luiz Otávio Linhares Renault, 23.02.2008, DJMG p. 16).

²¹ UNIÃO EUROPÉIA. “Livro Verde: (...)”, p. 221.

²² Para Christophe Vigneau, o Direito do Trabalho enfrenta hoje três principais desafios: (i) lidar com a globalização econômica e a liberalização da circulação de capitais e meios de produção, nesse cenário, a promoção das condições sociais e de trabalho dos países em desenvolvimento torna-se essencial para permitir a manutenção de patamares similares de custos da mão-de-obra, em virtude das possibilidades de migração maciça dos meios de produção; (ii) harmonizar e balancear a necessidade de flexibilização das formas de contratação a fim de atender às novas modalidades de trabalho, sem prejuízo de atender os anseios mínimos de segurança dos trabalhadores e permitir-lhes desenvolver uma carreira em diferentes empregos, permeados por períodos de ausência de trabalho e aperfeiçoamento; (iii) assegurar ao menos níveis mínimos de garantias aos trabalhadores, relegando à negociação coletiva a regulamentação das demais questões e condições contratuais (VIGNEAU, Christophe., *op. cit.*, p. 129 e ss). Também nesse sentido: JEAMMAUD, Antoine. “Droit du Travail 1988: des Retournements, Plus Qu'une Crise.” *In: Droit Social Paris* (7-8), julho/agosto de 1988, p. 583-595.

Diante dessa realidade, faz-se necessário revisitar, em breve linhas, a evolução histórica do Direito do Trabalho, seus elementos nucleares e a caracterização da sucessão trabalhista, a fim de verificar a compatibilidade das alterações promovidas pela Lei n. 11.101/2005 na caracterização da sucessão de empregadores.

2. NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO DO TRABALHO

O Direito tem como elemento essencial o indivíduo, tanto como destinatário das normas jurídicas como titular das garantias por ele estabelecidas. Entre as normas jurídicas, aquelas vinculadas a direitos fundamentais encontram-se no ápice de sua estrutura hierárquica, pois consistem em garantias essenciais ao indivíduo e pilares do Estado Democrático de Direito.

Teorias filosóficas fundadas na dignidade humana, liberdade e igualdade estão presentes no pensamento ocidental desde seus primórdios, com os filósofos estoicos e epicuristas, acompanhando o desenvolvimento cultural dessas sociedades, permitindo a identificação de esboços do que atualmente denominamos direitos fundamentais.²³

A transição entre sua presença na filosofia para a positivação no ordenamento jurídico deu-se apenas em épocas recentes, com o surgimento do conceito de direitos fundamentais no início da Modernidade, após o Renascimento.²⁴

Desde suas expressões iniciais, identifica-se a constante busca pela efetivação dos Direitos Humanos como esforço permanente das sociedades, abandonando a organização política absoluta e caminhando para o desenvolvimento da atual democracia. Os Direitos Sociais, tidos como de segunda dimensão, inserem-se nesse processo.²⁵

²³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 326.

²⁴ Tais direitos aparecem inicialmente como limites da submissão do indivíduo ao Estado, posteriormente como na Carta Magna Inglesa, de 1215. Irretocáveis as reservas apontadas por José Joaquim Gomes Canotilho de que a Carta Inglesa “(...) não se tratava, porém, de uma manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano. (...) consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas ‘cartas de franquia’.” Entretanto, “(...) o referido diploma legal indica a mudança na orientação absolutista do Estado frente a interesses de grupos sociais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 352). Como outros exemplos, temos a Declaração da Convenção do Estado da Virgínia, de 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Além desses, poder-se-ia citar também a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950; a Convenção Panamericana dos Direitos do Homem, de 1959; o Pacto Internacional concernente aos Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966; a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos da Costa Rica, de 1969; e a Resolução adotada por ocasião da Conferência sobre Direitos Humanos de Teerã, em 1972.

²⁵ Vera da Silva Telles esclarece que “desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, os direitos sociais foram reconhecidos, junto com os direitos civis e políticos, no elenco dos direitos humanos: direito ao trabalho, direito ao salário igual por trabalho igual, direito à previdência social em caso de doença, velhice, morte do arrimo de família e desemprego involuntário, direito a uma renda condizente

No Brasil, a Carta Magna de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito.²⁶ Mais ainda, a influência dos Direitos Humanos – e da proteção à dignidade humana – é intrínseca à própria definição dos sujeitos dos Direitos Sociais pelo legislador constitucional.²⁷

Assim, paulatinamente, foram estabelecidas garantias vinculadas ao trabalho e aos trabalhadores: liberdade de exercício de profissões e de emprego; à remuneração e condições justas e favoráveis de trabalho.²⁸ Tais assertivas em nada contradizem a origem do Direito do Trabalho, fruto da necessidade de o Estado reestruturar a forma de produção, regulamentando a relação entre o trabalho e o capital.²⁹

Não por outra razão, Lorenzo Mossa – influenciado pela doutrina corporativista - conclui que a principal conquista do pensamento jurídico social é o desenvolvimento do Direito do Trabalho.³⁰

2.1. Origens do Direito do Trabalho

Se os direitos sociais têm sua gênese no século XIII, o Direito do Trabalho surge apenas em época mais recente, com o desenvolvimento do modo de produção industrial e expansão do trabalho subordinado. Todavia, o desenvolvimento da forma de produção não

com uma vida digna, direito ao repouso e ao lazer (aí incluindo o direito a férias remuneradas) e o direito à educação.” (TELLES, Vera da Silva. “Direitos Sociais, afinal do que se trata?”. In: *Revista USP*. São Paulo: EDUSP, n. 35, março/maio 1998, p.36).

²⁶ Conforme artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal de 1988.

²⁷ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Constituição Federal de 1988).

²⁸ “XVII – Nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria dos cidadãos; XVIII – Todo homem pode empenhar seus serviços, seu tempo; mas não pode vender-se nem ser vendido. Sua pessoa não é propriedade alheia. A lei não reconhece domesticidade; só pode existir um penhor de cuidados e de reconhecimento entre o homem que trabalha e aquele que o emprega.” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); “I – Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (...) III – Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.” (Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU – 1943, art. 23, III); a declaração do direito ao trabalho pode ser encontrada in abstracto na Declaração jacobina de 1793.

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 77.

³⁰ MOSSA, Lorenzo. *L'impresa nella ordine Corporativo*. Firenze: G C Sansoni, 1935, p. 46.

ocorreu por saltos, mas de forma lenta e gradual, apenas se acelerando nos últimos séculos.³¹

Inicialmente, o trabalho alheio incorporou-se à organização social por meio da escravidão. Os escravos desenvolviam o trabalho manual exaustivo, inclusive porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio, e até desonroso, para os homens válidos e livres. Já no regime de servidão, o indivíduo – sem ter a condição jurídica de escravo – também não dispunha de liberdade. Aos servos era assegurada a herança de animais, objetos pessoais e uso de pastos, porém eram tributados pelo imposto de herança e tinham restrita sua liberdade de movimentação.³²

Concomitantemente, desenvolvia-se o modo de produção familiar – cujo objetivo era satisfazer as necessidades de pequeno grupo social. No artesanato, o produtor – mantendo a propriedade de suas ferramentas – passa a trabalhar para seus clientes e não apenas para satisfazer as necessidades desse pequeno grupo social. O artesanato foi superado pelo trabalho em domicílio, compreendendo o desenvolvimento de atividade vinculada a um grande cliente, o qual conserva a propriedade das ferramentas de trabalho e entrega a matéria-prima.

Verifica-se, por fim, o desenvolvimento da organização fabril, com a prevalência da utilização de máquinas e concentração de capital e dos meios de produção, e conseqüentemente, de anseios sociais para sua melhor regulamentação frente à insuficiência dos modelos jurídicos até então existentes.³³ Com a expansão desse modelo e adensamento do proletariado, a sociedade passou a exigir do Direito a regulamentação desta forma de produção.

O termo proletariado já era empregado em Roma para designar as classes mais baixas da sociedade, porém apenas com Saint-Simon – ao utilizá-lo para referir-se ao conjunto de trabalhadores de minas e da indústria nascente, nos séculos XVIII e XIX – adquiriu sua

³¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. 3. ed. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 2000, p. 328.

³² SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* *Instituições de Direito do Trabalho*, 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 29.

³³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *op. cit.*, p. 328.

significação moderna.³⁴ Da mesma forma, esboços de garantias aos trabalhadores já podiam ser identificados na Espanha, nas Cortes de Jerez (1268) e de Valladolid (1351).³⁵

Com o desenvolvimento do liberalismo e transformação da força de trabalho em mercadoria a questão social torna-se mais evidente. Nesse ambiente, a liberdade de trabalho foi elevada a direito fundamental pela Revolução Francesa, culminando com a aprovação da Lei *Le Chapelier*, em 1791, proibindo as corporações de ofício.³⁶ Com a extinção das corporações e promulgação do liberalismo contratual, rapidamente surgiram duas forças sociais antagônicas: o proletariado e os detentores dos meios de produção.

Em nome da liberdade absoluta abraçada pela Revolução Francesa, o legislador absteve-se de tomar medidas para elidir a evidente desigualdade econômica das partes. Com o fim das corporações, resgatou-se a figura romana da *locatio conduction operarium* como forma de regular as relações com os trabalhadores, porém tal figura mostrou-se insuficiente. Também então, “(...) o direito entrara em crise porque não mais podia atender aos fenômenos econômicos e sociais da época.”³⁷

No campo filosófico, desenvolve-se a corrente marxista em resposta à insuficiência do liberalismo e das práticas na indústria nascente. Tal corrente fundamenta-se no trabalho manual como origem da riqueza; na superação da esfera da produção material como elemento do pleno desenvolvimento das potencialidades humanas; e na figura da ‘*mais valia*’ como resultante da exploração desse trabalhador pelo empresário.³⁸

³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.

³⁵ Tais estatutos determinavam o salário das mulheres e crianças em metade ou mesmo um terço do salário mínimo dos homens, restrições referentes a jornadas de trabalho e asseguraram a liberdade de qualquer pessoa ensinar o ofício a quem soubesse e quisesse aprendê-lo, combatendo as corporações e ofícios (COLMEIRO, Manuel. *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Edição digital baseada na edição de Madri: Rivadeneyra, 1883-1884. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/95791734217821695203346/p0000_010.htm>. (Acesso em novembro/2008)).

³⁶ No ano anterior já havia sido publicado o Decreto *Dallarde*, determinando o fechamento de todas as corporações. A resistência a tais determinações, entretanto, incentivou a Assembléia a promulgar a Lei *Le Chapelier* que não apenas determinava a eliminação das corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, como impedia a nomeação de presidente ou secretário ou ainda que fossem lavrados registros, resoluções ou regulamentações quando cidadãos, artesãos ou artistas se reunissem (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 27).

³⁷ SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, *op. cit.*, p. 35.

³⁸ MARX, Karl. *Textos Econômicos*. (Tradução: Filipe Leandro Martins). Lisboa: Estampa, 1973, p. 42-44.

Da mesma forma, a Igreja de Roma questionou a aplicação irrestrita das premissas liberais às relações de trabalho, no que se denominou de Doutrina Social da Igreja. O pensamento de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino já enaltecia a valorização do trabalho, porém, a publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, pelo Papa Leão XIII, em 1891, representa o envolvimento direto da Igreja na conciliação da questão social. Na referida Encíclica, a auto-regulação do mercado é criticada, inclusive apontando para a existência de “(...) necessidades coletivas e qualitativas que não podem ser satisfeitas através de seus mecanismos.”.³⁹ Tal crítica permaneceu na Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, publicada em 1931, bem como nas encíclicas subseqüentes, referentes ao tema.⁴⁰

Como resultado da pressão das nascentes correntes sociais, e amalgamando os anseios de mudança social e de reforma, substituiu-se a igualdade pura pela igualdade jurídica. Caminhou-se no sentido de impor o interesse geral sobre o particular, sem, entretanto, anular o indivíduo.⁴¹ Assim desenvolveu-se o Direito do Trabalho, como ramo jurídico específico.⁴²

No seu esteio retomou-se a possibilidade de organização coletiva dos trabalhadores, com a descriminalização dessa prática na França, em 1864, e sua efetiva regulamentação por meio da Lei *Waldeck-Rousseau*, de 1884. O século XIX, em seus estertores, testemunha, por fim, o reconhecimento efetivo da superação do conceito de trabalho como mercadoria.⁴³

³⁹ RERUM NOVARUM. In: SANCTIS, Frei Antônio de (org.). *Encíclicas e Documentos Sociais – da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”*. São Paulo: LTr, 1972, p. 7.

⁴⁰ As seguintes encíclicas seguiram à *Rerum Novarum* e a à *Quadragesimo Anno*: *Divini Redemptoris*, em 1937; *Mater et Magistra*, em 1961; *Populorum Progressio*, de 1967; a *Octagesima Adveniens*, de 1971 e a *Laborem Execens*, de 1983 e a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, de 1965.

⁴¹ Coerentemente, a Organização Internacional do Trabalho vincula o trabalho à necessidade de realização e desenvolvimento do trabalhador, base do conceito de “trabalho decente”. Para a OIT, “Trabalho Decente significa um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, livre de quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho.” Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. (Acesso em junho/2007).

⁴² SUSSEKIND, Arnaldo *et al.*, *op. cit.*, v.1, p. 33. Amauri Mascaro Nascimento aponta como marcos legislativos a Lei de Amparo aos Pobres, de 1601; a Lei de *Peel*, de 1802; e a Lei de 1833, da Comissão *Sandler*; todas da Inglaterra; as regulamentações francesas de 1813, proibindo o trabalho de menores em minas; de 1814, proibindo o trabalho aos domingos; e de 1841, proibindo o trabalho de menores de 8 anos e fixando limites de jornada (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 36-40).

⁴³ VIGNEAU, Christophe. *op. cit.*, p. 129 e ss.

A própria definição de trabalho é alterada, reconhecendo-o como meio de vida, porém subordinado a essa.⁴⁴ Tal definição encontra plena harmonia com o objetivo precípua do Direito do Trabalho, de reequilibrar a relação entre empregados e empregadores na relação de trabalho e promover a melhoria social dos primeiros.⁴⁵

Coube ao legislador mexicano, em 1917, elevar ao âmbito constitucional as normas de proteção ao trabalhador. Em seu artigo 123, trinta e um incisos garantiam aos trabalhadores jornada de oito horas, redução da jornada noturna, descanso semanal remunerado, salário mínimo, adicional de horas extras, condições mínimas de saúde e higiene no trabalho e o direito à greve e à sindicalização.

Na Europa, coube à Constituição de *Weimar*, de 1919, por meio de seus artigos 156 a 165, inaugurar essa tendência, enquanto no âmbito infraconstitucional a *Carta del Lavoro* italiana, de 1923, estabeleceu diretrizes de forte intervenção do Estado na regulamentação das condições de trabalho.

Frente a esse panorama histórico, Maria do Rosário de Palma Ramalho segrega a evolução do Direito do Trabalho em três fases distintas: (i) fase de consolidação, iniciada com o século XX, prosseguindo até a década de 1930; (ii) fase de publicização, iniciada na década de 1930 e, na maior parte dos países, encerrada com o final da 2ª Guerra Mundial; e (iii) fase de reprivatização e de relançamento, ocorrida entre os anos cinquenta e meados da década de setenta, do século passado.⁴⁶

Com o tratado de Paz de Versalhes, ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1919, tem-se maior desenvolvimento da disciplina do Direito do Trabalho no âmbito internacional. É criada a Organização Internacional do Trabalho que, por meio de suas Convenções e Recomendações, busca a promoção do trabalho e diminuição das desigualdades sociais.⁴⁷

⁴⁴ BALLESTEROS, Jesús. “Los Derechos de Los Nuevos Pobres.” In: *Derechos Humanos*. Madri: Tecnos, 1992, p. 138-139.

⁴⁵ MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1969, p. 19.

⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho (...)*, p. 50.

⁴⁷ Enquanto as Convenções são instrumentos – com valor de tratados multilaterais – destinados a criar obrigações internacionais, as recomendações apresentam-se como indicações em relação à política social para os Estados membros. Consequentemente, apenas as primeiras podem ser objeto de queixas ou reclamações (LAMARCA. Antônio. *Curso Expositivo de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, 1972, p. 107-108).

2.2. Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, a legislação trabalhista apresenta-se como resultado da intervenção direta do Estado, orientada pela desigualdade existente entre os sujeitos do contrato de trabalho.⁴⁸ Tal orientação teve por base as experiências européias, em especial o modelo italiano.⁴⁹

Apenas com a abolição da escravidão e proclamação da República verifica-se maior desenvolvimento desse ramo no país. A partir de 1890, sob a influência do pensamento anarquista trazido pelos imigrantes da Itália, Espanha e Portugal, verifica-se o início de movimentos grevistas, em São Paulo e, posteriormente, no Rio de Janeiro, culminando com a greve geral de 12 de junho de 1917.⁵⁰

Se a Constituição da República de 1891 era omissa sobre a questão social, naquele mesmo ano foi promulgado o Decreto n. 1.313/1891, proibindo o trabalho de menores nas fábricas da capital federal, e regulando a jornada nas demais localidades.⁵¹ Uma década mais tarde – em 1903 e 1907 – surgem as primeiras leis sobre questões sindicais no Brasil.⁵²

Após o advento do Código Civil de 1916, as relações de trabalho passaram a ser reguladas pelos dispositivos referentes à locação de serviços, porém foram progressivamente afetadas por normas específicas. Como exemplos, têm-se a promulgação de legislação referente a acidentes do trabalho, em 1919; previdência social, em 1923; e férias remuneradas, em 1927. Porém, frente à insuficiência desse arcabouço jurídico e em decorrência da orientação do governo de Getúlio Vargas, a partir de 1930 o desenvolvimento de legislação específica para regular o trabalho subordinado tem novo impulso.⁵³

Com a promulgação da Lei n. 62, de 2 de junho de 1935, incorpora-se ao ordenamento jurídico nacional a figura da sucessão de empregadores, prevista nos artigos 3º e 4º, da

⁴⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos trabalhistas na insolvência do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 13-14.

⁴⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo: LTr, 1999, p. 25.

⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso (...)*, p. 52-53.

⁵¹ Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1891.

⁵² Lei de 6 de janeiro de 1903 (faculta a organização de sindicatos aos profissionais da agricultura e das indústrias rurais), regulada pelo Decreto n. 979/1903 e Lei de 5 de janeiro de 1907 (cria sindicatos profissionais e sociedades cooperativas), regulada pelo Decreto n. 1.637, 1907.

⁵³ Nesse período, é criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a Constituição de 1934 traz dispositivos sobre sindicalismo e extinção das corporações de ofício, medidas aprofundadas pela Carta de 1939 e pela legislação esparsa.

referida norma.⁵⁴ A autonomia dos contratos de trabalho em relação às alterações da estrutura jurídica da empresa alcança proteção constitucional na Constituição de 1937, como indicava seu artigo 137, alínea g.⁵⁵

Em 1943, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, compilando em onze títulos a legislação trabalhista vigente, até então esparsa.⁵⁶ Desde sua redação original o referido diploma prevê disposição expressa sobre a continuidade dos contratos de trabalho e a sucessão de empregadores na hipótese de falência. O artigo 10, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afeta os direitos adquiridos dos seus empregados.⁵⁷ Tal determinação é reiterada pelo artigo 448, do mesmo diploma.⁵⁸

Finalmente, com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se a ampliação do direito à greve e do rol de direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, a níveis até então inéditos.⁵⁹

⁵⁴ “Art. 3º A mudança na propriedade do estabelecimento, assim como qualquer alteração na firma ou na direcção do mesmo, não affectará, de forma alguma, a contagem do tempo de serviço do empregado para a indemnização ora estabelecida. Art. 4º O benefício creado por esta lei prevalecerá no caso de dissolução da firma, empresa, ou sociedade. Em caso de fallencia ou de concurso de credores, constituirá credito privilegiado, desde que a despedida injusta tenha sido anterior á impontualidade que determinou a fallencia ou o concurso de credores.” (Lei n. 62/1935).

⁵⁵ “Art. 137 – A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) g) nas empresas de trabalho continuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;” (Constituição Federal de 1937). A referida previsão é retirada na Constituição de 1946, permanecendo posteriormente apenas na legislação infraconstitucional.

⁵⁶ Decreto n. 5.452, de 1 de maio de 1943.

⁵⁷ “Art. 10 – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetar os direitos adquiridos por seus empregados.” (Consolidação das Leis do Trabalho)

⁵⁸ “Art. 448 – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetar os contratos de trabalho dos respectivos empregados.” Por outro lado, a redação original do artigo 449 tratava da questão da falência, prevendo privilégio limitado aos créditos trabalhistas: “Art. 449 – Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa. §1º Na falência e na concordata, constituirão crédito privilegiado a totalidade dos salários devidos ao empregado e um terço das indenizações a que tiver direito, e crédito quirografário os restantes dois terços. §2º Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornar sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e consequente indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno.” Apenas em 1977, com a Lei n. 6.449/77, o parágrafo primeiro, do referido artigo 449 foi alterado, passando a vigor com a redação atual (“§1º Na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.”).

⁵⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *op. cit.*, p. 30.

3. SUCESSÃO

3.1. Noções preliminares

O vocábulo sucessão origina-se na expressão latina *successio*, referindo seu sentido à relação de ordem, continuidade, seqüência. Na etimologia jurídica geral, significa substituição, colocar-se no lugar ou posição anteriormente ocupada por outro.⁶⁰

André Lalande registra dois conceitos de sucessão: relação de diferentes termos que ocupam momentos temporais imediatos, mas discerníveis, de tal modo que se possa estabelecer uma ordem entre eles; e, relação de diferentes termos, entre os quais se pode estabelecer uma ordem, como a série de números, embora sem a idéia de duração.⁶¹ Se a palavra suceder traz consigo noção de ordem ou seqüência, no âmbito jurídico corresponde à inserção de determinada pessoa na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de terceiro.⁶²

Cabe verificar se a sucessão consiste em forma de aquisição originária ou derivada de direitos. A aquisição originária consiste naquela em que o surgimento e a aquisição do direito coincidem, enquanto é derivada a aquisição quando já existindo titular, o direito é transferido para terceiro. Assim, há aquisição originária quanto se adquire determinado direito sem que o adquirente tenha relações jurídicas com titular precedente; diz-se derivada a aquisição se feita com base no direito do titular precedente, por meio de relação jurídica entre este e aquele.⁶³

Pela ausência de relação com o titular anterior, na aquisição originária, o direito é transmitido sem quaisquer ônus, com conteúdo e eficácia que lhe consignou o próprio fato que o produziu. Na aquisição derivada, transfere-se o direito tendo em consideração o conteúdo e os encargos do titular precedente, pois a ninguém é permitido transmitir mais

⁶⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 287-288.

⁶¹ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 1080-1081.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 4, p. 1.

⁶³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações (...)*, v. 1, p. 42.

direitos do que aqueles que detêm, tal como indica a fórmula romana: *Nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*.⁶⁴

Dessa forma, na aquisição derivada, os vícios e os encargos acompanham o direito transmitido.⁶⁵ O sucessor mantém as mesmas limitações e restrições de ordem negocial, bem como condições, termos, servidões, gravames, pretensões, ações e exceções do sucedido, pois “(...) o sucessor só tem o direito que o sucedido tinha, ou menos.”.⁶⁶

Nas formas de sucessão involuntária (herança, expropriação e usucapião) é possível identificar o nexo de causalidade entre as situações, porém efetiva-se a alteração independentemente da vontade do titular precedente, em verdadeira gradação entre causas superiores à vontade: morte, Estado e sobreposição da ação e da vontade de outro indivíduo à inércia do titular.⁶⁷ Para análise do objeto do presente estudo, apenas interessa a sucessão por ato *inter vivos* e derivada.

Por fim, o conceito de sucessão depende do ordenamento jurídico vigente, pois não é um simples fato, pelo contrário, consiste na qualificação jurídica de pressupostos que, somados ao reconhecimento formal, estabelecem o vínculo de continuidade entre duas posições jurídicas.⁶⁸

3.2. Sucessão no Direito do Trabalho

Como já indicado, o Direito do Trabalho concentra-se na regulação da relação de trabalho e, conseqüentemente, de seus sujeitos (empregado e empregador). Em que pese seu princípio de universalização, esse ramo jurídico consolidou-se com a premissa de reger a relação de emprego, cujo pressuposto é o desempenho de atividade pelo empregado ao empregador, mediante o poder diretivo deste.

⁶⁴ Tradução livre: “Ninguém pode transferir a outrem mais direito do que ele mesmo tem / Ninguém dá o que não tem, nem mais do que tem.” [Ulpiano. Digesta 50.17.54].

⁶⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 45.

⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. V, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 27-28.

⁶⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 56.

⁶⁸ Idem, p. 74 – 75.

Conforme afirma Nelson Mannrich, a atividade humana, na sociedade industrial, divide-se entre contratos regulados pelo Direito do Trabalho – com destaque para o contrato de trabalho – e regulados pelo Código Civil, em especial a prestação de serviços.⁶⁹

A relação de emprego corresponde ao contrato de trabalho, nos termos do artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁷⁰ Pela sua própria natureza e gênese, o conteúdo desta relação é fixado, primordialmente, pela lei e por instrumentos normativos.⁷¹ Em decorrência dessa restrição à liberdade das partes, a doutrina divergia quanto à sua natureza.⁷²

A doutrina hoje majoritária identifica no concurso de vontades inerente à relação de emprego o elemento contratual essencial desse instituto; apesar da forte intervenção estatal quanto ao seu conteúdo e da limitação em relação à autonomia das partes.⁷³ As limitações impostas à liberdade das partes são inerentes ao próprio princípio formador do Direito do

⁶⁹ MANNRICH, Nelson. “A retipificação do contrato de trabalho.” In: *A transição do direito trabalho no Brasil* (coord. Amauri Mascaro Nascimento), São Paulo: LTr, 1999, p. 198.

⁷⁰ O artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, indica que o “(...) contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego.” Para Délio Maranhão, o contrato de trabalho consiste em “(...) negócio jurídico pelo qual pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.” (SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, *op. cit.*, v. 1, p. 237).

⁷¹ Octávio Magano esclarece que nos países em que houve maior desenvolvimento do movimento sindical, verifica-se clara tendência de a negociação coletiva fixar as principais normas, enquanto em países – como o Brasil – em que o Estado regulou minuciosamente seu conteúdo, verifica-se menor espaço para a autonomia coletiva (MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos* (...), p. 36-37). Enoque Ribeiro dos Santos vai adiante indicando que: “(...) no modelo jurídico brasileiro, jamais foi decisivo o papel da negociação coletiva e de seus instrumentos clássicos (Convenção Coletiva do Trabalho e Acordo Coletivo) ao lado de outros mecanismos de normatização autônoma – como aqueles ínsitos à representação obreira na empresa.” (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *op. cit.*, p. 27).

⁷² Para aqueles que negam seu caráter contratual, o artigo 442, da Consolidação das Leis do Trabalho, indicaria tal opção do legislador: frente à efetiva incapacidade das partes para disciplinar e modelar o conteúdo dessa relação, não se trataria de contrato e sim verdadeiro estatuto. Essa interpretação seria ainda corroborada pela própria exposição de motivos da Consolidação das Leis do Trabalho. A referida exposição de motivos, em seu item 28, assim indica: “(...) em relação ao contrato de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das «normas» de tutela sobre os «contratos» acentuou o caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e isso mesmo dentro de Standards e sob condições preestabelecidas na lei.” (Item 28, da Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 5.452/1943, de lavra de Alexandre Marcondes Filho). Nessa corrente, merecem maior destaque as teorias da inserção, do ato condição e da instituição. A teoria da instituição – cujo principal defensor foi Paul Durand, com suas obras *Traité de droit Du travail* (1947) e *Précis de législation industrielle* (1948) – teve especial relevo na doutrina.

⁷³ Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento: “(...) o vínculo de emprego é uma relação jurídica (aspecto sacionormativo) de natureza contratual, pela forma de sua constituição, pelo modo de seu desenvolvimento, neste reduzindo-se muito a liberdade das partes, e pelas características de sua desconstituição.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 370).

Trabalho de compensar a inferioridade material em que se encontra o empregado no contrato de trabalho.⁷⁴

Sem prejuízo, não é recente a orientação de que a referida proteção deve ser temperada, aplicada em progressão decrescente, em função da maior autonomia do trabalhador e de sua remuneração – ou seja, sua intensidade e o rigor devem ser inversamente proporcionais ao montante da retribuição auferida pelo empregado.⁷⁵ O legislador brasileiro, entretanto, não reconhece tal orientação: com exceção do capítulo da jornada de trabalho em relação aos empregados exercentes de cargos de confiança, a proteção oferecida pela legislação trabalhista estende-se na mesma medida a todos os empregados.

Também vinculada de maneira essencial ao contrato de trabalho, verifica-se a alteridade.⁷⁶ Tal característica é descrita por Américo Plá Rodriguez como sendo o trabalho para terceiro, o qual faz seus os frutos dessa atividade, mediante contraprestação previamente acordada, e em razão da qual o empregado carece de direitos sobre o produto de seu trabalho, por tê-los previamente alienado.⁷⁷ Assim, a alteridade encontra-se vinculada à efetiva subordinação jurídica do empregado ao empregador, sendo sua consequência lógica.

Por fim, ao contrário de outras relações, a relação de trabalho pressupõe a continuidade da prestação de serviços, enquadrando-se entre os contratos de trato continuado.⁷⁸ Entende-se

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 201 e 202. Como afirma Jean Claude Javillier, o princípio da proteção integra a essência do Direito do Trabalho e constituiu o motor de seu desenvolvimento (JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. 5. ed. Paris: L.G.D.J, 1997, p. 51-52). Para Maria do Rosário Palma Ramalho, a inferioridade jurídica e material do trabalhador justificam a aplicação desse princípio. Conclui a professora portuguesa afirmando que “(...) a inferioridade jurídica decorre da sujeição aos poderes laborais e do envolvimento integral e permanente da sua pessoa na prestação; a inferioridade material ou económica evidencia-se na função alimentar do salário e no facto de o trabalhador não controlar o destino das utilidades que produz.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 491).

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria* (...) p. 119.

⁷⁶ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de Direito do Trabalho* (trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 54.

⁷⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 41. Como indica Alfredo Montoya Melgar “[a] atuação por conta de terceiro não é elemento exclusivo do contrato de trabalho, encontrando-se presente – ainda que em menor grau – também nos contratos de representação, mandato, gestão de negócios, comissão e administração, porém, no Direito do Trabalho experimenta tratamento técnico específico (MONTAYA MELGAR, Alfredo. *Derecho y Trabajo*. Madri: Civitas, 1997, p. 24).

⁷⁸ Conforme indica Evaristo de Moraes Filho: “(...) nos contratos instantâneos esgota-se todo o seu conteúdo através de uma só operação física; exemplo padrão: uma compra e venda a vista. Ao passo que nos contratos continuativos ou a trato sucessivo é demorada sua execução, através de uma série de operações denotando um caráter de certa permanência.” (MORAES FILHO. Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 103). Nesse sentido a decisão da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no processo:

por continuidade a tendência de o contrato de trabalho prolongar-se indefinidamente, colocando o empregado sua força de trabalho à disposição do empregador de modo contínuo, e não puramente eventual ou ocasional.⁷⁹

Superadas as principais características da relação de emprego, objeto de eventual sucessão, cabe analisar com maior detalhe seus sujeitos.

A conceituação legal do empregado encontra-se no artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁸⁰ Amauri Mascaro Nascimento define-o como “(...) pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário.”⁸¹ O empregado é, assim, pessoa física que coloca sua energia pessoal a serviço do empregador, sem poder fazer-se substituir por outro.⁸² Em virtude de tais características, a sucessão trabalhista se limita a apenas um de seus sujeitos – o empregador, razão pela qual se propõe sua análise com maior detalhe.⁸³

O conceito legal do empregador está contemplado no citado artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, assim redigido:

“Art. 2º- Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. §1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.”

02970085032/1997 – acórdão n. 02980005910, cujo relator foi o Des. José Mechango Antunes: “O contrato de trabalho tem por natureza o sentido de continuidade. Por isso, sua mais importante classificação se traduz no contrato por prazo indeterminado.”.

⁷⁹ MORAES FILHO. Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 109.

⁸⁰ Em relação ao estudo da figura do empregado e de suas características, remetemos a Guillaume Hubert Carmelynnck (CARMELYNCK, Guillaume Hubert. *Traité de droit du travail: contrat de travail*, Paris: Dalloz, 1968); Mozart Victor Russomano (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Empregado e o empregador no direito brasileiro*, 6. ed. São Paulo: LTr, 1978); Dorval M. de Lacerda (LACERDA, Dorval M. de. *O contracto individual de trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 32 e ss); Guilherme Cabanellas de Torres (CABANELLAS DE TORRES, Guilherme. *Compêndio* (...), p. 352 e ss); Délio Maranhão (SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, v. 1, p. 307-322); Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 392 a 442).

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 392.

⁸² SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, p. 167.

⁸³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios* (...), p. 178. Também assim se manifesta Francesco Santoro-Passarelli (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, 1973, p. 167).

De início, a figura do empregador consiste em conceito reflexo, dependendo – para sua caracterização – da presença da figura do empregado na relação jurídica, pois apenas a quem esse prestar serviços continuados, subordinados e remunerados, se denominará empregador.⁸⁴

Ademais, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, cabe ao empregador a responsabilidade pelo insucesso da empresa. Quem empreende, seja uma aventura militar ou uma caçada, corre necessariamente os riscos do empreendimento: se forem bons os resultados, receberá os lucros; se não, os prejuízos.⁸⁵

A assunção do risco pelo empresário integra os elementos nucleares do conceito de empresa.⁸⁶ Trata-se de elemento implícito à onerosidade e à subordinação, pois “(...) se alguém está subordinado a outro é porque trabalha para esse outro, que assume a responsabilidade de dirigir a atividade do trabalhador.”.⁸⁷

Não é outra a orientação abraçada pelo legislador: o empregador assume os riscos da atividade econômica. Tal característica consiste na imposição de exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses dos empregados oriundos do contrato pactuado ou decorrentes de sua atividade empresarial.⁸⁸ Retomando o conceito de alteridade de Américo Plá Rodriguez, a responsabilização do empregador apresenta-se como decorrência lógica da alienação prévia da força de trabalho e de seus frutos.⁸⁹

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 351. Maurício Godinho Delgado prefere denominar o conceito de empregador como se essencialmente relacional ao conceito de empregado (DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução* (...), p. 327).

⁸⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 275.

⁸⁶ Para Evaristo de Moraes Filho ainda incorporariam o conceito de empresa, a existência de uma sociedade com trocas monetárias; existência de mercado amplo e permanente; coordenação pelo agente da produção dos fatores indispensáveis; separação entre a função diretiva e a executiva; e espírito de lucro (Idem, p. 266-267).

⁸⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso* (...). São Paulo: LTr, 1982, p. 42.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 330-31. Dessa maneira, como indica Sérgio Pinto Martins, o empregador não pode transferir para o empregado os riscos da atividade que exerce, quer na falência, na concordata e ou mesmo por ocasião da promulgação de planos econômicos (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 166).

⁸⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 41.

Dessa maneira, a definição do conceito de empregador implica a conjugação de critérios objetivos e subjetivos. Quanto ao aspecto objetivo, corresponde ao credor da prestação laboral e devedor da remuneração correspondente; quanto ao subjetivo, é o titular dos poderes de direção e de disciplina, e dos riscos do empreendimento.⁹⁰

Não é outra a posição de Délio Maranhão, crítico do conceito da Consolidação das Leis do Trabalho de empregadores por equiparação, pois nas situações descritas pela norma legal verificar-se-ia a presença de empregadores efetivos.⁹¹ Ao contrário do que faz crer a referida norma legal, há atividade econômica mediante a utilização de força do trabalho alheia, de forma subordinada, habitual, onerosa e pessoal como fator de produção, restando presentes todos os elementos da relação de trabalho e necessários a caracterizar o efetivo empregador.⁹²

Por fim, perante o Direito do Trabalho, não é raro o empregado vincular-se mais à empresa que efetivamente a determinado indivíduo. Por essa razão, cumpre verificar o fenômeno da despersonificação do empregador.

3.2.1. A empresa no Direito do Trabalho

Motivado pela preocupação do Estado na obtenção da paz social, o Direito do Trabalho passou a ver a empresa não mais centrada em seu organizador, titular ou proprietário, mas considerando também os demais envolvidos, cuja colaboração é incorporada em sua atividade.⁹³

Como ensina Guillermo Cabanellas de Torres, empresa decorre da expressão latina *inprehesa*, cujo significado direto vincula-se à conquista, representada por ação conjunta e coordenada.⁹⁴

⁹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 310-311.

⁹¹ SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, *op. cit.*, v. 1, p. 303.

⁹² Quanto ao empregador pessoa física, a Consolidação das Leis do Trabalho é expressa ao desvinculá-lo do contrato de trabalho. O artigo 485, do referido diploma, determina que a morte do empregador não tem como consequência a rescisão do contrato, salvo se cessar a atividade desenvolvida. “Art. 485 – Quando cessar a atividade da empresa, por morte do empregador, os empregados terão direito, conforme o caso, à indenização a que se referem os art. 477 e 497.” (Consolidação das Leis do Trabalho).

⁹³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações* (...), v. 2, p. 9-11.

⁹⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *op. cit.*, p. 331.

Incorpora também a acepção geral de desígnio, finalidade ou intenção, podendo ainda ser definida como ação conjunta de toda a associação industrial ou de outra índole criada para realizar obras materiais, negócios ou projetos de importância, participando em comum dos riscos, gastos e benefícios deles decorrentes. Em sentido específico, define como a unidade de produção ou de troca fundada no capital e que persegue a obtenção de benefícios, mediante a exploração da riqueza, da publicidade, do crédito ou de qualquer outro meio.⁹⁵

Evaristo de Moraes Filho, em 1960, já alertava que “(...) o fato social empresa é uno em sua inteireza objetiva e exterior, mas pode ser surpreendido de diversos pontos de vista, segundo a especialidade do observador.”⁹⁶ Nesse contexto, sob o ponto de vista do Direito do Trabalho, a empresa consiste na “(...) organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação hierárquica, tendo em vista a produção de determinado bem econômico.”⁹⁷

O conceito de empresa é fundamental ao Direito Individual do Trabalho, pois consiste no ambiente no qual ele se realiza. Para Cesarino Júnior, mais que o ambiente, a empresa deve ser reconhecida como efetiva pessoa jurídica ou instituição, distinta daquela dos seus proprietários.⁹⁸ Tal preocupação foi inclusive transmitida a outros ramos jurídicos, tendo Lorenzo Mossa afirmado que o próprio Direito Comercial, sob a pressão do Direito do Trabalho, absorveu o conceito de empresa-instituição, irradiando aos demais ramos do Direito Privado o princípio da destinação social da empresa.⁹⁹

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ MORAES FILHO, Evaristo. *Sucessão nas Obrigações* (...), v. 1, p. 229.

⁹⁷ Idem, v. 2, p. 31. De modo similar, Manuel Alonso Olea define a empresa como grupo de pessoas que, controlando bens ou serviços, tem por finalidade a produção de bens ou serviços para um mercado (OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *op. cit.*, p. 168). Bernardo da Gama Lobo Xavier reforça a recomendação de a empresa ser reconhecida como efetiva comunidade ou “grupo organizado de pessoas, voltadas à produção, comunidade essa em que há um estrato directivo e outro subordinado (e que é percorrida por tensões entre os elementos que a compõem).” (XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo, 1994, p. 49).

⁹⁸ Para o citado jurista, a empresa “(...) é sempre uma pessoa jurídica, para efeitos do Direito do Trabalho, distinta da pessoa física ou jurídica, a quem o direito comum atribui sua propriedade. (...) a empresa é a organização do trabalho próprio, do trabalho alheio ou de ambos para prestação a terceiros de bens ou serviços. Este conceito jurídico-social da empresa faz dela, até certo ponto, uma pessoa jurídica, como tal distinta da pessoa física ou jurídica, sua proprietária. Sabemos perfeitamente quanto esta afirmação parecerá herética aos civilistas, contrários totalmente à possibilidade de considerar-se tal organização como pessoa.” (CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*, 5. ed. v. 2, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 73-77). Maria do Rosário Palma Ramalho define a empresa, na perspectiva jurídica, como “(...) conjunto de factores económicos e humanos, materiais e imateriais, aglomerados de uma forma duradoura e organizada para prossecução de um determinado objectivo produtivo, com utilidade para o Direito.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 315).

⁹⁹ MOSSA, Lorenzo. *op. cit.*, p. 49-50.

O Direito do Trabalho e o Direito Comercial buscam, portanto, em parte no conceito econômico, definir a empresa: enquanto o último desloca seu interesse para o exercício dos atos de comércio, o primeiro concentra-se nas relações dos serviços com os bens, buscando estender cada vez mais a amplitude desse conceito para melhor tutelar quem presta tais serviços.¹⁰⁰ Ambos os ramos jurídicos reconhecem a empresa como destinada a um objetivo econômico, com duplo papel: produtora de utilidades e distribuidora de rendimentos.¹⁰¹

Nesse contexto, a alteração do conceito de empresa busca humanizar o capital, buscando superar sua finalidade estrita de busca pelo lucro, para caracterizá-lo, também, como fonte de vida para a comunidade obreira e lucro razoável para o capitalista, de promoção do equilíbrio e da justiça social.¹⁰²

Sem prejuízo de tal conclusão, não se deve confundir o continente (empresa) com o conteúdo (ativos ou estabelecimento). A empresa se concebe como unidade econômica, enquanto o estabelecimento se classifica como unidade técnica, o local no qual se executa determinado trabalho, sob direção única. Dessa forma, se a empresa consiste em elemento produtor ou dinâmico, o estabelecimento é o lugar físico no qual se assenta a organização que consiste a empresa.¹⁰³

Para Oscar Barreto Filho, estabelecimento comercial surge da necessidade de assegurar a conservação do aviamento e consiste “(...) no complexo de bens e serviços organizados pelo empresário no exercício da atividade empresária.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho Del Trabajo*. 15. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 168. Também nesse sentido: MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações (...)*, v. 2, p. 17-18.

¹⁰¹ MAGANO, Octavio Bueno. *Lineamentos (...)*, p. 45.

¹⁰² CUEVA, Mario de La. *Novo Derecho del Trabajo*. 4. ed. México: Purruá, 1977.

¹⁰³ CABANELLAS DE TORRES, Guilherme. *op. cit.*, p. 333.

¹⁰⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 132. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo reconhece a natureza unitária do estabelecimento comercial, enquanto “(...) complexo de bens, destinado à consecução de uma dada atividade.”, inclusive enquanto universalidade de fato, nos termos do artigo 90, do Código Civil (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Lei de Falências (...), p. 278-279). Nesse sentido, o artigo 90, do Código Civil: “Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.” (Código Civil Brasileiro – L. 10.406/2002).

Para Evaristo de Moraes Filho, o estabelecimento apresenta-se como a unidade técnica de produção, bem como “(...) a reunião dos meios humanos, materiais e imateriais dispostos com a finalidade de atingir, através de uma atividade contínua, um objetivo de caráter técnico.”.¹⁰⁵

O Código Civil trouxe definição semelhante do conceito de estabelecimento, segundo a qual abrange todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária, incluindo os bens corpóreos e incorpóreos.¹⁰⁶

A empresa difere, portanto, do estabelecimento comercial, mesmo quando a primeira integra apenas um estabelecimento. Enquanto a empresa é o empreendimento constituído pela universidade de pessoas intervencionadas por variados tipos de relações jurídicas, visando à realização de sua finalidade econômica, o estabelecimento constitui local onde a atividade se realiza, onde materialmente a empresa busca a consecução de sua finalidade.¹⁰⁷

Superada tal distinção, cumpre verificar que em relação aos aspectos pessoais da empresa, surge com preminência a figura do empresário – a pessoa física que projeta, cria, organiza, explora e desenvolve a empresa.¹⁰⁸ Tal qual o estabelecimento, também o empresário distingui-se da empresa, pois enquanto os interesses daquele podem não se identificar com os da comunidade, o mesmo não se pode dizer da empresa.¹⁰⁹

¹⁰⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações (...)*, v. 2, p. 47. O mesmo autor apresenta ainda as posições de Asquini e Carnelutti: enquanto o primeiro via a empresa como organização de pessoas e o estabelecimento como organização de bens, o segundo conceituava ambos como figuras do mesmo fenômeno social, sendo a empresa seu aspecto dinâmico e o estabelecimento seu aspecto estático (Idem, p. 53 e 54).

¹⁰⁶ Vide artigos art. 1142 a 1149, do Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Anteriormente, a legislação fiscal já se preocupava com a questão, como demonstra inclusive o Parecer Normativo CST n. 2/1972, no qual estabelecimento comercial e fundo de comércio são considerados sinônimos, os quais abrangem o complexo de bens, materiais ou não, dos quais o comerciante se serve na exploração de seu negócio. (IOB-THOMPSON. *Boletim IOB – Manual de Procedimento IR*. n. 45, Nov/2007. São Paulo: IOB Thompson, 2007, p. 8).

¹⁰⁷ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes *et. al.*, *op. cit.*, v. 1, p. 71.

¹⁰⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guilherme. *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁹ FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. “Alienação da empresa na falência e sucessão tributária.” *In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 132, outubro-dezembro/2003, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88.

Corroborando a orientação constitucional e do Código Civil, sob a égide do novo modelo concursal instituído pela Lei n. 11.101/2005, não apenas o exercício da empresa deve ser socialmente responsável, como seu encerramento também, pois extingue empregos, atividades de fornecedores, arrecadação de tributos e reduz a circulação de bens.

Não por outra razão o legislador brasileiro reconheceu a manutenção da empresa como objetivo de interesse social, conforme dispôs no artigo 47, da Lei n. 11.101.¹¹⁰ O legislador determina, assim, a avaliação de tais elementos na determinação do destino da empresa, considerada enquanto atividade econômica.¹¹¹

O Direito do Trabalho, por seu lado, reconhece a empresa como organização voltada à atividade que não se exaure naquela individualmente exercida pelo empresário, mas por diversos indivíduos, permanecendo assim como garantidora dos contratos de trabalho a ela vinculados.¹¹²

3.3.2. Despersonificação do empregador

Superada a distinção entre empresa, estabelecimento comercial e empresário, faz-se necessária a análise das implicações decorrentes da determinação, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual o empregador é a empresa.

Em função da referida norma, reascendeu o debate referente à natureza jurídica da empresa. Para os que consideravam a empresa exclusivamente como objeto de direitos, a definição de empregador deveria ser a pessoa, jurídica ou física, sua proprietária.¹¹³

¹¹⁰ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (Lei n. 11.101/2005).

¹¹¹ PERIN JUNIOR, Ecio. “A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei n. 11.101/2005). Uma abordagem zetética.” In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLV, n. 142, abril-junho de 2006. São Paulo: Malheiros, p. 195.

¹¹² GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 1994, p. 104.

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação* (...), p. 194. Délio Maranhão é categórico ao indicar que somente pessoa física ou jurídica pode contratar e, sendo a empresa atividade ou objeto de direito, nunca poderia figurar como sujeito do contrato de trabalho (SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, *op. cit.*, v. 1, p. 294).

Evaristo de Moraes Filho corrobora tal posição, mencionando que “(...) dentro da melhor técnica jurídica, somente uma pessoa natural ou jurídica pode revestir-se da qualidade de empregador, sujeito de direitos e obrigações”.¹¹⁴

Como esclarece Arnaldo Sussekind, Rego Monteiro, na Comissão para elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, propôs-se o reconhecimento da empresa como sujeito de direitos, o que foi rejeitado sob a alegação de que o ordenamento jurídico brasileiro não suportava tal definição.¹¹⁵ Porém, em virtude da interferência cada vez menor do proprietário da grande empresa na efetiva prestação dos serviços, resolveu-se adotar conceito capaz de refletir a efetiva despersonalização do empregador e a independência dos contratos de trabalho em relação a eventuais alterações ocorridas na propriedade da empresa.¹¹⁶

Não é outra a conclusão de Américo Plá Rodriguez, no sentido de tal fenômeno ser coerente com a tendência do Direito do Trabalho de procurar a estabilidade da relação de emprego, frente à indiferença do trabalhador para com as alterações ocorridas na estrutura do empregador.¹¹⁷

Com fundamento nesses elementos, Guillermo Cabanellas de Torres recomenda a utilização do conceito de empresa para se referir ao ente econômico, resultante da conjugação da clientela, bens, direitos e obrigações, a fim de superar as insuficiências do conceito de empregador, enquanto pessoa jurídica, consagrando, assim, a despersonalização do empregador ou a personificação da empresa.¹¹⁸

¹¹⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 253. Também assim se posiciona, mais recentemente, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução* (...), p. 327).

¹¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.*, *op. cit.*, v. 1, p. 64. Afirma o referido autor que não se pretendeu a subjetivação da empresa, porém reconhece-se que “(...) os direitos e obrigações pertinente às relações de trabalho nascem em função da empresa; são inerentes a ela e não à pessoa natural ou jurídica que, no momento, detém o seu domínio.” (Idem, p. 62-63).

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios* (...). p. 179.

¹¹⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *op. cit.*, p. 340-341. No mesmo sentido: *Enciclopedia Del Diritto*. v. XXIII, Giuffrè, p. 369.

José Martins Catharino segue a mesma orientação, ao afirmar que a despersonalização decorre principalmente da Primeira Revolução Industrial, após a qual o empregador deixou de ser o patrão, pessoa natural, dirigente absoluto do seu negócio e conhecedor das atividades produtivas.¹¹⁹

Manoel Alonzo Olea indica que a empresa carece de personalidade jurídica, mas, por viver no ambiente de mercado que lhe é inerente, é centro de imputação de relações jurídicas externas e assim, apesar de ser uma criação social, seria também uma instituição jurídica. Tal característica permitiria que a norma jurídica se referisse à empresa como realidade institucional e a seus interesses objetivos como distintos dos interesses subjetivos do empresário.¹²⁰ Carmen Camino, por sua vez, propõe interpretar o dispositivo legal como tendo o legislador propositalmente enfatizado a empresa, referindo-se de forma implícita à figura do empreendedor, com o objetivo de enfatizar o fenômeno da integração do trabalhador na universalidade de pessoas e de bens.¹²¹

No mesmo sentido, Evaristo de Moraes Filho afirma que a referida despersonalização resulta na conclusão de que “(...) o contrato de trabalho, uma vez celebrado, leva mais em consideração a empresa do que propriamente a pessoa de quem o concluiu pelo lado patronal.”.¹²²

¹¹⁹ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. v.1, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 147-148.

¹²⁰ OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *op. cit.*, p. 170. Giuliano Mazzoni corrobora tal afirmação, pois com tamanho e capital cada vez maiores necessários para o desenvolvimento da empresa, verificou-se o fenômeno de sua despersonalização – inicialmente por meio das sociedades por ações, que consolidaram a distinção entre os titulares e os dirigentes da empresa. Assim, a empresa, paulatinamente, torna-se estável, independente de eventuais mudanças na direção ou propriedade. Nesse cenário a grande empresa termina por assumir, inclusive, importância nacional, quer em virtude dos contratos de trabalho, quer em relação aos fornecedores e demais envolvidos (MAZZONI, Giuliano. *Manuale Di Diritto Del Lavoro*. 5. ed. v. 1, Milão: Giuffrè, 1977, p. 104).

¹²¹ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 103.

¹²² MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como Elemento da Empresa*. RJ: Universidade do Brasil, 1957, p. 239. Semelhantemente se manifesta A. F. Cesarino Júnior, reconhecendo a empresa como verdadeiro empregador (CESARINO JÚNIOR, A. F. *op. cit.*, v. 2, p. 52). Octavio Bueno Magno vai além: “Tendo em vista a apontada tendência da empresa no sentido de se institucionalizar e considerando, de outro lado, a crise do conceito de pessoa jurídica, o que tem levado os autores à conclusão de que a sua autonomia deve ficar sujeita a limitações, para, em certos casos, deixar transparecer a realidade que lhe é subjacente (*‘disregard of legal entity’*), não é difícil concluir que a empresa, configurados os mesmos casos, pode e deve surgir como o verdadeiro sujeito da relação empregatícia.” (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed., v. 2, São Paulo: LTr, 1988). No mesmo sentido, Mozart Victor Russomano conclui pela vinculação do empregado à empresa, que passa a ser considerada como uma unidade (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 11. ed. v. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1985, p. 114). Pedro Paulo Teixeira Manus conclui que a despersonalização do conceito de empregador torna-se evidente nas hipóteses de sucessão de empresas reguladas pelos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.

Dessa forma, resta consagrada a despersonalização do empregador, reconhecendo-se a empresa – enquanto atividade – como elemento ao qual o contrato de trabalho se vincula como forma de oferecer maior garantia ao empregado e promover sua continuidade.

3.3.3. Regulamentação legal

Assim, desde sua constituição até sua extinção, a situação jurídica – denominada relação de trabalho – passa por várias etapas, inerentes à sua característica de relação de trabalho continuado e que se referem: aos sujeitos, ao objeto e ao conteúdo. As alterações em relação ao sujeito assumem a denominação de sucessão trabalhista.¹²³

Evaristo de Moraes Filho identifica as primeiras regulamentações referentes à sucessão trabalhista na França, após a Primeira Guerra Mundial, em 1918, garantindo aos soldados desmobilizados o direito a retornar ao emprego anterior à guerra, independente do atual proprietário de tais negócios.¹²⁴ Já em 1928, foi publicada legislação determinando a sucessão na hipótese de alteração da estrutura jurídica da empresa em virtude de cessão, venda ou transformação de tipo social.¹²⁵

A manutenção dos contratos de trabalho, *ope legis*, apesar das transformações ou alterações ocorridas na estrutura jurídica da empresa, representa brecha frontal no edifício da doutrina liberal e individualista. O sucessor vê-se obrigado a contratar determinados indivíduos em condições impostas, independentemente de sua vontade. Uma vontade alheia, sem o seu consentimento, o vincula direta e irremediavelmente.¹²⁶

80-81). Paulo Renato Fernandes da Silva afirma que é possível considerar a empresa como empregadora, no caso das empresas públicas (que se caracterizam por um patrimônio de afetação personalizado, em virtude do disposto no Decreto-Lei n. 200/67). Entretanto, salvo essa hipótese, o Direito do Trabalho, ao remeter-se à empresa, indica que o empregado vincula-se juridicamente à atividade econômica, e não à pessoa (física ou jurídica) titular da empresa (SILVA, Paulo Renato Fernandes da. “A teoria trabalhista da sucessão de empregadores e as sociedades cooperativas de trabalho”. In: *Revista LTr*, v. 67, n. 9, Setembro de 2003, p. 1.061).

¹²³ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, p. 167.

¹²⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações (...)*, v. 1, p. 201.

¹²⁵ Idem, p. 201.

¹²⁶ Ibidem, p. 222.

Ademais, a despersonalização do empregador – ou personificação da empresa para fins trabalhistas – leva à conclusão de que o empregado não fica vinculado à pessoa natural ou jurídica titular da empresa, mas à própria empresa – enquanto unidade econômica.¹²⁷

Perante o Direito do Trabalho, a transferência de estabelecimentos ou unidades produtivas tem natureza jurídica peculiar, não se confundindo com nenhuma das formas reguladas pela legislação cível (sub-rogação, cessão de crédito, assunção de dívida ou novação).¹²⁸ Como esclarece Santoro-Passarelli, a sucessão contratual consiste no meio jurídico de se combinar a relevância da transferência da gestão voluntária à coativa, assegurando-se, com a continuidade dos contratos, a autonomia da empresa em relação ao empresário.¹²⁹

Da mesma forma já se pronunciara Luisa Riva Sanseverino, segundo a qual a empresa não poderia mais ser concebida unitariamente, sob o prisma da propriedade: deveria ser vista como soma de relações jurídicas com uma mesma destinação.¹³⁰ Por consequência, a regulamentação do Direito Privado referente às transformações da empresa e seu transpasse resta insuficiente frente à necessidade de se promover a continuidade dos contratos de trabalho e a necessidade de proteger os ativos intangíveis vinculados à empresa, dos quais os empregados consistiriam em parcela fundamental.¹³¹

Se houver transferência do estabelecimento ou alteração subjetiva do contratante, independente do instrumento jurídico utilizado (venda, usufruto, aluguel, sucessão hereditária), haverá sucessão de empregadores se a estrutura da empresa permanecer – ou da unidade produtiva, na hipótese de sucessão parcial – em seus aspectos organizacional e produtivo, se mantida a prestação do trabalho pelos empregados, ainda que inexistia vínculo entre sucessor e sucedido.¹³²

¹²⁷ Por todos, RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Comentários (...)*. v. 1, p. 114.

¹²⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. “A responsabilidade da empresa por sucessão e suas exceções”. In: *Suplemento Trabalhista LTr*, ano 44, v. 111, São Paulo: LTr, 2008, p. 547.

¹²⁹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, p. 168.

¹³⁰ RIVA SANSEVERINO, Luisa. In: BORSI, Umberto. PERGOLESI, Ferruccio. *Trattato Di Diritto Del Lavoro*, v. 1, Padova: CEDAM, 1938, p. 422-423.

¹³¹ RIVA SANSEVERINO, Luisa. *op. cit.*, p. 423.

¹³² GALANTINO, Luisa. *op. cit.*, p. 631. Admite-se, também, a sucessão quando a empresa em si não desaparece, ocorrendo o fechamento de um de seus estabelecimentos e sendo os empregados aproveitados em outro estabelecimento do mesmo empregador (RUSSOMANO, Mozart Vitor. *Comentários (...)*, v. I, p. 114-119). Na hipótese de fusão de empresas, Luisa Galantino – citando a jurisprudência italiana – indica que a empresa resultante sucede a posição da sociedade extinta a título universal, e não em decorrência da transferência do estabelecimento (GALANTINO, Luisa. *op. cit.*, p. 632). Nesse sentido, tem inclusive sido caracterizada a continuidade pela cessão de cadastro de clientes, ainda que a empresa originária permaneça,

Como se verifica, o conceito de sucessão no Direito do Trabalho é mais plástico que o no Direito Privado, aplicando-se historicamente em qualquer forma de aquisição de estabelecimento comercial ou industrial.¹³³

A sucessão trabalhista tem fundamento nos princípios da continuidade e inalterabilidade do contrato de trabalho e na despersonalização do empregador, tendo por objetivo responsabilizar a empresa pelo crédito trabalhista, e não apenas o seu proprietário.¹³⁴ Por consequência, justifica-se a afirmação de que o trabalhador vincula-se juridicamente aos proprietários da empresa, à empresa e ao próprio estabelecimento, conforme maior garantia para sua tutela efetiva.¹³⁵

A aplicação irrestrita dessa orientação sequer era pacífica antes da Lei n. 11.101/2005, como demonstra Wagner D. Giglio ao concluir pela inexistência de sucessão na hipótese de aquisição dos bens em hasta pública, em concorrência pública de empresa falida ou ainda pela exploração de concessão cassada, sem utilização dos bens da antecessora.¹³⁶

como indicado nas seguintes decisões: TST AIRR 75304/2003-900-02-00 – 3º Turma, DJ 25.6.04 – Relatora Ministra Dora Maria Costa; TST-AIRR 34888/2002-902-02-40-4 – 3ª Turma – DJ 9.2.07. Relator Ministro Alberto Bresciani – TST AIRR 501666/2002-902-02-40 – 3ª Turma; Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – RO 00922-2007-011-10-00-0 – 1ª Turma – Rel. Juiz André R. P. V. Damasceno – DJ 09.05.2008 – Fonte: Repertório de Jurisprudência IOB – 1ª Quinzena de julho de 2008 – n. 13/2008 – v. II, p. 407.

Quanto à desnecessidade de relação direta entre o sucessor e o sucedido, assim decidiu a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: “Sucessão trabalhista. Ocorre a sucessão trabalhista quando há transferência de bens de uma entidade jurídica para outra (ainda que por convênio) e os empregados continuam a prestar serviço no mesmo local, desempenhando as mesmas funções para os novos empregadores, que exploram a mesma atividade econômica.” (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – 3ª Turma – RO 15245/1996 – Rel. Juiz Antion Balbino Santos Oliveira – DJMG de 15.04.1997, p. 4).

¹³³ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal em 1954: “Qualquer modo por que se processe, a mudança, alteração ou transformação de empresa, não produz a rescisão dos contratos de trabalho que mantêm com seus empregados. Ao acervo, total ou parcialmente adquirido, quando mantida a unidade orgânica, ou seja, a capacidade do acervo em permitir a exploração do mesmo ramo de negócio ou de outro similar, circulam como ‘*ius in re*’ os direitos dos empregados, oriundos dos contratos de trabalho. Indeslocável o conceito jurídico de sucessão face à cláusula contratual.” (STF, 1ª Turma, rec. Extr. 24484, Rel. Ribeiro da Costa, Ementário Trabalhista, agosto de 1954).

¹³⁴ SCHIAVI, Mauro. “Aspectos polêmicos e atuais da sucessão de empresas no Direito do Trabalho – Direito material e processual do Trabalho”. In: *Suplemento Trabalhista LTr*, ano 44, v. 100/08, São Paulo: LTr, 2008, p. 449.

¹³⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações (...)*, v. 2, p. 80.

¹³⁶ GIGLIO, Wagner D. “Considerações Sumárias sobre a Sucessão Trabalhista e a Despersonalização do Empregador”. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. II, n. 2. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 71.

Porém, segundo a doutrina e a jurisprudência predominantes até a entrada em vigor da Lei n. 11.101/2005, se houvesse transferência do estabelecimento ou alteração subjetiva do contratante ocorreria a sucessão.¹³⁷ Apenas a alienação de ativos, com a manutenção da condição econômica da antiga proprietária e sem a transferência de empregados, não ensejaria a aplicação dessa figura, salvo na hipótese de fraude.¹³⁸ Caracterizada a sucessão, a transferência de controle do empreendimento não afetaria os contratos de trabalho em curso, que permaneceriam com o novo detentor da empresa ou do estabelecimento.¹³⁹

Contra tal orientação, e com vistas à preservação da empresa, insurgiu-se o legislador pátrio por meio da Lei 11.101/2005.

¹³⁷ "SUCESSÃO TRABALHISTA – PETROBRÁS – PETROMISA – UNIÃO FEDERAL. A Petromisa, ainda que juridicamente extinta, fato decorrente da sua liquidação, continuou a existir de fato. Do ponto de vista econômico, a empresa continuou a exercer as mesmas atividades e com os mesmos empregados, o que, sem dúvida veio a configurar a sucessão objetiva ou, também denominada por alguns, 'sucessão econômica'." (TST, Proc. RR nº 268472, 5ª Turma, Rel. Min. Nelson Antônio Daiha, DOU de 19.06.98, p. 00507). No mesmo sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – 1ª Turma – Ac. 2550/2000 – Rel. Juiz Idemar Antonio Martini – DJSC de 21.03.2000. In: MALLETT, Estevão. *Prática de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 46.

¹³⁸ "Sucessão Trabalhista – Não Configuração – A simples transferência de coisas singulares, como, por exemplo, máquinas, não caracteriza a sucessão trabalhista. Para a sua configuração, é indispensável que a transferência seja da unidade econômica-jurídica." (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – RO 16570/97 – 3ª Turma – Rel. Juiz Maurício José Godinho Delgado – DJMG 19.05.1998). Também nesse sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. – RO 15.463/96 – 2ª Turma – Rel. Juiz Eduardo Augusto Lobato – DJMG 25.04.1997 e Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – RO 11.833/96 – 5ª Turma – Ac. 11.552/97 – Rel.ª Juíza Ana Carolina Zaina – DJPR 09.05.1997.

¹³⁹ MALLETT, Estevão. *op. cit.*, p. 45. Operada a sucessão, ainda que parte da doutrina defenda a responsabilidade solidária entre sucedido e sucessor (SCHIAVI, Mauro, *op. cit.*, p. 502; ALMEIDA, Ísis. *Curso de legislação do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 83), a jurisprudência majoritária tem caminhado para determinar a responsabilidade apenas do sucessor, salvo nas hipóteses de fraude, conforme demonstram as Orientações Jurisprudenciais n. 225 e 261, ambas da SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho. Também nesse sentido: Alexandre Agra Belmonte (BELMONTE, Alexandre Agra. *op. cit.*, p. 549) e TST – 1ª Turma – RR 588.912/1999-0 – Relator: Ministro Lélío B. Corrêa – DJ 6.8.2004 – p. 615. Por outro lado, caracterizada a sucessão, restaria ao sucessor a possibilidade de requerer do vendedor eventual ressarcimento, especialmente se prevista tal faculdade no contrato de transpasse.

SEGUNDA PARTE: DIREITO CONCURSAL

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de se analisar as alterações promovidas pela Lei n. 11.101/2005 em relação à sucessão de empregadores, faz-se necessário verificar, em breves linhas, os antecedentes históricos do Direito Concursal no Brasil e no exterior.

Apesar de a interação entre esse ramo jurídico e o Direito do Trabalho apenas ocorrer após o surgimento do modo de produção industrial, a fim de evidenciar a alteração fundamental suportada pelo Direito Concursal torna-se relevante breve análise da gênese do tratamento jurídico aos procedimentos de insolvência e sua evolução até o modelo atual.

1.1. Na Antiguidade

Na Antiguidade, o Código de Manu autorizava os credores não satisfeitos a submeter o devedor à escravidão. Entretanto, se o devedor integrava casta superior ao credor, o pagamento seria realizado em prestações, conforme a possibilidade do devedor.¹⁴⁰

Houve escravidão por dívidas no Egito, porém não perdurou passando a execução a recair sobre o patrimônio do devedor. Na hipótese desse não ser suficiente e vindo o devedor a falecer, poderia o credor apossar-se de seu cadáver, privando-o dos rituais fúnebres. Na Grécia, o inadimplemento resultava na servidão pessoal do devedor ao credor. Conforme esclarece Bento Faria, tal situação ocorria também se restasse frustrada a ordem judicial para pagamento da dívida, hipótese em que o credor poderia alienar o devedor ou até matá-lo.¹⁴¹

No Direito Romano, prevalecia o poder de vida e de morte do credor sobre o devedor insolvente, sendo a execução procedimento privado.¹⁴² Respondia a pessoa do devedor

¹⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 1, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6.

¹⁴¹ FARIA, Antonio Bento de. *Direito Comercial*. v. IV, Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1947, p. 12.

¹⁴² REQUIÃO, Rubens. *Curso* (...), p.6.

pela dívida, prevalecendo a legislação de cunho executório fortemente penal.¹⁴³ O devedor, mesmo se submetido a castigos corporais ou até à morte, mantinha por completo a propriedade dos seus bens.¹⁴⁴

Com a Lei das XII Tábuas, a execução coletiva foi regulamentada, porém ainda se dirigia contra a pessoa do devedor, por meio da *legis actio per manus injectionem*, podendo o credor prender o devedor acorrentado; vendê-lo além do Rio Tibre; ou ainda, matá-lo com autorização pretoriana.¹⁴⁵ No ano 428 do calendário cristão (ou 441, pelo calendário de Roma), foi promulgada a *Lex Poetelia Papiria*, abolindo a *manus injectio*, mitigando o caráter penal da legislação. A partir de então, os bens do devedor – e não mais seu corpo – garantiriam seus créditos, privilegiando-se o papel do magistrado, inclusive com a proibição da execução extrajudicial.¹⁴⁶ Porém, mesmo após o referido diploma legal, permaneceu a ‘nota de infâmia’ imputada ao devedor, caso suas dívidas superassem seus ativos.¹⁴⁷

A fim de assegurar os ativos arrecadados, cabia aos credores a nomeação de curador para zelar pelo patrimônio do devedor desapossado e anunciar publicamente a arrecadação dos bens.¹⁴⁸ Caso não houvesse pagamento em até trinta dias o devedor era considerado infame – e morto para todos os fins civis – e os credores elegiam, mediante convocação do pretor, um *magister*, a fim de tomar as medidas para venda dos bens. As regras dessa venda – *Lex venditiones* – determinavam o ativo e passivo de devedor, a indicação de bens, créditos, privilégios e percentagem a ser paga a cada um dos credores. Tais regras eram estabelecidas pelo *magister* e submetidas à aprovação da assembléia de credores.¹⁴⁹

¹⁴³ LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 38.

¹⁴⁴ DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 29.

¹⁴⁵ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108.

¹⁴⁶ Previsto inicialmente como procedimento essencialmente privado, as inúmeras fraudes levaram ao desenvolvimento do *missio in bona*, submetido à supervisão do pretor. Tal medida não transferia o patrimônio do devedor aos credores, porém o patrimônio permanecia como garantia (BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 39).

¹⁴⁷ Segundo Soares de Faria: “(...) a ‘nota de infâmia’ marcava, como ferro e brasa, o devedor: aderira ao falido como a carne ao osso. Falência e falido sugeriam para logo a idéia de fraude. A falência cobria o devedor de desprezo e ridículo, e sobre sua cabeça caía o ódio do credor prejudicado.” (FARIA, Soares. *Da concordata preventiva da falência*, São Paulo: Saraiva, 1932, p. 10).

¹⁴⁸ Tais procedimentos eram determinados por edital (*libeli*) fixado à frente da casa ou do estabelecimento do devedor e nos lugares mais freqüentados (*poscriptiones bonorum*). (REQUIÃO, Rubens. *Curso* (...), p. 7; BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 38).

¹⁴⁹ FARIA, Soares. *op. cit.*, p. 8.

Por fim, para o devedor cuja insolvência decorria de simples infortúnio, alheio à sua improbidade, surgiu a *bonorum cessio*. Nessa forma de liquidação, o devedor sem culpa poderia abandonar seus bens aos credores, tendo com isso suas dívidas saldadas. Cabia-lhe, entretanto, comprovar a inexistência de qualquer intuito de fraude. Inicialmente os bens eram vendidos em conjunto, sendo, posteriormente, permitido ao *curator* vendê-los em lotes. Com a *missio in possessionem* e a *bonorum cessio*, iniciava-se o tratamento conjunto aos credores, no *concursum creditorum*.¹⁵⁰

Já no Codex, Livro I, título XIX, const. 2^a, é possível identificar o início do desenvolvimento do instituto da concordata: o *moratorium*, o qual poderia ter caráter dilatatório, remissório ou misto. No mesmo sentido, no direito romano clássico verifica-se o *pactum ut minus solvatur*, também antecedente da concordata moderna, aplicável no caso de sucessão hereditária.¹⁵¹ Tal instituto caiu em desuso no período de Justiniano, com o benefício do inventário, que limitava a responsabilidade do herdeiro aos ativos da herança.¹⁵²

1.2. Na Idade Média

Na Idade Média, surge, no círculo das corporações mercantis, a falência, consubstanciada em “regime sistematizado de liquidação universal do patrimônio do devedor comerciante, erigido a partir da concepção simplista que opunha de um lado credores, a quem se deveria pagar, e de outro o falido, a quem se deveria punir – já não fisicamente.”¹⁵³ Assim, supera-se o paradigma da insolvência-sanção pessoal, que acompanhou o Direito concursal desde sua gênese, para se consolidar o conceito de falência-liquidação, ou seja, sanção patrimonial.

¹⁵⁰ FARIA, Soares. *op. cit.*, p. 9

¹⁵¹ Esse tema é tratado em profundidade por Eduardo César Silveira Vita Marchi (MARCHI, Eduardo César Silveira Vita. *Concurso de credores e ‘pactum ut minus solvatur’*. Lecce: Del Grifo, 1997).

¹⁵² BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 41.

¹⁵³ SILVA, João Calvo da. RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal.” *In: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abril-junho de 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 227.

Nesse período, verifica-se a polarização dos procedimentos de execução de dívidas, conforme prevalência da influência romana ou visigótica. Enquanto a primeira apresentava forte tendência privada, reputando os credores como elementos essenciais à solução da execução, a última outorgava ao magistrado preponderância na direção do processo – quer para punir o devedor, quer para resguardar os interesses dos credores.¹⁵⁴

Em virtude da vinculação imediata entre a regulamentação da execução de dívidas e as práticas comerciais, as cidades italianas prosperam como centros de desenvolvimento de tais sistemas.¹⁵⁵ Como cita Valverde, durante a Idade Média foi nessas cidades que a ocupação mercantil envolvia a quase totalidade dos cidadãos, a ponto de se afirmar: *est Genuensis, ergo mercator* – (sou Genovês, portanto, sou mercador).¹⁵⁶

Nessa fase, cabia ainda ao estatuto de cada cidade sua normatização.¹⁵⁷ Posteriormente, tal qual ocorreu com a *bonorum distraction*, foi acrescentado à *missio rei servandae* o elemento do seqüestro, surgindo assim o instituto da falência moderna, no século XIV.¹⁵⁸

Como fruto desse desenvolvimento, temos a elaboração de um complexo de regras jurídicas e técnicas, definindo e regulando a situação caracterizada por atos ou fatos reconhecidos como prova do desequilíbrio no patrimônio do devedor.¹⁵⁹

¹⁵⁴ DUARTE, Henrique Vaz. *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁵ Henrique Vaz Duarte chega a afirmar que: “(...) sem dúvida que abordar o Direito pujante da Idade Média nesta área será provavelmente o mesmo que referir os Estatutos das cidades comerciais da Itália (Siena – 1226, Veneza – 1244, 1290, 1488; Vercelli – 1226; Vicenza – 1254, Milão 1341, Plasencia – 1343, Florença – 1393, Pádua – 1420, Genova – 1498, Bolonha – 1509) lugares estrategicamente colocados que, a partir das Cruzadas, e com o advento do Renascimento, beneficiaram de um desenvolvimento econômico fora do vulgar e, conseqüentemente vieram a constituir o ambiente propício para o surgimento da ‘quebra’ e a necessidade de sua regulamentação.” (DUARTE, Henrique Vaz. *op. cit.*, p. 30 e 31).

¹⁵⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Sílvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁷ Desse modo, o estatuto de Siena (1226) previa perda da cidadania e proibição para o exercício do comércio; o estatuto de Bolonha (1509), previa o arresto do devedor e sua morte caso se escondesse; e os estatutos de Lucca (*Capítulo mercatirum*, de 1308) advogavam a tortura como meio de forçar o pagamento. Outras codificações feitas à época incluem-se: *Tabla Amalfitana* (Amálfi), *Breve Consulum maris* (Pisa), *Capitulares nauticum* (Veneza), *Consulado do Mar* (Barcelona), *Rôles de Oléron* (França) e as *Leis de Wisby* (Países Nórdicos). Ademais, passou-se a estabelecer magistrados incumbidos de seqüestrar os bens dos devedores: *Sopraconsuli dei mercanti*, em Veneza; *Otto di guardia e balia*, em Florença; *Magistrato Del Comercio*, em Nápoles; e *Consolato Del Comercio e del Senato*, em Piemonte (BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Sílvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 42).

¹⁵⁸ Idem, p. 41.

¹⁵⁹ VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945)*. v. I, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 14.

Desde então, esse corpo de regras procura acompanhar o desenvolvimento das práticas mercantis, buscando a liquidação patrimonial do devedor insolvente em prol de seus credores. Todavia, com as profundas alterações decorrentes do comércio pós-industrial e da universalização de práticas e mercados, as estruturas então estabelecidas não mais satisfaziam as necessidades de seus destinatários. Nesse momento, torna-se possível identificar diversas experiências em ordenamentos estrangeiros, buscando realinhar o modelo concursal com o novo ambiente econômico no qual se inseria.

2. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E ESTRANGEIRA

A partir da década de 1970, foram implantadas significativas reformas na regulação concursal de diversos países, a fim de adaptar suas disposições ao novo ambiente econômico e social.

Enquanto o legislador brasileiro encastelou-se na classificação processual e no modelo proposto na primeira metade do século passado, diversos ordenamentos estrangeiros buscaram alternativas, privilegiando a recuperação das empresas e a liquidação de ativos de forma célere e mais eficiente.¹⁶⁰

Como discorre François Gaudu, a falência na Europa foi vista no passado como evento trágico tanto para a pessoa jurídica quanto para seus credores, todavia, hoje é comum a falência consistir em mera operação técnica, para liberar determinado grupo econômico de empresas deficitárias.¹⁶¹

Na insolvência a responsabilidade do devedor de satisfazer as obrigações persiste e é extinta apenas pela morte ou dissolução do devedor. A falência, apesar de nem sempre exigir efetivo estado de insolvência exime o devedor de suas obrigações. Para os credores pessoas físicas, concede um novo começo (*“fresh start”*), permitindo ao indivíduo reempregar sua capacidade produtiva em benefício da sociedade. Para o devedor pessoa jurídica, a reorganização é acompanhada de morte e renascimento fictos, permitindo que a empresa reestruturada capture seu valor como atividade em desenvolvimento, livre de obrigações do passado.¹⁶²

¹⁶⁰ No debate dessas alternativas, muito se discutiu inclusive quanto à primazia dos direitos dos trabalhadores na hipótese da falência do empregador, pois nessa situação a legislação falimentar busca exatamente impor tratamento equilibrado entre os diversos credores. Da mesma forma, reitera-se a importância da relação entre os custos sociais e a competitividade (BLANPAIN, R. *Employee Rights in Bankruptcy*. Londres: Kluwer Law International, 2002, p. 1-2).

¹⁶¹ GAUDU, François. In: BLANPAIN, Roger (ed.). *“Corporate Restructuring and the Role of Labour Law”*. In: *Bulletin of comparative Labour Relations*, v. 47, Haia: Kluwer Law International, 2003, p. 63.

¹⁶² COLE, Marcus. *“Fifteenth Annual Corporate Law Symposium: Corporate Bankruptcy In The New Millennium: Limiting Liability Through Bankruptcy”*. In: *University of Cincinnati Law Review*, 1245, University of Cincinnati, Summer/2002 (70 U. Cin. L. Rev. 1245). Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em junho/2007).

Ao contrário da insolvência, a liberação das dívidas promovida pela falência determina a partilha temporal dos ativos, limitando a responsabilidade do devedor às obrigações anteriores à falência, protegendo assim o valor da atividade em desenvolvimento (“*going concern*”), consistindo, essencialmente, em uma segregação de ativos.¹⁶³

Nesse ambiente, verifica-se o desenvolvimento de interpretações econômicas do Direito Concursal. Essas se fundam na proposição de que o mercado deverá decidir quando as empresas insolventes devem ser salvas ou liquidadas, e seus ativos devem ir à praça livres de ônus anteriores. Sendo a empresa recuperável, os maiores lances serão pelo conjunto de bens, caso contrário, serão pelos bens individualmente considerados.¹⁶⁴ O berço de tais interpretações e das alterações legislativas subseqüentes encontra-se no direito norte-americano, ao abandonar a visão processualista e instituir a *corporate reorganization*, na primeira metade do século XX.

Na Europa, coube à França – ainda que com certo atraso - tomar a frente na promoção da recuperação das empresas em crise. Inicialmente, o relatório organizado pela Inspeção de Finanças apresentou a necessidade de previsão jurídica para a recuperação de empresas em crise, tendo como elemento nuclear a separação dos conceitos de empresa e empresário.¹⁶⁵ Dessa forma, a legislação francesa foi alterada pela Lei 98/1985, a qual instituiu o reerguimento, com conotação preservacionista. Esse diploma permaneceria em vigor até sua consolidação no *Code de Commerce*, em 2001.¹⁶⁶

Como se pode verificar do panorama legislativo estrangeiro, a tendência é por modelos em que a empresa, como centro de múltiplos interesses, seja resguardada quando viável e, quando economicamente inviável, liquidada, a fim de minimizar os prejuízos sociais inerentes à quebra.

¹⁶³ COLE, Marcus. *op.cit.* p. 1245.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ Esse relatório passou a ser referido pelo nome de seu relator: *Roger Houim*.

¹⁶⁶ Assim, o legislador franco concluiu pela substituição da antiga índole sancionatória da legislação pela compreensão econômica do fenômeno. Coerentemente, ilustrando essa mudança, verifica-se a utilização de expressões como “*recuperação*” e “*liquidação*” de empresas (FERES, Marcelo Andrade. “Constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela nova lei de falências ao privilégio dos créditos trabalhistas.” *In: Revista da Advocacia Geral da União*, versão virtual, ano VI, abril/2006, p. 2. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VI_abril_2006/ArtigoledalenciasMarcelo.pdf). (Acesso em dezembro/2008)).

2.1. Organização Internacional do Trabalho

No âmbito internacional, a relevância do tema encontra reconhecimento na Organização Internacional do Trabalho, especialmente na Convenção n. 173 e na Recomendação n. 180 – ambas adotadas na 79ª Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, ocorrida em 3 de junho de 1992 – que promovem a proteção dos interesses dos empregados na hipótese de insolvência do empregador.¹⁶⁷ Também se referem a esse tema, de maneira indireta, as Convenções n. 95 e n. 17.

A Convenção n. 173 trata da proteção dos créditos trabalhistas na hipótese de insolvência do empregador. O referido instrumento designa insolvência como a situação em que é aberto procedimento relativo aos ativos do empregador para adimplir coletivamente seus credores. Os Estados Membros podem estender o significado desse termo a situações em que o ativo do empregador é insuficiente para iniciar o procedimento de insolvência.

A proteção aos referidos créditos poderá se dar por meio da concessão de privilégio aos créditos trabalhistas na distribuição do ativo do empregador ou na organização de instituição de garantia para assegurar o seu pagamento, na insolvência do empregador.

Nos termos do artigo 6º, da Convenção n. 173, o privilégio deverá incluir os salários correspondentes a determinado período – não inferior a três meses; férias não pagas correspondentes ao ano em que ocorrer a insolvência; remuneração por ausências remuneradas devidas ao menos nos últimos três meses; e, indenizações por rescisão do contrato de trabalho. A legislação nacional poderá, ainda, limitar o privilégio a determinado montante, que não deverá ser inferior a um valor socialmente aceitável.

Em relação à garantia por meio da organização de instituição específica, tal fundo deverá assegurar, ao menos, os salários e ausências remuneradas correspondentes a um período determinado – não inferior a oito semanas; as férias não pagas em período determinado – não inferior a seis meses; e, a soma das indenizações devidas por motivo da terminação da relação de trabalho, nos termos do artigo 12, da Convenção n. 173.

¹⁶⁷ Em novembro de 2008, dezenove países haviam ratificado a Convenção n. 173/92 (Albânia, Armênia, Austrália, Áustria, Botsuana, Bulgária, Burkina Faso, Chad, Finlândia, Letônia, Lituânia, Madagascar, México, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suíça, Ucrânia e Zâmbia).

Os créditos trabalhistas protegidos pela referida instituição poderão ser limitados a determinado valor, que também não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.

Também a Recomendação n. 180, ao tratar do privilégio dos créditos trabalhistas indica a possibilidade de a legislação de cada país limitá-lo a valores socialmente aceitáveis. Para tanto, recomenda vincular tal limitação ao salário mínimo; à parcela impenhorável do salário; ao valor do salário de contribuição, para fins da seguridade social; ou na média de remuneração da indústria.¹⁶⁸ Ademais, a referida Recomendação prevê a instituição de procedimentos de pagamento antecipado aos credores trabalhistas – nos limites estabelecidos pela legislação nacional – a fim de que ao menos parcela de tais créditos seja paga tão logo a massa falida tenha condições para tanto.¹⁶⁹

A Convenção n. 95, referente à proteção do salário também traz disposição aplicável à matéria, nos termos de seu artigo 11:

“Artigo 11. 1 – Em caso de falência ou de liquidação judicial de uma empresa, os trabalhadores nela empregados terão categoria de credores privilegiados, quer para os salários que lhes são devidos a título de serviços fornecidos durante um período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, quer para os salários que não ultrapassem um montante prescrito pela legislação nacional. 2 – O salário que constitua um crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores ordinários possam reivindicar a sua quota-parte. 3 – A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação a outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional.”

O Brasil é signatário da referida Convenção, e o atual modelo concursal encontra-se de acordo suas disposições e com aquelas da Recomendação n. 180, no que se refere à concessão de privilégios aos créditos trabalhistas.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Conforme artigo 4º, da Recomendação n. 180, da OIT.

¹⁶⁹ Conforme Art. 6, da Recomendação n. 180, da OIT.

¹⁷⁰ A Convenção n. 95 foi internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 41.721/57, publicado no Diário Oficial de 28 de junho de 1957.

Nesse sentido, cabe a ressalva de Pedro Paulo Teixeira Manus de que a regra estabelecida na Convenção n. 95 é genérica, remetendo à legislação nacional quanto ao limite de tempo e prioridade a serem concedidos aos créditos trabalhistas, apesar de não instituir o Fundo Garantidor dos Créditos Trabalhistas propostos pela referida Recomendação.¹⁷¹

Por fim, a Convenção n. 17, referente à remuneração de trabalhadores (Acidentes), de 1927 também se refere à insolvência do empregador. Nesse sentido, o referido diploma determina a obrigação dos países signatários de estabelecer meios suficientes para garantir aos trabalhadores acidentados ou seus sucessores o recebimento de compensação decorrente de acidentes de trabalho, mesmo na insolvência do empregador.¹⁷²

2.2. União Européia

Desde a década de 1970, a Comunidade Européia se debruça sobre as questões relativas à proteção dos empregados na transferência de empresas e na insolvência do empregador.

Em 1972, já havia propostas para a primeira Diretiva referente à transferência de estabelecimentos, reconhecendo que as mudanças econômicas e o fechamento de empresas decorrentes dessas mudanças eram parcela integral do desenvolvimento das normas fundamentais da Comunidade Européia.¹⁷³

Com base nessa premissa, instituiu-se o programa de ação social de 1974, que resultou em três Diretivas voltadas para atenuar as conseqüências para os trabalhadores na reestruturação e reorganização das empresas em crise: Diretiva 75/129/EEC (Dispensas coletivas); Diretiva 77/187/ECC (Transferência de empresas); e, Diretiva 80/987/EEC (Insolvência do empregador).¹⁷⁴ As referidas Diretivas sofreram alterações e foram posteriormente consolidadas em novos instrumentos:

- a) a Diretiva 75/129/CEE (Dispensas coletivas) foi complementada pela Diretiva 92/56/EEC, ambas posteriormente substituídas pela Diretiva 98/56/EC;

¹⁷¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos (...)*, p. 37.

¹⁷² Conforme art. 11, da Convenção n. 17. A referida convenção, em novembro de 2008, encontrava-se ratificada por 68 países, entre os quais Reino Unido, Espanha, Portugal, Alemanha, França, Argentina e México.

¹⁷³ COM (72) 1400.

¹⁷⁴ ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro della Comunità Europea*. 3. ed. Milão: CEDAM, 2002, p. 285.

- b) a Diretiva 77/187/CEE (Transferência de empresas) foi complementada pela Diretiva 98/50/EC, ambas posteriormente revogadas pela Diretiva 2001/23/EC; e
- c) a Diretiva 80/987/CEE (Insolvência do empregador) foi complementada pelas Diretivas 87/164/CEE e 2002/74/CE, a qual aumentou a abrangência do conceito de insolvência.¹⁷⁵ Tais diretivas foram revogadas pela Diretiva 2008/94/EC.

A Diretiva 98/56/EC, tem como principal objetivo o envolvimento e informação dos empregados, sindicatos e órgãos estatais na hipótese de ser necessária a dispensa de trabalhadores por razões não relacionadas a questões individuais. Para tanto, obriga o empregador a informar e consultar os representantes dos empregados em caso de dispensas coletivas, bem como a buscar alternativas para as dispensas e, na ausência delas, elaborar um plano de dispensas conjunto. Nessa Diretiva a obrigação das partes é acordar uma solução, enquanto na Diretiva 2001/23/CE, relativa à transferência de empresas, há apenas a obrigação das partes negociarem¹⁷⁶. Por fim, na hipótese de falência, com cessão total ou parcial da empresa, não são aplicáveis as normas relativas às dispensas coletivas.¹⁷⁷

A Diretiva 2001/23/CE tem como objeto a proteção dos direitos dos empregados na hipótese de transferência de empresas ou estabelecimentos, garantindo-lhes acesso à informação, consulta prévia e manutenção de condições de trabalho e contratuais na hipótese de sucessão de empregadores. Essa Diretiva prevê ainda garantias de emprego aos referidos empregados.¹⁷⁸

O texto original, de 1977, não cuidava da definição da transferência de empresas, o que foi sanado pelo instrumento de 2001. Assim, foi incorporada a interpretação do Tribunal Europeu sobre o tema, segundo a qual há transferência quando a unidade econômica transferida (ainda que não correspondente a um estabelecimento) mantém a sua identidade enquanto conjunto de meios organizados com o objetivo de prosseguir determinada atividade econômica, essencial ou acessória.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Em especial após a interpretação restritiva quanto sua aplicabilidade pela Corte Européia no caso C-479/93 *Francovich* 2.

¹⁷⁶ ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *op. cit.*, p. 305-306.

¹⁷⁷ Conforme decisão da Corte Européia no Caso C-250/97 – *Dansk Metalarbejderforbund v. Garantifond*, de 17 de dezembro de 1998.

¹⁷⁸ MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: Da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 207-208.

¹⁷⁹ Conforme artigo 1º, alínea b), da Diretiva 2001/23/CE (ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *op. cit.*, p. 287).

Não é obrigatória a manutenção de condições de trabalho e sucessão do adquirente nas obrigações do cessionário na hipótese de transferência ocorrida em procedimentos de falência ou insolvência promovidos com vista à liquidação do patrimônio do devedor, desde que ocorram sob fiscalização de entidade oficial competente, porém, a legislação nacional pode determinar tal obrigação ao adquirente.¹⁸⁰

Sendo aplicável a referida Diretiva, o trabalhador faz jus a uma série de garantias na transferência. Assim, a transferência não pode justificar a dispensa do empregado; os direitos e obrigações existentes à época da transferência são transmitidos ao cessionário; o cessionário deve manter a aplicação do instrumento coletivo aplicável antes da transferência até sua expiração ou até que novo instrumento seja negociado; cedente e cessionário devem comunicar, em tempo útil, o sindicato e o representante de empregados sobre as razões da transferência, seus aspectos jurídicos, econômicos e sociais para os trabalhadores, e as medidas previstas em relação aos trabalhadores.¹⁸¹

A Diretiva 2008/94/CE busca a proteção dos empregados na hipótese de insolvência de seu empregador, determinando que os legisladores nacionais europeus: (i) organizem instituições nacionais com objetivo de garantir o pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pelo empregador; (ii) revoguem qualquer diminuição nos benefícios previdenciários decorrente do inadimplemento de contribuições sociais a cargo do empregador insolvente; (iii) protejam os direitos dos empregados afetados pela insolvência em relação aos planos de previdência complementar.¹⁸² Diferentemente das outras duas diretivas, a Diretiva 2008/94/CE, se limitou a oferecer aos trabalhadores garantias eminentemente patrimoniais – usualmente limitadas a três salários mensais – deixando de lado a promoção da manutenção do nível de ocupação, tendo sido objeto de críticas significativas.¹⁸³

¹⁸⁰ Artigo 5º, itens 1.e 2, da Diretiva 2001/23/CE.

¹⁸¹ GALANTINO, Luisa. *op. cit.*, p. 112.

¹⁸² JEFFERY, Mark. “European Labor Laws Relating to Business Restructuring”. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 24, No. 4, 2003, publicado em 28 de dezembro de 2004, p. 672 a 675.

¹⁸³ ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *op. cit.*, p. 286.

Ademais a Diretiva 2008/94/CE pressupõe – tal qual a Diretiva 80/987/CEE – dupla condição para sua aplicação: (i) pedido de abertura de processo que abranja os bens do empregador, concebido para satisfazer os credores coletivamente e que abranja créditos trabalhistas; e, (ii) decisão da autoridade competente para iniciar o processo, determinação do encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento, ou ainda a declaração de insuficiência de ativos disponíveis para a abertura do referido processo.¹⁸⁴ Nos termos do artigo 5º, da referida Diretiva, os Estados membros devem adotar as medidas necessárias para estabelecer um organismo de garantia, com patrimônio independente da empresa, financiado ao menos em parte por esta e que tenha condições de garantir o adimplemento de parcela do crédito dos empregados.

A Diretiva 2008/94/CE, diferentemente da Diretiva 80/987/EEC, estabeleceu ainda a orientação de que os mecanismos de proteção dos empregados deverão também incluir empresas em procedimentos coletivos de insolvência que não determinem a inibição total ou parcial do empregador de administrar e dispor de seus bens ou a nomeação de síndico.¹⁸⁵

Em relação ao fundo garantidor dos créditos trabalhistas, os Estados-Membros podem limitar tal garantia à remuneração não adimplida durante determinado período, que não pode ser inferior a três meses.¹⁸⁶

Da mesma maneira, pode ser estabelecido um limite máximo para o valor do crédito garantido, desde que socialmente compatível com os objetivos da Diretiva.¹⁸⁷ Porém, cabe à legislação nacional de cada Estado-Membro determinar se as indenizações e verbas rescisórias decorrentes do término do contrato de trabalho serão garantidas pelo referido fundo.¹⁸⁸

Em que pese o desenvolvimento no ordenamento jurídico comunitário e os referidos instrumentos, a questão referente à sucessão de empregadores na transferência de empresas e unidades produtivas ainda é tormentosa, como demonstra a jurisprudência vacilante da

¹⁸⁴ GALANTINO, Luisa. *op. cit.*, p. 117.

¹⁸⁵ Item 4, do artigo 2º, da Diretiva 2008/94/CE.

¹⁸⁶ Itens 1 e 2, do Artigo 4, da Diretiva 2008/94/CE.

¹⁸⁷ Item 3, do Artigo 4, da Diretiva 2008/94/CE.

¹⁸⁸ Artigo 3, *caput*, da Diretiva 2008/94/CE.

Corte Européia. Assim, a manutenção do direito dos empregados quando da transferência de estabelecimentos tem sido ampliada de maneira significativa.¹⁸⁹

Apesar de a Diretiva 2001/23/CE facultar aos países membros a extensão das garantias de sucessão de empregadores e manutenção das condições de trabalho a todos os casos de fusão, incorporação ou transferência – mesmo decorrentes de procedimentos de insolvência – não obriga sua aplicação às referidas situações.

Entre tais situações, a Corte Européia de Justiça – no caso *Abel v. Bedrijfsvereniging Voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie* – reconheceu expressamente sua inaplicabilidade às transferências ocorridas no contexto de procedimentos de insolvência instituídos com os objetivos de liquidação dos ativos do devedor.¹⁹⁰ No referido processo, discutiu-se o direito dos empregados à manutenção do emprego após a venda do principal estabelecimento de seu empregador, no bojo de procedimento similar à concordata (*sospensione collettiva dei pagamenti*).¹⁹¹ Como esclarecem Alessandro Corrado e Diego Corrado, tal decisão buscou no objetivo da Diretiva n. 77/187 seu fundamento, ou seja, impedir que a reestruturação no âmbito do mercado comum ocorra de forma injustificadamente prejudicial ao trabalhador.¹⁹²

Em outra decisão paradigmática – caso *d’Urso v Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA* – o Advogado Geral Van Gerven esclareceu a interpretação da Corte

¹⁸⁹ No caso Temco (C-51/00) discutiu-se a ocorrência da sucessão de empregadores em virtude do rompimento do único contrato da *General Maintenance Company* que consistia na limpeza de fábricas da *Volkswagen* e a subsequente contratação da Temco para prestar os mesmos serviços, seguida da contratação – pela Temco – de 75% dos ex-empregados da *General Maintenance Company*. Assim, a Corte Européia entendeu que ocorreu a sucessão de empregadores nessa situação. No caso C-340/01 (*Carlito Abler*), julgado em novembro de 2003, a Corte Européia reconheceu a sucessão de empregadores e a responsabilidade do sucessor pelas obrigações trabalhistas do sucedido quando um hospital austríaco terceirizou os serviços de alimentação, contratando para tanto a empresa *Sanrest*. Posteriormente, o referido contrato foi rescindido e a *Sodexo* foi contratada para prestar os mesmos serviços, utilizando para tanto parte significativa dos equipamentos anteriormente utilizados pela *Sanrest*. Apesar de inexistir transferência de empregados, a Corte reconheceu a sucessão em virtude da utilização de parcela significativa dos ativos e continuidade na prestação dos serviços.

¹⁹⁰ Processo C-135/83 [1985] ECR 469, com decisão em 7 de fevereiro de 1985. A decisão menciona a inaplicabilidade da Diretiva no contexto de transferências em procedimentos de insolvência instituídos com vistas à liquidação de ativos do vendedor, ocorrida sob a supervisão de autoridade judicial competente (DEAKIN, Simon. MORRIS, Gillian S.. *op. cit.*, p. 558).

¹⁹¹ CAIFA, Antonio. COSIO, Roberto. *Diritto europeo: crisi d’impresa e sorte dei rapporti di lavoro*. La Reforma Fallimentare n. 7. IPSOA:Roma, 2008, p. 73.

¹⁹² CORRADO, Alessandro. CORRADO, Diego. *I rapporti di lavoro nel fallimento*. Torino:Padova, 2007, p. 234.

Européia no sentido de que a legislação falimentar é caracterizada por procedimentos especiais, cuja intenção é a delicada harmonização dos diversos interesses envolvidos.¹⁹³ Entretanto, a continuação da atividade em virtude de procedimento disposto com finalidade de saneamento e reequilíbrio do estado patrimonial da empresa não poderia elidir a aplicação da Diretiva relativa aos direitos adquiridos dos empregados.¹⁹⁴

Com essa premissa, a Diretiva 77/187/CEE foi emendada em 1998 e posteriormente consolidada pela Diretiva 2001/23/CE, encorajando ainda mais sua flexibilização em relação a procedimentos de insolvência.¹⁹⁵ Assim, de acordo com seu artigo 5(2), não é aplicável preferência aos créditos trabalhistas caso estejam protegidos pelas instituições nacionais, organizadas para garantir tais créditos na insolvência do empregador. Ademais, a incorporação dessas Diretivas nos diversos países da União Européia tem encontrado diferentes interpretações.

Na Inglaterra, por exemplo, foram estabelecidas medidas a fim de aplicar parte dessas regras a situações de insolvência. As *Transfer of Undertakings Protection of Employment Regulations*, de 1981, em conformidade com a Diretiva 77/187/CEE, prevêm a sucessão de empregadores e a manutenção do contato de trabalho em caso de transferência de estabelecimentos. Tal disposição não foi alterada pela reforma na referida regulamentação ocorrida em 2006.

Quanto aos procedimentos de reorganização de empresas – como o *surséance van betaling* holandês (autorização judicial para suspender o pagamento de débitos a fim de se buscar uma composição amigável, similar à concordata) – permanece a questão quanto à

¹⁹³ C-362/89, [1991] ECR I-4105. Nesse caso, o Sr. d'Urso integrava um grupo de 518 empregados da empresa chamada *EMG* que iniciou procedimento de recuperação especial em 1981 (*amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*), porém obteve autorização para continuar a operar. Em 1985 toda a atividade foi transferida para uma nova empresa – *Nuova EMG*. Parte dos empregados foi transferida, e o restante permaneceu na *EMG*. Em relação a essa transferência, a Corte Européia decidiu que o artigo 3(1), da Diretiva 77/187/ EEC era aplicável. Também nesse sentido *Arie Botzen and others v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV* (Caso 186/83) [1985] ECR 519 e *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S* (Caso 324/86) [1988] ECR 739.

¹⁹⁴ CORRADO, Alessandro. CORRADO, Diego. *op. cit.*, p. 235. No mesmo sentido, ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *op. cit.*, p. 298-299.

¹⁹⁵ Roberto Cosi refere-se à Diretiva 98/50 – e posteriormente à Diretiva 2001/23 – como Diretivas de segunda geração, pois já incorporavam os debates travados quanto à aplicabilidade da Diretiva de 1977 (CAIFA, Antonio. COSIO, Roberto. *op. cit.*, p.75).

possibilidade de exclusão do âmbito da Diretiva 2001/23/EC, se reconhecidos como procedimentos de insolvência.¹⁹⁶

Em relação ao procedimento de insolvência italiano, em 1990, a Corte Europeia de Justiça decidiu que a Diretiva 77/187 – e, portanto, a sucessão de empregadores, era aplicável nos casos *Abels*, *d’Urso* e *Spano*, já referidos.

No caso *Spano*, os empregados insurgiram-se quanto à formulação de instrumento coletivo que derogava a aplicação da Diretiva 77/187/CEE no caso de empresa que declarou – nos termos da legislação italiana – “*estado de crise*”.¹⁹⁷ Assim a Corte Europeia decidiu:

“(…) uma empresa cujo estado de crise tenha sido reconhecido é objeto de um processo que, longe de ter como objetivo a liquidação da empresa, visa, pelo contrário, favorecer a sua manutenção em atividade com o objetivo de uma retomada posterior. 29. O processo de declaração de estado de crise, ao contrário dos processos de falência, não implica, designadamente, nenhuma fiscalização judicial nem nenhuma medida de administração do patrimônio da empresa, nem prevê qualquer suspensão de pagamentos. 30. O objetivo econômico e social prosseguido por este processo não pode explicar nem justificar que, quando a empresa em causa é objeto de uma transferência total ou parcial, os seus trabalhadores sejam privados dos direitos que lhes reconhece a diretiva (v., por analogia, o acórdão *D’Urso*, já referido, n. 32).”¹⁹⁸

Conforme descrito, são aplicáveis as restrições previstas na Diretiva 2001/23/EC nas hipóteses de procedimentos de reorganização que não tenham objetivo liquidar os ativos do devedor. No referido caso, a Corte Europeia analisou a conformidade das normas italianas às Diretivas europeias, decidindo que havia incompatibilidade entre elas.

Assim, pelo fato de a finalidade do procedimento residir no saneamento da empresa, com vistas à sua continuidade – e não à sua liquidação para pagamento dos débitos do empresário – as garantias dos trabalhadores na transferência de estabelecimentos permaneceriam aplicáveis.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Em virtude do baixo grau de proteção conferido aos trabalhadores, Roger Blanpain concorda com o especialista holandês B. F. M. Knüppe quando esse afirma que a legislação falimentar holandesa é um verdadeiro “*Valhalla*” dos empregadores (Idem, p. 64).

¹⁹⁷ C-472/93 [1995] ECR I-43210. A Corte Europeia decidiu pela abrangência no âmbito da aplicação dessa Diretiva à falência italiana (*fallimento*) – Caso *Abels*, e a liquidação compulsória administrativa italiana (*liquidazione coatta amministrativa*) – Caso *D’Urso* (CAIFA, Antonio. COSIO, Roberto. *op. cit.*, p. 73).

¹⁹⁸ Sentença disponível em <http://eur-lex.europa.eu> (Acesso em junho/2008).

¹⁹⁹ Entretanto, cabe ressaltar que a Corte Suprema Italiana determinou que a declaração de incompatibilidade de normas emanada da Corte Europeia não tem eficácia para as relações privadas (Cass. 21 de março de 2001, n. 4073) (CORRADO, Alessandro. CORRADO, Diego. *op. cit.* p. 235).

2.3. Estados Unidos da América do Norte

A evolução histórica do Direito Concursal americano pode ser dividida em quatro fases: a primeira, no século XIX, com diplomas esparsos disciplinando a matéria; a segunda iniciando-se com o *Bankruptcy Act*, de 1898, e terminando na Depressão de 1930; a terceira iniciada com o *Chandler Act*, de 1938; e a quarta, iniciada com o *Bankruptcy Code*, de 1978.²⁰⁰

No século XIX, a legislação federal concursal americana encontrava apoio na previsão constitucional de que a União deveria buscar uniformizar o tratamento concursal no país.²⁰¹ Seu principal objetivo, na época, era regular os excessos nas legislações estaduais, em favor dos devedores.²⁰² Durante esse período, o governo federal norte-americano promulgou três diferentes normas, todas em virtude de crises econômicas e que foram posteriormente revogadas (*Bankruptcy Acts* de 1800; 1841; e 1867).²⁰³

O *Bankruptcy Act*, de 1800, propunha-se a assegurar a distribuição igualitária dos bens do devedor, sendo, entretanto, restrito a um pequeno número de destinatários. Foi revogado em 1803. O *Bankruptcy Act*, de 1841, buscou auxiliar o devedor em dificuldades, introduzindo no ordenamento jurídico norte-americano a autofalência (*voluntary bankruptcy*). Posteriormente, tal instrumento foi considerado inconstitucional pela Suprema Corte, sendo revogado em 1843. Por fim, o *Bankruptcy Act*, de 1867, foi promulgado logo após o fim da Guerra Civil, e buscou, mais uma vez, homogeneizar a legislação sobre o tema. Foi objeto de diversas alterações, tendo sido revogado em 1878.

Com o desenvolvimento econômico ocorrido após a referida Guerra Civil, o insucesso do *Bankruptcy Act*, de 1867, e permanecendo a prática dos devedores privilegiarem certos

²⁰⁰ SKEEL JR., David A. *Debt's Dominion: A history of bankruptcy law in America*. Princeton: Princeton University, 2004, p. 5-6.

²⁰¹ Segundo a Constituição Federal norte-americana, no artigo I, §8, cl. 4, é prerrogativa da União estabelecer legislação uniforme quanto à matéria falimentar nos Estados Unidos (No original: “*establish uniform laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States*”).

²⁰² ZYWICKI, Todd. “The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America”. In: *George Mason University Law and Economics working paper series*, p. 201-202. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=327223>. (Acesso em outubro/2007).

²⁰³ SKEEL JR., David A. *op. cit.*, p. 25.

credores (usualmente membros da família e credores locais em detrimento aos credores de outros estados da federação), ressurgiu a pressão para nova legislação federal.²⁰⁴

Assim, o *National Bankruptcy Act*, de 1898, apresenta-se como o primeiro texto que permaneceu em vigor por longo período, apesar das diversas modificações que experimentou. O referido diploma tinha por objetivo a distribuição equitativa dos bens da massa entre os credores e a promoção do retorno ao mercado dos devedores honestos.²⁰⁵

Muito embora não seja responsável por inovações fundamentais no sistema falimentar, aperfeiçoou as regras relativas à administração, precisou o conceito de atos de falência e estimulou a liberação das obrigações anteriores do devedor de boa-fé.²⁰⁶

Em 1938, nova fase do Direito Concursal norte-americano inicia-se com o *Chandler Act*, o qual previu a reorganização restrita – consequência direta da depressão de 1930 – caracterizando-se como a primeira forma legal de reestruturação organizada e sistematizada de empresas em crise, apesar de tratar-se de processo extremamente custoso.²⁰⁷

A lei perdurou por quarenta anos, até ser substituída pelo *Federal Bankruptcy Code*, de 1978. Com a promulgação do referido Código, fruto do aumento significativo de pedidos de falência ocorridos na década de 1960, passou a vigorar a regulamentação prevista em seu Capítulo 11, a qual trata extensivamente da reorganização de empresas em crise.

Como esclarecem Elizabeth Warren e Jay Lawrence Westbrook, é impossível a leitura histórica do Código de 1978 sem notar a consciência do Congresso norte-americano a respeito dos efeitos da legislação concursal em relação ao emprego e comunidades locais. Nesse sentido, a derrocada da empresa *Chrysler*, no final da década de 1970, materializou

²⁰⁴ Idem, p. 36.

²⁰⁵ Douglas Baird esclarece que o “*fresh start*” previsto no Capítulo 7, do *Bankruptcy Code* apenas privilegia a pessoa física, pois em relação à pessoa jurídica inexistia qualquer virtude em preservá-la em si (BAIRD, Douglas G. *Elements of Bankruptcy*. 4. ed. Nova Iorque: Foundation, 2006, p. 67).

²⁰⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A Empresa em Crise no Direito Francês e Americano*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987, p. 8.

²⁰⁷ FRANKS, Julian R. TOUROUS, Walter N. “Lessons from a comparison of U.S. and U.K. Insolvency codes”. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (org.) *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge, 2005, p. 457.

a possibilidade de o fechamento de um negócio afetar milhares de pessoas e os impactos do desemprego decorrente.²⁰⁸

Assim, o procedimento de reestruturação atual busca permitir às empresas que estejam em dificuldades financeiras evitar a liquidação, por meio da reorganização de suas dívidas e atividades, permitidas sob a supervisão do juízo falimentar.²⁰⁹

Proposto no final de década de 1970, o referido Código passou por diversas reformas, sendo ainda complementado por regras procedimentais estabelecidas pela Suprema Corte (*Bankruptcy Rules*).²¹⁰

Ao contrário da orientação adotada pelo legislador brasileiro, nos Estados Unidos a recuperação abrange todos os créditos (até mesmo os tributos), com base na premissa de que se a crise afeta a todos, sua solução também necessitará da participação de todos.²¹¹

Atualmente, os principais mecanismos de tratamento da insolvência nos Estados Unidos são a falência e a liquidação; os ajustes de débitos de municipalidades; a reorganização da empresa em crise; os ajustes de débitos de pequenos empresários rurais e pescadores com renda regular; e, os ajustes de débitos de indivíduos com renda anual regular. Tais mecanismos têm como objetivo solucionar os interesses dos diversos credores do devedor e liberá-lo de suas dívidas anteriores, oferecendo-lhe um novo começo.²¹²

²⁰⁸ Concluem os autores que, à medida que empresas aéreas, siderúrgicas e redes de varejo requeiram falência, os jornais irão periodicamente publicar notícias sobre o que significa trabalhar e depender de planos de saúde ou de previdência vinculados a negócios que podem simplesmente desaparecer (“*As airlines, steel mills, and retailers have filed for bankruptcy, the newspapers will periodically run stories about what it means to work, to draw health insurance, and to plan for a pension from a business that could literally disappear.*”) (WARREN, Elizabeth. WESTBROOK, Jay Lawrence. “Financial Characteristics of Businesses in Bankruptcy”. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Working Paper n. 001, Janeiro de 2000, p. 71. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=194750>. (Acesso em novembro/2007)).

²⁰⁹ Segundo Michelle J. White, a existência de dois procedimentos de insolvência funda-se em o Congresso norte-americano reconhecer a reorganização como instrumento para prover fôlego às empresas e salvar empregos em crises financeiras temporárias. De modo contrário, a liquidação é vista como o processo de realização do ativo de empresas inviáveis (WHITE, Michelle J. *op. cit.*, p. 217).

²¹⁰ Em 2005, o Código de 1978 foi objeto de extensa reforma pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA), a fim de reduzir os abusos decorrentes da utilização da falência por consumidores e pessoas físicas. Enquanto diversas alterações no direito material promovidas por essa norma entraram vigor em outubro de 2005, as alterações processuais tiveram sua vigência postergada para o início de 2008.

²¹¹ 11 USC § 1121 (a)(b)(c)(3).

²¹² MALOY, Richard H. W. “Comparative Bankruptcy”. In: *Suffolk Transnational Law Review*, v. 24, 2000 (24 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 1). Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).

Apesar de o parágrafo 101, do *Bankruptcy Code*, definir insolvência como a condição em que as dívidas do devedor – calculadas de maneira justa superam seus ativos – o referido déficit patrimonial não tem sido exigido como requisito para a falência de indivíduos ou empresas.²¹³

Sem desconsiderar o caráter inovador da legislação norte-americana, Rubens Requião já a criticava – juntamente com o sistema francês – por entender que tais sistemas apenas encontrariam aplicabilidade nas grandes corporações, especialmente nas sociedades anônimas, desamparando, assim, a maioria das empresas.²¹⁴ No sistema norte-americano, o devedor tem tratamento bastante privilegiado em relação ao período no qual as ações contra ele são suspensas, até a aprovação ou rejeição final do plano de recuperação.²¹⁵ Também é prerrogativa exclusiva do devedor a apresentação de plano de recuperação durante o prazo inicial de 120 dias.²¹⁶ Após esse prazo, os demais envolvidos na recuperação podem apresentar alterações ou planos alternativos.²¹⁷

Ao contrário da norma da manutenção do devedor na administração dos bens, prevista na reorganização, na liquidação o legislador prevê a indicação de um síndico (“*trustee*”) para encerrar as atividades da empresa, vender seus bens e entregar ao juízo falimentar o produto dessa venda para pagamento dos credores.²¹⁸

O pagamento dos credores deve seguir a regra de prioridade legal, segundo a qual deverão ser pagos, pela ordem: (i) as despesas administrativas do processo de falência, incluído-se nessas as custas judiciais, honorários advocatícios, honorários do *trustee*, e qualquer

²¹³ No mesmo sentido, a distinção entre insolvência (passivo superior ao ativo) e insolvabilidade (incapacidade de pagar os débitos em seu vencimento) inexiste na língua inglesa, razão pela qual a primeira é denominada de “*insolvency in the bankruptcy sense*” e a segunda “*insolvency in the equity sense*” (BAIRD, Douglas G. *op. cit.* p. 9-10).

²¹⁴ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 90.

²¹⁵ 11 U.S.C §362 (c) (2).

²¹⁶ BAIRD, Douglas G. *op. cit.*, p. 22.

²¹⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

²¹⁸ Segundo Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, essa figura (*trustee*) pode atuar em todos os processos previstos no *Bankruptcy Code*, sendo obrigatória sua participação nos Capítulos 7 e 13 e facultativa no Capítulo 11, quando ele apenas é designado na hipótese de afastamento do devedor (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A Empresa (...)*, p. 47). Os *trustees* são empregados do Departamento de Justiça, nos termos do 28 U.S.C 581 (a)- 586(c). Em dois estados em que não há *U.S. Trustees* (Alabama e Carolina do Norte), o administrador judicial usualmente executa as obrigações desse (MALOY, Richard H. W. *op. cit.*).

empréstimo requerido pela empresa após o pedido de falência); (ii) créditos com prioridade legal (tributos, alugueres, dívidas com consumidores, salários e outras vantagens dos trabalhadores devidos antes do pedido de falência), respeitados os limites de valor previstos em cada classe; e, (iii) créditos quirografários. São excluídos do rateio os credores com garantia real, os quais são considerados extra-concursais na liquidação.

Quanto aos créditos trabalhistas, a legislação norte-americana limita sua prioridade a até quatro mil e oitocentos dólares, por credor.²¹⁹ Cabe ressaltar que o plano de recuperação proposto com base no referido Capítulo 11, abrange todos os credores, os quais são divididos em classes formadas de acordo com a similaridade de seus créditos, porém cuja efetiva definição apenas será efetuada no caso concreto.²²⁰ Nesse procedimento, a alienação de ativos é estimulada de forma a maximizar a receita com a venda e o pagamento imediato dos credores.²²¹

Em relação aos empregados, remunerações, salários e comissões – incluindo férias, verbas rescisórias e benefícios como auxílio doença – são considerados como créditos quirografários, com privilégio especial de terceira classe, desde que referentes aos últimos noventa dias antes do requerimento de falência ou cessação das atividades do empregador.²²² Segundo a jurisprudência norte-americana, tal tratamento busca evitar que os trabalhadores abandonem a empresa em dificuldade, bem como tratar de forma diferenciada o crédito de natureza eminentemente alimentar.²²³ Também se aplica aos trabalhadores a prioridade prevista para os gastos ou despesas necessárias para a preservação da massa falida, incluindo salários e comissões decorrentes de atividades posteriores ao início do procedimento falimentar.²²⁴

A legislação norte-americana prevê a aprovação de plano de recuperação com a aquiescência da maioria de cada uma das classes de credores. Na hipótese de ao menos uma classe aprovar o plano, há a possibilidade de o juízo falimentar alterar o plano

²¹⁹ WHITE, Michelle J. *op. cit.*, p. 209.

²²⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE”. In: *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 83, São Paulo: AASP, 2005, p. 99.

²²¹ LISBOA, Marcos de Barros *et al.*, *op. cit.*, p. 38.

²²² 11 U.S.C § 507(a)(3).

²²³ *Northwest Eng'g Co.*, 863 F.2d 1313, 1315 (7º Circuito, 1988).

²²⁴ A referida prioridade encontra-se prevista no 11 U.S.C § 503(b)(1)(A), em conjunto com o 11 U.S.C § 507(a)(1) (KEATING, Daniel. “The Fruits of Labor: Worker Priorities in Bankruptcy”. In: *Arizona Law Review*, v. 35, 1993, p. 905 e ss. Disponível em <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007)).

proposto ou impô-lo às demais classes. Para tanto, é necessário tratamento justo e equitativo aos credores dissidentes, utilizando-se como parâmetro as prioridades estabelecidas na liquidação de ativos decorrente da falência.²²⁵

Ademais, ao contrário do sistema britânico, na legislação norte-americana não há obrigatoriedade de ser liquidada a empresa se o valor correspondente for superior ao valor resultante da manutenção da atividade, tal qual ocorreu na reestruturação da Eastern Airlines.²²⁶

Na apresentação de plano de reestruturação, nos termos do Capítulo 11, do *Bankruptcy Code* norte-americano, inexistente obrigatoriedade de o adquirente contratar todos os empregados que anteriormente prestavam serviços na unidade adquirida, ou mesmo garantir as obrigações do devedor para com os empregados que permanecerem nessas unidades.²²⁷

Como uma das formas de implantar a venda sem a referida sucessão, a legislação concursal norte-americana prevê a alternativa de o devedor – com aprovação do juízo concursal – alienar bens “livres e desimpedidos de qualquer gravame”.²²⁸ Conforme já mencionado, mesmo nessa hipótese há risco de ser reconhecida a sucessão para efeitos da legislação trabalhista.²²⁹

Segundo a interpretação do órgão fiscalizador da legislação trabalhista norte-americano – *National Labor Relations Board* (“NLRB”) – o reconhecimento da sucessão de empregadores implica quatro diferentes obrigações para o sucessor: (1) manter o acordo

²²⁵ WHITE, Michelle J. *op. cit.*, p. 218-219.

²²⁶ FRANKS, Julian R. TOUROUS, Walter N. “Lessons from a comparison of U.S. and U.K. Insolvency codes”. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (org.) *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge, 2005, p. 461.

²²⁷ *Howard Johnson Co. v. Detroit Joint Executive Bd., Hotel & Restaurant Employees*, 417 U.S. 249, 261 (1974).

²²⁸ Conforme dispõe o 11 U.S.C. § 365(a), há necessidade de autorização expressa do juízo para tanto. Ademais, quanto à ausência de sucessão, no original, a expressão utilizada é: “*free and clear of any interest in such property*” (11 U.S.C §363 (f)). Nesse sentido, é aceso o debate sobre a caracterização das obrigações e dívidas trabalhistas como gravame sobre os bens (“*interest in such property*”).

²²⁹ HAGGARD, Thomas R. HAGGARD, Thomas. PULLIAM, Mark S. *op. cit.*, p. 142. Os referidos autores citam os seguintes precedentes: William B. Allen, 267 N.L.R.B. 700 (1983), 758 F.2d 1145 (6º Circuito, 1985), 106 S. Ct. 882 (1986) – reconhecendo a obrigação do sucessor em remediar as práticas desleais de trabalho impostas pelo antigo empregador, reconhecer o sindicato e seguir o acordo coletivo anteriormente negociado; *Century Printing Co.*, 242 N.L.R.B. 659 (1979) 108 L.R.R.M. (BNA) 2279 (3º Circuito, 1981) - reconhecendo o adquirente como *alter ego* do devedor e, conseqüentemente, a sucessão de empregadores.

coletivo firmado pelo antigo empregador; (2) seguir o compromisso contratualmente firmado de arbitragem de questões trabalhistas; (3) negociar com determinado sindicato; (4) permanecer responsável pelas práticas desleais de trabalho do sucedido.²³⁰

Há três formas de aquisição de ativos de uma empresa em recuperação, sob o procedimento previsto no Capítulo 11: venda por meio da Seção 363; venda prevista no plano de reorganização; liquidação administrada. A primeira opção apresenta-se como a menos onerosa e mais célere, além de proporcionar menores chances de vir a ser reconhecida a sucessão de obrigações.²³¹

Nesse sentido, usualmente a venda de ativos no âmbito da reorganização ou da falência ocorre com a intenção de não serem transferidos quaisquer ônus para o adquirente, salvo se o contrato de venda de ativos indicá-los. Todavia, a jurisprudência tem reconhecido a sucessão de empregadores, caso reste comprovado que:

- (i) houve mera continuação do negócio anterior pelo adquirente, com existência de executivos, acionistas e administradores em comum entre a empresa adquirente e a adquirida;
- (ii) foi mantida substancialmente a titularidade da propriedade da empresa ou sua estrutura administrativa;
- (iii) ocorreu efetiva incorporação de fato, ou seja, a aquisição dos ativos teve o mesmo resultado de fusão das empresas ou incorporação da empresa adquirida pela adquirente.²³²

²³⁰ Nessa hipótese, o sucessor é referido como “*alter ego*” do sucedido (Crawford Door Sales Co., 226 N.L.R.B. 1133 (1976)). In: HAGGARD, Thomas. PULLIAM, Mark S. *op. cit.*, p. 135.

²³¹ BAUER, Alison D. GRAY JR., William F. “Turning Lemons into Lemonade – Buying Distressed Assets Under Section 363 of the U.S. Bankruptcy Code.” In: *The Secured Lender*; n. 63, ABI/INFORM Global, 2007, p. 52-54. Em 5 de setembro de 2006, a Corte de Falências Federal do Distrito Sul de Nova Iorque adotou uma série de medidas consolidadas sob a denominação de *Guidelines for the Conduct of Asset Sales*. Tais medidas buscam não apenas revisar e harmonizar a aplicação dessa forma de alienação de ativos, como também poderão possibilitar um movimento mais amplo de harmonização de procedimentos nas cortes norte-americanas.

²³² Em um segundo momento, a jurisprudência passou a aplicar a sucessão de empregadores em casos em que a aquisição dos ativos não se dava por uma empresa vinculada ou controlada por acionistas da devedora. (*Southport Petroleum*, 315 U.S., 106; *Fugazy Continental*, 725 F.2d, 1420; *NLRB v. Al Bryant, Inc.*, 711 F.2d 543, 554 (3º Circuito, 1983); *Penntech Papers*, 706 F.2d at 24; *Carpenters Local Union No. 1846*, 690 F.2d at 489; *NLRB v. Tricor Prods., Inc.*, 636 F.2d 266, 266 (10º Circuito, 1980); *NLRB v. Ozark Hardwood Co.*, 282 F.2d 1, 7 (8º Circuito, 1960); *Crawford Door Sales Co.*, 226 N.L.R.B. No. 174, 1144 (1976) (INSOL INTERNATIONAL. *Employee entitlements*. Londres: Insol International, 2005, p. 166).

Assim, se o adquirente continuar a explorar a mesma atividade econômica com os bens adquiridos da empresa em recuperação, há maior risco de restar caracterizada a sucessão.²³³

Na hipótese de falência, a aquisição poderá ocorrer com menores riscos de sucessão se houver declaração, pelo juízo falimentar, de que a referida aquisição é feita livre e desimpedida de qualquer gravame.²³⁴ Tal declaração, entretanto, não elide peremptoriamente a possibilidade de a NLRB reconhecer a sucessão de empregadores, exigindo que o adquirente satisfaça obrigações, inclusive pecuniárias, do antigo empregador.²³⁵

Em relação à sucessão quanto às obrigações decorrentes de planos de pensão privados na venda de estabelecimentos – tanto na reorganização quanto na falência – a legislação norte-americana é mais complexa e prevê que haverá a referida sucessão se:

- (i) o comprador expressamente assumir tais obrigações;
- (ii) os ativos adquiridos pertencerem à empresa que mantenha plano de pensão com benefício definido, submetido ao *Employment Retirement Income Security Act*, de 1974 (“ERISA”);²³⁶
- (iii) os ativos pertencerem à empresa integrante de grupo econômico que mantinha plano de pensão com benefício definido, sujeito ao Título IV, do ERISA.

Em relação à manutenção de planos de saúde para ex-empregados e dependentes, o *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act*, de 1985, prevê casos em que há

²³³ COHEN, Ezra H. “Successor liability in Section 363 Sales”. In: NORTON JR., William L. (org). 2004 *Annual Survey of Bankruptcy Law*. Thompson West: Nova Iorque, 2004, p. 120.

²³⁴ 11 U.S.C. §363(f).

²³⁵ Na falência da ITP a *National Labor Relations Board* (NLRB) considerou que o juízo falimentar não poderia eximir o adquirente do estabelecimento do dever de solucionar práticas desleais de trabalho anteriormente identificadas em relação ao sucedido. Assim, mesmo com a declaração do juízo falimentar de que a venda se daria sem qualquer sucessão do adquirente nas obrigações do adquirido, foi reconhecida a sucessão de empregadores e o dever do adquirente de solucionar as referidas práticas. A NLRB considerou que a responsabilidade da ITP não foi extinta pelo juízo concursal ao autorizar a venda livre de quaisquer encargos ou ônus. A NLRB decidiu que a exoneração do sucessor da responsabilidade de pagamento retroativo seria equivalente a eximi-la de suas obrigações legais. Mais ainda, uma decisão da NLRB não poderia ser classificada ou tratada apenas como um encargo ou ônus, no sentido usual desses termos. E que a venda judicial não tinha o efeito de extinguir a responsabilidade da ITP. (*International Technical Products Corp (ITP)*, 249 N.L.R.B 1301 (1980)) (HAGGARD, Thomas R. PULLIAM, Mark S. *op. cit.*, p. 136-137).

²³⁶ *Greater Kansas City Laborers Pension Fund v. Thummel*, 738 F.2d 926, 929-30 (8. Cir. 1984).

obrigação de o empregador manter o fornecimento de plano de saúde a ex-empregados, pelo período de até dezoito meses.²³⁷

Na hipótese de a empresa requerer sua reorganização e vender ativos nesse procedimento, caso deixe de existir ou manter o referido plano de saúde, o comprador será considerado como sucessor. Essa situação poderá ocorrer ainda que tais ativos tenham sido adquiridos na liquidação da empresa, desde que o comprador utilize os ativos adquiridos para manter atividade similar àquela mantida pelo vendedor.²³⁸

Quanto às obrigações decorrentes: (i) do *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*, de 1988, referentes à não concessão de notificação sessenta dias antes do fechamento de unidades ou dispensas coletivas; (ii) do *Fair Labor Standards Act*, de 1938, referente ao pagamento de salários e remuneração de horas extraordinárias; e (iii) de práticas contrárias à legislação trabalhista federal, fiscalizada pela *National Labor Relations Board*; caberá a esse próprio órgão ou ao juízo em que suas decisões são julgadas – e não ao juízo falimentar – decidir quando o novo empregador configura-se com um “*alter ego*” ou efetivo sucessor do antigo empregador.²³⁹

Assim, perante a legislação concursal norte-americana, mesmo na falência há hipóteses de reconhecimento de sucessão de empregadores na alienação de ativos– não apenas em relação aos empregados assumidos pelo comprador em decorrência da aquisição de ativos – mas também em relação aos demais. Porém, se há necessidade de o juízo falimentar respeitar os interesses trabalhistas, também lhe caberia a competência para decidir se há ou não sucessão de empregadores, entretanto tal interpretação nem sempre é a que prevalece.²⁴⁰

²³⁷ No Brasil há disposição semelhante, de aplicação geral aos casos de dispensa sem justa causa, por justa causa do empregador ou aposentadoria. O artigo 30, da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998 estabelece a obrigação de o empregador manter o empregado no plano de saúde da empresa, se o último participava no custeio do plano. Para tanto, o empregado deve assumir a totalidade de seu custo, sendo-lhe garantida a permanência por período proporcional ao que permaneceu empregado (no caso de rescisão sem justa causa ou por justa causa do empregador) ou de maneira vitalícia, na hipótese de aposentadoria.

²³⁸ INSOL INTERNATIONAL. *op. cit.*, p. 167

²³⁹ HAGGARD, Thomas. PULLIAM, Mark S. *op. cit.*, p. 135. Os referidos autores citam os seguintes precedentes: *Ohio Container Service, Inc.*, 277 N.L.R.B. No. 25 120 L.R.R., M 1279 (1985); *Oxford Structures, Ltd.*, 245 N.L.R.B. 1180 (1979); *Jersey Juniors, Inc.*, 230 N.L.R.B. 329 (1977); e *Bel Air Chateau Hosp., Inc.*, 611 F.2d 1248, 1251 (9. Circuito, 1979).

²⁴⁰ Para a *National Labor Relations Board*, restará configurada a situação de ‘alter ego’ quando “(...) *the two enterprises have ‘substantially identical’ management, business purpose, operation, equipment, customers, and supervision, as well as ownership*”, conforme determinado no precedente *Crawford Door Sales*, 226 N.L.R.B. 1144 (1972) (HAGGARD, Thomas. PULLIAM, Mark S. *op. cit.*, p. 140).

Philip I. Blumberg sugere que a responsabilidade do sucessor pelos atos do sucedido não encontra fundamento nas doutrinas societárias tradicionais, pelo contrário, decorre do papel econômico do sucessor em conduzir a mesma atividade e com a participação dos mesmos recursos humanos, justificando o reconhecimento de identidade econômica substancial entre ambas as empresas.²⁴¹ Assim, a responsabilidade pelas obrigações segue o negócio e o sucessor é responsável em virtude de sua condição de continuar a mesma atividade que – sob administração de seu predecessor – foi responsável pelo prejuízo dos trabalhadores.²⁴²

Por fim, em relação à caracterização da sucessão para fins de responsabilização por danos a consumidores, diversos Estados norte-americanos têm adotado legislações que prevêm tal exceção de maneira expressa, se o adquirente mantiver os produtos anteriormente fabricados pelo vendedor.²⁴³

2.4. França

A gênese do direito concursal francês pode ser verificada no regulamento das feiras de Champagne, posteriormente transferidas para Lyons, durante o século XVI. Nesse sentido, a *Conservation de Lyon* surge como um dos principais documentos que resgata as tradições italianas e da *Lex Mercatoria*. Em 1673, tais disposições influenciam as *Ordonnance du Commerce*, e, posteriormente, o Código Comercial de 1808.²⁴⁴

Durante o século XIX, verifica-se a revogação da prisão por dívidas – em 1866 – e a introdução da concordata preventiva, em 1889. Os principais instrumentos para os comerciantes em dificuldade, entretanto, permaneciam a liquidação ou a concordata. Durante esse período, o objetivo da legislação na França restringia-se a um caráter

²⁴¹ BLUMBERG, Phillip I. “The Continuity of the Enterprise Doctrine: Corporate Successorship in United States Law”. In: *Florida Journal of International Law*, v. 10, primavera/verão de 1996, p. 365 e ss. Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).

²⁴² Idem, p. 365 e ss.

²⁴³ Nesse sentido, a sucessão se justificaria pela virtual destruição dos remédios a que esses consumidores poderiam se socorrer com a extinção da empresa anterior; a possibilidade de o adquirente disseminar o risco com sua produção, e pelo aproveitamento do devedor do *goodwill* do antigo proprietário, justificando assim sua responsabilização pelos danos decorrentes dos referidos produtos (COHEN, Ezra H. *op. cit.*, p. 124).

²⁴⁴ SGARD, Jérôme. *On market discipline: Bankruptcy, debt discharge, and renegotiation in England and France*. Université de Paris-Dauphine. Disponível em: <<http://www.isnie.org/assets/files/papers2007/sgard.pdf>>. (Acesso em novembro/2008).

eminentemente repressivo, buscando punir o mercador insolvente, considerado desonesto e culpado de fraude.

Tal orientação foi alterada com a aprovação da legislação de insolvência de 1960, a qual buscou diferenciar o destino do devedor e do negócio, porém, tal modelo não subsistiu às crises da década de 1970, sendo substituída pela Lei 84-148, de 1 de março de 1984.

A referida norma estabeleceu medidas preventivas para as empresas em dificuldade – instituiu o *règlement amiable*, bem como como mecanismo de aviso e precaução, para evitar a insolvência.²⁴⁵ No ano seguinte, foi promulgada a Lei 85-98, de 25 de janeiro de 1985, em virtude da qual a legislação concursal francesa passou a ter três objetivos: (i) manutenção da atividade econômica, (ii) proteção ao emprego e (iii) pagamento dos credores.

Altera-se, assim, a orientação da falência, a qual passa a ter como principal objetivo a preservação da empresa e, conseqüentemente, do emprego, no que se apresentou como salutar inovação, posto que até então o fator trabalho encontrava-se relegado a segundo plano frente ao capital, razão pela qual a relação entre ambos tendia a ser vertical e, portanto, insuficiente para trazer as soluções necessárias às empresas em crise.²⁴⁶

A Lei 85-98 revogou expressamente a Lei 67-564 referente ao *reglement judiciaire*, a liquidação de bens, a falência pessoal e as bancarrotas, bem como a Ordenança 67-820, de 23 de setembro de 1967. Em contrapartida, foi instituído um período de observação, seguido pelo procedimento de recuperação judicial ou liquidação dos ativos, conforme as chances da empresa se recuperar. A legislação de 1985 buscou privilegiar a proteção aos empregos em detrimento dos demais credores, sendo tal orientação alterada com a Lei 94-475, de 10 de junho de 1994, no intuito de reequilibrar a ordem de preferência dos credores.²⁴⁷

Buscou-se, ainda, diminuir a assimetria de informação entre empresários e seus credores, por meio da apresentação periódica de relatórios por parte das empresas a órgãos públicos.

²⁴⁵ TOLEDO, Paulo C. S., *A empresa (...)*, p. 54

²⁴⁶ Como indica Paulo Campos Salles de Toledo (TOLEDO, Paulo C. S., *A empresa (...)*, p. 54-57).

²⁴⁷ THÉRON, Christophe. *COLLIER INTERNATIONAL BUSINESS INSOLVENCY*. Londres: Collier International, 2007, p. 22-14.

Em tais obrigações, incluem-se: a publicação de balanços e a manutenção de capital social mínimo, de acordo com o tipo de sociedade, bem como, prazos para recompor o referido capital.²⁴⁸

Em 26 de janeiro de 2004, foi apresentado o projeto de lei – posteriormente convertido na Lei 2005-845, de 26 de julho de 2005 – cujo objetivo foi a atualização do direito concursal francês por meio da simplificação dos procedimentos e incentivo à adoção de medidas de saneamento antecipadamente. Assim, o auditor independente da empresa, tem agora obrigação de iniciar tais procedimentos tão logo receba informações que podem vir a ameaçar a sobrevivência da empresa.

Além do auditor, o conselho dos empregados pode iniciar os procedimentos de prevenção, a fim de evitar a falência da empresa, porém não tem a obrigação legal de fazê-lo. Ademais, os conselhos de trabalhadores podem requerer explicações aos administradores e se as respostas forem insuficientes, podem relatar tal situação ao auditor e, eventualmente, à administração.

Anteriormente à Lei 2005-845, o ordenamento francês previa quatro diferentes procedimentos: mandato *ad hoc* (“*mandat ad hoc*”), no qual era designado um mediador para assistir o devedor na renegociação de suas dívidas; acordo voluntário (“*réglement amiable*”), consubstanciado na negociação supervisionada pelo judiciário; e dois procedimentos judiciais (recuperação judicial - “*redressement judiciaire*”; e liquidação judicial - “*liquidation judiciaire*”). A Lei 2005-845 alterou o acordo voluntário, passando a denominá-lo de conciliação (“*conciliation*”) e criou o procedimento judicial de salvaguarda (“*sauvegarde*”).

Por fim, a nova legislação incentivou a alienação da empresa e instituiu procedimentos de liquidação simplificados para devedores de pequeno porte. Entretanto, a possibilidade de dispensa coletiva de empregados não foi estabelecida em relação aos procedimentos de salvaguarda.²⁴⁹

²⁴⁸ Cf. artigos L 223-62, L 223-226, L 225-100, L 225-248.

²⁴⁹ HARAVON, Michael. “French Overhaul Bankruptcy Regime.” In: *American Bankruptcy Institute Journal* (24-8 ABIJ 32), n. 24, outubro de 2005. Disponível também em: <<http://lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).

2.5.1. Mandato *ad hoc*

Decorrente da prática dos Tribunais de Comércio, no mandato *ad-hoc* é nomeado um conciliador para assistir os gestores da empresa em dificuldades na negociação de suas dívidas. Trata-se de procedimento bastante flexível e que apenas pode ser instaurado antes de o devedor encontrar-se em estado de insolvência. Os gestores da empresa permanecem na administração e o processo corre sob segredo de justiça.

2.5.2. Conciliação

Estabelecido em 1984, com o nome de composição voluntária, foi renomeado pela Lei 2005-845. Nesse procedimento é facultado às empresas requererem a nomeação de um conciliador pelo Tribunal do Comércio, para auxiliar na negociação com credores, inclusive quando encontrar-se em estado de insolvência, por até 45 dias, no que difere do mandato *ad hoc*.²⁵⁰

O conciliador é nomeado por um período de até três meses, com possibilidade de extensão por até um mês, a pedido dele próprio. O conciliador pode requerer à Corte do Comércio a suspensão de qualquer ação contra a empresa, a fim de facilitar as negociações.²⁵¹ Exceção a tal disposição refere-se às ações trabalhistas, as quais continuam a correr, sendo apenas exigida a presença do representante dos credores e do administrador judicial ou liquidante nas audiências.²⁵²

Durante o procedimento de conciliação, o devedor permanece na administração da empresa. Se as partes chegarem a um acordo, o acordo poderá ser homologado (abrangendo todos os credores) ou apenas certificado, hipótese em que abrangerá apenas os signatários, tal qual a recuperação extrajudicial no sistema brasileiro.

Na hipótese de homologação, os credores que concederem novos créditos ao devedor após a conciliação passam a usufruir de privilégio em relação a todos os demais créditos em

²⁵⁰ Art. L 611-4, Código Comercial francês.

²⁵¹ Conforme artigo L 611-5, do Código Comercial francês e artigos 1.244-1 e 1244-3, do Código Civil francês.

²⁵² Art. L 621-41, do Código Comercial francês.

caso de salvaguarda, recuperação judicial ou liquidação (com exceção dos salários e despesas do processo).

Caso venha a ser iniciado procedimento judicial em face do devedor (salvaguarda, recuperação judicial ou liquidação), o acordo firmado na conciliação é extinto e os credores reassumem suas posições anteriores, salvo em relação ao benefício concedido aos que financiarem o devedor após a assinatura do acordo.²⁵³

2.5.3. Procedimentos judiciais

O juiz tem importância fundamental no processo falimentar francês, não apenas na direção dos procedimentos, como em relação à venda de ativos e o pagamento de débitos anteriores ao procedimento de falência, garantidos por bens essenciais à atividade.²⁵⁴

Cabe também ao juízo falimentar indicar o administrador judicial, cuja principal preocupação deve ser resolver as questões econômicas e trabalhistas do negócio. As funções do administrador – supervisionar a administração do devedor ou substituí-lo – também serão determinadas pelo juízo concursal.²⁵⁵

Na hipótese de plano de recuperação ou a transferência de ativos da empresa, a Corte do Comércio nomeará um comissário (*Commissaire à L'exécution du Plan*) que fiscalizará a execução de tais procedimentos, enquanto durar o plano.²⁵⁶ Caso seja determinada a liquidação da empresa, será nomeado um liquidante (*Liquidateur*).²⁵⁷

²⁵³ Conforme artigos L-611-11 e L611-12, do C. Comercial francês.

²⁵⁴ WEBER, Robert. "Can the sauvegarde reform save French Bankruptcy Law? A comparative look at Chapter 11 and French Bankruptcy Law from an agency cost perspective". In: *Michigan Journal of International Law*, v. 27, (27 Mich. J. Int'l L. 257), outono de 2005. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2008).

²⁵⁵ Art. L 621-18, do Código Comercial francês.

²⁵⁶ Art. L 621-68, do Código Comercial francês.

²⁵⁷ Art. L 622-5 e L 621-6, do Código Comercial. francês.

2.5.3.1. Salvaguarda

Como alternativa ao devedor em dificuldades, que não tenha ainda caracterizado o estado de cessação de pagamentos (insolvência), a Lei 2005-845 instituiu o procedimento de salvaguarda.²⁵⁸

Ao contrário da conciliação, a salvaguarda é procedimento público, que impõe a suspensão das execuções contra o devedor²⁵⁹ e no qual é nomeado um representante dos credores (*mandataire judiciaire*) e um administrador judicial (*administrateur judiciaire*).²⁶⁰

O procedimento prevê período de observação de até seis meses, prorrogável por igual prazo, no qual o administrador judicial nomeado prepara uma análise da empresa e propõe plano de salvaguarda. O referido plano poderá prever a alteração da estrutura social do devedor, divisão da empresa em unidades autônomas, venda de ativos ou unidades.²⁶¹

2.5.3.2. Recuperação judicial (*Redressement judiciaire*)

Na hipótese de cessação de pagamentos, é possível a instauração do procedimento de recuperação judicial, por iniciativa do devedor, do Tribunal do Comércio ou dos credores.²⁶² Esse procedimento inicia-se tão logo o devedor declarar sua situação de cessação de pagamentos ou assim que tal situação for identificada pelo Tribunal do Comércio. Ao seu final, poderá ser determinada a reorganização ou liquidação da empresa.

O procedimento se inicia com um período de observação, cujo prazo máximo é de seis meses, com a possibilidade de uma prorrogação.²⁶³ Ao final desse período, o relatório do administrador será apresentado ao juízo concursal, na presença dos representantes da empresa e do conselho de empregados.

²⁵⁸ WEBER, Robert. *op. cit.*

²⁵⁹ Art. L622-21, do C. Comercial francês

²⁶⁰ Na hipótese de o devedor ter faturamento anual inferior a três milhões de euros ou menos de 20 empregados, é facultativa a nomeação do administrador judicial.

²⁶¹ Conforme artigos L 626-1 e 626-3, do Código Comercial. francês.

²⁶² Art. L 631-4, do Código Comercial francês.

²⁶³ Conforme artigo L 621-6, do Código Comercial francês, e art. 20, do Decreto 1985.

Se o administrador concluir pela viabilidade da empresa, deverá propor um plano de recuperação, indicando as perspectivas de recuperação da empresa, bem como as condições de emprego atuais e estimadas para o plano de recuperação.

O plano de recuperação será implementado se o juízo concursal determinar que há justificativa econômica e para a manutenção do emprego suficiente para tanto, ainda que o devedor, o representante dos credores ou mesmo o conselho de empregados rejeite o plano.²⁶⁴

O plano poderá determinar a continuação do negócio (*Plan de Continuation*) ou a venda total ou parcial da atividade (*Plan de cession*). O primeiro poderá ter duração de até dez anos e deverá prever o pagamento das dívidas inscritas no procedimento, ainda que os prazos superem dez anos ou até o final desse período, mediante descontos.

2.5.3.3. *Liquidação (Liquidation Judiciaire)*

Na hipótese de vir a ser declarada a impossibilidade de recuperação da empresa, é procedida a liquidação dos ativos do devedor. Nesse caso, o administrador é substituído pelo liquidante e o devedor é definitivamente afastado da administração.

A fim de preservar o valor do estabelecimento, a atividade poderá ser mantida por até dois meses, prorrogáveis uma única vez, por igual período.²⁶⁵ Por fim, a escolha da oferta pelos ativos não dependerá apenas do maior valor apresentado, mas também do nível de manutenção de empregos garantido pelo proponente.²⁶⁶

2.5.4. Credores trabalhistas

Como indicado, no modelo concursal francês os credores trabalhistas têm posição privilegiada: um dos principais objetivos é a manutenção de empregos, as condições de trabalho não podem ser alteradas durante o período de observação; os créditos trabalhistas gozam de preferência; e se os empregados continuam a trabalhar para a empresa – após o

²⁶⁴ Conf. art. L 621-62, do Código Comercial francês.

²⁶⁵ Art. L 621-10, do Código Comercial francês.

²⁶⁶ Art. L 622-17, do Código Comercial francês.

início do procedimento – são considerados como credores extra-concursais em relação aos salários devidos nesse período.²⁶⁷

Ademais, durante o período de observação e durante a implantação do plano de reerguimento, as dispensas apenas são permitidas com autorização do juiz-comissário, e devem apresentar caráter urgente, inevitável e indispensável. Previamente o administrador consulta a comissão da empresa e deve demonstrar os esforços que desempenhará para facilitar a indenização e recolocação dos empregados dispensados.

Os credores em geral possuem representante específico (*Représentant des Créanciers*), o qual deverá agir em seu interesse e verificar todas as habilitações de crédito, com exceção daquelas referentes aos credores trabalhistas. Nesse sentido, os credores trabalhistas têm representante exclusivo, nomeado pelo juízo (*Représentant des Salariés*).²⁶⁸

Caberá ao representante dos trabalhadores verificar os créditos dessa classe e listá-los, em até dez dias após o início do procedimento falimentar, após o que deverá ser pago o valor correspondente à porção privilegiada de tal crédito, bem como deverá ser adiantado imediatamente valor correspondente a um salário vencido por empregado, tão logo haja disponibilidade de caixa.²⁶⁹ Na hipótese de eventual crédito trabalhista não ser indicado, o titular tem o prazo de até dois meses da publicação da lista de credores trabalhistas para solicitar sua inclusão.²⁷⁰

²⁶⁷ Em relação à preferência de seus créditos, Diane Hennebele indica que o superprivilégio do crédito trabalhista é triplamente limitado: quanto ao seu detentor (titular de um contrato de trabalho e, excepcionalmente o AGS, nos termos da Lei de 27 de dezembro de 1973); quanto aos créditos abrangidos (apenas aqueles reconhecidos como eminentemente salariais, nos termos do artigo L. 142-10, do Código de Trabalho francês, e quanto ao valor é limitado a duas vezes o valor utilizado para o cálculo das contribuições à seguridade social (HENNEBELLE, Diane. *Essai sur La notion de Salarie*. Aux-en-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille-Puam, 2000, p. 361). O teto de contribuição à seguridade social, no período de 1.01.2009 a 31.12.2009, corresponde a 2.859,00 euros (conforme informação disponível em: <http://www.legislation.cnav.fr/doc_communs/listes_baremes/BNL-L_B_SALPLAFONDNCOTI.htm> (Acesso em novembro/2008)).

²⁶⁸ Art. L 621-4, do Código Comercial francês.

²⁶⁹ Art. L 625-8, do Código Comercial francês. Também: HENNEBELLE, Diane. *op. cit.*, p. 375.

²⁷⁰ Conforme art. L-625-1, do Código Comercial francês.

Caso os ativos da massa falida não sejam suficientes para pagar os salários anteriores ao pedido de liquidação, tais valores são garantidos por fundo específico (*Association pour La Gestion Du Régime d'Assurance des créances des Salariés – AGS*).²⁷¹

Em relação ao crédito privilegiado, seu valor não é limitado de acordo com o período em que vigeu a relação de emprego entre as partes. Ademais, os créditos trabalhistas estão protegidos de remissão e dilação, cabendo ainda ao administrador adiantar-lhes o valor provisório de um salário, tão logo tenha fundos disponíveis. Também em relação à verificação dos créditos, o credor trabalhista tem tratamento diferenciado, como já exposto, autorizando-lhe a lei a deduzir eventual pretensão não inserida na relação elaborada pelo representante dos credores diretamente perante os órgãos de jurisdição trabalhista.²⁷²

A França instituiu um mecanismo de garantia dos créditos trabalhistas na insolvência, financiado pelos empregadores, seguindo a determinação prevista na Diretiva 80/987/ECC, alterada pela Diretiva 2002/74/EC.²⁷³ Os créditos são apresentados ao *Centre de gestion ET d'étude de l'AGS* pelo representante dos credores trabalhistas. Em caso de insolvência, o administrador judicial deve pagar os créditos trabalhistas abrangidos pela superprioridade em até dez dias da sentença que decretar a falência. Poderá a empresa socorrer-se do AGS para efetuar tal pagamento, caso não tenha ativos líquidos para fazer frente a esse pagamento, hipótese em que o AGS subroga-se nos referidos créditos, inclusive gozando do mesmo privilégio geral para seus créditos.²⁷⁴

Como se vê, desde as reformas da década de 1960, o sistema concursal francês é claramente voltado para a manutenção de postos de trabalho e da atividade do devedor. Nesse sentido, o plano de recuperação ou salvaguarda deverá, necessariamente, indicar a

²⁷¹ O Código do Trabalho francês regulamenta o referido fundo nos artigos L. 3253-1 a L. 3253-18 (Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0692441831D6F739B2095F7C0D4876D4.tpdjo01v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006195811&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20090113>). (Acesso em novembro/2008).

²⁷² TOLEDO, Paulo C. S. de. *A empresa (...)*, p. 68.

²⁷³ Para 2007, os contratos em vigor por 2 anos ou mais eram privilegiados 64.368,00 euros; para contratos com mais de 6 meses e menos de dois anos, o valor do crédito privilegiado era limitado a 53.640,00 euros; para os contratos com menos de 6 meses, o valor do crédito privilegiado era de 42.912,00 euros.

²⁷⁴ Seção L.143-1-9, do Código do Trabalho.

efetiva condição social e de emprego da empresa, bem como prevê a consulta reiterada dos comitês de empregados ou seus representantes durante todos os procedimentos.²⁷⁵

2.5.5. Sucessão trabalhista

Em relação à sucessão de empregadores, a legislação trabalhista francesa prevê a obrigatoriedade de manutenção das condições de trabalho na hipótese de alteração da estrutura jurídica do empregador, em virtude de sucessão, transferência total ou parcial do estabelecimento, fusão, ou cisão.²⁷⁶

Assim, na transferência ordinária de estabelecimentos, o adquirente sucede o vendedor em todas as obrigações, inclusive anteriores à venda. Reconhece, assim, a orientação pela despersonalização do empregador, privilegiando a perspectiva de empresa enquanto atividade, em detrimento ao seu perfil organizacional. Tal interpretação não apenas aponta para uma derrogação do princípio civil da relatividade das convenções, como também é consistente com uma interpretação mais ampla da cessão de contratos.²⁷⁷

Na hipótese de alienação de estabelecimentos ou unidades produtivas durante a recuperação de empresas, que continuam a desempenhar as mesmas atividades, o adquirente apenas assume o ativo do devedor, sendo o preço repartido pelo comissário aos credores, na execução do plano de reerguimento.²⁷⁸ Porém, mesmo nessas hipóteses, discuti-se a aplicabilidade a essas unidades da convenção coletiva anteriormente aplicável à empresa em recuperação. O sucessor da empresa em recuperação tem ainda obrigação de negociar um acordo coletivo substituto (“*accord de substitution*”). Caso o adquirente não

²⁷⁵ Vide arts. L 611-9, L 612-2, L612-3, L. 621-1, L 621-4, L 621-7, L 622-10, L 623-3, L. 626-4, L. 626-5, L. 626-8, L. 626-9, L.626-25, L. 626-26, L. 631-6, L 631-15, L. 631-17, L. 631-19, L. 640-6, L. 642-5, L. 642-6, L. 642-9, L. 642-13, L. 642-17.

²⁷⁶ Vide artigo L-122-12, al. 2, do Código de Trabalho francês. No mesmo sentido: RIVERO, Jean. SAVATIER, Jean. *Droit Du travail*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 105. Continua o autor ao afirmar que “*L'énumération légale n'est pas limitative, et la jurisprudence a, pendant longtemps, donné au texte (ancien art. 23, al. 8, liv. I, C. Trav.) une grande extension. « Destiné à assurer aux salariés des emplois stables, il doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner, même partiellement, sous une direction nouvelle, peu important l'absence de tout lien de droit entre les employeurs successifs » (Soc, 29 juin 1972, Bull. civ., V, p. 438 ; v. déjà, à propos de concessionnaires successifs d'un service public, Civ., 27 févr. 1934, DH, 1934, 252, Goupy). C'étaient la poursuite de la même activité économique et la continuation du même travail sous une direction nouvelle qui paraissaient déterminantes. Partant de cette idée, la jurisprudence avait été conduite à étendre de plus en plus largement le champ d'application de l'article L. 122-12.*” (RIVERO, Jean. SAVATIER, Jean. *op. cit.*, p. 105).

²⁷⁷ Idem, p. 107.

²⁷⁸ TOLEDO, Paulo C. S. de. *A empresa (...)*, p. 80.

tenha sucesso na negociação do referido acordo, deverá continuar a aplicar o acordo anterior pelo período mencionado e durante esse período.

2.5. Portugal

Apesar de haver regras nas Ordenações Filipinas a respeito da quebra de mercadores, somente em 1756, com a organização da Real Junta de Comércio, surgem no ordenamento português regras específicas sobre falência. Posteriormente, novas mudanças aconteceram, com a publicação dos Códigos Comerciais de 1834 e 1888. Assim, em 1935 verifica-se a promulgação do Código de Falências, o qual disciplinou com mais rigor a matéria concursal, incorporando-se ao Código de Processo Civil, de 1939.

Posteriormente, com a crise econômica, passou-se a buscar a continuidade da empresa em contraposição à sua liquidação, surgindo medidas preventivas fundadas na premissa de que a empresa gera estabilidade econômica, sendo necessário buscar-se a manutenção de postos de trabalho.²⁷⁹ Nesse sentido, o Código de Processo Civil é reformado em 1967 – inclusive em relação à matéria falimentar, a qual novamente seria objeto de reforma com o Decreto-Lei n. 177/86, de 2 de julho de 1986 – o qual institui o *Processo Especial de Recuperação de Empresa e Protecção dos Credores*. Por meio do referido Decreto-Lei, inseriu-se o conceito de recuperação de empresas no sistema falimentar português, sob clara influência do procedimento de *Amministrazione Controllata* italiano e do *Redressement* francês.²⁸⁰

Tal alteração não foi isenta de críticas, as quais se encontram bem sintetizadas por Henrique Vaz Duarte ao afirmar que com o novo regime de recuperação privilegiava-se a empresa que, já tecnicamente falida, tomada a iniciativa de informar o judiciário que acreditava na sua viabilidade.²⁸¹ Nessa hipótese, “a palavra mágica ‘viabilidade’, acrescida dum enorme complexo geral relativo à falência, que constituiu o ‘abre-te-Sésamo’ das

²⁷⁹ SILVA, João Calvo da. RODRIGUES, Frederico Viana. *op. cit.*, p. 228.

²⁸⁰ DUARTE, Henrique Vaz. *op. cit.*, p. 35 e 36. A *Amministrazione Controllata* foi prevista no Régio Decreto n. 267, de 16 de março de 1942. Já o *Redressement* francês surge com a publicação da Lei n. 85-98, de 25 de Janeiro de 1985.

²⁸¹ Idem, p. 40.

portas dos tribunais às candidaturas de empresas insolventes ao regime pré-falimentar de recuperação de empresas.”²⁸²

Concomitantemente, na década de 1970 buscou-se na via negocial administrativa a recuperação de empresas por meio dos “*contratos de viabilização*”, firmados pelas empresas em dificuldade e entidades de crédito assistidas pelo Estado. Tais contratos concediam linhas de crédito vinculadas a metas de produtividade, rentabilidade e equilíbrio financeiro.

A subordinação de tais contratos à homologação ministerial “(...) condizia com a natureza administrativa na relação Estado-particular da recuperação de empresas em Portugal, decorrente da revolução de 25.04.74”.²⁸³

Diversos instrumentos normativos apresentavam ainda possibilidade de financiamento subsidiado, participação do Estado e de entidades financeiras no capital social das empresas em dificuldade e benefícios fiscais para auxiliá-las.²⁸⁴ Tais contratos, todavia, restringiam apenas ao Estado e às entidades financeiras a participação na recuperação das empresas, tendo sido extintos com o Decreto-Lei n. 338/81, de 21 de outubro (extinção do Fundo de Compensação), e com o Decreto-Lei n. 26/90, de 24 de janeiro (extinção da Paraempresa).

O Decreto-Lei n. 177/86 foi reformado, em 1990, pelo Decreto-Lei n. 10/90, de 10 de janeiro e, em 1993, pelo Decreto-Lei n. 132/93, de 23 de abril, quando passou a denominar-se *Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência*, pois aglomerou, no mesmo diploma, os regimes da recuperação e da falência.

O referido Decreto-Lei n. 132/93 trouxe como grandes inovações: (i) unificação do regime de insolvência para comerciantes e não-comerciantes; (ii) privatização do regime de

²⁸² DUARTE, Henrique Vaz. *op. cit.*, p. 40.

²⁸³ SILVA, João Calvo da. RODRIGUES, Frederico Viana. *op. cit.*, p. 227.

²⁸⁴ Decreto-Lei n. 864/76, de 23 de dezembro; Decreto-Lei n. 353-H/77, de 29 de agosto, Decreto-Lei n. 124/77, de 1 de abril, Decreto-Lei n. 120/78, de 1 de junho, Decreto-Lei n. 23/81, de 29 de janeiro e Decreto-Lei n. 112/83, de 22 de fevereiro. Tanto o Decreto-Lei n. 864/76, quanto o Decreto-Lei n. 353-H/77 tinham por núcleo a flexibilização de encargos laborais para viabilizar a manutenção de postos de trabalho.

falências, com extinção do síndico das Câmaras de Falências; (iii) extinção dos privilégios dos créditos estatais; e, (iv) unificação da fase inicial de ambos os processos.²⁸⁵

Mais ainda, parecia que se havia alterado a premissa de que a recuperação deveria ser efetivada independente da viabilidade da empresa, conforme explicita a exposição de motivos do Decreto-Lei n. 132/93, de 23 de abril: “os programas de recuperação econômica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aos que dela dependem porque não é essa a vertente da vida social que a caridade encontra seu lugar próprio”

Conforme comenta Henrique Vaz Duarte, o primado da recuperação consubstanciava-se na idéia fundamental do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, sendo que todo o figurino processual buscava preterir a falência, a favor da sobrevivência da empresa deficitária. Em que pese o sacrifício dos credores, o que interessava era pugnar pela viabilidade e considerar o problema financeiro como estado transitório, a merecer o competente saneamento e resolução.²⁸⁶

Novamente, em 1998, o referido diploma foi alterado, pelo Decreto-Lei n. 315/98, de 20 de outubro. Finalmente, coube ao Decreto-Lei n. 53/2004, de 18 de março estabelecer a legislação atual, denominada *Código de Insolvência e Recuperação de Empresas*. O referido Código representou mudança significativa no eixo axiológico do sistema, tendo sido alterado pelo Decreto-Lei n. 200/2004, de 18 de agosto, e pelo Decreto-Lei n. 66-A/2006, de 29 de março.

A premissa é a liquidação do patrimônio do devedor e pagamento dos credores.²⁸⁷ Assim, a manutenção da empresa deixa de ser interesse do Estado para assumir “(...), a qualidade de instrumento de realização dos interesses dos credores, alcançada por via da maximização,

²⁸⁵ PAPALEO, Marcelo. *A Nova Lei de Recuperação e Falências e suas Consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 61.

²⁸⁶ DUARTE, Henrique Vaz. *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁷ “Art. 1. O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.” (Art. 1, do CIRE). Assim, conforme afirma o preâmbulo do Decreto-Lei n. 53/2004: “(...) fugindo da errônea idéia afirmada na actual lei (CPEREF), quanto à suposta prevalência da via da recuperação da empresa, o modelo adoptado pelo novo Código explicita, assim desde o início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo”.

ex post, do valor do patrimônio do devedor.”²⁸⁸ Não por outra razão Maria do Rosário de Palma Ramalho conclui que “(...) a filosofia do CIRE é muito mais ‘extintiva’ do que ‘recuperadora’ das empresas, em comparação com o CPREF.”²⁸⁹

No novo Código a regra é a substituição imediata do devedor na administração e a grande publicidade da situação da empresa insolvente, com a publicação da declaração de insolventes no sítio do referido tribunal na rede mundial de computadores, no banco de Portugal e na relação de riscos para credores. Em virtude da evidente influência do Direito Alemão, a Assembléia Geral de Credores tem a prerrogativa de determinar se a empresa será submetida aos procedimentos de recuperação ou de liquidação e em que termos isso se dará. Ademais, caberá à referida Assembléia aceitar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, bem como substituir o administrador.

Tal qual no modelo alemão, a presidência da Assembléia incumbe ao juiz e o devedor não poderá dispor dos bens a partir da declaração da insolvência, sendo a administração da empresa conferida ao administrador judicial e, apenas excepcionalmente, mantida a cargo do devedor.²⁹⁰

As classes anteriormente previstas – créditos trabalhistas, com garantia real, fiscais e quirografários – foram substituídas pelas seguintes: créditos especiais, gerais, subordinados e comuns. O privilégio dos créditos trabalhistas cede espaço aos créditos com garantia real, com objetivo de reduzir o custo do crédito e aumentar a segurança das garantias oferecidas. Nos processos cujo ativo é insuficiente para o pagamento de custos e dívidas da massa insolvente – inclusive a remuneração do administrador – prevê-se o encerramento sumário.

Quanto à questão trabalhista, o Decreto-Lei n. 219/99 – publicado em 15 de junho de 1999 – estabelece o Fundo de Garantia Salarial, buscando assegurar o pagamento da

²⁸⁸ SILVA, João Calvo da. RODRIGUES, Frederico Viana. *op. cit.*, p. 236.

²⁸⁹ RAMALHO, Maria do Rosário de Palma. “Aspectos laborais da insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas”. In: *Questões Laborais*, ano XII, n. 26, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 148. Assim, o objetivo tornou-se “o pagamento de seus respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o patrimônio do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral.” (PERIN JÚNIOR, Ecio. *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar*. Tese (Doutorado): Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006, p. 161).

²⁹⁰ Artigo 31,2 e artigo 224, ambos do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

remuneração devida aos trabalhadores de empresas insolventes ou em dificuldades económicas, em consonância com a Diretiva 2008/94/EC.

O referido Fundo assegura ao empregado da empresa em crise o recebimento de créditos vencidos nos seis meses anteriores (artigo 319, n. 1), reclamados até três meses antes de sua prescrição (artigo 319, n. 3), limitados ao montante de até seis meses de retribuição e a três remunerações mensais mínimas, o Fundo, nos direitos dos trabalhadores, com seus respectivos privilégios.²⁹¹

No choque entre os dois microssistemas – falimentar e trabalhista – o legislador português expressamente indicou que “os efeitos da declaração de insolvência relativamente a contratos de trabalho e à relação laboral regem-se exclusivamente pela lei aplicável ao contrato de trabalho”, seguindo a orientação anteriormente prevista no artigo 172, do CPEREF.²⁹²

Nesse sentido, há clara justificativa para que a legislação falimentar ocupe-se em regular a tutela dos créditos trabalhistas em caso de declaração de insolvência, juntamente com os demais credores da empresa. Tal segmentação não dissocia o destino dos contratos de trabalho daquele da empresa, pois apenas a partir das opções decorrentes do procedimento concursal será determinada a sorte dos contratos de trabalho.²⁹³

Em relação à sucessão de empregadores, o tratamento anteriormente previsto no artigo 37, da Lei de Contrato de Trabalho, passou a ser regulado pelos artigos 318 a 321, do Código de Trabalho, os quais buscam transpor ao direito português as disposições da Diretiva 2001/23/CE.

Assim, em caso de transmissão da titularidade da empresa, ou de um de seus estabelecimentos, transmite-se para o adquirente a posição jurídica de empregador. Anteriormente, o adquirente era responsável solidariamente com o vendedor quanto às dívidas vencidas nos seis meses anteriores à venda, desde que tais dívidas fossem reclamadas até a data da venda. A legislação atual se aproximou da solução italiana e do

²⁹¹ RAMALHO, Maria do Rosário de Palma. “Aspectos laborais da insolvência (...)”. p. 162.

²⁹² Artigo 277, do CIRE – DL 53/2004.

²⁹³ Nesse sentido, VASCONCELOS, Joana. “Insolvência do Empregador, destino da empresa e destino dos contratos de trabalho”. In: *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, Coimbra: Almedina, 2005*, p. 220.

disposto no artigo 3º, n. 1, da Diretiva europeia, de responsabilizar o comprador sem qualquer limitação temporal.²⁹⁴

Catarina de Oliveira Carvalho, esclarece que o Código do Trabalho “(...) prevê a aplicabilidade deste regime a todas as hipóteses de transmissão da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou do estabelecimento que constitua uma unidade econômica”.²⁹⁵

Por fim, o referido Código ampliou – na hipótese de restar caracterizada a sucessão – a responsabilização do adquirente. Se anteriormente limitava-se aos créditos vencidos nos seis meses antes da aquisição, passa a abranger a totalidade dos créditos devidos. Tal disposição se curva à influência italiana, sendo coerente com o fato de o adquirente passar a deter a principal garantia dos créditos trabalhistas: a empresa ou o estabelecimento.²⁹⁶

2.6. Espanha

A Espanha, por meio da edição de recente alteração legislativa – Lei Concursal n. 22/2004 – também passou a fazer parte do rol de países cujos ordenamentos jurídicos declaram como objetivo primordial, nos processos de insolvência, a satisfação dos credores, cabendo-lhes a aprovação do plano de reorganização proposto pelo devedor.

Já em 1737, as *Ordenanzas de La ilustre Universidad y Casa de Contractación de La M. N. y M. L. Villa de Bilbao* previam a concordata (“*suspensión de pagos*”) do devedor. Tal dispositivo foi posteriormente substituído pelo Código Comercial de 1829, no qual se previa que a falência (“*quiebra*”) era o único procedimento falimentar.

Durante décadas a legislação falimentar espanhola permaneceu dispersa, sem qualquer atualização. Assim, até 2004, cinco diplomas distintos regulavam a insolvência, sendo o mais moderno datado de 1922.²⁹⁷ Entretanto, em virtude das sensíveis mudanças

²⁹⁴ CARVALHO. Catarina de Oliveira. “Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho”. In: *A Reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 467-468.

²⁹⁵ Idem, p. 462.

²⁹⁶ Ibidem, p. 468.

²⁹⁷ Até então, a legislação falimentar era regulamentada pelo *Código do Comércio*, de 1829; pelo *Código Civil*, de 1889; pelo *Código Comercial*, de 1885; pela *Lei de Suspensão de Pagamentos* de 20.07.1922; e pela *Lei de Processo Civil*, de 1881.

promovidas pelo processo de integração europeia, foi promulgada a Lei 22/2003, de 9 de julho, reformando a legislação anterior.

A referida lei veio para satisfazer o clamor unânime da doutrina por uma reforma imediata e radical da legislação espanhola. Essa reforma foi complementada pelo Decreto 8/2003.

Com a nova legislação – em vigor desde 01 de setembro de 2004 – simplificou-se o sistema, tendo agora apenas um procedimento para todas as empresas e pessoas físicas, em clara influência do modelo de insolvência alemão. Do mesmo modo, a premissa da regulamentação falimentar voltou-se à execução coletiva das dívidas e satisfação dos credores: apenas se esses decidirem que a atividade é viável promove-se sua preservação.

O pressuposto para a declaração da insolvência é o descumprimento regular por parte do devedor de obrigações exigíveis.²⁹⁸ Por outro lado, a nova legislação busca antecipar a declaração do concurso o quanto possível, adotando diversos incentivos para não tornar intempestivo o procedimento de recuperação.²⁹⁹

Prevê-se a manutenção da administração do devedor no concurso voluntário e privilégio para credor que houver solicitado a declaração do concurso necessário.³⁰⁰ A ingerência do magistrado é significativa, pois poderá determinar tanto a transferência da administração no concurso voluntário, quanto à manutenção do devedor na administração, no concurso necessário.³⁰¹ Embora a recuperação extrajudicial não seja regulada expressamente, encontra amparo na previsão de pedido de recuperação antecipada, vinculado à aprovação de ao menos um quinto dos credores.³⁰²

Na recuperação judicial, tanto o devedor quanto os credores que representem mais de um quinto do passivo podem elaborar e apresentar à Assembléia de Credores planos de reorganização. Em qualquer dos planos, o pagamento imediato não pode ser inferior à

²⁹⁸ Art. 2.2, da Lei n. 22/2003.

²⁹⁹ VALE, Javier. “Una experiencia comparada reciente: La Ley Concursal Española”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIII (Nova Série), n. 134, abril-junho/2004, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.

³⁰⁰ A determinação de manutenção do *debtor-in-possession* encontra-se no artigo 40,1, da Lei n. 22/2003. Já o privilégio para o credor que solicita a instauração do procedimento encontra-se previsto no artigo 91,6, da Lei n. 22/2003.

³⁰¹ Artigo 40,3, da Lei n. 22/2003.

³⁰² Artigo 106, da Lei n. 22/2003.

metade do valor dos créditos e o prazo de pagamento não pode ser superior a cinco anos. Desde o início do procedimento, o devedor pode requerer a autofalência e, se o plano não for apresentado, aprovado ou cumprido, convola-se a recuperação em falência.

Quanto à promoção da participação dos credores, a nova legislação traz como inovação o privilégio – quanto a um quarto de seus créditos – ao credor que iniciar o procedimento de falência. Na hipótese de o pedido de falência não ser aceito, o referido credor deverá pagar as custas judiciais do procedimento.³⁰³

Seguindo a tendência moderna, a falência não significa necessariamente a cessação das atividades do devedor.³⁰⁴ Excepcionalmente, mediante requerimento do administrador judicial e, depois de ouvidos o devedor e os representantes dos trabalhadores, o juiz poderá determinar o fechamento da empresa, enquanto a extinção, suspensão ou alteração coletiva das condições de trabalho dos empregados apenas será possível por meio de acordo coletivo.³⁰⁵

Tal qual a legislação brasileira, a norma espanhola prevê que as ações trabalhistas não são afetadas pelo período de suspensão, até a prolação de decisão final e irrecorrível. Inovação significativa consiste no tratamento unitário dos contratos de trabalho. Assim, o novo regime institui regramento específico para modificação, suspensão ou dispensa coletiva, quando aplicadas no curso do procedimento concursal. Tais alterações têm como linha mestra a atribuição ao juízo concursal da competência para decidir quanto a tais medidas.³⁰⁶

O procedimento falimentar inicia-se com o pedido de falência e prossegue até a apresentação do relatório do administrador. A partir desse momento, poderá prosseguir a liquidação dos ativos ou implantação de plano de reorganização aprovado pelos credores. Assim, o procedimento encontra-se dividido nas seguintes fases: (i) declaração de concurso; (ii) administração concursal; (iii) conhecimento do ativo; e (iii) acerto do passivo.

³⁰³ GINES, Ariadna Cambronero. "The new Spanish Insolvency Legislation (22/2003 insolvency act of 9 July)" In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 166.

³⁰⁴ Artigo 44, da Lei n. 22/2003.

³⁰⁵ GINES, Ariadna Cambronero. *op. cit.*, p. 175.

³⁰⁶ Idem, p. 175.

Por fim, exige-se voto favorável de metade do passivo quirografário, para a aprovação do plano. Excepcionalmente, quando o plano determinar o pagamento em até três anos dos créditos ou o pagamento imediato do crédito vencido, com desconto inferior a um quinto, será suficiente a maioria simples dos presentes na Assembléia para a aprovação do plano.

Tal qual a legislação brasileira, a nova lei espanhola privilegia – mesmo na liquidação – a alienação unitária dos estabelecimentos comerciais do devedor.³⁰⁷ Os administradores do concurso deverão elaborar plano de liquidação, se possível contemplando a alienação em conjunto dos estabelecimentos e unidades produtivas, salvo se a venda isolada for mais favorável aos credores.³⁰⁸

Quanto à sucessão de empregadores, a legislação trabalhista espanhola é bastante similar à brasileira, prevendo que a mudança da titularidade da empresa, centro de trabalho ou unidade produtiva não extinguirá a relação empregatícia, assumindo o adquirente a posição jurídica do vendedor na relação de emprego.³⁰⁹

O antigo empresário responde solidariamente pelas obrigações anteriores à sucessão.³¹⁰ Ainda que ocorra a venda judicial da empresa ou de qualquer de seus estabelecimentos ou unidades produtivas, se o adquirente permanecer explorando as mesmas atividades do vendedor, ocorrerá sucessão de todas as obrigações trabalhista anteriores à venda.³¹¹ Por fim, em caso de transmissão parcial da empresa, a sucessão não afetará todos os trabalhadores – apenas aqueles vinculados às atividades transferidas.³¹²

³⁰⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial, (...)”, p. 100.

³⁰⁸ VALE, Javier. *op. cit.*, p. 99.

³⁰⁹ Conf. artigo 44.1, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

³¹⁰ Conf. artigo 44.2, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

³¹¹ Conf. artigo 55.11, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha. Tal disposição não fere a legislação européia, pois, conforme decidido pela Corte Européia, é aplicável a Diretiva 77/187/CEE – substituída pela Diretiva 2001/23/CE – aos casos de transmissão de empresa em estado de liquidação judicial voluntária, quando a atividade desempenhada pelo devedor permanece sendo explorada pelo adquirente. Nos Casos C-319/93 (ECJ) e C-399/96 (ECJ), a Corte Européia determinou que o artigo 1(1), da Diretiva 77/187 deve ser interpretado a fim de incluir na proteção prevista naquele diploma os trabalhadores abrangidos pelas transferências ocorridas em procedimentos de liquidação voluntária iniciados pelo devedor. A decisão do referido caso encontra-se disponível no endereço: <<http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996J0399>> (Acesso em janeiro/2009).

³¹² ALBIOL Montesio *et al.*, *Derecho do Trabajo: Fuentes y contrato individual*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 648-651.

2.7. Bélgica

Na Bélgica verifica-se a existência de dois procedimentos distintos (concordata judicial e falência), regulados por diplomas próprios.³¹³ Nesses procedimentos, cabe ao Tribunal de Comércio reunir as informações relativas aos empregados e com base nessas informações estimular a concordata. O modelo concursal é assim estabelecido com base em procedimento dúplice: na concordata judicial busca salvaguardar a empresa em crise, na falência procura liquidar de forma mais eficiente possível os ativos.

O pedido de falência pode ser convertido em análise do patrimônio do devedor e resultar em processo de concordata ao invés de falência. Cabe aos credores decidir sobre a condução do procedimento e também a elaboração do plano de reorganização. Para tanto, há a previsão de aconselhamento especializado, efetuado por organismo voluntário (*“Ordenemersklankbord”*).

Quanto à prevalência dos direitos trabalhista em caso de transferência de estabelecimentos, sua regulamentação encontra-se no Convênio Coletivo n. 32*bis*, de 7 de junho de 1985, aprovado pelo Decreto Real de 15 de julho de 1985 e emendado pelos Convênios Coletivos n. 32*ter*, *quarters e quinquies*, de 2 de dezembro de 1986, 19 de dezembro de 1989 e 13 de março de 2002, respectivamente.³¹⁴ Tais normas prevêm tratamento diametralmente distinto em caso de transferência de estabelecimentos em procedimentos de recuperação de empresas ou de falência.

Na aquisição em procedimento extrajudicial de recuperação, aplica-se a regra geral, ocorrendo sucessão de empregadores e transferência de todas as obrigações do vendedor para o comprador. Mais ainda, o adquirente do estabelecimento e o antigo empregador permanecem solidariamente responsáveis por todas as ações trabalhistas existentes na data da transferência. Na hipótese de tal aquisição efetuar-se em um procedimento judicial de recuperação, o novo empregador não será responsável pelo adimplemento das ações existentes, desde que o Fundo de Garantia Salarial cubra todos os créditos.³¹⁵

³¹³ O primeiro regulado pela Lei de 17 de julho de 1997 e o segundo pela Lei de 8 de agosto de 1997.

³¹⁴ INSOL INTERNATIONAL. *op. cit.*, p. 28.

³¹⁵ Conf. Capítulo II, dos Convênios Coletivos n. 32, com suas alterações posteriores.

Em caso de falência, o novo empregador permanecerá obrigado a manter as condições contratuais e coletivas aos empregados que continuarem prestar serviços ao adquirente ou aqueles dispensados até um mês antes da falência e que sejam recontratados no ato da transferência ou até seis meses após essa. Nessa hipótese, os empregados fazem jus aos salários correspondentes ao período entre a decretação da falência e a transferência do estabelecimento para o adquirente (“*bridging payment*”).³¹⁶

Contudo, apesar de o adquirente suceder o devedor em relação às condições de trabalho anteriores, não será responsabilizado pelo inadimplemento de obrigações do antigo empregador. Ademais, o adquirente tem liberdade para determinar se os empregados acompanharão os ativos adquiridos. Em caso positivo, ocorrerá sucessão de empregadores, devendo o adquirente manter os direitos e obrigações decorrentes dos contratos de trabalho até então em vigor.³¹⁷

2.8. Argentina

O Direito Concursal argentino, com a Lei n. 19.151, de 1972, foi precursor na América Latina no tratamento da empresa em crise com vistas à sua preservação. Assim, reconhecia a empresa como instrumento útil para o desenvolvimento social, fonte de trabalho e produção. Essa legislação foi substituída pela Lei 24.552 (“*Lei de concursos y quiebras*”), em 1995, a qual permanece ainda vigente, com pequenas reformas.

Em 2002, com a Lei 25.563 foram feitas novas alterações na legislação concursal, em virtude da aguda crise econômica pela qual passava o país. Tratava-se de instrumento de efeitos circunscritos, que previa o alongamento de prazos de pagamento, suspensão da execução de garantias reais, suspensão do *cramdown* e dos pedidos de falência.

Como resposta, com a chancela do Fundo Monetário Internacional foi aprovada a Lei 25.589, de 16 de maio de 2002, derogando as medidas estabelecidas pela Lei 25.563. O modelo concursal argentino atual prevê os seguintes institutos:

³¹⁶ BLANPAIN, Roger (ed.). “Business Transfers in the Context of Bankruptcy”. In: *Bulletin of comparative Labour Relations*, v. 46, Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 48-52.

³¹⁷ Conf. artigos 11 a 15, do Capítulo III, do Convênio Coletivo n. 32, com suas alterações posteriores. No mesmo sentido: BLANPAIN, Roger (ed.). *op. cit.*, 2002, p. 50-51.

a) Concurso preventivo: similar à recuperação judicial brasileira, fundado na apresentação de plano de recuperação pelo devedor no período de exclusividade, cabendo aos credores aprová-lo. Passado o referido período, os credores podem também apresentar novos planos.

b) Quebra: procedimento de liquidação da empresa, cujo objetivo é a realização do ativo e pagamento dos credores. É possível sua conversão em concurso preventivo e sua extensão aos controladores.³¹⁸

c) Acordo preventivo extrajudicial (“APE”): acordo extrajudicial entre devedor e credores, o qual pode ser submetido à homologação judicial tal qual a recuperação extrajudicial no Brasil.³¹⁹ Tais instrumentos podem abranger parte ou a totalidade dos credores e podem ser homologados pelo judiciário. Nessa hipótese, a simples apresentação do plano para homologação judicial suspende todas as ações contra o devedor.³²⁰

d) Pequenos concursos e quebras: procedimento simplificado aplicado a empresas menores, seja para o Acordo Preventivo Judicial, seja para a Quebra.³²¹

No concurso preventivo ou no concurso cível não há necessariamente extinção do contrato de trabalho. Ademais, mesmo a quebra não produz a resolução do contrato de trabalho, apenas o suspende após 60 dias.³²² Findo esse prazo, na hipótese de não ser decidida a continuação do trabalhador na empresa, seu contrato de trabalho é tido como extinto automaticamente, sem direito a pré-aviso ou indenização substitutiva, dado que a rescisão decorre da lei e não da vontade do empregador.³²³

³¹⁸ Artigo 161, da Lei n. 24.522.

³¹⁹ Os *Acuerdos Preventivos Extrajudiciais* são regulados pelos artigos 69 a 76, da Lei n. 24.552/95.

³²⁰ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 514.

³²¹ Arts. 288 e 289, da Lei n. 24.522. Também similar ao procedimento especial para micro e pequenas empresas previsto na Lei n. 11.101/2005.

³²² Parágrafo primeiro, do artigo 196, da Lei n. 24.522.

³²³ GRISOLIA, Julio Armando. *Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*. 11ed. Tomo II, Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 1.324 e 1.325.

Sem prejuízo de o devedor conservar a administração da empresa no concurso preventivo, é prevista a administração judicial nesse procedimento, sendo conduzida por síndico sorteado a partir de lista fixa.³²⁴

Sua função é fiscalizar a administração do devedor e, na quebra, participar da alienação dos bens, pois o devedor perde o direito de administrar e dispor dos bens. Adicionalmente, quando na quebra é determinada a continuação da atividade da empresa, há a possibilidade de contratação de profissionais especializados na gestão de empresas em crise, denominados “co-administradores”.³²⁵

Os credores trabalhistas são titulares de privilégio especial sobre os ativos do estabelecimento em que prestaram serviços, limitados pelos créditos determinados por lei.³²⁶ Ademais, gozam de privilégio geral sobre todos os bens do devedor em relação: (i) aos créditos com privilégio especial não pagos, (ii) juros de até dois anos sobre as dívidas não adimplidas, (iii) honorários advocatícios, e (iv) custas judiciais e honorários periciais decorrentes de ações promovidas pelos trabalhadores em face do devedor.

Na hipótese de venda de estabelecimentos em virtude da liquidação de ativos na quebra, por previsão expressa da lei não haverá sucessão e os empregados que passarem a prestar serviços ao adquirente o farão mediante novo contrato de trabalho.³²⁷ Para tanto, a venda deverá ocorrer de acordo com os procedimentos de liquidação.³²⁸

Caso a venda seja efetuada fora do procedimento de liquidação de ativos, a Lei 24.522 determina a sucessão do adquirente nas obrigações do devedor.³²⁹ Assim, os contratos de trabalho continuaram a produzir efeitos, havendo apenas a alteração em relação ao empregador. Tal disposição aplica-se inclusive na hipótese de arrendamento do

³²⁴ Em casos específicos há previsão de retirada do devedor da administração do negócio, conforme dispõe o artigo 17, da Lei n. 24.522.

³²⁵ Conf. Artigo 192, da Lei n. 24.522.

³²⁶ A remuneração devida nos seis meses anteriores ao pedido de quebra; às verbas rescisórias na hipótese de dispensa sem justa causa (limitadas a três salários); indenização em caso de morte do empregado (artigo 245, da Lei n. 20.744); bônus anual, similar ao 13º salário, porém pago em duas parcelas – em julho e dezembro (artigo 247, da Lei n. 20.744); salário do mês da rescisão (artigo 233, da Lei n. 20.744); férias, cuja duração é determinada de acordo com o tempo de serviço do empregado à empresa – de 14 a 35 dias (artigo 150, da Lei n. 20.744); aviso prévio (artigo 156 da Lei n. 20.744); indenizações por acidentes de trabalho ou dispensas discriminatórias.

³²⁷ Artigo 199, da Lei n. 24.522/95.

³²⁸ Artigo 189 a 195, da Lei n. 24.522/95.

³²⁹ Artigo 225, da Lei n. 20.744.

estabelecimento, quando haverá responsabilidade solidária entre o cedente e o cessionário, salvo na hipótese de nacionalização da empresa.³³⁰

³³⁰ Art. 228, da Lei n. 20.744.

3. Legislação nacional

Após a análise do direito internacional e estrangeiro, faz-se necessário verificar, em breves linhas, as características e os antecedentes históricos do Direito Falimentar brasileiro, com objetivo de identificar as raízes da recente reforma a mudança em seu paradigma axiológico.

3.1. Antecedentes históricos

Antes de tornar-se independente de Portugal, a legislação concursal aplicada no Brasil era aquela vigente no reino português. Assim, os primeiros diplomas falimentares vigentes no país foram as Ordenações Afonsinas, as quais tratavam a falência – sob influência italiana – como questão criminal, inclusive com a prisão do devedor como forma de incentivá-lo a pagar suas dívidas.

Com as alterações promovidas por D. Manoel em 1521, as Ordenações Afonsinas passaram a ser denominadas Ordenações Manoelinas. Tais normas regulamentavam a quebra e a moratória, então concedida como graça real.³³¹ Posteriormente, as referidas normas foram substituídas pelas Ordenações Filipinas – datadas de 1603 – as quais previam tratamento penal para o mercador insolvente, bem como os institutos da auto-falência e concordata.³³²

Os comerciantes cuja falência fosse considerada fraudulenta eram considerados ladrões públicos e “roubadores”, enquanto aqueles considerados falidos em virtude de jogo ou gastos em demasia, não eram considerados ladrões, nem submetidos à pena capital,

³³¹ As quebras eram tratadas no Livro III, Título LXXIV, n. 3, das Ordenações Manoelinas e a moratória em seu Livro III, Título LXXX.

³³² Livro III, Título XCI, n. 2 e Livro V, Título 66, das Ordenações Filipinas. “E todo o que quizer dar lugar aos bens, fará cessão em Juízo, confessando todas as dívidas, por que o faz, declarando e mostrando todos os bens, que a esse tempo tiver. E somente lhe ficarão os vestidos, que a esse tempo tiver vestidos, com tanto que não sejam de muito grande valia, per que alguns credores possam haver pagamento de suas dívidas” (Livro IV, título XXIV, n. 6). Quanto às concordatas, dispunham as referidas Ordenações: “Que os devedores, a que El-Rey der espaço, em fiança a pagar as dívidas.” (Livro III, título XXXVII) e “Do que impetrou graça d’El-Rey para não ser demandado até certo tempo, como usará dela contra si” (Livro III, Título XXXVIII). A concordata poderia ser exigida pelos próprios credores, ainda que à revelia do devedor: “(...) no caso, onde todos os credores se acordassem que o devedor houvesse espaço de cinco anos pagar todas as dividas, será ele obrigado aceitá-lo, ainda que não queira.” (Livro IV, Título LXXIV, n. 4).

restando-lhes o degredo.³³³ Ademais, aos que caíssem em pobreza em virtude de “grandes perdas no mar, ou na terra, em seus tratos e comércios lícitos” não era imputado qualquer crime.³³⁴ Em 1756, o Alvará de 13 de novembro passou a regulamentar a matéria. Esse diploma serviu de modelo ao Código Comercial, de 1850, e inovou ao especializar a falência mercantil, submetendo-a a juízo e processo próprios, sendo apenas aplicável aos comerciantes.

A partir da independência brasileira, Trajano Miranda Valverde divide o Direito Concursal brasileiro, em quatro fases distintas, até a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.³³⁵

A primeira, inaugurada com o Código Comercial, de 1850, e com o Decreto n. 738/1850, denota inspiração eminentemente francesa. Tais diplomas reconheciam o estado de falência na cessação de pagamentos e buscavam primordialmente apurar a responsabilidade penal do comerciante, após o que era então iniciada a liquidação dos ativos.³³⁶ Com a aprovação do Código Comercial, a falência passou a ser caracterizada pela efetiva cessação de pagamentos, deixando de vincular-se à fraude, e parte do estigma de criminoso, anteriormente imputado ao falido.³³⁷

Havia previsão de concordata, implementada com a aceitação da maioria dos credores e de ao menos dois terços dos créditos.³³⁸ Não havendo proposta de concordata, firmava-se o “contrato de união”, pelo qual os credores em assembléia determinavam a forma de liquidação dos ativos do devedor.³³⁹ O Código previa ainda a moratória, desde que o comerciante provasse que a cessação de pagamentos decorria de acidentes extraordinários ou força maior.³⁴⁰ Nessa hipótese, poderia pagar seus créditos em até três anos.

Em 1890, com a revogação parcial do Código Comercial e com a promulgação do Decreto n. 917 inicia-se a segunda fase. Nesse período, a caracterização da falência passa a

³³³ Livro V, Título 66, n. 7, das Ordenações Filipinas.

³³⁴ Livro V, Título 66, n. 8, das Ordenações Filipinas.

³³⁵ VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v. 1, p. 18 a 22.

³³⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina Labate. *op. cit.*, p. 50.

³³⁷ Conforme dispunha o artigo 797, do Código Comercial de 1850, “(...) *todo comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido*”.

³³⁸ Artigo 847, alínea terceira, do Código Comercial de 1850.

³³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso* (...) v. 2, p. 19.

³⁴⁰ Artigo 898, do Código Comercial de 1850.

depender de atos e fatos previstos em lei. O devedor dispunha dos seguintes instrumentos para prevenir a falência: (i) moratória; (ii) cessão de bens; (iii) concordata preventiva; e, (iv) acordo extrajudicial, sendo que as concordatas objetivavam unicamente elidir a falência, de forma bastante rudimentar e com forte influência processual.

A terceira fase inicia-se com a Lei n. 2.024, de 1908. Abraçou-se o objetivo de pôr em prática um modelo extremamente complexo de falência, o qual, segundo Trajano Miranda Valverde, apresentava-se como verdadeira “(...) inópia jurídica de causar lástima”.³⁴¹

Com o Decreto-Lei n. 7.661/45, inicia-se a quarta fase. A referida norma buscou no anteprojeto de Valverde elementos significativos, apresentando-se com a preocupação de proteger o comerciante e o industrial da influência dos credores. Tal instrumento, em sua gênese, rompia com o acentuado caráter processual até então vigente, porém ainda vinculava a sorte do devedor à empresa.

Verifica-se que em todas as fases do Direito Concursal no Brasil, até a promulgação da Lei n. 11.101/2005, predominou a orientação para a satisfação do interesse coletivo. Se a *par conditio creditorum* consiste na garantia aos credores de tratamento isonômico, o procedimento concursal também busca a eliminação de empresas economicamente ineficientes. Ambas as funções são relevantes, pois a segurança do crédito é elemento essencial da atividade econômica, assim como o saneamento do meio empresarial consiste em interesse da sociedade como um todo.³⁴²

3.2. Críticas ao modelo regulado pelo Decreto-Lei n. 7.661/45

Em 1939, foi delegada a Trajano Miranda Valverde a elaboração de anteprojeto de lei para regulamentar o Direito Concursal brasileiro e corrigir as falhas na legislação então vigente, as quais resultavam na confessa incapacidade dos membros do comércio de cercear as fraudes nas lides falimentares.³⁴³

³⁴¹ VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v. 1, p. 20.

³⁴² REQUIÃO, Rubens. *Curso (...)*, v.2, p. 27.

³⁴³ VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v.1, p. 21.

O referido anteprojeto manteve os princípios gerais vigentes desde o Decreto n. 917, de 1890. Acentuou, entretanto, o caráter processual da concordata suspensiva e preventiva, como forma de sanear a autonomia excessiva dos credores, anteriormente com muitos direitos e nenhuma obrigação, identificada como “(...) a causa primordial dos males de que se queixava o comércio.”³⁴⁴

Com a troca do Ministro da Justiça, nova comissão foi formada e o projeto por ela apresentado foi convertido, em 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei n. 7.661. O referido projeto incorporou diversas proposições de Valverde e sua aprovação, como já mencionado, iniciou nova fase histórica no ordenamento jurídico brasileiro.³⁴⁵

O modelo proposto pelo referido Decreto-Lei fundamentava-se em dois institutos: a concordata e a falência. A primeira consistia em moratória aos credores, com escalonamento dos pagamentos, a segunda tinha por objetivo a verificação da conduta do empresário e a liquidação do patrimônio da empresa.

Ainda em relação à concordata, o Decreto-Lei n. 7.661/45 determinava ao devedor a obrigação de seguir estritamente as limitações quanto a montantes mínimos e prazos de pagamento previstos na lei, sem qualquer margem para adaptar o benefício às peculiaridades de sua necessidade. Mais ainda, tais instrumentos apenas abrangiam os créditos quirografários, deixando credores com garantia real, trabalhistas e o Fisco fora do esforço de recuperação da empresa.

Nelson Abraão esclarece que o Decreto-Lei n. 7.661/45 aumentou os poderes do magistrado e diminuiu a ingerência dos credores, favorecendo, assim, o devedor, porém sem obter os resultados pretendidos.³⁴⁶ As limitações impostas à concordata cumuladas com seu caráter eminentemente processual resultaram na realidade descrita por Rubens Requião, na qual a concordata constituía meio hábil de enriquecimento de devedores mais sagazes e menos escrupulosos.³⁴⁷

³⁴⁴ Idem, p. 20-22.

³⁴⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada: Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, comentários artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

³⁴⁶ ABRAÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 13.

³⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso* (...), v. 2, p. 253.

Por outro lado, como lembra Fabio Konder Comparato, ao menos em parte, existiram tentativas de atualização da legislação concursal após 1964, no sentido de proteger os credores em detrimento dos interesses do devedor. Nesse sentido, destacam-se: (i) a Lei n. 4.983/66, restringindo as hipóteses de aplicação da concordata; (ii) o Decreto-Lei n. 858/69, impondo a obrigatoriedade de aplicação da correção monetária aos débitos fiscais do devedor; e (iii) o Decreto-Lei n. 699/69, excluindo as empresas aéreas das hipóteses de concordata.³⁴⁸

Nelson Abraão resumizava as principais críticas à legislação de 1945, mesmo após suas reiteradas atualizações pontuais:

- a) incapacidade da Justiça de tomar com urgência as providências necessárias e o desconhecimento técnico dos julgadores;
- b) índole eminentemente processual e repressiva, cuja ênfase recai sobre questões de ordem puramente técnico-jurídica, ignorando o elemento fundamental: o elemento econômico;
- c) finalidade única da falência de liquidar a empresa e punir penalmente o empresário, em contraposição à função preventiva e saneadora da legislação em outros países;
- d) concessão da concordata unicamente fundada em aspectos formais, ensejando fraudes e prejuízos aos credores.³⁴⁹

Assim, após quase sessenta anos de vigência, o referido diploma legal encontrava-se inexoravelmente desatualizado e incapaz de regular os agentes e o ambiente econômico atuais, absolutamente díspares daqueles conhecidos por seus elaboradores.³⁵⁰

³⁴⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 95-100. Além das referidas alterações, o texto original do Decreto-Lei n. 7.661/45, até sua revogação pela Lei n. 11.101/05, foi alterado pelas seguintes normas: Lei n. 6.014, de 31/12/1973 (artigos 11, §2º; 18, §§3º e 5º; 19; 56, §4º; 69, §4º; 77, §4º; 79, §2º; 97, *caput* e §1º; 98, §3º; 99, § único; 132, §2º; 137, §4º; 155, §3º e 207); Lei n. 6.458, de 03/11/1977 (artigo 1, §3º); Lei n. 7.274, de 11/12/1984 (artigos 61; 153; 159 *caput*, §1º, inc. V e VI; 161 *caput* e §1º, inc. I e III; 169, inc. II; 173 e 175); MPV n. 266, de 20/11/1990 (artigos 144, 159, 163 e 210); Lei n. 8.131, de 26/12/1990 (artigos 144, 159, 163 e 210); Lei n. 9.462, de 20/06/1997 (Art. 205); MPV n. 1.729, de 03/12/1998 (artigos 23 e 26).

³⁴⁹ ABRAÃO, Nelson. *Curso (...)*, p. 13. Conforme já criticava Rubens Requião: “(...) o erro fundamental do sistema de concordata preventiva e mesmo da concordata suspensiva, em nossa Lei de Falências, é permitir sua concessão, atendidos apenas alguns pressupostos formais. Não se cogita sequer saber as verdadeiras causas da insolvência do devedor; não se cogita sequer de indagar se ele tem um projeto viável para a reorganização de sua empresa, não se indaga se foi ele inepto ou incompetente. Atendidos os pressupostos legais e formais, os juízes, geralmente complacentes, estão disposto a fazer vista grossa sobre os desmandos econômicos e financeiros evidentes, para conceder logo a concordata. A falência constitui uma solução tão ruinosa para os credores, que no mais das vezes esses optam pela esperança, raramente realizada, de receber migalhas de seus créditos.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso (...)*, v.2, p. 253).

Não é outra a conclusão de Ricardo Tepedino, quando transpôs ao Direito Concursal a crítica de Clóvis Beviláqua a respeito do Direito Civil, anterior à codificação, no sentido de que a legislação concursal de 1945 “(...) se achava em frangalhos, mordida pelas traças vorazes da decadência”.³⁵¹ Para Fábio Konder Comparato, o efetivo obstáculo enfrentado era mais grave, pois se vinculava ao próprio conceito de empresa.³⁵²

3.3. A Lei n. 11.101/2005

O Decreto-Lei n. 7.661/1945 encontrava-se em absoluto descompasso com as mudanças sociais e econômicas ocorridas nos últimos sessenta anos no Brasil e na economia mundial. Assim, já no início da década de 1970, pode-se identificar a gênese do que mais tarde viria a tomar corpo com o Projeto de Lei n. 4.376/1993, cujo relator na Câmara Federal foi o Deputado Osvaldo Biolchi.³⁵³

³⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso (...)*, v. 2, p. 258. Nesse sentido Manoel Justino Bezerra Filho afirma: “O que se verifica é que o sistema do Dec.-Lei 7.661/45 não conseguia proteger os credores da empresa concordatária ou falida e não conseguia, também, por outro lado, preservar a atividade empresária, apresentando-se como sistema incapaz de preservar qualquer tipo de interesse, atendendo apenas, na grande maioria das vezes, ao empresário oportunista e desonesto.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *op. cit.*, p. 40).

³⁵¹ TEPEDINO, Ricardo. “A recuperação da Empresa em Crise diante do Decreto-Lei 7.661/1945”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI, n. 129, outubro-dezembro/2002, São Paulo: Malheiros, p. 165.

³⁵² Segundo o referido autor: “O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa como centro de múltiplos interesses do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico.” (COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 102). Assim, o conceito atual de empresa a identifica como efetivo feixe de relações jurídicas que organizam a atividade por ela desempenhada. Nos dizeres de Rachel Sztajn, “(...) a empresa aparece como uma organização econômica ou a organização eficiente e especializada dos fatores de produção. A essa noção é preciso dar qualificação jurídica e ainda uma vez recorre-se aos economistas em busca de subsídios. As recentes investigações levam-nos, os economistas, a pensar o que denominam teoria contratual da empresa que radica na visão de Coase de 1937. A empresa é concebida como um feixe de relações jurídicas, um feixe de contratos que, agora, percebe-se, organizam a atividade.” (SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 171-172).

³⁵³ Pode-se citar a conferência de Rubens Requião na Associação dos Advogados Brasileiros em 1974, como uma das manifestações da gênese desse Projeto de Lei. Conforme o próprio Deputado Osvaldo Biolchi afirma “(...) há muito tempo a sociedade brasileira esperava e clamava por uma nova legislação que pudesse disciplinar a situação das empresas em crise, por intermédio dos procedimentos de recuperação judicial, extrajudicial e a revisão do modelo falimentar em vigor.” (BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRAÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. IX).

Para contrapor-se a essa realidade, buscou-se a participação ativa dos credores no processo de recuperação de empresas, os quais passariam de espectadores a participantes e fiscais ativos do processo, conforme dispõe o Relatório Final apresentado pelo Senador Ramez Tebet.³⁵⁴

Em virtude dessa nova guinada em relação ao modelo até então vigente, a Lei n. 11.101/05 surge trazendo consigo o estigma de conceder exacerbados poderes aos credores, principalmente quanto à possibilidade de recuperação de empresas em dificuldades financeiras. Para os críticos, esse modelo já havia sido testado – sem sucesso – na legislação brasileira anterior a 1945, razão pela qual não demonstraram entusiasmo em sua acolhida.³⁵⁵

Em que pese a Lei n. 11.101/05 ter trazido grandes alterações em relação ao modelo anterior, nem todas as alterações eram inéditas. Já no Decreto n. 3.065/1882, o legislador passara a exigir a aprovação pela maioria dos credores para a concessão da concordata e, por meio do Decreto n. 917/1890 havia previsto a possibilidade de o devedor firmar acordo extrajudicial com os credores.³⁵⁶ Porém, apesar da flexibilidade do referido modelo e seu foco nos agentes de mercado, não trouxe os resultados necessários.³⁵⁷ Os instrumentos previstos pelo legislador tiveram seu uso deturpado a ponto de a jurisprudência retirar completamente dos credores a autoridade para decidir quanto à concessão da concordata ao credor.³⁵⁸ Dessa forma, a concordata passou a ser interpretada como verdadeiro favor legal,

³⁵⁴ Tal princípio encontra-se enumerado como nono princípio adotado pelo Senador Ramez Tebet para análise do PLC n. 71, de 2003, conforme Relatório apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos.

³⁵⁵ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

³⁵⁶ Vide Título X, do Decreto n. 917/1890.

³⁵⁷ Conforme relata o Trajano Miranda Valverde, em célebre passagem: “Credores e devedores haviam de encontrar, como encontraram, o amparo que a lei pode dar às pretensões honestas. A fraude só não seria punida se os maiores interessados com ela pactuassem. E foi, infelizmente, o que, com o tempo, sucedeu e acontecerá sempre, fugindo os conluíntes aos rigores da lei, se se conceder aos credores demasiada autonomia na organização falimentar.” (VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v. 1, p. 19 e 20).

³⁵⁸ Em virtude dessa realidade, o referido Decreto teve brevíssima vigência, sendo alterado pela Lei n. 2.024/1908. Tais alterações, infelizmente, não trouxeram alento aos que conviviam com as lides concursais. Mais uma vez, nas palavras de Trajano Miranda Valverde, o referido diploma tal como estatuiu seu projeto, resultou em magnífico pandemônio, em grande parte decorrente da autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores na falência e na concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação (VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v. 1, p. 21).

concedido pelo juiz se presentes os requisitos objetivos determinados pela lei, mesmo parcialmente.³⁵⁹

Porém, como leciona Eduardo Secchi Munhoz, cabe à sociedade superar o aparente dualismo na dicotomia entre a soberania do magistrado e dos credores, pois anacrônico com a necessidade de o sistema concursal angariar esforços de todos os envolvidos a fim de promover a recuperação da empresa em crise.³⁶⁰

Quanto à falência, como esclarece José Anchieta da Silva, sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45, consistia em:

*“(...) exercício de ação violenta, que dissipa o patrimônio do devedor, penaliza os credores que, com raríssimas exceções, conseguem receber os seus créditos, e ainda beneficia figuras que encontram no bojo do processo falimentar, mas longe do magistrado, ambiente próprio para se moverem na penumbra, entre o crime e a contravenção, utilizando-se da debilidade do sistema para atender a propósitos secundários, às vezes inconfessáveis.”*³⁶¹

Até a promulgação da Lei n. 11.101/05, o sistema brasileiro alinhava-se bastante a essa escolha, porém a nova legislação buscou mudar essa realidade. Na nova legislação, seguindo o modelo norte-americano e europeu, permitiu-se a permanência da atividade desenvolvida pelo falido no mercado, desde que viável.³⁶²

Fruto de inúmeras discussões, e buscando alterar um sistema concursal regido por regulamentos cinquentenários, a Lei n. 11.101/05 procurou superar as limitações da legislação de 1945, passando a considerar os bens intangíveis e a função social da empresa, conforme propugna o dispositivo nuclear da nova legislação, previsto em seu artigo 47.³⁶³

³⁵⁹ A própria Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 7.661/45, subscrita pelo Ministro Alexandre Marcondes Machado, trata da questão e esclarece que em virtude de entendimentos externos do processo e da quebra de igualdade de tratamento dos credores, passou a consagrar “(...) a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da Lei.” (VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v. 3, p. 221-330).

³⁶⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional.” In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

³⁶¹ SILVA, José Anchieta da. “Projeto de Lei de Falências e a realidade brasileira”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 135, ano XLII (Nova Série), julho-setembro/2004, São Paulo: Malheiros, p. 112. Resumindo, por todos, a crítica ao modelo então vigente, Fábio Ulhoa Coelho, apoiado na lição de Lynn Lo Pucki, afirma: “(...) quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolvente inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os credores.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 382-383).

³⁶² SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (...), p. 219.

³⁶³ LISBOA, Marcos de Barros *et al.*, In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

Assim, a simples demonstração da mera intenção do devedor de chamar seus credores para negociar novos prazos de pagamento ou descontos no valor de seus créditos – considerada anteriormente ato falimentar suficiente para justificar a declaração da falência – passa, não apenas a ser tolerada, como incentivada.³⁶⁴

A nova lei institui, dessa forma, diversos mecanismos de negociação entre credor e devedor, aplicáveis de acordo com a gravidade e complexidade da situação do devedor. Tais mecanismos vão desde o simples acordo extrajudicial, previsto no artigo 167, à recuperação judicial aprovada pelo quórum diferenciado de credores, nos termos do artigo 58, ou mesmo à falência com venda conjunta dos estabelecimentos, conforme artigo 142.

Segundo declarou o Senador Ramez Tebet, a nova regulamentação teve como objetivo primeiro fortalecer grandes empresas que, por motivações esporádicas, sofrem as turbulências de crises transitórias, alterando o procedimento liquidatório previsto no Decreto-Lei n. 7.661/45 para instituir instrumentos de recuperação de empresas em crise.³⁶⁵

A fim de buscar a tão almejada harmonia com a nova estrutura econômica do país e com as experiências internacionais de recuperação de empresas em crise, a Lei n. 11.101/05 foi elaborada com base em novas premissas – claramente influenciadas pelos *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditors Rights Systems*, propostos pelo Banco Mundial.³⁶⁶

O seu relator assim resumiu as premissas da nova Lei:

³⁶⁴ “Art. 2. Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: (...) III – convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”. Segundo Trajano Miranda Valverde, tal situação compreenderia a “confissão extrajudicial do estado de falência feita pelo devedor aos seus credores, fato que se positiva na proposta de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens.” O próprio jurista reconhecia que, muitas vezes esse meio seria o melhor para a liquidação ou recuperação da empresa, porém, seria necessária a aprovação unânime de todos os credores para que vingasse o acordo extrajudicial, pois eventual dissidente poderia levar a proposta ao Juízo competente e, uma vez provado o fato, restaria ao juiz decretar a falência do devedor (VALVERDE, Trajano Miranda, *op. cit.*, v. 3, p. 46).

³⁶⁵ BIOLCHI, Osvaldo. *op. cit.*, p. XII e XIX.

³⁶⁶ Os referidos *Principles and Guidelines* foram publicados em sua íntegra na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (“Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditors Rights Systems.” *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 122, ano XL, abril-junho de 2001. São Paulo: Malheiros, p. 75-172) e podem ser encontrados no site do Banco Mundial (Disponível em <http://www.worldbank.org/ifa/Insolvency%20Principles%20and%20Guidelines%20April%202001.pdf>) (Acesso em março/2007).

- 1) Preservação da empresa;
- 2) Separação dos conceitos de empresa e empresário;
- 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis;
- 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis;
- 5) Proteção aos trabalhadores;
- 6) Redução do custo de crédito no Brasil;
- 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais;
- 8) Segurança jurídica;
- 9) Participação ativa dos credores;
- 10) Maximização do valor dos ativos do falido;
- 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação.³⁶⁷

Como se vê, a nova lei teve base em ferrenhas críticas ao Decreto-Lei n. 7.661/45, alterando o princípio norteador da legislação concursal para a proteção da empresa como centro de interesses múltiplos. Não ignorou, porém, os institutos previstos no Decreto-Lei n. 7.661/45 e a experiência acumulada nas lides concursais sob sua égide.

Dessa maneira o legislador aproveitou a experiência francesa para determinar o eixo axiológico da nova legislação: preservar a empresa, dissociada da figura de seu titular, o empresário.³⁶⁸

Inicialmente, em relação às prerrogativas do devedor, manteve-se a exclusividade de requerer as formas de recuperação que substituíram a concordata (recuperação judicial e extrajudicial), bem como de apresentar o plano de recuperação.³⁶⁹

Em relação aos meios de recuperação propostos, o legislador aboliu a concordata como forma ordinária de socorro às empresas em dificuldades econômicas, porém manteve figura semelhante no plano especial de micro e pequenas empresas. O referido plano não é

³⁶⁷ Os referidos princípios encontram-se no relatório elaborado pelo Senador Ramez Tebet enquanto relator do Substitutivo ao PLC n. 71/03, no Senado Federal.

³⁶⁸ PERIN JUNIOR, Ecio. “A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei n. 11.101/2005). Uma abordagem zetética.” (...), p. 171.

³⁶⁹ Em sentido oposto, o legislador norte-americano apenas limitou o período de exclusividade do devedor em apresentar o plano de reorganização de seus negócios, permitindo aos credores ou a qualquer interessado exercer tal direito após esse prazo.

oponível aos credores com garantia, trabalhistas ou tributários, porém permite a suspensão temporária do pagamento das dívidas do devedor por até cento e oitenta dias e parcelamento do saldo.³⁷⁰

Tal qual no modelo anterior, manteve-se a opção pelo modelo prioritário do *debtor in possession*. Assim, a administração do negócio durante o período de suspensão das execuções ou após a aprovação do plano permanece a cargo do devedor, salvo se afastado a pedido justificado dos credores ou do administrador judicial.³⁷¹

A Lei n. 11.101/2005 privilegia a participação ativa dos credores no processo de recuperação de empresas, inclusive procurando conceder-lhes papel de participantes e fiscalizadores ativos desse processo, em contraposição à posição de agentes passivos.³⁷²

Como exemplo dessa nova posição do legislador, verifica-se a revogação da proibição a tratativas extrajudiciais, anteriormente prevista no artigo 2º, inciso III, do Decreto-Lei n. 7.661/45, e sua substituição por um regime de ampla busca por formas compositivas – judiciais e extrajudiciais – de resolução das crises.

No novo modelo, o devedor tem total liberdade para buscar com seus credores as melhores soluções para seu empreendimento, inclusive tendo o legislador expressamente autorizado a realização de quaisquer outros acordos extrajudiciais, além daqueles regulados pela lei.³⁷³

Em relação à forma anterior de recuperação – consubstanciada na concordata – o legislador a substitui pelos acordos extrajudiciais e pela recuperação extrajudicial e judicial.³⁷⁴

³⁷⁰ Especificamente em relação à sucessão trabalhista no âmbito dessa modalidade de recuperação de empresas, como concluem Carlos Habovski Roberts e Sonia Maria Ferreira Roberts: “a recuperação judicial exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no art. 70, combinado com o art. 71, I, permite abrangência dos créditos quirografários nesta modalidade de recuperação judicial, e, por conseguinte exclui os créditos trabalhistas autorizando afirmar que perdurará a sucessão trabalhista na recuperação judicial amparada pelo art. 70.” (ROBERTS, Carlos Habovski; ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. “A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência e algumas repercussões no Direito do Trabalho.” In: *Revista LTr.*, v. 69, n. 09, São Paulo: LTr, 2005, p. 1134).

³⁷¹ Conforme indicam os artigos 22, *caput* e 27, I (fiscalizar o administrador judicial); 26 (instituir o Comitê de Credores); 35, I, alínea *a* (deliberar sobre aprovação do plano); 35, I, alínea *d* (aprovar a desistência do pedido de recuperação); 35, II, alínea *c* (determinar formas alternativas de alienação de ativos); 36, §2º (convocar a Assembléia Geral de Credores), entre outros.

³⁷² MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32.

³⁷³ Vide artigo 167, da Lei n. 11.101/05.

Enquanto os dois primeiros não trazem maiores consequências em relação aos credores trabalhistas, excluídos de seu âmbito de aplicação, o mesmo não ocorre com a recuperação judicial.

3.3.1. Recuperação extrajudicial

A princípio, a recuperação extrajudicial não inclui créditos trabalhistas, nos termos do artigo 161, §1º, da Lei n. 11.101/2005.³⁷⁵ Nesse particular, Amador Paes de Almeida ressalta que o referido dispositivo legal não proibiria a inclusão de outros credores – além dos quirografários – na recuperação judicial, desde que haja concordância por parte deles e com participação do sindicato.³⁷⁶

Porém, nos termos do artigo 7, inciso VI, da Constituição Federal, apenas por meio de acordos coletivos é possível a redução de salários – independente de a empresa iniciar procedimento de recuperação extrajudicial ou judicial. Assim, como indica Amauri

³⁷⁴ A concordata garantia ao credor proteção por até dois anos contra a cobrança de dívidas. Inicialmente instituída sob a forma de contrato com os credores, posteriormente, com a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661/45, passou a ser verdadeiro ‘favor legal’, concedido pelo Estado por meio do juiz, ao devedor. Nesse sentido é esclarecedora a Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 4667/45, de lavra do então ministro Alexandre Marcondes Filho: “(...) o projeto consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato”. Conforme leciona Rubens Requião, o referido benefício legal passou a ter sua utilização alargada de tal maneira pela jurisprudência que se impunha sua revisão (REQUIÃO, Rubens. *Curso (...)*, v. 2, p. V e 21).

³⁷⁵ “Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. §1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei.” Nesse particular, Amador Paes de Almeida ressalta que o §1º do art. 161, da Lei n. 11.101 não proíbe a inclusão de outros credores – além dos quirografários – na recuperação judicial, desde que haja concordância por parte deles e com participação do sindicato (ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. “Os direitos trabalhistas na recuperação judicial e na falência do empregador.” In: *Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr, p. 939/940). Todavia, nos termos do referido artigo 161, há sim exclusão expressa de tais créditos. Ademais, apenas por meio de acordos coletivos – tendo ou não a empresa iniciado procedimento de recuperação extrajudicial ou judicial – é possível a redução de salários. Da mesma forma, a jurisprudência não aceita o parcelamento extrajudicial de dívidas trabalhistas. Assim, acordos coletivos podem inserir-se no âmbito dos esforços para recuperação de empresas, porém sua validade – em especial em relação à recuperação extrajudicial - encontra limites estritos nos parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional e não na Lei n. 11.101/2005. Por outro lado, o judiciário tem sinalizado a possibilidade de unificação de processos de execução de empresas em dificuldades econômicas, inclusive com a possibilidade de parcelamento dos débitos, limitados a um valor total para a empresa, como ocorreu no Processo 00063-2006-012-047-00-8. No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região estabeleceu procedimento específico, denominado Plano Especial de Execução, o qual centraliza em uma única vara as execuções a pedido da empresa, na hipótese de os atos de execução prejudicarem o desempenho de sua atividade. Tal Plano limita ainda os valores a serem executados e prevê o parcelamento das dívidas em até dez anos (Provimento n. 1/2007, alterado pelo Provimento n. 02/2007, disponível em <http://bd.trt1.jus.br:8083/dspace/bitstream/1001/1142/1/Prov2007-0001.htm>) (Acesso em dezembro/2008).

³⁷⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. *op. cit.*, p. 939/940.

Mascaro Nascimento, observadas as vias previstas no ordenamento, direitos dos trabalhadores podem ser alterados, não por iniciativa unilateral do empregador, mas pelos meios negociais que pressupõe o acordo de vontades.³⁷⁷

Dessa forma, os referidos instrumentos normativos podem inserir-se no âmbito dos esforços para recuperação de empresas, porém sua validade – em especial em relação à recuperação extrajudicial - encontra limites estritos nos parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional, e não na Lei n. 11.101/2005. Em virtude de tal regulamentação específica, não se pode concordar com a conclusão de que os credores trabalhistas poderiam ser incluídos nos procedimentos de recuperação extrajudicial.

3.3.2. Recuperação Judicial

Como forma de combater crises mais agudas, a Lei n. 11.101/05 prevê a possibilidade de o devedor requerer sua recuperação judicial, apresentando, para tanto, plano no qual se identificará as condições de pagamento de cada credor e a viabilidade econômica da empresa. A recuperação judicial, portanto, surge como remédio possível a situações mais complexas, na quais o envolvimento de todos os credores é necessário. Também nessa situação procurou o legislador incentivar as negociações, porém com maiores instrumentos de coordenação, bem como retirar do magistrado o papel preponderante, o qual foi relegado aos credores.

Como forma de garantir ao devedor fôlego financeiro para negociar suas dívidas, a partir do despacho concedendo o processamento do pedido de recuperação judicial, suspendem-se todas as ações de execução que tramitem contra ele pelo prazo, de cento e oitenta dias. Nesse prazo, o devedor ganha fôlego para negociar com seus credores as soluções que pretende implementar, suspendendo todas as ações, inclusive aquelas promovidas pelos credores não submetidos à recuperação judicial.

Quanto às formas de recuperação a serem implantadas na recuperação judicial, as partes encontram respaldo para um leque praticamente inesgotável de alternativas de saneamento

³⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Falências, Recuperação de Empresas e o contrato de trabalho”. In: *Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr, p. 905.

do negócio, entre as quais o legislador exemplifica aquelas previstas no artigo 50, da Lei n. 11.101.³⁷⁸

Cabe verificar que a lei não apenas abre o leque de alternativas para a recuperação como também deixa de determinar montantes mínimos e prazos para pagamento dos credores, salvo em relação aos créditos trabalhistas, aos quais foi garantido prazo máximo de pagamento de um ano.³⁷⁹

Em relação aos credores com garantia real, inicialmente o projeto de lei aprovado pela Câmara Federal excluía do âmbito da recuperação as operações de descontos de duplicatas e assemelhados, com o objetivo de manter o capital de giro das empresas, visto o projeto manter a preferência do regime anterior. Com os substitutivos apresentados pelo Senador Ramez Tebet, alterou-se o projeto original, estabelecendo nova ordem preferencial de créditos e incluindo-os na recuperação judicial. Para Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg, esse incentivo institucional permite agora ao devedor em dificuldades lidar com seus credores sem prejuízo da manutenção de capital de giro para o negócio.³⁸⁰

Contudo, em claro retrocesso aos princípios norteadores eleitos pelo projeto, o legislador excluiu diversos credores da recuperação.³⁸¹ De um lado, tal alteração desvirtuou o intuito da recuperação judicial, a qual pressupõe a existência de uma grave crise no negócio à qual todos os credores seriam chamados para responder e participar. Por outro lado, coaduna-se com a busca pela redução de juros decorrente do incremento das garantias concedidas a agentes financeiros.³⁸² A fim de não esvaziar por completo o instituto ora analisado, o legislador garantiu durante o *stay period* de 180 (cento e oitenta) dias a impossibilidade da retomada dos bens relacionados a esses créditos pelos credores.

³⁷⁸ Sanear, como esclarecem Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, tem aqui o sentido de “(...) equacionar o evento que gera dificuldade para a manutenção da atividade tal como originalmente organizada a fim de preservar os negócios sociais, a manutenção dos empregos e, igualmente, satisfazer os direitos e interesses dos credores.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação de Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234).

³⁷⁹ Cf. artigo 54, da Lei n. 11.101/05.

³⁸⁰ LUNDBERG, Eduardo; ARAÚJO, Aloísio. “A nova Legislação de Falências – Uma avaliação econômica”. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 325 a 353.

³⁸¹ Foram excluídos os créditos do proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, do arrendador mercantil, do proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujo contrato preveja cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, e aqueles decorrentes de contrato de venda com reserva de domínio (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op. cit.*, 2005, p. 143).

³⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 130-131.

Também se eximem das disposições do plano de recuperação os credores com créditos decorrentes de adiantamentos de contratos de câmbio para exportação, desde que respeitem os prazos estabelecidos nas normas emanadas pela autoridade competente.³⁸³ Manteve-se assim, a orientação do Supremo Tribunal Federal pacificada ainda sob a égide da legislação anterior, no sentido de que tais contratos não se submetem à *par conditio creditorum*, visto estarem regulados pela Lei de Mercado de Capitais.³⁸⁴

Quanto à viabilidade econômica da empresa, na concordata, não se previa qualquer necessidade de o devedor demonstrá-la sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45, pois se entendia que se tratava de mero problema de liquidez.³⁸⁵

Cabe ressaltar que a referida viabilidade não é absoluta, pois levará em consideração premissas econômicas e financeiras. Para Paulo Penalva Santos, seria fundamental realizar aprofundada análise econômica da empresa, não apenas restrita à verificação de sua situação financeira, mas abarcando também as reais perspectivas de rentabilidade do negócio. Caso contrário, a aplicação de forma generalizada do princípio da conservação da empresa e, ao invés de diminuir os custos sociais, acabará por aumentá-los.³⁸⁶

Nesse ambiente, a fim de minimizar as distorções de interesse dos credores e suas condições econômicas, o legislador os organizou em classes e buscou mecanismos de organização, a fim de incentivar sua participação no processo de recuperação.

³⁸³ Artigo 86, II, da Lei n. 11.101/05.

³⁸⁴ “PROCESSUAL E COMERCIAL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO – CONCORDATA PREVENTIVA – CONTRATO DE CÂMBIO – Devolução do valor antecipado (com correção monetária) requerida em razão do deferimento da concordata – inteligência do artigo 75, §3º, da Lei de Mercados de Capitais – Jurisprudência STJ”, referindo-se à aplicação das Súmulas 36 (“36. A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.”) e 133 (“133. Restituição - Contrato de Câmbio – Concordata. A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.”) do Superior Tribunal de Justiça. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 7.469 – SP – Relator: Ministro Waldemar Zveiter – Terceira Turma – Julgado em 04.03.1997, DJ 07.04.1997, p 11.111).

³⁸⁵ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (...), p. 226.

³⁸⁶ SANTOS, Paulo Penalva. “O novo projeto de recuperação da empresa”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XXXIX, n. 117, 2000, p. 126-135.

3.3.2.1 Assembléia Geral de Credores

Como principal elemento de organização de credores, verifica-se que a lei traz agora, também para a etapa de recuperação de empresas, a figura da Assembléia Geral dos Credores, anteriormente prevista apenas na falência, para deliberação quanto a formas alternativas de liquidação dos ativos. Reconhece a Assembléia de Credores “como um das maiores inovações da nova Lei de Falências, devendo, portanto, ser tratada como tal”.³⁸⁷

Os credores submetidos à recuperação judicial são divididos em três classes, conforme o artigo 41, de acordo com a natureza de seu crédito:³⁸⁸

- a) legislação do trabalho ou acidentes de trabalho (votando com o total do crédito, independente da limitação de sua prioridade);³⁸⁹
- b) créditos com garantia real (apenas votando nessa classe com os valores garantidos, e votando com os quirografários em relação ao restante do crédito);
- c) titulares de créditos quirografários; com privilégio especial ou geral; ou subordinados.

Tratando ainda da necessidade de requisitos e princípios para nortear a intervenção jurisdicional na apreciação do plano de recuperação, tem a doutrina papel fundamental de complementar as lacunas da lei e promover a efetivação dos princípios norteadores dos novos mecanismos de recuperação de empresas em crise.³⁹⁰

A Assembléia Geral de Credores sempre foi um órgão bastante contestado, porém na lógica do modelo apresentado pela Lei n. 11.101/05 torna-se praticamente natural a

³⁸⁷ SADDI, Jairo. “Assembléia de credores: um ano de experiência da nova Lei de Falências. Uma avaliação”. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 217.

³⁸⁸ Infelizmente, por evidente erro material durante a tramitação do projeto, o legislador deixou de uniformizar a divisão dos credores, conforme se verifica na comparação entre as classes na recuperação judicial e as regras de eleição dos membros do Comitê de Credores.

³⁸⁹ Segundo Jairo Saddi, os credores vinculados a relações de emprego, bem como toda e qualquer relação de trabalho devem integrar a primeira classe, em virtude da reforma promovida pela Emenda Constitucional 45/2004 (SADDI, Jairo. “Assembléia (...), p. 218).

³⁹⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Anotações (...), p. 199.

congregação dos credores em órgão deliberativo, no qual serão tomadas as decisões essenciais ao processo de recuperação.³⁹¹

Esse órgão é facultativo, cabendo ao juiz convocá-lo na recuperação judicial se houver impugnação de qualquer credor ao plano ou requisição para tanto. Em virtude da simplicidade buscada no plano de recuperação especial da pequena e micro empresa, sequer há previsão de sua convocação no plano especial. Na recuperação judicial, quando instituída, a Assembléia Geral de Credores torna-se o órgão máximo do procedimento, pois lhe caberá aprovar ou rejeitar eventual desistência do devedor, bem como o plano de recuperação – em última análise, atestando a viabilidade da empresa ou requerendo sua imediata liquidação. Verifica-se, ainda, evidente influência da legislação societária – principalmente da Lei das S.A.s – na elaboração do modelo proposto pela Lei n. 11.101/05, ao trazer a referida Assembléia Geral para o processo de recuperação.³⁹²

3.3.3. Falência

Na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, a falência era utilizada amplamente como meio coercitivo de cobrança de dívida.³⁹³ Já a Lei n. 11.101/05 limita a prerrogativa do credor de requerer a falência apenas a dívidas superiores a quarenta salários mínimos.³⁹⁴

O novo modelo prevê, ainda, ordem preferencial na alienação dos bens do falido, procurando assim privilegiar a valorização de bens intangíveis, inerentes à organização empresarial, os quais pereceriam na hipótese de venda individual dos ativos. Quanto às formas de alienação dos ativos, além daquelas anteriormente previstas de leilão e propostas, incluiu o legislador também a possibilidade de alienação por meio de pregão.

Reconhecendo a natureza alimentar de tais créditos, o legislador garante o pagamento, tão logo haja disponibilidade de caixa, dos créditos vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial. Tal valor é, contudo, limitado a cinco salários mínimos por

³⁹¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRAÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.

³⁹² PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op. cit.*, 2005, p. 67.

³⁹³ SILVA, José Anchieta. *op. cit.*, p. 112.

³⁹⁴ Artigo 94, inciso I, da Lei n. 11.101/05.

empregado, sendo que o plano não poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento de tais créditos.³⁹⁵

Alteração maior ocorreu em relação à ordem de preferência dos credores em caso de falência. No regime anterior, a ordem era a seguinte: credores trabalhistas, sem limitação; Fisco; credores com garantias reais; credores quirografários e demais credores. Atualmente, a referida ordem determina a seguinte preferência: administração da falência e credores dos falidos no período de recuperação (extraconcursais), acidentes de trabalho e dívidas trabalhistas limitados a até cento e cinquenta salários mínimos por titular; credores com garantias reais; fisco; credores quirografários; demais credores e créditos subordinados (sócios e administradores sem vínculo de emprego).³⁹⁶ Cabendo ao empregador assumir os riscos da atividade econômica, não há como pretender transferir as consequências desse risco ao empregado.

As medidas de proteção ao salário contra os credores do empregado encontram fundamento no caráter alimentar do referido crédito, cujo interesse ultrapassa o próprio trabalhador e alcança sua família.³⁹⁷ Segundo a ótica de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a proteção efetiva consiste em colocar os empregados em posição de prioridade na satisfação do crédito no concurso de credores.³⁹⁸

Assim, segundo a redação original do Decreto-Lei n. 7.661/45, o crédito trabalhista usufruía apenas de privilégio geral.³⁹⁹ Tomando em consideração as experiências no Direito estrangeiro, o legislador brasileiro determinou que o crédito trabalhista não poderia ter a mesma prioridade que os créditos comuns, sendo elevado a crédito privilegiado pela a Lei n. 3.726/60.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Artigo 151, da Lei n. 11.101/05 e parágrafo primeiro do artigo 54, da Lei n. 11.101/05. Já há precedente estendendo a aplicação da referida autorização para pagamento de verbas estritamente salariais também na recuperação judicial, tão logo haja disponibilidade de caixa, conforme decisão da 5ª Vara Cível de Santos, no processo 562.01.2008.006263-7, em 07 de março de 2008.

³⁹⁶ Em relação aos créditos trabalhistas, a referida lei utiliza a expressão “créditos decorrentes da legislação do trabalho”. Para Amador Paes de Almeida, tal expressão não envolve outras relações de trabalho abrangidas pela nova competência material da Justiça do Trabalho, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, mas apenas os direitos devidos aos empregados (ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. *op. cit.*, p. 938)

³⁹⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos (...)*, p. 47.

³⁹⁸ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 330.

³⁹⁹ Cf. Artigo 124, §3, III, do Decreto-Lei n. 7.661/45.

⁴⁰⁰ SILVA, Antônio Álvares da. *Créditos trabalhistas no juízo concursal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 83.

Tal modificação não foi isenta de críticas. Trajano Miranda Valverde referiu-se a ela como “absurdo da reforma”, pois em virtude dela se esvairiam os recursos para financiar o devedor e novas linhas de crédito não seriam obtidas, pois não se teria certeza do reembolso visto que poderiam ser absorvidas pelos direitos trabalhistas em detrimento, inclusive, dos encargos e dívidas da massa.⁴⁰¹

Tais argumentos, contudo, não sensibilizaram o legislador. Pelo contrário: enquanto a redação primitiva do artigo 449, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, previa privilégio para os salários e um terço das indenizações, classificando o saldo como crédito quirografário, em 1977 foi abolida tal limitação, ampliando-se o privilégio para a totalidade das indenizações.⁴⁰²

Com a Lei n. 11.101/2005, retoma o legislador a orientação anterior, de limitar o privilégio do credor trabalhista. Assim, nos termos do inciso I, do artigo 83, a preferência desses créditos limita-se a cento e cinquenta salários mínimos por credor, sendo o restante considerado quirografário.⁴⁰³ Dessa forma, a principal garantia da satisfação patrimonial do empregado, na hipótese de insolvência do empregador no ordenamento brasileiro, foi mitigada. Sem prejuízo, conforme já mencionado, tal determinação não ofende o disposto na Convenção n. 95, da Organização Internacional do Trabalho, a qual autoriza a lei

⁴⁰¹ VALVERDE, Trajano Miranda. *op. cit.*, v.1, p. 270.

⁴⁰² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos (...)*, p. 30. Como já mencionado em decorrência do Decreto 22.866 de 28 de dezembro de 1933, a Fazenda usufruía de privilégio absoluto, inclusive sobre os créditos trabalhistas. Apenas com a Lei n. 3.726, de 11.02.1960 o crédito trabalhista passou a preferir a Fazenda e com a Lei n. 6.449/77, a totalidade das indenizações passou a usufruir o referido privilégio.

⁴⁰³ Tal limitação colide frontalmente com o disposto no art. 449, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Com esse fundamento, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.424, perante o Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, cujo julgamento ainda se aguarda. A doutrina se divide em relação à questão. Para Amador Paes de Almeida, estaria revogado o §1º, do art. 449, da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo referido art. 83, da Lei 11.101/2005, tendo em vista tratar-se de duas normas especiais, sendo a Lei n. 11.101/2005 posterior e regulando de maneira completa a matéria (ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. *op. cit.*, p. 940). Também pela constitucionalidade se posicionou Marcelo Andrade Feres (FERES, Marcelo Andrade. *op. cit.*) Em sentido contrário concluíram Marcelo Papaléo de Souza (SOUZA, Marcelo Papaléo de. “A Inconstitucionalidade da restrição dos créditos trabalhistas na nova Lei de Falência – Art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005”. In: *Revista LTr*, v. 71, n.2, fevereiro de 2007, p. 135-141); Nilton Rangel Barretto Paim (PAIM, Nilton Rangel Barretto. “Uma reflexão sobre a constitucionalidade do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências”. In: *Revista Forense*, v. 379 - Suplemento, São Paulo: Forense, 2005, p. 630-633) e Guilherme Guimarães Feliciano (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Os créditos trabalhistas e a nova lei de falências (projeto de lei n. 4.376-b/93)*. Disponível em <<http://www.anamatra.org.br>> (Acesso em julho/2007), entre outros.

nacional a limitar o privilégio do crédito trabalhista a determinado lapso temporal ou valor, independente do estabelecimento do fundo garantidor de créditos trabalhistas.⁴⁰⁴

Em relação à liquidação dos bens, essa não mais depende da conclusão da fase cognitiva, a venda pode ser feita desde logo, mediante autorização judicial, a fim de aumentar seu valor em virtude da ausência de suspensão das atividades, preferencialmente em bloco.⁴⁰⁵

Por fim, como indica Calixto Salomão Filho, caso o novo procedimento de recuperação de empresas seja aplicado de forma efetiva, terá por objetivo operar dissociação inversa àquela que o Direito Comercial buscou desde seus primórdios em relação à limitação da responsabilidade do empresário no empreendimento: dissociará a ruína da empresa da

⁴⁰⁴ No direito estrangeiro tal situação encontrou solução distinta. Nos países europeus, em virtude da Diretiva 2008/94/CE e das Diretivas anteriores referentes à insolvência do empregador, a principal garantia dos trabalhadores consiste nos fundos específicos instituídos em cada legislação, financiados com contribuições dos empregadores. Tal medida também é incentivada pela Organização Internacional do Trabalho, por meio da Convenção n. 173 e da Recomendação n. 180, e tem como consequência a alteração do foco dos trabalhadores no procedimento de insolvência, a qual passa a alinhar-se principalmente com a manutenção de postos de trabalho. Conforme estudo apresentado por Janis Sarra, da análise de 62 legislações, apenas seis previam privilégio ilimitado aos créditos trabalhista, enquanto o restante limitava tal privilégio a determinados valores ou período. Por fim, aproximadamente metade dos países analisados prevê formas mistas de proteção, balanceando a concessão de privilégios limitados aos créditos trabalhistas com o estabelecimento de fundo garantidor de parcela dos débitos na hipótese de insolvência (SARRA, Janis P.. *op. cit.*).

⁴⁰⁵ Apesar de sua curta vigência, já se identificam críticas ao novo diploma legal. Jairo Saddi conclui que, após um ano de experiências, diversos problemas se mantêm, pois “[a] sociedade brasileira ainda é um produto do sistema capitalista em desenvolvimento, no qual a visão individualista deturpa a necessidade coletiva, que muitas vezes é superior, em termos de resultado e valor de negócio.” (SADDI, Jairo. “Assembléia (...), p. 223). Ademais, critica-se a regulamentação instituída à recuperação de empresas por tratar-se de um modelo sofisticado em demasia à grande maioria das empresas brasileiras, sendo apenas compatível com grandes corporações (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op. cit.*, 2005, p. 56). Mesmo o legislador tendo tomado por modelo a legislação societária na configuração da Assembléia de Credores, deixou de prever expressamente disposições referentes à limitação do poder do credor majoritário – no que poderia ter aproveitado os artigos 116 e 243, §2º, ambos da Lei n. 6.404/76, em relação ao controlador. Também em relação às questões de abuso de poder – quando caracterizada a ocorrência de posição dominante por qualquer participante da Assembléia Geral dos Credores – deixou a Lei n. 11.101/05 de prever disposição semelhante àquela, na como Lei n. 8.884/94. Adicionalmente, o legislador poderia ter conferido a todos os credores direito a voto, principalmente em relação à aprovação do plano, e não apenas restringindo-o aos credores cujas condições de crédito sejam alteradas. Tal previsão seria justificada pelo fato de a sorte da empresa refletir e interessar a todos os seus credores, tendo ou não as condições de seus créditos alteradas pelo plano apresentado (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial, a principal inovação (...)”, p. 104-105). Mauro Rodrigues Penteado ressalta que esse método foi testado no país desde o Código Comercial de 1850 até 1945, porém sem nunca obter o sucesso desejado (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *op. cit.*, 2005, p. 59). Quanto à qualidade técnica do texto final da Lei n. 11.101/05, apesar de tramitar no Senado por mais de uma década, o texto traz inúmeras incorreções e falhas de sistematicidade e coerência lógica (LOBO, Jorge. “Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa)”. In: *Revista Forense*, v. 379, São Paulo: Forense, 2005, p. 126). Verifica-se a ausência de lógica na seqüência de institutos regulados, iniciando-se pela recuperação judicial, passando-se à falência e retornando à recuperação extrajudicial; a nova Lei traz em seu texto erros em remissões – como ocorre no artigo 141, que faz remissão a si mesmo – e de sistematicidade, como aquele já indicado entre o disposto no artigo 41 e a ausência de correspondência no artigo 26.

ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último.⁴⁰⁶ Para tanto, deverá superar as dificuldades interpretativas quanto à eficácia de seus dispositivos frente aos demais valores agasalhados pelo ordenamento jurídico. Entre tais dificuldades, encontra-se a intersecção com o Direito do Trabalho.

⁴⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

TERCEIRA PARTE: INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONCURSAL

Com a promulgação da Lei n. 11.101/2005, as disposições relativas à sucessão de empregadores no âmbito do procedimento concursal foram alteradas. Entretanto, cabe verificar se tais alterações são compatíveis com o restante do ordenamento jurídico vigente e em que extensão.

O conflito reiterado entre a questão laboral e a legislação falimentar não ocorre apenas de maneira eventual. Pelo contrário, no Brasil e no exterior a questão é reiteradamente analisada, usualmente com a corrente econômica ressaltando que o desemprego consiste em problema social, não necessariamente falimentar, estando menos vinculado ao modelo concursal vigente em determinado local do que à necessidade de reduzir os custos trabalhistas.⁴⁰⁷

Não é outra a interpretação de Simon Deakin e Gillian Morris, contrários à prevalência indiscriminada dos créditos trabalhistas muitas vezes determinada pela jurisprudência trabalhista britânica, pois resulta em pagamento total desses credores, em prejuízo do delicado equilíbrio estabelecido pela legislação concursal.⁴⁰⁸

Como Daniel R. Fischel já indicava, a legislação trabalhista e a legislação societária partem de premissas diametralmente opostas. Enquanto para a primeira os empregadores, salvo se fiscalizados por uma política e agências governamentais oprimirão os empregados, a segunda prega a liberdade quase irrestrita para empresas, que devem ser reguladas por leis estaduais.⁴⁰⁹ Richard A. Posner já indicava que o Direito do Trabalho é um campo fértil para aplicação dos princípios da Economia no Direito, inclusive propondo a interação entre Direito Concorrencial e Direito Coletivo do Trabalho, em especial quanto à regulamentação de sindicatos.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Por fim, Alan Schwartz conclui que a falência empresarial deve facilitar a criação de riqueza econômica. Considerando esse objetivo, cabe ao Direito estabelecer estruturas institucionais que permitam a maximização da satisfação dos credores (SCHWARTZ, Alan. *op. cit.*, p. 58).

⁴⁰⁸ DEAKIN, Simon. MORRIS, Gillian S. *op. cit.*, p. 558.

⁴⁰⁹ FISCHEL, Daniel R. "Labor Markets and Labor Law Compared with Capital Markets and Corporate Law". In: *University of Chicago Law Review* (51 U. Chi. L. rev. 1061). Outono de 1984, p. 1.063.

⁴¹⁰ POSNER, Richard A. "Some Economics of Labor Law" – In: *University of Chicago Law Review*, n. 51 (51 U. Chi. L. Rev. 988), 1984, p.988 a 989.

Nos Estados Unidos da América, país pioneiro na aplicação do novo paradigma concursal, vem de longa data o reconhecimento da necessidade de aperfeiçoamento da relação entre Direito Concursal e Direito do Trabalho, vez que ambos consistem em ramos jurídicos complementares.⁴¹¹

Nesse ambiente, faz-se necessário manter como norte a obrigação de toda a atividade econômica gravitar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, incumbindo aos intérpretes obter a máxima efetividade desses princípios em cada situação concreta.⁴¹²

Assim, como já indicado por Renato Luiz de Macedo Mange, “saber o exato divisor entre o que deve ser tolerado para ‘salvar’ a empresa devedora e a proteção que devem ter os credores” consiste efetivamente no cerne da interpretação da nova legislação.⁴¹³

Ademais, se há tendência crescente em adotar-se a falência como consequência lógica de ambientes econômicos competitivos e empreendimentos de risco, tal mudança não pode ignorar as dificuldades dos trabalhadores.⁴¹⁴ O próprio Banco Mundial reconhece a permanente tensão entre os privilégios dos trabalhadores e a legislação concursal, cujo objetivo é maximizar o retorno dos credores, como um conjunto.⁴¹⁵

A referida entidade identifica a necessidade de tratamento diferenciado dos créditos trabalhistas, porém com equilíbrio entre suas prerrogativas, suas necessidades e a posição dos demais credores. Não se pode ignorar, contudo, o risco de insegurança social nos mercados afetados por crises severas em que os direitos dos empregados não são protegidos por uma estratégia coerente.⁴¹⁶

⁴¹¹ HAGGARD, Thomas. PULLIAM, Mark S. “Conflicts Between Labor Legislation and Bankruptcy Law”. In: *Labor Relations and Public Policy Series*, n. 30, Pennsylvania: University of Pennsylvania, 1987, p. 270-271.

⁴¹² CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. “Uma nova visão do Direito Falimentar.” In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 118 – abril-junho/2000 XXXIX (Nova Série), São Paulo: Malheiros, p. 109.

⁴¹³ MANGE, Renato Luiz de Macedo. “Sobre recuperação e falência de empresas no Brasil”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano XLI, n. 127 – julho-setembro/2002, p. 62.

⁴¹⁴ GAUDU, François. *op. cit.*, p. 63.

⁴¹⁵ WORLD BANK, *op. cit.*, parágrafo 146.

⁴¹⁶ Idem, parágrafos 150 e 151.

1. LEI N. 11.101/2005 E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: APARENTES ANTINOMIAS

Por todo o exposto, verifica-se a necessidade de interpretar, sistematicamente, o ordenamento jurídico vigente, a fim de verificar o alcance dos dispositivos dos artigos 60 e 141, da Lei n. 11.101/2005, frente aos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴¹⁷

A aplicação de normas jurídicas às situações concretas pressupõe a identificação das condutas possíveis, entre aquelas previstas pelo ordenamento.⁴¹⁸ A interpretação jurídica, assim, tem como tarefa realizar o Direito no caso concreto, não seguindo rumos arbitrários, mas buscando elidir antinomias aparentes do ordenamento jurídico, bem como incertezas provocadas pela coexistência de múltiplas compreensões de um mesmo preceito.⁴¹⁹ Na referida análise, cabe ao intérprete buscar a máxima potencialidade das normas, preservando os valores fundamentais agasalhados pelo ordenamento jurídico.⁴²⁰

Esse exercício nem sempre é simples, não sendo raro o intérprete encontrar-se frente a determinações legais a princípio contraditórias ou excludentes, fenômeno denominado antinomia jurídica.⁴²¹

⁴¹⁷ “Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei. (...) Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo; II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. §1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for: I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. § 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.”

⁴¹⁸ Conforme alerta Antonio Menezes de Cordeiro, “(...) necessário ponderar as conseqüências das decisões que venham a ser assumidas, pois as proposições jurídicas extrapolam o seu mero teor lingüístico, sendo essencial sua finalidade, tal qual as decisões judiciais.” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 75).

⁴¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria* (...), p. 82.

⁴²⁰ ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

⁴²¹ Segundo Norberto Bobbio, a antinomia jurídica significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referências a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, tendo o mesmo âmbito de validade. As normas podem ser (i)

Frente a essa orientação, resta ao intérprete recorrer aos mecanismos dessa ciência, a fim de harmonizar a aparente contradição existente entre os artigos 60 e 141, inciso II e §2º, da Lei 11.101/2005 e as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como se poderá verificar, mais que simples resolução do conflito das referidas regras, a solução deve sopesar princípios constitucionais vinculados ao trabalho, busca do pleno emprego e livre iniciativa, cuja eficácia encontra-se diretamente vinculada à interpretação que venha a ser proposta.⁴²² Dessa forma, faz-se necessário verificar os diferentes mecanismos de interpretação de normas, em especial aqueles aplicados a regras e princípios.⁴²³

absolutamente incompatíveis, sendo impossível aplicar qualquer uma delas sem entrar em conflito com a outra (antinomia total-total); (ii) parcialmente incompatíveis, sendo possível aplicar validamente ambas em determinadas situações sem incorrer em conflito entre elas (parcial-parcial); (iii) uma delas parcialmente aplicável, quando o âmbito de validade de uma é mais restrito, sendo impossível aplicá-la sem contrariar a segunda norma, entretanto sendo possível aplicar a determinadas situações a segunda norma sem que haja incompatibilidade com a primeira (parcial-total) (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, p. 88 e ss).

⁴²² A interpretação de tais dispositivos necessariamente implicaria a análise dos seguintes princípios constitucionais: o valor social do trabalho, enquanto fundamento da República (art. 1º, IV); o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais como objetivos da República (art. 3º, II e III); a proteção do trabalhador e o não retrocesso em matéria de direitos trabalhistas (art. 7º, caput, da Constituição Federal); a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna conforme os ditames da justiça social como fundamentos da ordem econômica (art. 170); a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170, incisos III e VIII); bem como o primado do trabalho como base da ordem social e o bem-estar e justiça social como seus objetivos (art. 193). Também assim indica Daniela Reis Murada (“A nova lei de falências: aspectos inovadores no Direito do Trabalho e o princípio da proporcionalidade.” In: *Revista LTr*, v. 69, n. 7, julho de 2005, p. 860). Em relação à função social da propriedade, remetemos ao estudo de Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn sobre o tema (FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 269-286).

⁴²³ Ronald Dworkin indica que regras apenas podem ser aplicáveis de maneira total, não acatando graus de aplicabilidade enquanto a característica principal dos princípios seria seu maior grau de generalidade (no original: “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.*” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978, p. 24). Robert Alexy conclui que o ponto fundamental de distinção entre tais figuras consiste no fato de os princípios serem normas que determinam a realização de determinada conduta na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas. Para tanto, os princípios consistiriam em mandatos de otimização caracterizados pela aplicação em diferentes graus e sempre devendo ser aplicados na maior amplitude possível (Fórmula do Peso). Por outro lado, as regras apenas acatariam o cumprimento total ou descumprimento, não podendo ser objeto de graduação (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87). Na mesma linha, José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 1.087 e ss). Por fim, quanto à terminologia, Norberto Bobbio indica que o vocábulo princípio induz ao erro, entretanto deve-se sempre ter em mente que os princípios são normas – ainda que extraídos por um processo de generalização sucessiva, não perdem a natureza das regras das quais são extraídos – e têm como função regular determinada situação da vida (BOBBIO, Norberto. *Teoria* (...), p. 158).

Os mecanismos clássicos para resolução de antinomias são a aplicação dos critérios cronológico; hierárquico, de especialidade e os elementos histórico e teleológico.⁴²⁴ Porém, não é raro a aplicação de tais mecanismos apresentar-se insuficiente para solucionar antinomias aparentes, em especial quando resultantes da intersecção de microcosmos normativos.⁴²⁵ Não é outra a situação ao se verificar a confluência dos dispositivos da nova lei concursal e as normas do Direito do Trabalho.⁴²⁶

Nesse sentido, cumpre ao intérprete socorrer-se dos princípios. Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, admitidos como enunciados lógicos prescrevendo condições de validade das demais asserções do referido sistema de conhecimento.⁴²⁷ Enquanto as regras traduzem mandamentos diretos, usualmente identificados por determinada conduta a ser buscada ou evitada, os princípios até recentemente eram reconhecidos como mandamentos metafísicos ou abstratos, exercendo função corretiva e prioritária na interpretação das regras.⁴²⁸

Atualmente, os princípios são reconhecidos como normas que indicam valores essenciais, sobre os quais se sustenta todo o ordenamento e seus ramos jurídicos específicos. Assim,

⁴²⁴ Por todos, Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 110-128).

⁴²⁵ Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou os direitos individuais coletivos, o que somado à proliferação de leis especiais resultou na criação de microcosmos normativos (SZTAJN, Rachel. “Codificação, decodificação (...)”. 2008, p. 116).

⁴²⁶ Em que pese o Direito do Trabalho consistir em ramo jurídico constantemente em mudança, possui princípios normativos próprios, os quais lhe garantem independência conceitual, mesmo em face da alteração de suas instituições (RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho (Tradução de Edílson Alkmin Cunha)*. São Paulo: LTr, 1995, p. 6.). Nesse particular, Amauri Mascaro Nascimento aponta para a peculiaridade da interpretação de normas trabalhistas em situações de crise econômica, cabendo ao juiz sopesar estipulações que, embora possam beneficiar diretamente o trabalhador ou uma classe de trabalhadores, não se justificam sob o aspecto econômico (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria (...)*, p. 90).

⁴²⁷ Assim, os princípios consistem em “(...) verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da ‘praxis’” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303). Prevalece na doutrina brasileira o paradigma dos princípios, especialmente após a Constituição Federal de 1988, quando se deixou de lado a interpretação do Direito como um sistema de normas, ou regras, para visualizá-lo como verdadeiro sistema de princípios. Assim, diferenciam-se os princípios positivos daqueles gerais. Enquanto os primeiros correspondem aos princípios consubstanciados em textos normativos, explicitamente formulados, os princípios gerais do direito são aqueles implícitos, extra-sistêmicos (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 120-124). José Joaquim Gomes Canotilho sugere a aplicação de metodologia estruturante, buscando articular a constituição com o princípio democrático, interpretando-a com base nos valores substantivos, procedimentais e formais eleitos pelo legislador. Assim, a interpretação da constituição deve tomá-la como uma *hard law*, e não como uma *soft law*, aceitando as regras e princípios constitucionais como padrões de conduta juridicamente vinculantes, não simples diretivas práticas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 201).

⁴²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso (...)*, p. 287.

deve o intérprete buscar auxílio também nos princípios e garantias fundamentais, pois dotados de especial força expansiva, os quais se projetam pelo universo constitucional e servem como critério interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico.⁴²⁹ Não por outra razão Eros Roberto Grau afirma prevalecer na doutrina brasileira o *paradigma dos princípios*, especialmente após a Constituição Federal de 1988, ao se abandonar a interpretação do Direito como sistema de regras, para visualizá-lo como verdadeiro sistema de princípios.⁴³⁰

Enquanto a interpretação de normas trabalhistas repousa essencialmente nos mesmos pilares dos demais ramos jurídicos, possui especificidade relevante, pois pressupõe enfoque valorativo – denominado de jurisprudência axiológica – fundado na prevalência dos valores essenciais ao Direito do Trabalho os particulares, coletivos sobre individuais.⁴³¹

Entre os princípios inerentes ao Direito do Trabalho, o princípio da proteção integra sua própria essência como indica Octavio Bueno Magano ao definir o Direito do Trabalho como “o conjunto de princípios, normas e instituições que visam a melhoria da condição social do trabalhador.”.⁴³² O referido princípio busca compensar juridicamente a inferioridade material do empregado frente ao empregador, no contrato de trabalho.⁴³³ Não por outra razão, constituiu o motor de seu desenvolvimento desse ramo jurídico ao longo do último século.⁴³⁴ Porém, em virtude de sua natureza, a referida proteção demanda sua

⁴²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63. No Direito do Trabalho tal orientação encontra campo fértil, quer por seu substrato dinâmico, quer pela multiplicidade de suas fontes normativas, como propõe Maria do Rosário Palma Ramalho: “(...) não só o princípio da protecção do trabalhador como também o da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador devem ser considerados como valorações fundamentais específicas do sistema jurídico laboral. Como quaisquer princípios jurídicos, o princípio da protecção do trabalhador e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador e as respectivas projecções não se excluem, nem entram sistematicamente em oposição, mas limitam-se reciprocamente e podem ser valorizados em alternativa ou em conjunto pelo sistema jurídico.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 500).

⁴³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Interpretação* (...), p. 120-121.

⁴³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 238-239.

⁴³² MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos* (...), p. 19.

⁴³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria* (...), p. 201 e 202. Nas palavras de Maria do Rosário Palma Ramalho: “A protecção do trabalhador justifica-se directamente na sua situação de inferioridade jurídica e material perante o empregador, no contrato de trabalho: a inferioridade jurídica decorre da sujeição aos poderes laborais e do envolvimento integral e permanente da sua pessoa na prestação; a inferioridade material ou económica evidencia-se na função alimentar do salário e no facto de o trabalhador não controlar o destino das utilidades que produz.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 491).

⁴³⁴ JAVILLIER, Jean-Claude. *op. cit.*, p. 51-52.

aplicação em diferentes graus de efetividade, conforme as possíveis matérias existentes no caso concreto, devendo assim ser conjugada com os demais valores fundamentais envolvidos em sua aplicação.⁴³⁵

Assim, o princípio da proteção enquanto elemento nuclear do Direito do Trabalho permanece em vigor, mesmo após as alterações do ambiente produtivo e social, porém, sua aplicação deve dar-se com temperança, promovendo os interesses dos trabalhadores, enquanto coletividade, e não apenas a melhoria da condição patrimonial de determinados indivíduos.

Determinação semelhante é aplicável ao princípio da norma mais favorável, segundo o qual a pirâmide hierárquica de normas trabalhistas tem no vértice não a Constituição Federal, leis federais ou convenções coletivas, mas a norma jurídica mais favorável ao trabalhador.⁴³⁶ Por meio de sua aplicação, o Direito do Trabalho admite a possibilidade de derrogações por dispositivos de menor hierarquia, quando estes se tornem mais benéficos para os sujeitos protegidos.⁴³⁷

Todavia, sem prejuízo da existência dos referidos princípios, as normas trabalhistas encontram-se inseridas no ordenamento jurídico, cuja característica primordial consiste em sua unidade.⁴³⁸ Assim, não pode o intérprete superar os limites estabelecidos pelo legislador ao aplicá-las, nem ignorar a necessidade de harmonizá-las, promovendo sua máxima eficácia no caso concreto.⁴³⁹

Em relação à análise da sucessão de empregadores nos procedimentos envolvendo empresas em crise, diversos princípios fundamentais necessitam ser harmonizados, pois a Carta Magna abraçou a valorização do trabalho, da função social da propriedade, da busca

⁴³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho* (...), p. 500.

⁴³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso* (...), p. 243-244.

⁴³⁷ PLA RODRIGUEZ, Américo. *Princípios* (...), p. 125. Cabe a ressalva do referido autor no sentido de que “(...) o conceito da norma mais favorável já não se pode ser considerado como princípio formador do Direito do Trabalho (...). A idéia da norma mais favorável deve dar lugar, ao longo do tempo, à noção do interesse predominante do trabalhador, reconhecido pelo grupo profissional a que pertence, de modo que suas condições de trabalho possam ser modificadas *in melius* ou *in pejus*, conforme as circunstâncias.” (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios* (...), p. 95.)

⁴³⁸ BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995, p. 199.

⁴³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria* (...), p. 88.

do pleno emprego e da livre iniciativa em diversos aspectos.⁴⁴⁰ Tal cabedal normativo irradia os referidos valores por todos os ramos jurídicos, inclusive para o Direito Privado.⁴⁴¹ Carlos Maximiliano partilha desta conclusão ao analisar a interpretação de disposições excepcionais, concluindo que o legislador as estabelece em virtude de considerações particulares contra outras normas jurídicas, não podendo ser assim estendidas para além dos casos e tempos às quais foram expressamente designadas.⁴⁴²

Assim, a solução de antinomias aparentes entre princípios requer, ao contrário da interpretação de normas, a admissão da possibilidade de aplicação escalonada.⁴⁴³ Como instrumento para tal exercício apresenta-se o princípio da proporcionalidade.⁴⁴⁴

O referido princípio teve sua gênese positiva no Direito Administrativo francês (“*recours pour excès de pouvoir*”), posteriormente recebendo contornos mais amplos e alcançado âmbito constitucional na Alemanha, especialmente no que tange à produção legislativa com restrição a direitos fundamentais.⁴⁴⁵

Consolidado na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã sob o princípio da proibição do excesso, o postulado da proporcionalidade assume três acepções na ciência do

⁴⁴⁰ O legislador constitucional elegeu o valor social do trabalho e a livre iniciativa, enquanto fundamentos da República (art. 1º, IV, da Constituição Federal); o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais como objetivos da República (art. 3º, II e III, da Constituição Federal); a proteção do trabalhador e o não retrocesso em matéria de direitos trabalhistas (art. 7º, caput, da Constituição Federal); a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna conforme os ditames da justiça social como fundamentos da ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal); a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, como princípios da ordem econômica (art. 170, III e VIII, da Constituição Federal); bem como o primado do trabalho como base da ordem social e o bem-estar e justiça social como seus objetivos (art. 193, da Constituição Federal).

⁴⁴¹ SZTAJN, Rachel. “Codificação, decodificação (...)”, p. 120.

⁴⁴² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 3. ed. 2008, p. 274. Mais ainda, Amauri Mascaro Nascimento esclarece que o Direito do Trabalho deve apresentar-se como tendo efetiva função integradora na qual a finalidade protetora combina-se com a coordenação dos interesses entre o capital e o trabalho. Tal proposição torna-se viável, pois o Direito do Trabalho traz em suas origens o objetivo de promover a intervenção jurídica para equilibrar melhor o relacionamento entre empregado e empregador, por meio dessa plataforma de garantias básicas adequadas a esse fim. No desempenho desse objetivo se realça a função integradora e promocional, porém não pode ser “(...) desvinculado dos imperativos econômicos, das transformações trazidas pela revolução tecnológica, das modificações do processo produtivo e dos problemas sociais – como o desemprego –, que nem sempre podem ser resolvidos sem a adaptação das leis trabalhistas e a revisão dogmática do Direito do Trabalho, em especial aquelas que se mostrarem em desacordo com a realidade presente e que, rigidamente aplicadas, podem afetar o trabalho.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria* (...), p. 60).

⁴⁴³ FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 70-77.

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 91-92.

⁴⁴⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 271 e ss.

Direito Constitucional: a) necessidade de o legislador editar leis menos restritivas aos direitos e garantias fundamentais; b) obrigatoriedade de o aplicador do direito escolher a solução judicial que menor redução imponha a tais direitos e garantias; c) proporcionalidade quanto à distribuição dos ônus relativos à norma expedida em relação a todos os membros da comunidade.⁴⁴⁶ Tais máximas são condensadas pela jurisprudência na análise do princípio da proporcionalidade em três níveis: adequação, necessidade e razoabilidade.⁴⁴⁷

Dessa forma, o objetivo almejado, assim como o meio utilizado deverão ser admitidos pelo ordenamento jurídico; o meio utilizado deverá ser adequado; e as limitações à aplicação dos demais princípios deverão ser razoáveis e proporcionais ao benefício almejado.

Segundo as máximas do princípio da proporcionalidade, na hipótese de restrição à aplicação de princípios, deve-se verificar se a referida restrição foi promovida por meio adequado para tanto (adequação), e se o resultado decorrente é o mais benigno para os envolvidos – considerando o menos prejudicial para aqueles princípios cuja aplicação foi limitada. Cabe ao intérprete a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual consiste na efetiva ponderação dos valores afetados e a relativização de seus graus de eficácia para determinada situação.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 84.

⁴⁴⁷ A proporcionalidade em sentido estrito exige a “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, tendo sido recepcionada pela jurisprudência brasileira, conforme indica o relatório da decisão da medida cautelar proposta na já referida ADI 855-2-PR. Assim, a aplicação da proporcionalidade determina o exame da adequação dos meios, a fim de verificar se há meios alternativos para atingir o mesmo fim, e o exame da restrição aos direitos fundamentais promovida por meios alternativos (ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160-161). Quanto à razoabilidade, o referido autor distingue-a da proporcionalidade, vez que a primeira não faz referência a uma relação de meio e fim, mas apresenta-se como o dever da harmonização do geral com o individual, como dever de congruência entre os critérios de diferenciação escolhidos e a medida adotada (ÀVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 146-147).

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. *op. cit.* (1997), p. 112. Seguindo essa orientação: SCHOLLER, Heinrich. "O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha." (Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet). In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: AJURIS, v. 26, n. 75, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet, p. 273 e ss.). Posteriormente a aplicação do princípio da proporcionalidade foi complementada com a teoria dos degraus (*Stufentheorie*), cuja gênese reputa-se a Ernst Rudolf Bierling (BIERLING, Ernest Rudolf. *Zur Kritik der juristischn Grundbegriffe*. Gontha: F.A.Perthes, 1877). Em virtude da proposta dessa análise, sobre a questão remetemos a Eric Voegelin (VOEGELIN, Eric. "The Unity of the Law and the Social Structure of Meaning Called State." In: *Published Essays – 1929-1933* (Tradução para o inglês de M. J. Hanak e Jodi Cockerill), v. 8, Columbia: University of Missouri, 1989, p. 89 e ss).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconhece a aplicabilidade de tal princípio, na análise da constitucionalidade de restrições de direitos, com base nos fins constitucionalmente perseguidos.⁴⁴⁹ Assim, tal ponderação resulta na atribuição de pesos ou grandezas aos princípios envolvidos na interpretação de determinado conflito aparente, preferencialmente tomando-se em conta a interferência da preponderância de um sobre os demais.⁴⁵⁰

1.1. A preservação da empresa

A Lei n. 11.101/2005 consolida no ordenamento jurídico brasileiro a orientação axiológica pela manutenção e recuperação das unidades produtivas viáveis, enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais. Dessa forma, abandona o propósito até então vigente de oferecer a possibilidade de moratório ou liquidar os bens do devedor para o pagamento dos credores.⁴⁵¹

Evaristo de Moraes filho já identificara tal necessidade no passado, reconhecendo o valor social da empresa – independente de seu tamanho, quer como fonte de renda, quer como

⁴⁴⁹ Relatório do acórdão deferindo o pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 855/PR, p. 82. Nesse sentido, a ementa da decisão: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.”.

⁴⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima. “A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘Fórmula do Peso’ de Robert Alexy”. In: *Revista de Processo*, v. 31, n. 141, novembro de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59. A aplicação da Fórmula dos Pesos foi melhor em obra posterior (ALEXY, Robert. “On Balancing and Subsumption: a Structured Comparison”. In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, 2003, p. 433-449) e no *Postscriptum* de sua Teoria de Direitos Constitucionais (ALEXY, Robert. *Theory of Constitutional Rights* (Tradução para o inglês de Julian Rivers). 2. ed. 2002, p. 388 a 404), principalmente em virtude das críticas às suas asserções quanto ao princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito e à identificação dos princípios constitucionais como mandatos de otimização, conforme afirma Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Studies in Contemporary German Social Thought) (Tradução para o inglês de William Rehg). Cambridge: MIT, 1998) e por Böckenförde (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. In: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main, 1991, p. 159-199).

⁴⁵¹ Nesse sentido, Rachel Sztajn esclarece que “(...) escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja mediante sua divisão para alienar blocos, seja ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la.” (SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 219). De forma semelhante afirma Suzy Cavalcante Koury (KOURY, Suzy Cavalcante. “As repercussões da nova lei de falências no Direito do Trabalho”. In: *Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, p. 968).

fornecedora de serviços e produtos necessários à sociedade. Não por outra razão conclui pela possibilidade de sacrificar garantias previstas no ordenamento em relação a alguns empregados em benefício da recuperação da empresa e da coletividade.⁴⁵²

Nelson Abraão, ao analisar o substitutivo que posteriormente seria convertido na Lei n. 11.101/2005, elogiara a referida mudança de orientação, indicando a importância de preservar a empresa.⁴⁵³

Como indica Rachel Sztajn, verifica-se a efetiva alteração no foco da tutela legal: anteriormente buscava-se a retirada do mercado do comerciante inábil, a fim de reduzir o risco ao crédito, atualmente busca-se tutelar a confiança e o devedor de boa-fé.⁴⁵⁴

Tal orientação encontra amparo nos valores eleitos pelo legislador constitucional referentes à valorização social do trabalho e da livre iniciativa, bem como na função social da propriedade e na busca do pleno emprego, como forma de tutelar a própria dignidade do indivíduo.⁴⁵⁵

Assim, se de um lado a nova legislação expressa a opção legislativa de recuperar a empresa, de outro reconhece sua função exatamente na atuação socialmente responsável, balizada na criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e aos interesses da coletividade.⁴⁵⁶

⁴⁵² MORAES FILHO, Evaristo de. *Direito do trabalho; páginas de história e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 1982, p. 78-79.

⁴⁵³ ABRAÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Leud, 2. ed. 1998, p. 167-168. GHIDINI, Mario. *Lineamenti dei Diritto Dell'Impresa*. Milão: Giuffrè, 1978, p. 77.

⁴⁵⁴ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (...), p. 221. Adiante, a autora reitera a importância da análise técnica e econômica a embasar os planos de recuperação judicial, sob pena de buscar-se injustificadamente a manutenção de empresas inviáveis no mercado, no que resultaria apenas em prejuízos decorrentes de futura falência (Idem, p. 221-222). Concluem de maneira semelhante Paulo Penalva do Santos (SANTOS, Paulo Penalva. *op. cit.*, p. 126-135) e Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários* (...), p. 114-119).

⁴⁵⁵ PERIN JÚNIOR, Ecio. *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar*. Tese (Doutorado) (...), p. 60.

⁴⁵⁶ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (...), p. 220-221. Bernardo da Gama Lobo Xavier esclarece que o conceito de empresa era interpretado como negócio do empresário, e sobre o qual o último teria direito absoluto de domínio. Porém, considerando a interação entre o empregado e a empresa, esse conceito tornou-se insuficiente perante seu papel enquanto elemento de realização do trabalhador e dos instrumentos de participação dos empregados nos lucros e na gestão, inconsistentes com o referido conceito de propriedade ou do contrato de trabalho, enquanto apenas um contrato comutativo. (XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *op. cit.*, p. 47-48.)

Como esclarece Gontijo, faz-se necessário, na falência, buscar a proteção da classe de trabalhadores e não de indivíduos isolados, inclusive porque entre dois credores trabalhistas não existem privilégios, não sendo razoável o pagamento de um em detrimento dos demais. Pelo contrário, deve-se buscar proteger a relação de emprego e a efetiva aplicação da ordem preferencial determinada pela lei, ainda que em detrimento do interesse patrimonial de determinados credores, trabalhistas ou não.⁴⁵⁷ Vê-se, portanto, que a orientação pela preservação da empresa, como fonte de empregos, vai ao encontro do princípio constitucional da busca do pleno emprego, consubstanciado no inciso VIII, do artigo 170, da Constituição Federal.⁴⁵⁸

O Direito do Trabalho reconhece de longa data a vinculação entre a subsistência da empresa e a promoção do emprego. Não por outra razão José Martins Catharino, conclui, ao tratar da possibilidade de alterações contratuais em caso de transferência e de extinção de estabelecimentos, que ambas têm por fundamento o princípio da durabilidade do emprego, hierarquicamente superior ao da irredutibilidade do salário.⁴⁵⁹

Mais ainda, em situações de crise, a defesa do interesse do empresário traz benefícios diretos ao próprio empregado, o qual tem legítimo interesse na sobrevivência da empresa, interessando-lhe evitar eventual encerramento.⁴⁶⁰

Não é outra a conclusão de Egon Gelix Gottschalk, ao defender a redução unilateral de salário – nos termos do artigo 503, da Consolidação das Leis do Trabalho – desde que fundada na necessidade de salvar a empresa apresentando-se como meio último de o empregado conservar seu emprego. Nessa hipótese, para o referido autor, sequer poder-se-ia falar em prejuízo direto ou indireto.⁴⁶¹

Novamente essa orientação transparece do §2º, do artigo 449, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual há possibilidade de restauração do vínculo com renúncia de

⁴⁵⁷ GONTIJO, Vinícius José Marques. “Efeitos da falência do empregador na ação de execução de crédito trabalhista”. In: *Revista de Direito do Trabalho – RDT*, v. 128, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.237-239.

⁴⁵⁸ KOURY, Suzy Cavalcante. *op. cit.*, p. 970.

⁴⁵⁹ CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951, p. 606. De maneira análoga conclui Dorval Lacerda (LACERDA, Dorval. *A renúncia no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1944, p. 158 e ss).

⁴⁶⁰ CATHARINO, José Martins. *op. cit.*, p. 608.

⁴⁶¹ GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 218.

parcela dos salários devidos. Tal dispositivo busca promover a continuidade do contrato de trabalho, facultando ao empregado abdicar de parte dos salários a troco de sua permanência no emprego.⁴⁶²

Todavia, mesmo transparecendo a preocupação do legislador trabalhista em relação à preservação da empresa, há necessidade de harmonizar determinadas situações decorrentes do modelo concursal atual, com as demais normas do ordenamento, a fim atingir o fim social previsto, qual seja: a proteção da atividade, e conseqüentemente, da fonte geradora de riqueza e empregos e dos bens intangíveis vinculados a ela, como o nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela e rede de fornecedores.⁴⁶³

1.2. Sucessão trabalhista na falência

Sob a égide da legislação anterior, a falência e a concordata não extinguiram o contrato de trabalho pois não configuravam hipótese de força maior, vez que inseridas do risco do negócio.⁴⁶⁴

O término do contrato – sem justa causa – verificava-se com a extinção da atividade empresarial, permanecendo os ativos do falido como garantia do adimplemento dos créditos trabalhistas.⁴⁶⁵ Nessa hipótese, era majoritária a orientação no sentido de que o término do contrato ocorria sem justa causa, sendo devida a indenização correspondente.⁴⁶⁶

⁴⁶² CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951, p. 697.

⁴⁶³ Não foi outra a conclusão do relator da Lei n. 11.101/2005 no Senado, senador Ramirez Tebet, conforme indicado em seu parecer encaminhando o então projeto para aprovação (Parecer n. 534, de 2004, publicado no Diário Oficial do Senado em 24.06.2005).

⁴⁶⁴ GONTIJO, Vinícius José Marques. *op. cit.*, p. 229.

⁴⁶⁵ MAZZONI, Giuliano. *Manuale Di Diritto Del Lavoro*. 5. ed. v. 1, Milão: Giuffrè, 1977, p. 601. No mesmo sentido: MANNRICH, Nelson. *Dispensa (...)*, p. 260; MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos (...)*, p. 45; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários (...)*, p. 47; SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶⁶ “RECURSO DE REVISTA. MASSA FALIDA. MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. APLICABILIDADE. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS é devida, mesmo em razão da falência, por força do disposto no art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-2755/2002-433-02-00.1, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bresciani, DJ – 16/03/2007). No mesmo sentido: TST – RR-4206/2003-201-02-00.1 – 3ª Turma – Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – 06/09/2007; TST-RR-1.529/2002-018-12-00.3, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DJ – 01/12/2006; TST-RR-447/2002-020-12-00.8, 1ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ – 06/10/2006. TST - RR-4194/2003-201-02-00.5 – 4ª Turma – Relator: Min. Barros Levenhagen – DJ 03.08.2007; TST-RR-116/2004-202-02-00.9, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 11-05-2007.

A Lei n. 11.101 alterou essa situação, indicando que a venda de estabelecimento na liquidação de ativos implica a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados que acompanharem o estabelecimento, elidindo a ocorrência de sucessão de empregadores nessa hipótese. Ainda que a alienação de estabelecimentos tenha se tornado motivo de rescisão dos contratos de trabalho, estes serão considerados como rescindidos sem justa causa.⁴⁶⁷

A nova legislação vai ainda mais longe, determinando a contratação do empregado do falido pelo adquirente do estabelecimento mediante novo contrato, não se configurando sucessão sequer quanto às condições contratuais anteriormente estabelecidas, afetando de maneira significativa a aplicação em tais casos do disposto nos artigos 448 e 449, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para as demais situações – não concursais – permanece em vigor o referido dispositivo legal. Quanto à referida inaplicabilidade do disposto nos artigos 10, 448 e 449, em decorrência do disposto no inciso II e no §2º, do artigo 141, da Lei n. 11.101/2005, a doutrina diverge.⁴⁶⁸

No Brasil, sob a vigência da legislação anterior, a doutrina majoritária se firmava no sentido de reconhecer a sucessão trabalhista na alienação de estabelecimentos na falência, nos termos do artigo 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁶⁹ A totalidade dos bens da massa falida – inclusive aqueles alienados – poderia ser chamada a responder pelos créditos dos trabalhadores, exatamente essa situação que o legislador pretendeu evitar por meio do inciso II, do artigo 141, da Lei n. 11.101/2005.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Falências, Recuperação (...)”, p. 906 e 909. Também assim se manifestou Murillo César Buck Muniz (MUNIZ, Murillo César Buck. “Realização do ativo na recuperação judicial ou na falência: consequências relativas aos contratos de trabalho.” In: *Revista de Direito do Trabalho*, n. 131, V. 34, julho/setembro 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 157-158).

⁴⁶⁸ Conforme já indicado, tal divergência não se limita à análise do caso brasileiro. No direito estrangeiro há questionamentos semelhantes nos Estados Unidos e no âmbito da União Européia. Em relação à Itália, a cessação do contrato de trabalho decorre da cessação da atividade empresária após a declaração da falência, na qual o tribunal ou juiz delegado não autoriza a continuação da atividade, e não apenas da declaração da falência. Tal disposição encontra-se positivada no artigo 2112, do Código Civil italiano, o qual prevê, em seu segundo parágrafo, a responsabilidade solidária do vendedor e do adquirente por todos os créditos decorrentes da prestação de trabalho devidos à época da transferência do estabelecimento. Por outro lado, na venda ocorrida em virtude da falência, salvo disposição em contrário das partes, não há sucessão do adquirente em relação às obrigações anteriores do vendedor, conforme dispõe o artigo 105, da Lei falimentar italiana.(CORRADO, Alessandro. CORRADO, Diego. *op. cit.*, p. 198-199).

⁴⁶⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Os créditos (...)*, p. 68 e 69.

⁴⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Falências, Recuperação (...)*, p. 904.

Atualmente, parcela da doutrina afasta a aplicação dos dispositivos da Lei 11.101/2005, pois ofenderiam a regulamentação referente à sucessão no transpasse prevista no Código Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁷¹ Por inexistir revogação expressa, tais dispositivos manteriam sua vigência, diferentemente das disposições relativas à sucessão tributária.⁴⁷² Ademais, a aplicação do disposto na Lei 11.101/2005 quanto à sucessão trabalhista violaria direitos fundamentais dos trabalhadores, garantidos na Constituição Federal, razão pela qual tal dispositivo seria inconstitucional.⁴⁷³

Jorge Luiz Souto Maior afirma que o propósito do legislador ao estabelecer tal determinação na Lei 11.101/2005 é imediatista e não teria qualquer repercussão econômica real, pois o mercado desenvolve-se não apenas com bens livres e desembaraçados. Assim, em virtude da despersonalização do empregador e das garantias sociais constitucionalmente asseguradas, não teriam validade no âmbito do Direito do Trabalho.⁴⁷⁴

Frederico Augusto Monte Simionato conclui ainda pela existência de sucessão em relação às obrigações de todos os credores – e não apenas trabalhistas – na alienação de estabelecimento na falência. Para tanto, fundamenta-se na premissa de que os bens incorpóreos – entre os quais o aviamento – integram de maneira indissociável o fenômeno jurídico da empresa, em especial em seu perfil funcional. Assim, apenas assumindo-a e honrando seu passivo total o adquirente poderia usufruir de tais bens.⁴⁷⁵

Não é possível concordar com tais conclusões. Inicialmente, cabe ressaltar que as hipóteses de fraude ou simulação encontram-se devidamente reguladas na legislação, tanto na Lei n. 11.101/2005, quanto na Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, se esvaem as alegações de que em virtude da ausência de sucessão trabalhista a falência se tornaria veículo fácil para simulações e fraude aos credores.

Não por outra razão Amauri Mascaro Nascimento, ao analisar o disposto no artigo 141, inciso II, da Lei n. 11.101/2005, conclui pela não aplicação da sucessão trabalhista e

⁴⁷¹ KOURY, Suzy Cavalcante. *op. cit.*, p. 975.

⁴⁷² A Lei Complementar n. 118/2005 alterou o artigo 113, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), a fim de excluir a sucessão tributária na recuperação judicial e na falência.

⁴⁷³ CASTELO, Jorge Pinheiro. “A nova lei de falências: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?”. In: *Revista Ltr*, v. 68, n. 8, agosto de 2004, São Paulo: LTr, p. 920.

⁴⁷⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho – Volume II*. São Paulo: LTr, 2008, p. 142-143.

⁴⁷⁵ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 632-633.

ausência de responsabilidade do adquirente por obrigações anteriores à falência, na arrematação de unidades ou estabelecimentos, restando afetado o artigo 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁷⁶

Por conseguinte, tratando-se a falência de situação excepcional, regulada por legislação específica e cuja finalidade consiste na busca pela manutenção da atividade, postos de trabalho e adimplemento dos credores – entre os quais os trabalhistas – justificar-se-ia a inaplicabilidade da regra geral constante nos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁷⁷

Marcelo Papaléo de Souza também conclui pela inexistência de sucessão na falência, apesar da conseqüente restrição a direitos fundamentais dos trabalhadores. Para tanto, a maximização do valor dos ativos e, principalmente, a manutenção da empresa enquanto unidade produtiva justificariam tal restrição. Tal posição ampara-se na doutrina alemã e na aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de sopesar os princípios envolvidos e buscar sua máxima efetivação. Assim, do conflito dos interesses envolvidos (garantia dos trabalhadores e manutenção da empresa enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais), restaria proporcional a restrição imposta em virtude de sua finalidade (adequação medida-fim). Tal conclusão seria justificada pela superação das dificuldades econômico-financeiras do devedor para o pagamento da totalidade das dívidas e manutenção da empresa e empregos.⁴⁷⁸

José Augusto Rodrigues Pinto também abraça essa interpretação, indicando a prevalência da busca pela sobrevivência da empresa sobre a continuidade individual do contrato de emprego, corroborando o interesse coletivo de continuidade da fonte geradora de empregos. Faz-se necessário, para tanto, tornar atraente sua aquisição por terceiros capazes de reerguê-la.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Falências, Recuperação (...), p. 909.

⁴⁷⁷ “(...) o comprador de bens da massa falida está em situação especial, o que justifica a ausência de sucessão. Além disso, o objeto da lei é propiciar que a empresa falida volte a funcionar, mantendo os empregos existentes e gerando outros. (...) A Lei n. 11.101/05 por ser norma especial e específica, prevalece sobre a regra geral dos arts. 10 e 448, da CLT. Além disso, há inegável interesse social na não configuração da sucessão trabalhista na falência, como forma de impulsionar a efetividade do processo falimentar e garantia do recebimento dos créditos dos credores do falido (SCHIAVI, Mauro. *op. cit.*, p. 503).

⁴⁷⁸ SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova (...)*, p. 252 e ss.

⁴⁷⁹ RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de Direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 184.

Dessa forma, após o advento da Lei n. 11.101/2005, impõe-se o reconhecimento da ausência de sucessão trabalhista na hipótese de alienação de estabelecimentos ou filial na falência.⁴⁸⁰ Assim, resta limitada a eficácia dos referidos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho na hipótese de falência do empregador, inclusive a ponto de se afirmar que a venda dos bens da empresa, após a decretação da falência, ocorrerá sob verdadeira “blindagem legal”.⁴⁸¹ Mozart Victor Russomano já defendia esse posicionamento, ainda sob a vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, pois os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, não teriam o condão de ocasionar a sucessão trabalhista na hipótese de alienação de ativos após a falência.⁴⁸²

Na alienação de estabelecimentos em decorrência da falência, o principal objetivo do legislador, ao determinar a rescisão dos contratos de trabalho, não é sequer o aumento do valor do ativo, mas a própria segurança jurídica do adquirente e a preservação de postos de trabalho decorrentes da manutenção da atividade econômica.

Se a liquidação dos ativos e encerramento da falência resultava na dissolução da empresa, o legislador buscou limitar os prejuízos para a coletividade resultantes de tal fato. Assim, a falência apenas é imposta como última alternativa frente à orientação legal pela preservação da empresa.

⁴⁸⁰ Nessa mesma direção concluem Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Falências, Recuperação de Empresas (...); Amador Paes de Almeida (ALMEIDA, Amador Paes de. “Os direitos trabalhistas na recuperação judicial e na falência do empregador.” *In: Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr); Sérgio Pinto Martins (MARTINS, Sérgio Pinto. “Alienação na recuperação judicial e sucessão trabalhista”. *In: Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo: LTr, v. 98, n. 7, 2007); Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso (...)*); Francisco Satiro de Souza Junior (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005); Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn (FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 187-188); Carlos Carmelo Balaró (BALARÓ, Carlos Carmelo. *In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005); Fábio Ulhoa Coelho (*Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005); Alexandre Agra Belmonte (BELMONTE, Alexandre Agra. *op. cit.*).

⁴⁸¹ Cf. ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. *op. cit.*, p. 940 e ROBERTS, Carlos Habovski; ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. *op. cit.*, p. 1.134.

⁴⁸² Segundo Mozart Victor Russomano: “(...) se a falência for a seus extremos e os bens vendidos o forem em hasta pública, quem adquirir esses bens não poderá ser responsabilizado pelos direitos do trabalhador contra a massa falida. A sociedade comercial terá desaparecido com a falência e com a própria empresa – unidade orgânica – desfeita na hasta pública. O adquirente comprará um conjunto de bens desvinculados de quaisquer obrigações anteriores. Não se terá dado alteração na estrutura jurídica da empresa, não se terá dado sucessão, nem mesmo no lato sentido que o Direito do Trabalho empresta à palavra – mas, apenas, extinção da empresa e venda do acervo. Se de outra forma se entendesse (modernamente, de outra forma não se entende), criar-se-iam situações injustas para o adquirente e dificultar-se-ia a venda dos bens arrolados na falência.” (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários (...)*, p. 421).

Nessa hipótese, o titular do empreendimento é desapossado, assumindo assim álea do negócio empresarial. Sem prejuízo, o legislador estabeleceu as prerrogativas de cada uma das classes de credores por meio da ordem de preferência dos créditos, buscando harmonizar os diferentes interesses afetados. Nesse cenário, a alienação conjunta de ativos, sem qualquer vinculação do adquirente às obrigações do antigo titular, apresenta-se efetivamente como meio mais eficaz e proporcional para impor à sociedade o menor ônus possível decorrente da quebra.

A referida alienação global – anteriormente evitada em virtude exatamente dos riscos de o adquirente vir a ser considerado sucessor do devedor – agora é incentivada como forma de não apenas alcançar o melhor valor global, mas principalmente manter os ativos intangíveis da atividade anteriormente exercida.

Tal desiderato do legislador coaduna-se plenamente com os princípios fundantes do ordenamento jurídico pátrio, inclusive em relação aos princípios próprios do Direito do Trabalho. Com a falência, resta satisfeita a determinação do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de caber ao empregador a assunção dos riscos da atividade econômica.⁴⁸³

Da mesma forma, em consonância com o caráter alimentar dos créditos trabalhistas e da orientação decorrente das normas de Direito Internacional, os créditos trabalhistas assumem caráter privilegiado na distribuição dos ativos arrecadados pela massa, ainda que de forma limitada. Ao incentivar a venda das unidades produtivas em conjunto, a nova legislação busca manter empregos e evitar a perda desnecessária de ativos intangíveis abrangidos pela quebra.⁴⁸⁴

A referida orientação condiz com os princípios e a própria função do Direito do Trabalho, se apresentando mais vantajosa à classe trabalhadora, ainda que determinados trabalhadores tenham reduzida a possibilidade de recebimento integral de seus créditos, em

⁴⁸³ O risco do empresário está ligado intrinsecamente à subordinação do empregado por um nexo de interdependência, a ponto de apresentarem-se como efetivas facetas do mesmo fenômeno: a subordinação jurídica do empregado ao empregador (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *op. cit.*, p. 54).

⁴⁸⁴ Não é outra a compreensão do disposto no artigo 75, da Lei n. 11.101, que expressamente indica como objetivo da falência: “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

especial da parcela que superar o limite de 150 salários mínimos. Nesse sentido, o legislador expressamente determinou novo objetivo para a falência e, ao contrário da orientação vigente no Direito Concursal atual espanhol e português, elegeu a recuperação da atividade econômica como objetivo primordial, e não a satisfação patrimonial dos credores. Tal objetivo busca preservar a empresa – enquanto atividade – por reconhecê-la como núcleo de um feixe de interesses sociais, mais amplo que aquele composto pelos interesses patrimoniais dos credores, da Fazenda ou do empresário. Conseqüentemente, a alienação de ativos de forma economicamente mais eficaz e com a permanência da atividade resulta em benefício para a coletividade, atendendo, portanto, ao requisito da proporcionalidade na restrição das garantias dos credores.

As limitações impostas pelo novo modelo concursal apresentam-se, então, como meio adequado e necessário para a preservação da empresa e, conseqüentemente, para a efetivação dos direitos fundamentais vinculados à função social da propriedade, busca pelo pleno emprego e valorização do trabalho. Mais ainda, tal interpretação coaduna-se com a alteração do próprio paradigma concursal a fim de configurar a falência não mais como simples procedimento liquidatório, mas como *ultima ratio* na preservação da atividade econômica nela desenvolvida.

Finalmente, a concretização de tal paradigma abrange necessariamente os credores trabalhistas, os quais deixam de usufruir de garantias patrimoniais individuais para integrar o esforço da coletividade pela preservação da empresa.

1.3. Sucessão trabalhista na recuperação judicial

Situação diferente apresenta-se em relação à sucessão trabalhista na venda de ativos ocorrida em processo de recuperação judicial. Mesmo em ordenamentos jurídicos estrangeiros essa questão também ocorre, como se verifica em relação às decisões da Corte Européia de Justiça e da jurisprudência nos Estados Unidos, anteriormente mencionadas.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Vide itens 2.2 e 2.3, da segunda parte desta dissertação. Ademais, na Itália, há possibilidade de o sindicato e mesmo do empregado – por meio dos procedimentos de conciliação sindical previstos pelo legislador – eximir o comprador da responsabilidade decorrente da sucessão referente a obrigações anteriores à transferência (PERA, Giuseppe. *Compendio di Diritto Del Lavoro*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2002, p. 262-263). Tal solução é coerente com um ambiente de negociação coletiva maduro, em que os interlocutores têm legitimidade e discernimento para buscar a superação de crises e a tutela da classe trabalhadora pela via negocial, situação infelizmente díspare daquela encontrada no atual modelo sindical brasileiro. Por outro

Inicialmente, cabe verificar a diferença quanto à redação entre o parágrafo único do artigo 60, e o inciso II, do artigo 141. O último, expressamente, exclui a sucessão trabalhista ao tratar da alienação de estabelecimentos na falência.⁴⁸⁶ Já o primeiro não o faz, limitando-se a afirmar que “(...) o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária.”⁴⁸⁷

A princípio, tal distinção não teria maior relevância, inclusive porque estariam as obrigações trabalhistas abrangidas pela expressão genérica “obrigações do devedor”; tal situação, porém, torna-se menos clara se verificado o disposto nos artigos 10 e 448 e 449, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁸⁸ Elementos adicionais à questão decorrem da análise do processo legislativo da Lei n. 11.101/2005: a redação do artigo 60 foi objeto de debates no Senado Federal, inclusive com proposta de exclusão expressa da transmissão de obrigações trabalhistas na hipótese de realização do ativo na recuperação judicial.

Nesse sentido, a Emenda nº 12, formulada pelo Senador Arthur Virgílio, pretendia a modificação do parágrafo único, do artigo 60, para expressamente mencionar a ausência de sucessão trabalhista na hipótese de venda de estabelecimento na recuperação judicial. O parecer do relator do projeto de lei no Senado foi pela rejeição da emenda, sob o principal

lado, no Canadá, a reestruturação prevista no *Companies' Creditor Arrangement Act* apenas poderá envolver créditos trabalhistas se esses forem adimplidos imediatamente após a aprovação do plano, em valores não inferiores àqueles que os trabalhadores fariam jus se o credor fosse à falência. Mais ainda, o judiciário canadense tem, sistematicamente, reconhecido a sucessão de empregadores na transferência de estabelecimentos, inclusive quando decorrente de procedimentos de insolvência, inclusive em relação à própria administração estabelecida pelo procedimento concursal (no caso *GMAC Commercial Credit Corporation of Canada v. T.C.T. Logistics Inc.* [2004] O.J. No. 1353 (Ontário C.A.), o Tribunal de Apelação da província de Ontário considerou o administrador encarregado do procedimento como sucessor da empresa insolvente, sendo obrigado a cumprir com as determinações da convenção coletiva aplicável à empresa e as demais obrigações legais). Dessa forma, os compradores incorporam essa premissa quando estabelecem seus parâmetros de preço, tomando as precauções possíveis para quantificar o valor dos débitos trabalhistas.

⁴⁸⁶ “Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: (...) II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.” (Lei n. 11.101/2005).

⁴⁸⁷ “Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.”

⁴⁸⁸ “Art. 10 – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. (...) Art. 448 – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Art. 449 – Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.”

fundamento de que, na recuperação judicial, o produto da alienação do ativo não possui vinculação específica ao adimplemento de créditos, como ocorre na hipótese de falência.⁴⁸⁹

Embora após sua publicação a lei adquira autonomia em relação à vontade do legislador, tais considerações não deixam de ter caráter supletivo na interpretação da norma. Acresça-se o fato de que a referida norma resulta em restrição de direitos de credores trabalhistas, motivo pelo qual a sua interpretação deve ser estrita, atendo-se aos termos explícitos da lei, quanto mais no que se refere a direitos trabalhistas fundamentais.⁴⁹⁰ Não é outra a lição de Américo Plá Rodriguez, segundo o qual normas que excluam determinados trabalhadores da proteção prevista pelo Direito do Trabalho devem ser expressas e de forma indubitável.⁴⁹¹

Ademais, ao contrário do que ocorre na alienação de ativos na falência, na recuperação judicial não há previsão de contratação dos empregados do estabelecimento adquirido mediante novos contratos de trabalho.⁴⁹²

Em virtude dessas particularidades, Maurício Godinho Delgado afirma que a exceção prevista no artigo 141, da Lei 11.101/2005, não abrange a recuperação judicial ou extrajudicial, restando plenamente aplicável nesses casos o disposto nos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁹³

Mauro Schiavi caminha no mesmo sentido, propondo a interpretação restritiva do parágrafo único, do artigo 60, da Lei 11.101/2005, pois se trata de exceção e deve ser

⁴⁸⁹ “EMENDA Nº 12 – A Emenda n. 12, do Senador Arthur Virgílio, que constitui reiteração de emenda apresentada pelo Senador Rodolpho Tourinho à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, visa modificar o parágrafo único do art. 60 do substitutivo, para estabelecer a não-responsabilização do arrematante pelo passivo trabalhista nas vendas judiciais de empresas no âmbito da recuperação judicial, ou seja, propõe o fim da sucessão trabalhista também na recuperação judicial. Nosso parecer é pela rejeição da emenda, porque a exclusão da sucessão trabalhista na recuperação judicial pode dar margem a fraudes aos direitos dos trabalhadores e a comportamentos oportunistas por parte de empresários. Além disso, é preciso ressaltar que – diferentemente do crédito tributário, protegido ao menos pela exigência de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa para a concessão da recuperação judicial – o crédito trabalhista fica desguarnecido caso a empresa seja vendida e o valor apurado seja dissipado pela administração da empresa em recuperação judicial, já que não há, na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destinação específica desses valores.” (Diário do Senado Federal: 07/07/2004, p. 21079 – 2115 e retificação publicada no Diário do Senado Federal, em 22/12/2004, p. 44629). Submetida a votação em plenário, a emenda não foi aprovada.

⁴⁹⁰ Art. 6º da Constituição Federal.

⁴⁹¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso* (...). São Paulo: LTr, 1982, p. 215.

⁴⁹² Nesse particular, cabe reiterar a orientação de Américo Plá Rodriguez, no sentido de que as normas que excluam determinados trabalhadores da proteção prevista pelo Direito do Trabalho devem ser expressas e de forma indubitável (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso* (...), p. 215).

⁴⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução* (...), p. 420.

assim interpretado e, quando o legislador pretendeu revogar o disposto nos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, fez menção expressa à sucessão de obrigações trabalhistas.⁴⁹⁴ De forma semelhante conclui Sérgio Pinto Martins, corroborando a ocorrência de sucessão de empregadores na alienação de estabelecimentos decorrente de plano de recuperação judicial. Esse autor indica, como justificativa, a ausência de referência expressa às obrigações trabalhistas no referido dispositivo, bem como a análise histórica do processo legislativo, em especial a rejeição da citada Emenda 12.⁴⁹⁵

Amador Paes de Almeida e André Luiz Paes de Almeida, em contrapartida, concluem que tal qual na falência, na recuperação judicial a alienação de estabelecimentos elide a sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, inclusive trabalhistas.⁴⁹⁶

Amauri Mascaro Nascimento chega à mesma conclusão, afirmando que a alienação ocorrida após a aprovação do plano de recuperação não resultará na sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Da mesma forma, tais bens poderão ser alcançados pelos empregados do devedor para responder por seus créditos trabalhistas, em oposição ao disposto no artigo 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁹⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier também se coloca contrária à sucessão, justificando a menção expressa à ausência de sucessão tributária pelo fato de que, ao contrário dos demais credores – inclusive trabalhistas – não há previsão de negociação de obrigações tributárias na recuperação judicial. Por essa razão, o legislador viu-se obrigado a excluir a sucessão tributária expressamente. Ao consignar que sequer tais dívidas seriam alcançadas pela sucessão na recuperação judicial, reforçaria que as demais também não o seriam, já que o plano de recuperação judicial prevendo a venda sem sucessão depende de aprovação dos credores, inclusive trabalhistas.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ SCHIAVI, Mauro. *op. cit.*, p. 503.

⁴⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. “Alienação (...), p. 413-414.

⁴⁹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. ALMEIDA, André Luiz Paes de. “A sucessão trabalhista na recuperação judicial”. In: *Revista LTr*, v. 71, n. 04, abril de 2007, São Paulo: LTr.

⁴⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Falências, Recuperação (...)*, p. 905. Seguem essa conclusão Jorge Lobo (LOBO, Jorge. *op. cit.*, p. 126), José da Silva Pacheco (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006), Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn (FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *op. cit.*, p. 187-188), Eduardo Secchi Munhoz (MUNHOZ, Eduardo S. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (...), p. 294-26).

⁴⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A vis atractiva do juízo da vara empresarial. Créditos trabalhista. Sucessão da empresa em regime de recuperação.” In: *Revista de Processo*, v. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 296.

Seguindo a mesma argumentação apresentada em relação à sucessão de empregadores na falência, Marcelo Papaléo de Souza conclui pela inexistência de sucessão na recuperação judicial. Em sua análise, reconhece a existência de efetiva restrição a direitos fundamentais dos trabalhadores (cf. artigo 448, da Consolidação das Leis do Trabalho c/c artigo 7º, da Constituição Federal), porém, com fundamento na provável maximização do valor dos ativos e, conseqüentemente, incremento na possibilidade de pagamento dos credores, entende ser justificada tal restrição.

Assim, entende ser proporcional a restrição imposta em virtude de sua finalidade (adequação medida-fim) e justificada pela superação das dificuldades econômico-financeiras do devedor para o pagamento da totalidade das dívidas e manutenção da empresa e empregos. Por via de conseqüência, afirma ainda a rescisão do contrato de trabalho dos empregados que acompanharem a unidade vendida.⁴⁹⁹

Também corrobora a ausência de sucessão Alexandre Agra Belmonte, pois importaria em benefício a todos os credores – pela maximização teórica do valor do ativo vendido – e, como o devedor continuaria a existir, o produto da venda seria utilizado para adimplemento dos créditos, inclusive trabalhistas.⁵⁰⁰

Tal qual a doutrina, a jurisprudência também se divide. Em diversas decisões os Tribunais Regionais do Trabalho já reconheceram a inexistência de sucessão trabalhista na alienação de unidades produtivas na recuperação judicial, como ilustra o seguinte precedente:

“I- Sucessão empresarial. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do artigo 114, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45/2004, a matéria concernente à ocorrência da sucessão empresarial, para fins exclusivos da responsabilidade pelo pagamento dos créditos dos empregados, resultado da aplicação do disposto nos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, somente pode ser apreciada por esta Justiça Especializada. II – Arrematação de empresa em processo de recuperação judicial. Sucessão trabalhista inexistente. Os artigos 60, parágrafo único e 141, II e parágrafo 2º, da Lei n. 11.101/2005, trazendo nova disciplina quanto à sucessão empresarial, expressamente afastaram a responsabilidade do adquirente, em processo de recuperação judicial, pelos débitos contraídos pela empresa adquirida, inclusive para fins tributários e trabalhistas. Não há incompatibilidade entre a disciplina legal em comento – Lei n. 11.101/2005 – e o teor dos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho. Em verdade, são normas jurídicas editadas em contextos diferenciados, sendo a Lei n.

⁴⁹⁹ SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova (...)*, p. 194 e ss.

⁵⁰⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. *op. cit.*, p. 551.

11.101/2005 específica para uma determinada situação jurídica empresarial e os artigos consolidados para as demais situações de ordem geral.” (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – Processo: 00831-2007-030-02-00-7 – Rel. Des. Jane Granzoto torres da Silva – 9ª Turma – Ac. 20071059754 – 03/12/2007).⁵⁰¹

Mesmo nesse Tribunal a questão não é pacífica, havendo decisões reconhecendo a existência de sucessão trabalhista na alienação de unidades produtivas na recuperação judicial, como a seguir se transcreve:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL – VARIG RIO GRANDENSE E VARIG LOGÍSTICA SUCESSÃO – A Recuperação Judicial apreciada em outro Juízo, não desloca a competência desta Justiça Especializada para exame dos conflitos advindos das relações oriundas de contrato de trabalho, nos termos do Artigo 114 da Constituição Federal, como também não retira a responsabilidade solidária de ambas as empresas envolvidas naquele processo. Recurso Ordinário a que se nega provimento.” (TRT 2ª Região – Processo: 20070468197 – Relator: Maria Aparecida Duenhas – 11ª Turma – Acórdão: 20080270551 – Julgamento: 01/04/2008).⁵⁰²

⁵⁰¹ “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE QUE NELA SE CONFIGURE A SUCESSÃO TRABALHISTA. A aquisição de todo um fundo de operações, em ato praticado no curso de processo de recuperação judicial, bem como a continuidade (mesmo que em linhas gerais) das operações empresariais da empresa adquirida revela quadro que, em termos clássicos, representa sucessão empresarial, sucessão esta que (nos termos do art. 448, da Consolidação das Leis do Trabalho) transfere a responsabilidade por débitos trabalhistas ao sucessor (quer a parte obreira tivesse ou não trabalhado diretamente para ele). O § 2º, do art. 141, da Lei n. 11.101/05 não é vedação legal absoluta à transmissão de responsabilidade trabalhista àquele que adquiriria uma determinada empresa em processo regido pela referida Lei. Tal norma se acha no cap. V da mencionada Lei, o qual regula somente a falência, e não a recuperação judicial. No que tange à recuperação judicial, a norma que disciplina a transmissão de responsabilidades é o art. 60 da mesma Lei. E este, por sua vez, fala na não transmissão de responsabilidade pelas obrigações em geral e pelas obrigações tributárias, deixando em aberto a possibilidade de que a transmissão de responsabilidade trabalhista se faça presente já que arrimada em norma específica não derogável (salvo expressamente, o que não é o caso) por normas gerais (Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região – 3ª Turma – Processo: 008492006010018000-Acórdão: 00849-2006-018 – Juiz Relator: Paulo Henrique Blair). No mesmo sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo: 02771-2007-658-09-00-3. Acórdão: 39912-2008. 4ª Turma. Relator: Luiz Celso Napp. DJPR 14-11-2008; Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – 6ª Turma Processo: 20070948768 Relator: Rafael E. Pugliese Ribeiro – Acórdão: 20080431270 – Data Julg.: 19/05/2008; Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – 4ª Turma – Processo: 20080451033 – Relator: Carlos Roberto Husek Ac.: 20080657146 – 4ª Turma – Data Julg.: 05.08.2008

⁵⁰² Também nesse sentido, reconhecendo a sucessão de empregadores na recuperação judicial: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Proc.: 00843-2006-021-10-00-6 – 1ª Turma – Rel. Juiz Ricardo Alencar Machado – Julgado em 05/12/2007; Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Processo: 01064-2006-020-10-00-1, Rel. Juíza Elaine Machado Vasconcelos – Julgado em: 27.06.2007; Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo 02622-2007-658-09-00-4. Acórdão: 29313-2008 – 1ª Turma. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. DJPR 22-08-2008; Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Processo: 02093-2007-663-09-00-4. Acórdão: 35336-2008 – 5ª Turma. Relator: Arion Mazurkevic. DJPR 10-10-2008; Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo: 15181-2007-002-09-00-7. Acórdão 41022-2008 – 1ª Turma Relator: Janete do Amarante. DJPR 21-11-2008.

Ademais, sequer a questão quanto à competência para determinar a existência ou não de sucessão trabalhista é objeto de consenso.⁵⁰³ Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem consolidado posição no sentido de caber ao juízo concursal determinar qualquer procedimento de alienação forçada de ativos ou procedimentos de execução de dívidas do devedor em recuperação judicial ou falência. Tal posicionamento justifica-se no objetivo de preservação do valor dos ativos e da viabilidade econômica da empresa, enquanto unidade orgânica.⁵⁰⁴

Por fim, há os que afirmam que se mantida a interpretação pela existência de sucessão trabalhista na recuperação judicial, esta restaria inviabilizada, pois poderia se concluir que a falência seria mais vantajosa.⁵⁰⁵ Todavia, ignoram as diferenças fundamentais entre a

⁵⁰³ Se na falência, uma vez determinado o crédito pela justiça do trabalho, seria do juízo falimentar a competência para executá-lo (GONTIJO, Vinícius José Marques. *op. cit.*, p. 229), conforme já confirmou a jurisprudência mais autorizada (STF, CComp. 7.116-81/SP, Pleno - Julgamento: 07.08.2002 – v.u. – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 23.08.2002, p. 70; STF, AgRg, no AgIn 584049-1/RJ, 2ª Turma, Julgamento: 08.08.2006 – v.u. – Rel. Min. Eros Grau, DJ 01.09.2006; TST – RR 718.888/2000. 3ª Turma. Julgamento: 04.08.2004. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; STJ. AgRg no CComp 46928/SP. 2ª Seção. Julgamento: 28.09.2005. Rel. Min. Castro Filho. DJ: 13.10.2005, p. 139), na recuperação judicial sequer a questão referente à competência para reconhecer a sucessão trabalhista é pacífica, porém o Superior Tribunal de Justiça caminha para consolidar orientação de ela ser do Juízo Concursal (AGRg na Reclamação n. 2.327/RJ (2006/0243006-3) – Rel. Ari Pargendler – 28.02.2007 – referente ao CC 61.272/RJ).

⁵⁰⁴ Essa foi a argumentação do Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, ao conceder liminar no conflito de competência nº 98.415/PE (“4. Verifica-se, de imediato, que o prosseguimento das ações trabalhistas e a constrição de bens da Suscitante pode inviabilizar o plano de recuperação da empresa apresentado em juízo e que se encontra em discussão entre as partes interessadas, como restou bem demonstrado na decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo de Santo Agostinho, que, por isso, é o competente para o caso. 5. – Desta forma, *ad cautelam*, deve ser preservada a continuidade das atividades da empresa suscitante e, assim, o interesse da coletividade dos credores conforme a diretriz traçada pela Lei n. 11.101/2005.” STJ – CC 98.415/PE (2008/0200139-0) – Relator: Min. Sidnei Beneti – 2.09.2008). Também nesse sentido as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: Liminar concedida no CC n. 73.076/RJ (2006/0248023-6) – Relator Ari Pargendler -10.11.2006; CC n. 73.380/SP – 2006/0249940-3 – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – 16.11.2006; CC n. 61.272/RJ – 2006/0077383-7 – Rel. Min. Ari Pargendler -9/11/2006.

Por outro lado, a Justiça do Trabalho tem se dividido quanto a essa matéria. As seguintes decisões reconheceram a incompetência da Justiça do Trabalho: “Esta Justiça Especializada não detém competência para proceder à execução dos créditos decorrentes de suas sentenças em desfavor da massa falida, cabendo tal prerrogativa ao juízo falimentar.” (TST – E-RR – 159/2002-191-18-00 – SBDI-1 – Relator: Maria de Assis Calsing – Decisão unânime – 7.12.2007). No mesmo sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Processo: 00270-2007-104-03-00-2 AP – 5ª Turma – Relator: Des. José Murilo de Moraes – 23.02.2008 e Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – Processo n. 00773/2005-007-24-00-2-AP.2 – Relator: Desembargador Marcio Vasques Thibau de Almeida – 4.05.2007. Em sentido contrário, o Tribunal Regional do Trabalho determinou o prosseguimento da execução trabalhista, mesmo após a falência do devedor, conforme indica o seguinte acórdão: “Mesmo após a promulgação da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, continua em pleno vigor o artigo 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual manda aplicar à execução trabalhista, subsidiariamente, as regras da Lei n. 6.830/80 (Lei dos Executivos Fiscais), que exclui a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública do concurso de credores ou habilitação em falência.” (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Proc.: MS – 10217-2006-000-02-00-0 – SDI – Ac. 2007048017 – Rel. Vania Paranhos – 26.11.2007).

⁵⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit.*, p. 297. Em sentido semelhante tem-se a conclusão apresentada por Marcelo Papaléo de Souza (SOUZA, Marcelo Papaléo, *A nova (...)*, p. 195). Por outro lado, a Desembargadora Aurora de Oliveira Coentro afirma que a lógica econômica levaria à conclusão oposta, pois

recuperação judicial e a falência. Em especial, deixam de considerar a alteração axiológica ocorrida em relação à falência, que não mais constitui meio de arrecadação e liquidação de ativos, mas mecanismo final de busca da manutenção da empresa, enquanto atividade, mesmo após o desapossamento do devedor. Tal mudança justifica inclusive a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados que acompanharem o estabelecimento alienado, em relação aos quais se iniciará – fictamente – novo contrato, tendo em vista o interesse social na manutenção da empresa.

Na recuperação judicial, o devedor permanece à frente de seu negócio, sendo interessado direto na recuperação da empresa, pois elidirá a falência e seu conseqüente desapossamento e mesmo o estigma que acompanha esse procedimento.

A interpretação proposta não apenas ignora tais alterações como também poderia corroborar a utilização da recuperação para empresas inviáveis, ou ainda, como meio de liquidação controlada de ativos. Esta alternativa encontraria substanciais obstáculos na legislação vigente, pois o objetivo da recuperação judicial – nos termos do artigo 47, da Lei n. 11.101/2005 – é a recuperação da empresa em crise, razão pela qual exige a manutenção de atividade – enquanto núcleo do empreendimento – ainda que reestruturada e desvinculada de elementos acessórios.⁵⁰⁶

Nos termos do próprio artigo 60, da Lei 11.101/2005, o qual autoriza a venda de filiais ou unidades produtivas isoladas no bojo do plano de recuperação, menciona-se a alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas, e não a efetiva liquidação da atividade ou de todos os estabelecimentos.

a sucessão trabalhista na venda judicial privilegiaria a empresa em recuperação e encontrar-se-ia plenamente alinhada com a lógica econômica, conforme se infere da ementa a seguir: “O reconhecimento da sucessão trabalhista, no caso dos autos, reforça o objetivo assente no art. 47 da LRE e vai ao encontro da lógica econômica, social e jurídica, segundo a qual o grupo que adquiriu a unidade produtiva se responsabiliza pelos créditos trabalhistas, sobretudo, daqueles empregados que foram dispensados, enquanto à sucedida, exatamente por isso, é permitida certa folga para quitar os débitos com os demais credores, inclusive, os de natureza tributária.” (Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Proc.: 00157-2006-075-01-00-6 – Relatora: Desembargadora Aurora de Oliveira Coentro – 2ª Turma – Julgamento: 12.09.2007 – DORJ DE 01-10-2007). Em que pese a argumentação apresentada, cabe verificar que no caso mencionado a alienação de parcela dos ativos da devedora apenas ocorreu em virtude da declaração expressa do juízo especializado quanto à inexistência de sucessão trabalhista, condição considerada para a formação do preço pago.

⁵⁰⁶ Nas palavras de Rachel Sztajn: “dada a premissa de viabilidade da continuação da atividade sob mesma ou outra forma de organização.”(SZTAJN, Rachel. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. (...), p. 217).

Tal limitação harmoniza-se com a finalidade da recuperação judicial, mecanismo de socorro ao empresário cuja atividade atravessa efetiva crise econômica, porém cuja viabilidade pretende-se que retornará mediante ajustes, mesmo que significativos, em sua estrutura produtiva. De forma contrária, não teria amparo na legislação vigente a aprovação de plano de recuperação judicial cujo intuito é eminentemente liquidatório. Tal interpretação afastar-se-ia dos objetivos propostos pela legislação e, mais ainda, configurar-se-ia como efetiva fraude ao delicado balanço de valores consubstanciado na determinação da ordem preferencial de credores na falência, prevista no artigo 83, da Lei 11.101/2005, em especial em relação aos créditos tributários.

Contudo, corretas as decisões judiciais afastando a necessidade de apresentação de certidões negativas de débitos tributários para processamento do pedido de recuperação judicial, decorrentes da mora legislativa em regulamentar programas de parcelamento de débitos tributários para empresas em crise.⁵⁰⁷ Assim, sem a restrição quanto à manutenção da atividade principal da empresa após a aprovação do plano de recuperação, seria possível alienar parcela significativa – senão a totalidade – dos ativos e unidades produtivas com valor econômico, restringindo a empresa em recuperação a verdadeira estrutura burocrática e não produtiva, em completo descompasso com o objetivo da lei.⁵⁰⁸

Ao se recorrer aos mecanismos de interpretação inerentes à ciência jurídica, a fim de harmonizar a antinomia aparente existente entre o artigo 60, da Lei 11.101/2005 e os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se também mais um elemento contrário à referida prática.

Como visto, a sucessão de empregadores encontra seu fundamento na despersonalização da empresa como forma de garantia do crédito alimentar dos trabalhadores e da continuidade

⁵⁰⁷ “Recuperação judicial - Certidões negativas de débitos tributários (Art. 57 da Lei n. 10.101/05) Inadmissibilidade - Exigência abusiva e inócua – Meio coercitivo de cobrança - Necessidade de se aguardar, para o cumprimento do disposto no art. 57, a legislação específica a que faz referência o art. 68 da Nova Lei, a respeito de parcelamento de crédito da Fazenda Pública e do INSS.” (Tribunal de Justiça de São Paulo - Seção de Direito Privado - Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais - Agravo de Instrumento n. 456.393.4/8 – Ac. n. 01155552 - Voto n. 12.194 – Relator: Des. Romeu Ricupero – 22.11.2006). No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo - Seção de Direito Privado - Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais - Agravo de Instrumento n. 439.602.4/9-00 – Ac. n. 01198967 - Voto n. 12.194 – Relator: Des. Pereira Calças – 19.01.2007.

⁵⁰⁸ Seguindo esse raciocínio, *in abstracto*, seria possível utilizar o mecanismo da recuperação judicial para promover efetiva liquidação controlada de ativos, burlando-se a ordem preferencial de créditos aplicável na falência e resguardando interesses do empresário ou de empresas coligadas em relação às dívidas da empresa em recuperação judicial.

do contrato de trabalho, ultimando os princípios constitucionais da valorização do trabalho, da função social da empresa e da busca pelo pleno emprego.

A Lei 11.101/2005 buscou harmonizar tais princípios no bojo do sistema concursal, alterando o paradigma axiológico então vigente nesse sistema e na falência, reconhecendo-a como meio de saneamento da empresa e promoção da manutenção de sua atividade. Ou seja, passou a caracterizá-la como mecanismo último de recuperação da empresa – enquanto atividade organizada.

Seguindo esse novo paradigma, os mecanismos de recuperação propostos consistem em efetiva progressão, de acordo com a complexidade da crise pela qual passa a empresa: dos acordos privados, às formas de recuperação extrajudicial e judicial, e, finalmente, à falência, com o desapossamento do devedor e alienação dos ativos de maneira global ou das unidades produtivas separadamente.

Apenas na alienação dos ativos individualmente na falência o sistema reconhece a impossibilidade de recuperação da viabilidade econômica da atividade até então desenvolvida, sendo assim restrita àquelas situações extremas, em que o mercado – representado pelos credores em assembléia – reconhece que a solução menos custosa é a simples liquidação.

Considerando essa orientação, justifica-se, como já mencionado, a ausência de sucessão de empregadores na alienação conjunta de unidades produtivas na falência, pois nessa hipótese busca-se a manutenção da atividade e dos empregos – ainda que parcialmente – sendo, portanto, proporcional a restrição imposta aos trabalhadores. Nessa hipótese os princípios da valorização do trabalho, busca do pleno emprego e promoção da função social da sociedade impõem a limitação de direitos patrimoniais individuais dos credores trabalhistas, sendo proporcional, adequada e razoável tal limitação. Nesse sentido também caminhou a orientação expressa na União Européia – conforme já mencionado – cujas Diretivas sobre o tema afastam a sucessão de empregadores na hipótese de falência ou procedimento de liquidação supervisionada dos ativos do devedor.

Já na recuperação judicial a interpretação deve considerar a permanência do empresário na titularidade da empresa e – salvo na hipótese do artigo 64, da Lei n. 11.101/2005 – também

em sua administração. Não por outra razão inexistia previsão de destinação específica dos valores pagos em virtude da alienação de estabelecimentos na recuperação judicial.

Nem se alegue que a obrigação para o pagamento dos débitos trabalhistas em até um ano importaria tal limitação ao plano, pois (i) os credores trabalhistas podem pleitear seus débitos até dois anos após a rescisão do contrato ou em até cinco anos durante sua vigência, ou seja, prazo bastante superior período em que o plano deve ser aprovado; e (ii) caso o plano de recuperação não preveja alteração na forma legal de pagamento dos créditos trabalhistas, seus titulares não teriam direito a voto, nos termos do artigo 45, §3º, da Lei n. 11.101/2005.⁵⁰⁹

Por outro lado, permanecendo a atividade do devedor e sendo sua administração diligentemente acompanhada pelos credores e pelo administrador judicial, a alienação de unidades produtivas isoladas não resultaria na sucessão do adquirente em relação à totalidade das dívidas da empresa em recuperação.

Pelo contrário, ocorrendo alienação judicial de estruturas isoladas, apenas em relação aos empregados que acompanhassem tais unidades se daria a sucessão de empregadores, nos termos dos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para tanto, o disposto no parágrafo único do artigo 60, da Lei n. 11.101/2005, alcançaria seu pleno significado ao determinar que o adquirente não sucederia o devedor em suas obrigações, ressalvadas aquelas decorrentes dos contratos de trabalho mantidos. Por outro lado, não caberia ao adquirente responder por qualquer débito de empregados que não acompanhassem o estabelecimento ou ainda ex-empregados do vendedor, pois esse manteria sua situação patrimonial anterior, apenas transformando ativos imobilizados em capital.

Ademais, nem se alegue que a referida sucessão afastaria eventuais interessados na aquisição, pois cabe verificar que ela apenas se apresentará como contraface do valor intrínseco correspondente à manutenção de empregados já detentores da tecnologia para desenvolver a atividade de tais unidades produtivas.

⁵⁰⁹ Nesse sentido, com exceção de verbas rescisórias incontroversas – cuja natureza sequer importaria dificuldade a eventual comprador de quantificar – os débitos trabalhistas usualmente referem-se a processos judiciais – cujo lapso temporal necessário para execução é significativo. Assim, na hipótese de o plano prever o pagamento imediato das verbas incontroversas e dos demais créditos conforme a lei – ou seja, no curso de execução judicial definitiva perante a Justiça do Trabalho – os credores trabalhistas sequer votariam na aprovação ou rejeição do plano de recuperação.

Do mesmo modo não teria sustentação a alegação de que tal prática promoveria o desemprego, pois caso empregados não acompanhem a referida unidade isolada, tal alienação consistiria em simples venda de ativos, e em relação à qual sequer ocorre a sucessão trabalhista.

Por fim, a harmonização dos princípios constitucionais afetados pela referida interpretação apresenta-se proporcional, adequada e necessária. Buscar-se-á a promoção da livre iniciativa; restará valorizado o trabalho – inclusive como ativo imaterial das unidades alienadas; o devedor permanecerá como titular dos riscos decorrentes de sua atividade. Mais ainda, nessa interpretação os empregados restarão valorizados, enquanto parcela significativa do *know-how* da empresa e do processo produtivo, passando-se a integrar a manutenção de seus contratos de trabalho no próprio valor econômico do estabelecimento, incrementando-o.⁵¹⁰

⁵¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Aspectos laborais da insolvência (...)”, p. 148.

CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho permanece influenciado pelo objeto de seu estudo, sujeito a condicionamentos econômicos, políticos, culturais e sociais, obrigando-o a recompor-se continuamente. Tal qual ocorreu após a primeira Revolução Industrial, os institutos atualmente previstos no ordenamento jurídico para regular as relação de trabalho são insuficientes frente às relações atuais, afetando sua eficácia e retornando o sistema à condição de crise.

Diante dessa realidade, cumpre ao intérprete combater a inflexão da orientação tradicional do Direito do Trabalho, superando os obstáculos decorrentes desse momento de instabilidade, sem ignorar a função primordial de promover a melhoria das condições dos trabalhadores e equiparar juridicamente partes desiguais.

As alterações do sistema produtivo já haviam sido identificadas na década de 1970, em estudos promovidos pela União Européia promovendo a regulação diferenciada de novas formas de trabalho, a fim de estender a tais trabalhadores garantias condizentes com seus graus de dependência. O legislador brasileiro, porém, encastelou-se nos paradigmas inerentes às relações decorrentes do modelo fordista-taylorista de produção, hegemônicas na metade do século passado.

O Direito do Trabalho no Brasil permanece, assim, arraigado ao trabalho subordinado, prestado pelo empregado ao empregador, e contraposto ao trabalho autônomo, regulado pelo Direito Privado.

Em virtude da natureza peculiar desse ramo, é possível identificar em seu âmago elementos suficientes para promover sua revitalização. A busca pela manutenção do emprego, evidenciada no princípio da continuidade da relação de trabalho; a ponderação à aceitação quanto a alteração de condições contratuais, ainda que *in pejus*, como forma de manutenção da atividade desde que por meio de negociação coletiva indicam a orientação a ser seguida nas soluções de tais questões. Mais ainda, essas características apontam para a importância da preservação da empresa também no âmbito do Direito do Trabalho.

Sem prejuízo da responsabilização do empregador pelo risco econômico inerente à atividade empresarial, o Direito do Trabalho não ignorou a importância fundamental da empresa. A despersonificação do empregador e conseqüente personificação da empresa – enquanto atividade – apresentam-se como elemento de vinculação do empregado à atividade, não apenas ao seu titular. Tal doutrina encontra amparo no Direito do Trabalho, por sua capacidade de harmonizar o fenômeno econômico-social verificado na realidade.

O empregado da grande empresa, no mais das vezes, sequer é capaz de identificar o proprietário da empresa, inclusive porque pode encontrar-se totalmente disperso, como ocorre nas sociedades por ações. A empresa, por seu lado, se libertou dos moldes rígidos impostos pelo Direito Privado para caracterizar-se – perante o Direito do Trabalho – como o fenômeno poliédrico que se apresenta na realidade, sendo reconhecida por ele em sua dimensão mais ampla.

Por conseqüência, personificação da empresa – enquanto empregadora – configura-se como verdadeiro elemento de promoção da continuidade dos contratos de trabalho, o qual permanece nas transferências pelas quais a empresa moderna passa durante seu desenvolvimento.

Se a referida sucessão é amplamente aceita nas transferências em geral – tanto no Brasil quanto nos ordenamentos estrangeiros – encontra maiores obstáculos quando busca impor-se nos procedimentos concursais modernos. Nesse particular, tal qual ocorre no Direito do Trabalho, as alterações no ambiente econômico e organizacional não deixaram de influenciar a reforma do Direito Concursal e de seus paradigmas históricos.

Desde suas origens esse ramo buscou – por meio da *par conditio creditorum* – restringir os efeitos deletérios da insolvência mercantil, estabelecendo meios coletivos de execução e liquidação dos bens de devedores insolventes e retirando do mercado devedores inábeis. Desde o século passado, porém, tal objetivo vem cedendo espaço para a busca da recuperação da empresa, agora reconhecida como núcleo de um feixe de interesses superior àqueles dos credores e do devedor.

Se os Estados Unidos da América identificaram tal situação na insolvência das companhias ferroviárias já no início do século XX, o legislador europeu apenas caminhou para essa direção ao final da década de 1960. Desde então, constantes reformas foram promovidas – em especial nas últimas duas décadas – ajustando os instrumentos previstos em tais ordenamentos e incorporando medidas testadas por outros países.

A modificação do eixo axiológico desse ramo jurídico, iniciada nos Estados Unidos e levada à Europa pela França, difundiu-se por outros ordenamentos, revisando os próprios fundamentos dos procedimentos de insolvência. Superou-se orientação vinculada ao dualismo entre moratória e liquidação de ativos, oferecendo-se, às empresas em crise, instrumentos gradativamente mais complexos, objetivando a recuperação da viabilidade econômica das atividades desenvolvidas e a célere liquidação de empresas economicamente inviáveis.

As soluções alternam-se, de país a país, buscando permitir a reestruturação das atividades e preservação dos interesses coletivos a elas vinculados. Tais soluções encontram, na participação ativa dos credores, o elemento fundamental para a avaliação da viabilidade do negócio e valoração dos resultados a serem obtidos com a reestruturação de suas operações.

Apesar da letargia do legislador brasileiro, em 2005 foi promulgada a Lei n. 11.101, oxigenando o defasado sistema concursal pátrio. A nova lei incorporou diversos instrumentos testados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, alterando de maneira significativa a atuação de todos aqueles envolvidos na lides concursais no país.

Os credores foram eleitos como elemento nuclear dos procedimentos de recuperação de empresas e manutenção da atividade, enquanto o Estado – na figura do juiz – deixou de figurar como força motriz para resguardar-se enquanto fiscal da lei e orientador das partes.

No novo sistema, os credores trabalhistas não foram ignorados. Pelo contrário, reconhecidos não apenas como tendo interesse patrimonial no adimplemento de seus créditos, participam da recuperação judicial em classe específica. Em virtude de suas peculiaridades, têm privilégios quanto ao fórum de apuração de seus créditos; prosseguimento de ações em curso, até a liquidação; forma de votação e representação em

assembléia; pagamento de seus créditos; recebimento antecipado na falência; e eleição de representantes para o Comitê de Credores, entre outros. Mais ainda, diversas alternativas indicadas pelo legislador como formas de recuperação da empresa envolvem diretamente os empregados e os sindicatos, reconhecendo a necessidade de participação de todos os atores sociais para solucionar crises agudas, em especial em grandes empreendimentos.

Atualmente, não é exagero verificar que a preservação das empresas viáveis permanece como princípio fundamental do Direito Concursal. Mesmo nos países em que o legislador determinou como objetivo da falência a forma mais eficaz de pagamento dos credores, tal princípio permanece em vigor, porém o legislador delegou ao mercado – por meio da precificação dos ativos em conjunto ou unitariamente – a identificação das empresas que devem ser preservadas, como se verifica nos países ibéricos.

Nesse cenário, reascende-se o debate quanto à aplicação das normas referentes à sucessão de empregadores nos procedimentos de recuperação de empresas em crise. No exterior, em que pese a orientação pela não aplicação da sucessão de empregadores nos procedimentos de falência ou liquidação de ativos ser majoritária, o mesmo não ocorre em relação aos procedimentos de reestruturação de empresas sem vistas à liquidação. Não é outra a conclusão exposta pela regulamentação da União Européia.

Nos Estados Unidos, em que pese haver previsão expressa de que inexistirá sucessão de empregadores, não são raras decisões do *National Labor Relations Board* reconhecendo a responsabilidade de adquirentes de unidades produtivas em decorrências de planos de reestruturação. A Corte Européia vem amadurecendo seu entendimento quanto à questão, reiteradamente analisando a aplicabilidade de sua Diretiva referente à proteção dos empregados na insolvência do empregador quando confrontada com a Diretiva prevendo garantia aos trabalhadores nas transferências de unidades produtivas. A necessidade de harmonizar ambas as determinações levou a referida Corte a traçar os procedimentos com caráter liquidatório como linha divisória da garantia dos direitos dos empregados a condições de trabalho. Tal interpretação permite o efetivo sopesamento dos princípios envolvidos, bem como dos interesses sociais vinculados à manutenção das empresas.

O legislador brasileiro, porém, não reconheceu essa peculiaridade ao promulgar o texto da Lei n. 11.101/2005. Se a diferença de redação entre o parágrafo único, do artigo 60, e o

inciso II, do artigo 141, do referido diploma, permitem conjecturar sobre possível limitação à sucessão de empregadores à falência, a complexidade dos interesses envolvidos exigiam posicionamento mais claro. Mais ainda, ao contrário das alterações promovidas no Código Tributário Nacional, o legislador deixou de alterar os artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, para explicitar os limites à sucessão decorrentes do novo modelo de recuperação de empresas em crise.

Deparando-se com tal situação, cabe ao intérprete buscar no próprio ordenamento jurídico elementos para a resolução desse conflito. Após a promulgação da Lei n. 11.101/2005, a legislação concursal brasileira passou a eleger como objetivo precípua a preservação das atividades econômicas viáveis.

Nesse contexto, a falência perdeu sua característica de liquidação de ativos para abraçar a preservação da empresa, mesmo com a desvinculação do seu proprietário, enquanto na recuperação judicial o empreendedor não assume todos os encargos decorrentes da álea do negócio. Pelo contrário, a legislação busca oferecer-lhe mecanismos para reestruturar a organização produtiva, mantendo o núcleo da atividade desenvolvida – ainda que ajustada ao plano de reorganização proposto. Dessa forma, a recuperação judicial consiste em remédio para crises graves, porém cuja solução pressupõe a manutenção da empresa e da atividade, não necessariamente impondo o desapossamento do devedor. Tal situação contrapõe-se à falência, a qual se apresenta como última forma de o legislador preservar a atividade econômica, mesmo após a liquidação da empresa.

Portanto, as diferenças fundamentais vinculadas a cada um desses institutos e, em especial, a gravidade da ameaça à manutenção da atividade produtiva e conseqüente preocupação quanto à preservação dos empregos e dos bens imateriais, justificam como adequada, necessária e proporcional a previsão de ausência de sucessão trabalhista na alienação de unidades produtivas na falência.

Em relação à referida alienação no âmbito do plano de recuperação judicial, a gravidade da crise enfrentada e a própria identificação dos empregados transferidos juntamente com a unidade adquirida impede que seja dada interpretação ao artigo 60, da Lei n. 11.101/2005, contrária à ocorrência da sucessão de empregadores. Corroborando essa interpretação, a lei não menciona a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados vinculados à unidade

produtiva – reforçando a aplicação integral do princípio da continuidade dos contratos de trabalho.

Sem prejuízo, não se poderia aceitar a determinação de responsabilidade do adquirente de tais unidades em relação à totalidade do passivo trabalhista do devedor, ou ainda, pela parcela referente aos contratos de trabalho anteriores à transferência. Nesse sentido, tratando-se de alienação em hasta pública, cujo objetivo é a recuperação da empresa e em relação a qual todos os credores podem se manifestar, não se poderia equiparar as responsabilidades do adquirente com aquelas assumidas na hipótese de alienação total da empresa ou mesmo aquisição fraudulenta de unidades produtivas sem qualquer supervisão judicial.

Em suma, nos termos do artigo 60, da Lei n. 11.101/2005, o adquirente de unidades produtivas, alienadas no bojo de procedimentos de recuperação judicial, assume a posição jurídica do devedor nos contratos de trabalho dos empregados vinculados às referidas unidades, obrigando-se a manter as condições de trabalho previamente acordadas e satisfazer eventuais créditos não adimplidos. Por outro lado, nos termos do artigo 141, da Lei n. 11.101/2005, inexistirá sucessão de empregadores em relação aos empregados de unidades produtivas alienadas na liquidação de ativos do falido, firmando-se novo contrato de trabalho entre o adquirente e os empregados.

BIBLIOGRAFIA

ABRAÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Leud, 2. ed. 1998.

ALBIOL Montesio, Montesinos, Ignacio RUIZ, Luis Miguel Camps *et al.*, *Derecho do Trabajo: Fuentes y contrato individual*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. “A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana.” *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, V. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Os direitos trabalhistas na falência e concordata do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. ALMEIDA, André Luiz Paes de. “A sucessão trabalhista na recuperação judicial”. *In: Revista LTr*. V. 71, n. 04, São Paulo: LTr, abril de 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. CUNHA, Sólton de Almeida. “Os direitos trabalhistas na recuperação judicial e na falência do empregador.” *In: Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr

ALMEIDA, Ísis. *Curso de legislação do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1982.

APPAY, Beatrice. “Il Caso Francese”. *In: TURSILLI, Antonio. Il ‘nuovo’ nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori. 2006.

ARAÚJO, Cristiano Paixão, PAIXÃO, Marco Antônio Paixão. *Coletânea de Jurisprudência Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Notadez, 1999.

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALARÓ, Carlos Carmelo. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BALLESTEROS, Jesús. “Los Derechos de Los Nuevos Pobres.” In: *Derechos Humanos*. Madri: Tecnos, 1992.

BAIRD, Douglas G. *Elements of Bankruptcy*. 4. ed. Nova Iorque: Foundation, 2006.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências (Doutrina, Legislação, Jurisprudência)*, São Paulo: LTr, 1991.

BAUER, Alison D. GRAY JR., William F. “Turning Lemons into Lemonade – Buying Distressed Assets Under Section 363 of the U.S. Bankruptcy Code.” In: *The Secured Lender*, n. 63, ABI/INFORM Global, 2007.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para Armar*. São Paulo: LTr, 1999.

BELMONTE, Alexandre Agra. “A responsabilidade da empresa por sucessão e suas exceções”. In: *Suplemento Trabalhista LTr*, ano 44, v. 111, São Paulo: LTr, 2008.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Os impactos da integração Econômica no Direito do Trabalho – Globalização e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada: Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, comentários artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BIAGI, Marco. *Instituzione di diritto del lavoro*. 2. ed. Paris: Giuffrè, 2003.

BLANPAIN, Roger (editor). “Corporate Restructuring and the Role of Labour Law”. In: *Bulletin of comparative Labour Relations*, v. 47, Haia: Kluwer Law International, 2003.

_____. “Employee Rights in Bankruptcy – a Comparative-law assessment”. In: *Bulletin of comparative Labour Relation*, v. 46, Haia: Kluwer Law International, 2002.

BLUMBERG, Phillip I. “The Continuity of the Enterprise Doctrine: Corporate Successorship in United States Law”. In: *Florida Journal of International Law*, v. 10, primavera/verão de 1996. Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).

BOBBIO, Norberto, et. al.. *Dicionário de Política*. 6. ed. Brasília: UnB, 1994.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUZAID, Alfredo. *Do concurso de Credores no Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1952

CAIFA, Antonio. COSIO, Roberto. *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro. La Reforma Fallimentare n. 7*. Roma: IPSOA, 2008.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMUSI, Maria Pia. “La domanda di lavoro non standard.” In: TURSILLI, Antonio (Coord). *Il ‘nuovo’ nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARMELYNCK, Guillaume Hubert. *Traité de droit du travail: contrat de travail*, Paris: Dalloz, 1968.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. “Algumas Considerações Sobre a Empresa e o Direito do Trabalho no Novo Código do Trabalho”. In: *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra / Centro de Estudos Judiciários, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

CASTELO, Jorge Pinheiro. “A nova lei de falências: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?”. In: *Revista Ltr*, v. 68, n. 8, agosto de 2004, São Paulo: LTr.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. “Uma nova visão do direito Falimentar. A obrigatoriedade de adequação e interpretação à luz da Constituição Federal”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 39 (nova série), v. 118, São Paulo: Malheiros, 2000.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2. ed. v.1, São Paulo: Saraiva, 1981.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*, 5. ed. v. 2, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.

CEZNE, Andrea Nárriman. “A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 52, jul./set. 2005.

COHEN, Ezra H. “Successor liability in Section 363 Sales”. In: NORTON JR., William L. (org). *2004 Annual Survey of Bankruptcy Law*. Nova Iorque: Thompson West, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito comercial. De acordo com a nova lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COLE, Marcus. “Fifteenth Annual Corporate Law Symposium: Corporate Bankruptcy In The New Millennium: Limiting Liability Through Bankruptcy”. In: *University of Cincinnati Law Review*, n. 70, Cincinnati: University of Cincinnati, 2002 (70 U. Cin. L. Rev. 1245). Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em junho/2007).

COLMEIRO, Manuel. *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999*. Edição digital baseada na edição de Madri: Rivadeneyra, 1884. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/95791734217821695203346/p0000010.htm>>. (Acesso em novembro/2008).

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORRADO, Alessandro. CORRADO, Diego. *I rapport di lavoro nel fallimento*. Torino: Padova, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho, vol. 1: teoria*. São Paulo: LTr, 2007.

COTRIM NETO, A. B.. *Contrato e Relação de Emprego*. Coleção de Direito do Trabalho – LACERDA, Dorval (coord.). MORAIS FILHO, Evaristo de (coord.), v. 6. São Paulo: Max Limonad, 1944.

CRUZ, Claudia Ferreira. *A declaração sociolaboral do Mercosul e os direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: FADUSP, 2001.

CUEVA, Mario de La. *Derecho Mexicano Del Trabajo*, 5. ed. México: Porrúa, 1960.

DÄUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo* – Trad. Maria Paz Acero Serna y Pio Acero López. Madri: Centro de Publicaciones – Ministério del Trabajo y Seguridad Social, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2000.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*, 7. ed. São Paulo: LTr, 2008

_____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

DEAKIN, Simon. MORRIS, Gillian S. *Labour Law*. 4. ed., Oxford: Hart, 2005.

DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2004.

EDWARDS, Paul. “Il ristrutturato mercato del lavoro inglese”. In: TURSILLI, Antonio. *Il ‘nuovo’ nel mercato del lavoro*. Roma: Sapere 2000/Associazione Nuovi Lavori. 2006.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Leis da Insolvência e da Recuperação das Empresas*. 3.ed., Lisboa: Almedina, 2005.

FARIA, Antonio Bento de. *Direito Comercial*, Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1947.

FARIA, Soares. *Da concordata preventiva da falência*, São Paulo: Saraiva, 1932.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Os créditos trabalhistas e a nova lei de falências (projeto de lei n. 4.376-b/93)*. Disponível em <<http://www.anamatra.org.br>>. (Acesso em julho/2007).

FERES, Marcelo Andrade. “Constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela nova lei de falências ao privilégio dos créditos trabalhistas.” In: *Revista da Advocacia Geral da União*, versão virtual, ano VI, 2006, p. 2. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VI_abril_2006/ArtigoledalenciasMarcelo.pdf. (Acesso em dezembro/2008).

FERNANDEZ, Luis Carvalho. “Repercussões da falência na cessação do contrato de trabalho.” In: *Estudos do Instituto de Direito de Trabalho*, v. 1, MARTINEZ, Pedro Romano Martinez.(coord.). Coimbra: Almedina, 2001.

FISCHEL, Daniel R. “Labor Markets and Labor Law Compared with Capital Markets and Corporate Law”. In: *University of Chicago Law Review* (51 U. Chi. L. rev. 1061), 1984. Disponível em <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. “Alienação de empresa na falência e sucessão tributária”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 42 (nova série), v. 132, São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação de Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRANKS, Julian R. TOUROUS, Walter N. “Lessons from a comparison of U.S. and U.K. Insolvency codes”. In: BHANDARI, Jagdeep S.; WEISS, Lawrence A. (org.). *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*. Cambridge: Cambridge, 2005.

FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano: Uma breve história do século XXI*. (Tradução de Cristiana Serra e S. Duarte). Rio de Janeiro: Objetiva, 2005

GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 1994.

GHIDINI, Mario. *Lineamenti dei Diritto Dell’Impresa*. Milão: Giuffrè, 1978.

GIGLIO, Wagner. “Considerações sumárias sobre a sucessão trabalhista e a despersonalização do empregador”. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, Volume II, n. 2/2006, 2ª Quinzena de janeiro de 2006, São Paulo: IOB Thompson, 2006.

GINES, Ariadna Cambroner. “The new Spanish Insolvency Legislation (22/2003 insolvency act of 9 July)”. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. “O significado de declaração de princípios e direitos fundamentais dos trabalhadores na posição da OIT como organização internacional capaz de garantir um conteúdo laboral no processo de globalização”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, v. 119, São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONTIJO, Vinícius José Marques. “Efeitos da falecia do empregador na ação de execução de crédito trabalhista”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, v. 128, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma Publica e Privada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

GRISOLIA, Julio Armando. *Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*. 11. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. “A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘Fórmula do Peso’ de Robert Alexy”. In: *Revista de Processo*, n. 114, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio* (trad. de Vamireh Chacon). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980

_____. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)* (Tradução para o inglês de William Rehg). Cambridge: MIT, 1998.

HAGGARD, Thomas; PULLIAM, Mark S. “Conflicts Between Labor Legislation and Bankruptcy Law”. In: *Labor Relations and Public Policy Series*, n. 30, Pennsylvania: University of Pennsylvania, 1987.

HARAVON, Michael. “French Overhaul Bankruptcy Regime.” In: *American Bankruptcy Institute Journal* (24-8 ABIJ 32), 2005. (Disponível em: <<http://lexisnexis.com>>) (Acesso em dezembro/2007).

HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*. Disponível em: <<http://papers.nber.org>> (Acesso em novembro/2007).

HENNEBELLE, Diane. *Essai sur La notion de salaire*. Marselha: Presses Universitaires D’Aix-Marseille-Puam, 2000.

- INSOL INTERNATIONAL. *Employee entitlements*. Londres: Insol International, 2005.
- IOB-THOMPSON. *Boletim IOB – Manual de Procedimento IR*. n. 45, Nov/2007. São Paulo: IOB Thompson, 2007.
- JACKSON, Thomas. *The logic and limits of bankruptcy law*. Boston: Harvard University, 1986.
- JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail – Manuel*. 5. ed. Paris: L.G.D.J, 1997.
- JEFFERY, Mark. “European Labor Laws Relating to Business Restructuring”. In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 24, n. 4, 2003.
- JEAMMAUD, Antoine. “Droit du Travail 1988: des Retournements, Plus Qu'une Crise.” In: *Droit Social Paris* (7-8), julho/agosto de 1988.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Sucessão trabalhista: privatizações e reestruturação do mercado financeiro*. São Paulo: LTr, 2001.
- KEATING, Daniel. “The Fruits of Labor: Worker Priorities in Bankruptcy.” In: *Arizona Law Review*, v. 35, 1993. Disponível em <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2007).
- KOURY, Suzy Cavalcante. “As repercussões da nova lei de falências no Direito do Trabalho”. In: *Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr.
- LACERDA, Dorval M. de. *O contracto individual de trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1939.
- _____. *A renúncia no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1944.
- LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 13. ed. 1996.
- LACERDA, Nádia Demoliner. “Aquisição de contratos de negócios de empresa privada por empresa pública ou de economia mista – configuração da sucessão trabalhista – efeitos nos contratos de trabalho.” In: *Revista LTr – Suplemento Trabalhista*, ano 43, v. 37, n. 7, São Paulo: LTr, 2007.
- LAMARCA, Antônio. *Curso Expositivo de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, 1972
- LALAGUNA, Paloma Durán y. (Coord.) *Manual de derechos humanos*. Granada: Comares, 1993.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LAZZARINI, Alexandre. “A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução”. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOBO, Jorge. “Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa)”. In: *Revista Forense*, v. 379, São Paulo: Forense, 2005.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

LYON-CAYEN, Antoine; VACARIE, Isabelle. "Droits Fondamentaux et Droit du Travail." In: *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier: Droit Syndical et droits de l'homme*. Paris: Dalloz, 2001.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estevão. *O direito do trabalho na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAGANO, Octávio Bueno. *Lineamentos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1969.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. v. 2, São Paulo: LTr, 1988.

_____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho – Volume II*. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Relação de emprego e direito de trabalho: no contexto da ampliação da competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MALLET, Estevão. *Prática de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

MALOY, Richard H. W. “Comparative Bankruptcy”. In: *Suffolk Transnational Law Review*, v. 24, 2000 (24 Suffolk Transnat'l L. Rev. 1). Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>> (Acesso em outubro/2008).

MANGE, Renato Luiz de Macedo. “Sobre recuperação e falência de empresas no Brasil.” In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 41, n. 127, São Paulo: Malheiros, 2002.

MANNRICH, Nelson. *A retipificação do contrato de trabalho in: A transição do direito trabalho no Brasil* (coord. Amauri Mascaro Nascimento), São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Dispensa Coletiva*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. “Tendências Atuais Relativas ao Âmbito Pessoal do Direito do Trabalho em Portugal, Espanha e Brasil”. In: *Revista de Estudos Laborais Minerva*, série II, n. 1, Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos)*. Lecce: Del Grifo, 2002.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing Bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”. In: *Boston College International and Comparative Law Review*. Boston: Boston College, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código de Trabalho*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. “Alienação na recuperação judicial e sucessão trabalhista”. In: *Revista LTR – Suplemento Trabalhista*, ano 43, v. 98, n. 7, São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARX, Karl. *Textos Econômicos*. (Tradução: Filipe Leandro Martins). Lisboa: Estampa, 1973.

MAZA, Alberto José. LORENTE, Javier Armando. *Créditos laborales em los concursos*. 2. ed, Buenos Aires: Astrea, 2000.

MAZZONI, Giuliano. *Manuale Di Diritto Del Lavoro*. 5. ed. v. 1, Milão:Giufre, 1977.

MEIRELES, Edilton. *Grupo Econômico Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho y Trabajo*. Madri: Civitas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. São Paulo, LTr, 1986.

_____. *Direito do trabalho; páginas de história e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 1982.

_____. *Do contrato de trabalho como Elemento da Empresa*. RJ: Universidade do Brasil, 1957

_____. *Sucessão nas obrigações e a Teoria da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000

MOSSA, Lorenzo. *L'impresa nella ordine Corporativo*. Firenze: G C Sansoni, 1935.

MUNIZ, Murillo César Buck. “Realização do ativo na recuperação judicial ou na falência: consequências relativas aos contratos de trabalho.” *In: Revista de Direito do Trabalho*, n. 131, V. 34, julho/setembro 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

_____. “Falências, Recuperação de Empresas e o contrato de trabalho”. *In: Revista LTr*, v. 69, n. 8, agosto de 2005, São Paulo: LTr.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

NORTON JR. William L. (org.). *2004 Annual Survey of Bankruptcy Law*. Nova Iorque: Thompson West, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Comentários à Nova Lei de Falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

PAIM, Nilton Rangel Barretto. “Uma reflexão sobre a constitucionalidade do art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências”. *In: Revista Forense*, v. 379 - Suplemento, São Paulo: Forense, 2005.

PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PÉLISSIER, Jean. SUPIOT, Alain. JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006.

PERA, Giuseppe. *Compendio di Diritto del Lavoro*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2003

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

_____. *A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar*. Tese de Doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006.

_____. “A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei n. 11.101/2005). Uma abordagem zetética.” *In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLV, n. 142, abril-junho de 2006. São Paulo: Malheiros.

PINHEIRO, Luís de Lima. “O regulamento comunitário sobre insolvência – Uma introdução”. In: *Revista da Ordem dos Advogados de Lisboa*, ano 66, v. 3, Dez. 2006, Lisboa: Ordem dos Advogados de Lisboa, 2006.

PÉREZ BOTIJA, Ernesto. *Curso de Derecho Del Trabajo*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1960.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

_____. *Princípios de Direito do Trabalho* – trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POCHMAN, Marcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho - Pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão-de-Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo (SINDPREES)*. Disponível em: <<http://www.sindeepres.com.br/pt/estudos/Pesquisa%20Marcio%20Pochman.pdf>>. (Acesso em janeiro/2009).

POSNER, Richard A. “Some Economics of Labor Law”. In: *University of Chicago Law Review*, n. 51, (51 U. Chi. L. Rev. 988), 1984. Disponível em <<http://www.lexisnexus.com>>. (Acesso em janeiro/2009).

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. “Precarização das relações trabalhistas. Repercussões da falência na cessação do contrato de trabalho”. In: *Estudos do Instituto de Direito de Trabalho*, v. 1, MARTINEZ, Pedro Romano Martinez (coord.). Coimbra: Almedina, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Daniela Murada. “A nova lei de falências: aspectos inovadores no Direito do Trabalho e o princípio da proporcionalidade”. In: *Revista LTr*, v. 69, n. 7, São Paulo: LTr, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1984-1985.

REUNION TECNICA INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM DERECHO LABORAL. *Eficácia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur*. Buenos Aires: OIT, 2002,

RIVA SANSEVERINO, Luisa. In: BORSI, Umberto. PERGOLES, Ferruccio. *Trattato Di Diritto Del Lavoro*, v. 1, Padova: CEDAM, 1938.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de Direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. “Sucessão de empresa: Assunção pelo sucessor da responsabilidade trabalhista e previdenciária do sucedido”. In: *Direito do Trabalho – temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

RIVERO, Jean. SAVATIER, Jean. *Droit du travail*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

ROBERTS, Carlos Habovski; ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. “A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência e algumas repercussões no Direito do Trabalho.” *In: Revista LTr*, v. 69, n. 09, São Paulo: LTr, 2005.

ROBORTELLA, Luiz Carlos A. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *Diritto Del Lavoro Della Comunità Europea*. 3. ed. Milão: CEDAM, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho* (trad. Edílson Alkmin Cunha). São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 11. ed. v. I, Rio de Janeiro: José Konfino.

_____. *Empregado e o empregador no direito brasileiro*, 6. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SADDI, Jairo. “Assembléia de credores: um ano de experiência da nova Lei de Falências. Uma avaliação”. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. n. 36, ano 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “O Comitê de Credores na nova Lei de Falência”. *In: Revista do Advogado*, ano 25, v. 83, Setembro de 2005, São Paulo: AASP, 2005.

SANCTIS, Frei Antônio de (org.). *Encíclicas e Documentos Sociais – da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”*. São Paulo: LTr, 1972.

SANTOS, Paulo Penalva. “O novo projeto de recuperação da empresa”. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, ano 39, n. 117, 2000.

SARRA, Janis P. *Employee and Pension Claims During Company Insolvency: A Comparative Study of 62 Jurisdictions*. (Estudo apresentado no INTERNATIONAL COLLOQUIUM ON SOCIAL CLAIMS IN INSOLVENCY – Vancouver / Canadá, em 21 de fevereiro de 2008, posteriormente publicado sob o mesmo título: SARRA, Janis P. *Employee and Pension Claims During Company Insolvency: A Comparative Study of 62 Jurisdictions*. Ontário: Carwells, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *In: Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, out/dez de 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SCHWARTZ, Alan. “The law and economics approach to corporate bankruptcy”. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, v. 36, ano 10, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SCHIAVI, Mauro. “Aspectos polêmicos e atuais da sucessão de empresas no Direito do Trabalho – Direito material e processual do Trabalho”. In: *Suplemento Trabalhista LTr*, v. 100/08, ano 44, São Paulo: LTr, 2008.

SENA, Adriana Goulart de. *A nova caracterização da sucessão trabalhista*. São Paulo: LTR, 2000.

SGARD, Jérôme. *On market discipline: Bankruptcy, debt discharge, and renegotiation in England and France*. Université de Paris-Dauphine, Sdp. Disponível em: <<http://www.isnie.org/assets/files/papers2007/sgard.pdf>>. (Acesso em novembro/2008).

SILVA, Antônio Álvares da. *Créditos trabalhistas no juízo concursal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, João Calvo da. RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal”. In: *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, v. 36, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Anchieta da. “Projeto de Lei de Falências e a realidade brasileira”. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 42 (Nova Série), n. 135, São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. “A teoria trabalhista da sucessão de empregadores e as sociedades cooperativas de trabalho”. In: *Revista LTr*, v. 67, n. 9, São Paulo: LTr, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

_____. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2004.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SKEEL JR., David A. *Debt's Dominion: A history of bankruptcy law in America*. Princeton: Princeton University, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antonio Sergio A. de (coordenadores), *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. “A inconstitucionalidade da restrição dos créditos trabalhistas na nova lei de falência – art. 83, I, da Lei n. 11.101/05”. In: *Revista LTr*, v. 71, n. 02, São Paulo: LTr, 2007.

_____. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e suas Consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Efeitos da falência na execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 1994.

_____. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999.

_____. *Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, Associação de Estudos Laborais, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al.. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e a Legislação Complementar*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964, p. 71

_____. “Sucessão trabalhista nas empresas estatais privatizadas.” In: *Revista LTr*, v. 65, n.1, São Paulo: LTr, 2001.

STEINMEZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil brasileiro.” In: *Revista do Advogado*, v. 96, São Paulo, 2008.

_____. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TELLES, Vera da Silva. “Direitos Sociais, afinal do que se trata?” In: *Revista da Universidade de São Paulo*, n. 35, São Paulo: EDUSP, 1998.

TEPEDINO, Ricardo. “A recuperação da Empresa em Crise diante do Decreto-Lei 7.661/1945”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI, v. 129, São Paulo: Malheiros, 2002.

THÉRON, Christophe. *Collier International Business Insolvency*. Londres: Collier International, 2007.

TOKARS, Fábio. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: LTR, 2006.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de mestrado defendida na FADUSP, em 1987, sob orientação do Dr. Mauro Brandão Lopes.

_____. “Lei de Falência – Alienação de estabelecimento da concordatária”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 41 (nova série), v. 128, outubro-dezembro de 2002. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE”. In: *Revista do Advogado*, ano 25, n. 83, São Paulo: AASP, 2005.

TORRES, Guillermo Cabanellas de. *Compendio de Derecho Laboral*. 3. ed. , Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 2000.

UNIÃO EUROPÉIA. *Jobs, Jobs, Jobs: Creating more employment in Europe*. EC Livro Branco COM (94) 333 – Relatório do Grupo de Missão sobre o Emprego, sob a presidência de Wim Kok. Novembro 2003. Disponível em <http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/etf_en.pdf>. (Acesso em novembro/2008).

UNIÃO EUROPÉIA. “Livro Verde: Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”. COM (2006) 708 final, p. 205-206. Disponível em: <http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_pt.pdf>. (Acesso em novembro/2008).

VALLE, Javier. “Una experiencia comparada reciente: La ley concursal española”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 43 (nova série), v. 134, São Paulo: Malheiros, 2004.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

VASCONCELOS, Joana. “Garantia de créditos laborais”. In: MARTINEZ, Pedro Romano Martinez.(coord.). *Estudos do Instituto de Direito de Trabalho*, v. 4, Coimbra: Almedina, 2005.

VIDAL NETO, Pedro. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

VIGNEAU, Christophe. “Comparative Labor and Employment Law and policy in the next quarter century: Labor law between changes and continuity.” In: *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 25 (25 Comp. Lab. L. & Pol’y J. 129). Outono de 2003. Disponível em: <<http://www.lexinexis.com>>. (Acesso em janeiro/2009).

VITIELLO, Ernesto. *I nuovi rapporti di lavoro. Secondo la « Reforma Biagi »*. Milão: CEDAM, 2004.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A *vis attractiva* do juízo da vara empresarial. Créditos trabalhistas. Sucessão da empresa em regime de recuperação”. In: *Revista de Processo*, v. 32, n. 143, São Paulo: RT, 2007.

WARREN, Elizabeth. WESTBROOK, Jay Lawrence. *Financial Characteristics of Businesses, in Bankruptcy*. Janeiro de 2000, Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Working Paper n. 001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=194750>. (Acesso em novembro/2007).

WEBER, Robert. “Can the sauvegarde reform save French Bankruptcy Law? A comparative look at Chapter 11 and French Bankruptcy Law from an agency cost perspective”. In: *Michigan Journal of International Law*, v. 27, (27 Mich. J. Int'l L. 257), outono de 2005. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>. (Acesso em dezembro/2008).

ZYWICKI, Todd. “The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America”. In: *George Mason University Law and Economics working paper series*, 2004, p. 201-202. Disponível também em: <<http://ssrn.com>>. (Acesso em novembro/2007).

Fontes eletrônicas consultadas

BASE NATIONALE DE LEGISLATION. Disponível em: <<http://www.legislation.cnav.fr>>.

JSTOR. Disponível em: <<http://www.jstor.org>>.

LEXISNEXIS. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oit.org>>.

SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponível em <<http://www.ssrn.com>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>.