

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 4

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2009

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profa. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

COORDENAÇÃO: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 4 (janeiro/junho 2009)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DAS ESCOLHAS RAZOÁVEIS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. CONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS SOBRE SUCESSÃO NAS OBRIGAÇÕES DO DEVEDOR¹

DEMOCRACY AND LEGITIMACY OF REASONABLE CHOICES MADE BY THE LEGISLATIVE POWER. CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLES OF THE CORPORATE RECOVERY LAW ON THE SUCESSION OF DEBTOR'S OBLIGATIONS

Luís Roberto Barroso

Resumo: O presente estudo sustenta a constitucionalidade dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei de Recuperação de Empresas: no plano formal, porque não se prevê rompimento automático da relação empregatícia nem medidas de proteção contra dispensa imotivada, o que submeteria a matéria à reserva de lei complementar prevista pelo art. 7º, I, da Constituição; no plano material, pois não houve desproporcionalidade no sopesamento, subjacente à opção legislativa, dos diversos interesses envolvidos e constitucionalmente tutelados, dentre os quais se inserem as garantias dos trabalhadores.

Palavras-chave: Sucessão em obrigações trabalhistas. Falência e recuperação judicial. Lei de recuperação de empresas. Constitucionalidade.

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos e Viviane Perez.

Abstract: This study supports the constitutionality of articles 60, sole paragraph, and 141, II, of the Corporate Recovery Law: formally, because it establishes neither the automatic rupture of the labor relationship nor measures of protection against unjustified discharge which, in that case, would determine that the matter should be ruled by a complementary law (Brazilian Constitution, article 7, D); materially, because the legislative choice was not disproportional, as it took into consideration all of the involved and constitutionally protected interests, among which workers' guarantees are included.

Keywords: Succession of debtor's obligations. Bankruptcy and legal recovery. Corporate recovery law. Constitutionality.

Sumário: I. Introdução; I.1. Da não sucessão dos ônus trabalhistas na hipótese de empresa em recuperação judicial. Compreensão dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei nº 11.101/2005; I.2. Convivência entre princípios constitucionais, espaço do legislativo e revisão judicial. II. Validade da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas; II.1. O debate público sobre a matéria e a elaboração da Lei nº 11.101/2005; II.2. Constitucionalidade material da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas: opção razoável do legislador considerando os princípios constitucionais relevantes; II.3. Constitucionalidade formal. Competência da lei ordinária. III. Conclusão.

I. Introdução

A constitucionalidade dos arts. 60, parágrafo único e 141, inciso II, da Lei nº11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências)², foi questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF³, ajuizada em agosto de 2007. Essa ação funda-se em

2 Com fundamento nos quais se garante ao adquirente de ativos pertencentes à empresa em recuperação que ele não será sucessor, nas dívidas trabalhistas, da empresa devedora.

3 O relator do caso é o Min. Ricardo Lewandowski. Na ação, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 141, I, da Lei nº 11.101/05 e a interpretação conforme do art. 60,

dois argumentos principais⁴: (i) as disposições legais referidas violariam as garantias constitucionais dos trabalhadores, que restariam desamparados tanto no que diz respeito ao recebimento dos eventuais créditos trabalhistas em face do devedor em crise, quanto na manutenção de seus empregos; e (ii) elas violariam, ademais, o art. 7º, I, da Constituição Federal⁵, pois implicariam em rescisão imotivada do contrato de trabalho, para o que seria necessária a edição de lei complementar. Essa a dicção dos dispositivos legais em questão:

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:

(...)

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.

A previsão legislativa, porém, não é incompatível com a Constituição. E isso tanto sob o ponto de vista material — já que a escolha

parágrafo único, da mesma lei, a fim de excluir as obrigações trabalhistas da abrangência desse dispositivo.

4 Cf. p. 8 da petição inicial de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF

5 CF, art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

feita pelo legislador é razoável, considerando os vários elementos constitucionalmente relevantes, inclusive o interesse na proteção dos trabalhadores —, quanto sob o ponto de vista formal — pois a disciplina da matéria poderia validamente ser feita por lei ordinária. As razões que conduzem a tal conclusão serão expostas na seqüência. Antes, porém, e ainda a título de introdução ao tema, duas notas prévias parecem necessárias.

1.1. Da não sucessão dos ônus trabalhistas na hipótese de empresa em recuperação judicial. Compreensão dos artigos 60, parágrafo único e 141, inciso II da Lei nº 11.101/2005

A Lei nº 11.101/2005 previu dois procedimentos a serem adotados pela empresa em crise econômico-financeira: a recuperação, judicial ou extrajudicial⁶, e a falência. A primeira substituiu a antiga concordata, que tinha a natureza jurídica de um favor legal⁷, para permitir uma solução negociada entre o devedor em dificuldades e seus credores. Em linhas gerais, o objetivo da nova lei é “favorecer a recuperação de empresas realizáveis na mesma medida e proporção em que visa eliminar rapidamente as empresas sem boas perspectivas econômicas, de tal sorte a preservar o pagamento imediato dos seus credores, ainda que minimamente”⁸. Para tanto, a Lei nº 11.101/05

6 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 24: “O instituto da recuperação extrajudicial, também chamado de ‘concordata branca’, propicia a negociação direta entre credor e devedor, com a clara intenção de eliminar custos e burocracias decorrentes da intervenção de terceiros”.

7 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11: “A concordata, na esteira do Decreto-Lei nº 7.661/45, não exibia feição contratual. Sua natureza era a de um favor legal. Os credores a ela então sujeitos, os quirografários, não eram chamados a manifestarem suas vontades. Preenchendo o devedor os requisitos pela lei impostos, passava ele a fazer jus a esse favor, dirigindo ao juiz a sua pretensão, que, por sentença, a deferia”.

8 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 23.

introduziu uma série de inovações em relação ao diploma anterior (o Decreto-Lei nº 7.661/69), de modo a otimizar os recursos do devedor em crise, profissionalizar sua administração, modernizar o processo e reduzir os juros bancários⁹.

O tema envolve a aquisição de unidade produtiva de empresa que se encontra em recuperação judicial e as conseqüências dessa alienação sobre as obrigações do devedor em recuperação, especialmente no que diz respeito às dívidas trabalhistas. A matéria encontra disciplina expressa na Lei nº 11.101/05 e encerra precisamente uma das inovações previstas para otimizar os recursos do devedor em crise. Confira-se, mais uma vez, por relevante, a dicção do já transcrito art. 60 da Lei:

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.

A legislação anterior não dispunha de comando específico definindo se haveria ou não sucessão nas obrigações remanescentes do devedor. O objetivo da inovação introduzida pela Lei nº 11.101/05 parece bastante evidente. Em *primeiro* lugar, garantir que o adquirente não estará vinculado a ônus passados é regra que procura tornar mais atraente a operação do ponto de vista econômico, aumentando as chances de acúmulo de capital para a concretização de uma possível recuperação. Em *segundo* lugar, a norma reforça a segurança jurídica, na medida em que permite a identificação precisa do responsá-

9 COELHO, Fábio Ulhoa. Falências: principais alterações. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 83, 2005, p. 51-55.

vel pelas obrigações do devedor em recuperação na hipótese de alienação de seus ativos ou fundo de comércio¹⁰.

Uma primeira questão sobre o tema envolve justamente a regra legal acerca da existência ou não de sucessão nas obrigações trabalhistas do titular anterior. A indagação surgiu pelo fato de o dispositivo transcrito não fazer menção, de forma expressa, às obrigações trabalhistas, como faz em relação às dívidas de natureza tributária. Com efeito, a garantia de não sucessão nas dívidas trabalhistas está prevista de forma expressa apenas para a hipótese de alienação de ativos no âmbito de falência já declarada, conforme a disciplina do também já transcrito artigo 141, inciso II, da mesma Lei¹¹. Confira-se:

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

10 “Fundo de comércio” é uma das designações dadas ao “estabelecimento”, assim como “estabelecimento empresarial”, “estabelecimento comercial” e “fundo de empresa” (v. CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 314). A noção de estabelecimento empresarial, denominação dada por Sérgio Campinho (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 313), pode ser assim explicitada: “O empresário, pessoal natural ou jurídica, deverá estar devidamente aparelhado para o exercício de sua empresa. Nessa exploração da atividade econômica organizada, utiliza-se o seu titular de um conjunto de elementos, materiais ou imateriais, sem o que não logrará êxito em desempenhá-la. A esse complexo de bens, disposto segundo a vontade do empresário individual ou da sociedade empresária, que lhes serve de instrumento de realização de sua empresa, é que se denomina de estabelecimento”. No mesmo sentido, v. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 63.

11 Nesse sentido, FERRAZ, Luiz Augusto de Souza Queiroz. Da arrecadação, avaliação e realização do ativo. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 83, 2005, p. 70-71: “(...) o grande temor de qualquer arrematante judicial sempre foi o justo receio da sucessão, tornando-o responsável por eventuais dívidas do falido, mas esta disposição legal demonstra claramente que a determinação do legislador foi a de afastar qualquer dúvida neste sentido (...) isentando o arrematante da chamada responsabilidade sucessiva no âmbito trabalhista e fiscal”.

natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Afastando a dúvida, a doutrina especializada e a jurisprudência vêm consagrando o entendimento de que também as obrigações trabalhistas estão abrangidas pela regra do art. 60 da Lei nº 11.101/05. E isso como decorrência de três razões cumulativas. Em *primeiro* lugar, as dívidas trabalhistas já estariam incluídas na expressão “livre de qualquer ônus” contida no dispositivo¹². Em *segundo* lugar, os efeitos da alienação na recuperação judicial e na falência são equiparáveis. Ou seja: a lei exclui do mundo jurídico a sucessão trabalhista para os adquirentes de ativos de empresas que estejam passando por qualquer desses dois processos¹³. Por fim, em *terceiro* lugar, a ausência de sucessão nas obrigações do devedor em crise, inclusive as trabalhistas, surge como uma necessária dedução lógica. Isso porque não faria

12 Nesse sentido, v. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175: “Apesar da omissão, sustentamos que **a isenção quanto à sucessão do arrematante é ampla e atinge todas as obrigações, inclusive aquelas de feição trabalhista**. O texto, ao se referir tão-somente às de natureza tributária, traduz uma oração explicativa. Qualquer limitação de obrigação deveria ser expressa. (...) A explicitação em relação àquelas de origem tributária, de outra feita, decorre do fato de que os créditos tributários não se submetem ao processo de recuperação”; e PACHECO, José da Silva Pacheco. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167: “De acordo com o expressamente determinado pelo parágrafo único do art. 60, a filial ou unidade produtiva isolada, que for alienada a terceiro em hasta pública, será por este recebida **livre de qualquer ônus**. O arrematante deve receber o bem que lhe foi alienado sem qualquer ônus, não respondendo ele pelas obrigações do devedor referentes à filial ou unidade adquirida. **Não sucede o arrematante nas obrigações do devedor, ainda que se trate de obrigação tributária, de acidente de trabalho ou decorrente da legislação trabalhista**” (grifos do autor). Na mesma linha, v. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 180; e COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

13 Nessa linha, v. ANDRADE, Carlos Roberto Fonseca de. O direito do trabalho e a Lei de Recuperação de Empresas. In: SANTOS, Paulo Penalva e GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (orgs.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

sentido o comprador responder por qualquer dívida do antigo proprietário do bem, filial ou unidade produtiva da empresa, se o valor pago será revertido exatamente para o pagamento desses credores¹⁴.

Na jurisprudência, o único caso de relevo trata da recuperação judicial da Varig S.A. e da aquisição de seus ativos. Diversas causas envolvendo a discussão sobre a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas da Varig S.A. foram examinadas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Dentre os acórdãos relacionados ao caso, um merece destaque, proferido em agravo de instrumento interposto contra julgado que não reconheceu a arrematante dos ativos da Varig S.A. como sucessora nas obrigações trabalhistas anteriores¹⁵. O recurso foi negado com fundamento exposto na previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei nº11.101/2005, destacando-se o fato de que se tratava apenas de leilão de uma unidade produtiva:

Leilão da VARIG que envolveu unidade produtiva, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações do devedor. Inteligência do artigo 60 parágrafo único da Lei nº 11.101/05.

Embora os Tribunais Superiores ainda não tenham examinado o tema de forma detida, o STJ já teve oportunidade de se manifestar, indiretamente, no sentido da validade das regras previstas pela Lei nº 11.101/05 sobre a matéria, ao examinar conflitos de competência que lhe faziam referência¹⁶. Em uma das hipóteses, tratava-se de um con-

14 V. MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132-133.

15 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2006.002.23927 — Relator: Jair Pontes de Almeida — julg. em 10.07.07. In Diário Oficial de 19.07.2007.

16 V., e.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 61.272/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 25.04.2007. In Diário da Justiça de 25.06.2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 77.396/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 14.11.2007. In Diário da Justiça de 10.12.2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 73.380/SP. Relator Ministro Quaglia Barbosa. In Diário da Justiça de 21.11.2008;

flito de competência entre uma vara trabalhista e a vara empresarial responsável pelo processo de recuperação da Varig S.A.. Os magistrados de primeira instância manifestaram opiniões opostas sobre o tema da sucessão nas dívidas trabalhistas. O juiz de direito, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05, decidiu que a arrematante da unidade produtiva não teria o dever de assumir as obrigações trabalhistas da Varig. O juiz do trabalho, por sua vez, entendeu que a arrematante desse ativo se tornaria responsável pelas obrigações trabalhistas da empresa em recuperação, a despeito do que decidiu o magistrado da vara empresarial. Ao apreciar o conflito suscitado, o STJ declarou competente o juiz de direito responsável pela condução da recuperação, preservando assim a decisão no sentido da inexistência de sucessão nas dívidas trabalhistas. Confira-se:

A Lei nº 11.101, de 2005, não teria operacionalidade alguma se sua aplicação pudesse ser partilhada por juízes de direito e juízes do trabalho; competência constitucional (CF, art. 114, incs. I a VIII) e competência legal (CF, art. 114, inc. IX) da Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e provido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro¹⁷.

Pois bem. Considerando o que se acaba de expor acerca da posição da doutrina especializada e da jurisprudência produzida até o momento, parece correto entender que a Lei nº 11.101/05 dispõe no sentido de não se verificar a sucessão nas obrigações trabalhistas do devedor também nos casos de aquisição de ativos, unidade produtiva ou mesmo fundo de comércio de empresas em recuperação judicial. Estabelecida essa premissa inicial, há ainda uma segunda nota a fazer.

e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 81.922/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. Em 09.05.2007. In Diário da Justiça de 04.06.2007.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 61.272/RJ. Relator Ministro Ari Pargendler. Julg. em 25.04.2007. Diário da Justiça de 25.06.2007.

I.2. Convivência entre princípios constitucionais, espaço do Legislativo e revisão judicial

A impugnação veiculada contra os dispositivos da Lei nº 11.101/05, sobretudo no que diz respeito à suposta inconstitucionalidade material, pretende questionar a validade das opções legislativas tendo em conta o princípio geral de proteção dos direitos do trabalhador. O tema, portanto, envolve a convivência de princípios constitucionais — bem como de diferentes concepções acerca da melhor forma de promover cada princípio —, a ponderação realizada entre eles pelo Poder Legislativo e os limites da revisão judicial em tais hipóteses. O exame dessas questões exige uma brevíssima observação sobre a Constituição e os dois papéis que lhe cabe desempenhar.

Como se sabe, compete à Constituição, em *primeiro lugar*, veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais¹⁸ (ou exigem para isso um procedimento especialmente complexo¹⁹). Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país²⁰, envolvem a garantia de direitos

18 LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopes (org.). *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 58-72; QUADRADA, Tomás de la, PERGOLA, Antonio La, GIL, Antonio Hernández, RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge, ZAGREVELSKY, Gustavo, BONIFACIO, Francisco P., DENNINGER, Erhardo e HESSE, Conrado. Métodos y criterios de interpretación de la constitución. In: PINA, Antonio Lopes (org.). *División de poderes e interpretación — Hacia una teoría de la praxia constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 134; e SEGADO, Franciso Fernández, La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 121, 1994, p. 77: “(...) los derechos son, simultáneamente, la conditio sine qua non del Estado constitucional democrático”.

19 Isto é: o processo legislativo próprio das emendas à Constituição. No Brasil, o tema é objeto do art. 60 da Lei Fundamental.

20 V. CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um

fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos²¹ e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

Em *segundo lugar*, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve, nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

As noções expostas até aqui correspondem não apenas ao conhecimento convencional na matéria, sob a ótica da teoria constitucional e da teoria democrática, como foram igualmente abrigadas pelo direito constitucional positivo brasileiro. De fato, na Constituição de 1988, determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (art. 60, § 4º) e, mesmo em relação aos temas que estão fora dessa lista de intangibilidade, estabeleceu-se um procedimento legislativo especial para a alteração dos dispositivos constitucionais (art. 60). De outra parte, o texto faz expressa opção pelo princípio democrático e majoritário (art. 1º, *caput*, e parágrafo único), define como princípio fundamental o pluralismo político (art. 1º, V) e distribui competências pelos órgãos do Poder (Título IV, art. 44 e ss.). Há um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, que não pode, e nem deve, ser rompido pelo intérprete constitucional.

constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Porto Alegre, nº 15, 1996, p. 7-17.

21 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 16: “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Até porque, longe de serem conceitos antagônicos, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apóiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambas se destinam, em última análise, a prover justiça e segurança jurídica. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. Esse equilíbrio será especialmente relevante na interpretação dos princípios constitucionais. O ponto merece um registro próprio.

Como é corrente, a Constituição formula, sob a forma de princípios, opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, mas, em geral, não escolhe quais os meios que devem ser empregados para atingir esses fins; mesmo porque, freqüentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo²². Ademais, em uma sociedade plural, não é apenas previsível, mas também natural, que haja opiniões diversas acerca da melhor forma de fazer conviver princípios constitucionais diferentes, sobretudo quando eles incidem sobre realidades complexas e pretendem a realização de fins cuja promoção pode envolver meios variados. Junte-se a isso que, afora outras sutilezas teóricas²³, uma das particularidades das normas-princípios (em oposição às normas-regras) é a abstração de seu enunciado, o que acaba por gerar certa vagueza de conteúdo²⁴. Essa característica acaba por admitir uma expansão quase indefinida de sentido do princípio²⁵, de tal

22 Sobre as normas programáticas, v. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116 e ss.

23 V., dentre outros, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.034-1.035; e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitu-

modo que, ao menos do ponto de vista lingüístico, comportamentos variados podem se abrigar sob sua proteção.

A questão que se coloca a partir da constatação que se acaba de enunciar é, então, a seguinte: quem deve decidir entre as diferentes opiniões existentes sobre a matéria? Em uma sociedade democrática, não há dúvida de que essa definição se encontra no espaço próprio da deliberação política e caberá, como regra, ao Legislativo e, na esfera de sua competência, ao Executivo. Seria incompatível com o sistema constitucional, que tem por princípios fundamentais o pluralismo político e a ordem democrática (CF, art. 1º, V, e parágrafo único²⁶), subtrair do Legislativo a definição das políticas públicas específicas que irão realizar os fins constitucionais, para transferi-la ao Poder Judiciário.

Isso não significa, é bem de ver, que as normas constitucionais que veiculam esses fins não disponham de eficácia alguma. Ao contrário, a doutrina tem desenvolvido modalidades específicas de eficácia jurídica²⁷ para essas situações. São exemplos dessas modalidades a eficácia negativa — pela qual se consideram inválidas normas ou

cionais, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas” (tradução livre).

26 CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

27 Também se a postulação direta em juízo de condutas que integrem o núcleo essencial dos princípios — sem as quais perde sentido o enunciado em questão. Para além desse marco, multiplicam-se os meios disponíveis para a concretização do preceito e diante dessa indefinição, a escolha legítima caberá ao legislador, eleito pelo povo. Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

atos que disponham de forma contrária ao fim estabelecido pela Constituição — e a interpretativa — que impõe, dentre as interpretações possíveis de uma norma existente, a opção por aquela que melhor realize a meta constitucional²⁸.

O Judiciário, por certo, está autorizado a invalidar opções legislativas manifestamente incompatíveis com a Constituição. Nada obstante, entre diferentes soluções razoáveis — tendo em vista a pluralidade de opiniões possível sobre determinado assunto dentro da sociedade —, a prioridade na escolha compete ao legislador democrático. Ao Poder Judiciário caberá apenas declarar a nulidade de medidas evidentemente desproporcionais; e o emprego dos três testes associados à exigência da proporcionalidade — consagrados pela doutrina e jurisprudência — será uma ferramenta lógica importante na identificação de opções caprichosas e irrazoáveis²⁹. Se o instru-

28 V. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116 e ss.; e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59 e ss.

29 A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª. edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 81 ss. É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o

mento escolhido pela lei não é apto a atingir o fim perseguido (*adequação*); ou se a medida não é necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); ou, por fim, se o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*), o Judiciário poderá intervir para invalidar a decisão tomada pelos demais Poderes³⁰.

Em resumo: a Constituição não ocupa, e nem pode pretender ocupar, todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. Trata-se do que parte da doutrina denomina de autonomia da função legislativa³¹ ou liberdade de conformação do legislador³². A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo.

Antes de concluir esta nota, já é possível fazer uma aplicação preliminar do que se acaba de expor ao tema suscitado. Veja-se que,

que faz, por exemplo, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 798, 2002, p. 23, investe grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

30 Além dessa possibilidade, por natural, o Judiciário sempre poderá invalidar decisões legislativas que violem de forma direta regra constitucional específica ou o núcleo de princípio constitucional, no exercício regular do controle de constitucionalidade.

31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 307 e ss.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 740.

de um lado, a proteção dos direitos do trabalhador³³ é um princípio constitucional da maior relevância; mas, de outro, também o é a preservação da empresa, de modo a que ela cumpra sua função social³⁴. Como conciliar tais elementos constitucionalmente relevantes em um equilíbrio ideal? Considerando apenas a proteção dos direitos do trabalhador, as perspectivas também podem variar. O tema pode ser visualizado, *e.g.*, sob uma dimensão coletiva, tendo em conta, por exemplo, que não há direito do trabalhador se não houver, antes disso, trabalho. Sob essa ótica, a preservação da empresa pode ser entendida como o meio adequado de realizar o princípio constitucional da forma mais ampla possível. Uma outra perspectiva possível é a que visualiza como objetivo principal a máxima proteção de cada trabalhador individualmente considerado: nessa linha, provavelmente outros mecanismos serão cogitados.

Nesse contexto, parece certo que cabe ao Legislativo e ao Executivo, cada qual no âmbito de suas competências, decidir qual a melhor forma, em cada momento histórico, de equilibrar e desenvolver os princípios referidos. Dentre as várias opções razoáveis, não cabe ao intérprete eleger aquela que lhe parece melhor — tendo em conta suas concepções pessoais acerca da matéria — como a única compatível com a Constituição. Do ponto de vista jurídico, portanto, cabe apenas verificar se, além de respeitar as regras constitucionais, a es-

33 Acerca da presença do direito ao trabalho na Constituição Federal, v. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho — Perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90: “Ora, basta um mero passar d’olhos pela nossa Lei Maior para que se verifique a diluição do direito ao trabalho pelos diferentes capítulos do texto constitucional. E, a título exemplificativo, não custa mencionar a positivação da noção de liberdade de trabalhar (art. 5º, XIII), passando pela idéia de manutenção do posto de trabalho (art. 7º, D), sem embargo de ainda existir a consagração de políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento profissional (art. 214, IV) e ao estímulo da produção de empregos (art. 170, VIII)”. O autor vai ainda mais longe, afirmando que há uma “conexão (inevitável) entre direito (fundamental) ao trabalho e o valor da dignidade da pessoa humana” (p. 45).

34 Sobre o assento constitucional do princípio da função social da empresa, do qual se extrai o incentivo para sua preservação, v. PEREZ, Viviane. Função social da empresa. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, nº 4, 2006, p. 141-171; e TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, nº 810, 2003, p. 33-50.

colha dos Poderes competentes é razoável em face dos princípios relevantes e das diferentes concepções sobre a matéria. É isso que se passa a fazer.

II. Validade da previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas

II.1. O debate público sobre a matéria e a elaboração da Lei nº 11.101/2005

Antes de examinar a razoabilidade da opção do Legislativo na hipótese, parece importante fazer breve histórico das discussões que levaram, afinal, à aprovação da Lei nº 11.101/05. Sua origem remonta a projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo ainda em 1993³⁵ e elaborado em meio a amplo consenso no sentido de que a antiga lei de falências — o Decreto-Lei nº. 7.661/45 — deveria ser reformada. Com efeito, a doutrina destacava que o objetivo principal do Decreto-Lei nº 7.661/45, em descompasso com o direito comparado e com a realidade econômica e social, era meramente liquidatório³⁶: a norma inviabilizava a reestruturação da empresa em dificuldades, concorrendo para sua quebra efetiva e a conseqüente dispensa de seus funcionários³⁷. Nesse sentido, é especialmente interessante o registro

35 Ao chegar à Câmara dos Deputados, o projeto ganhou o nº 4.376/93.

36 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falências e Concordatas comentada*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31: “No direito brasileiro, em óbvio descompasso com o direito comparado, a segurança do crédito é o escopo final do instituto da falência e se evidencia seja ao garantir aos credores a percepção dos seus haveres, seja ao preservar a *pars conditio creditorum*”.

37 MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22: “A falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas,

feito pelo Senador Ramez Tebet, relator, no âmbito do Senado Federal, do projeto que deu origem à Lei nº. 11.101/05:

A realidade sobre a qual se debruçou Trajano de Miranda Valverde para erigir esse verdadeiro monumento do direito pátrio, que é a Lei de Falências de 1945, não mais existe. Como toda obra humana, a Lei de Falências é histórica, tem lugar em um tempo específico e deve ter sua funcionalidade constantemente avaliada à luz da realidade presente. Tomar outra posição é enveredar pelo caminho do dogmatismo. A modernização das práticas empresariais e as alterações institucionais que moldaram essa nova concepção de economia fizeram necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade³⁸.

Uma das preocupações do projeto — em contraste com o que dispunha a antiga “Lei de Falência” — era justamente a preservação da empresa e das atividades produtivas. Para tanto, levou-se em conta que a existência da empresa não atende apenas ao interesse de seus proprietários, mas também a interesses da coletividade, como pólo gerador de empregos, tributos e riquezas³⁹. Na observação do Senador Tebet: “o novo regime falimentar não pode jamais se transformar em bunker das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos”⁴⁰. Os mecanismos da recuperação judicial e da não sucessão de créditos trabalhis-

como também se converteram em verdadeiros instrumentos de própria extinção da atividade empresarial. (...) Com a manutenção do modelo constante do Decreto-Lei 7.661, se extinguiriam, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia brasileira”.

38 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 11.

39 MESQUITA, José Luiz de. *Direito disciplinar no trabalho*. 2. ed. São Paulo: LRT, 1991, p. 37: “(...) a empresa econômica moderna é uma instituição de direito privado que desempenha uma função econômico-social em que, por isso mesmo, predomina sobre o interesse particular de qualquer das partes individualmente tomadas, o interesse social do grupo, devendo ser assegurado, acima de tudo, o bem comum dele, subordinado, naturalmente, ao bem comum da coletividade em geral”.

40 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 11.

tas na hipótese de aquisição de ativos foram inovações propostas com esse objetivo, na medida em que tal garantia estimularia maiores ofertas — aumentando a quantidade de recursos disponíveis para pagamento dos credores em geral e dos trabalhadores em particular — e contribuiria assim para preservar a atividade produtiva e, por conseguinte, os empregos. O ponto é explicado nos seguintes termos pelo Senador Ramez Tebet em seu parecer:

O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos⁴¹.

De 1993, quando apresentado o projeto inicial, a 2005, quando da promulgação da Lei nº 11.101, o projeto foi submetido a inúmeras discussões, no próprio Legislativo, e em vários fóruns da sociedade civil. A rigor, mesmo o projeto inicial resultou de amplos debates travados no âmbito de comissão criada pelo Ministério da Justiça especificamente para o fim de elaborar um projeto de reforma da Lei de Falências, que ouviu várias entidades da sociedade civil sobre a matéria⁴². Encaminhado à Câmara dos Deputados, foi nomeado como

41 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 47.

42 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23: “Essa comissão elaborou a minuta de um anteprojeto, que o Ministério encaminhou a inúmeras entidades para estudo,

relator do projeto o deputado Osvaldo Biolchi que, “antes de elaborar seu parecer, participou de inúmeras entrevistas, conferências e audiências públicas, a fim de ouvir especialistas e entidades”⁴³. Diante das várias modificações, foi apresentado um substitutivo ao projeto inicial que, além de examinado por diversos juristas em trabalhos doutrinários ao longo do tempo, foi tema de estudos, dentre outros, pelo I Congresso Brasileiro de Direito Falimentar, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Após cerca de 10 anos de discussões na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado e enviado ao Senado, onde também foi objeto de debates especialmente amplos, com participação dos diversos setores da sociedade, como registra o parecer do Senador Ramez Tebet:

A fim de conhecer as opiniões dos diversos segmentos da sociedade sobre o assunto e democratizar o debate, esta Comissão promoveu, nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, audiências públicas acerca do PLC nº 71, de 2003, em que foram ouvidas centrais sindicais, representantes das associações e confederações comerciais e industriais, das micro e pequenas empresas, dos bancos e do Banco Central, das empresas de construção civil, dos produtores rurais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Governo Federal, e outros especialistas em direito falimentar. Além disso, recebemos numerosas sugestões por escrito, que também contribuiram para o aprofundamento do debate⁴⁴.

No Senado Federal, o projeto sofreu novas alterações, retornando, por isso, à Câmara dos Deputados. Lá foi determinada a

análise e sugestões. Uma das entidades que receberam a minuta ministerial foi o Instituto dos Advogados de São Paulo”.

43 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

44 V. parecer do Senador Ramez Tebet para a Comissão de Assuntos Econômicos, 2003, p. 12-13.

“constituição de uma Comissão Especial integrada pelas Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, de Finanças e Tributação, de Constituição e Justiça e da Cidadania, para exame final do projeto”⁴⁵. Concluída a discussão, o projeto foi finalmente aprovado e sancionado, resultando na Lei nº 11.101/05.

II.2. Constitucionalidade material da previsão de não sucessão das dívidas trabalhistas: opção razoável do legislador considerando os princípios constitucionais relevantes

Da exposição feita no tópico anterior três informações relevantes podem ser extraídas. *Em primeiro lugar*, a edição da Lei nº 11.101/05 foi antecedida de amplos e abrangentes debates no Executivo, no Legislativo e na sociedade em geral. *Em segundo lugar*, para uma quantidade importante de pessoas na sociedade brasileira, os mecanismos previstos pela nova lei — inclusive, e particularmente, a não sucessão nas dívidas trabalhistas — são capazes de promover a continuidade da empresa, preservar empregos e arrecadar um volume maior de recursos, destinado ao pagamento de eventuais dívidas pendentes, inclusive de natureza trabalhista. *Em terceiro lugar*, também outras sociedades entendem dessa mesma maneira, já que a previsão de não sucessão trabalhista está longe de ser uma idiosincrasia nacional⁴⁶.

45 MACHADO, Rubens Approbato, Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da recuperação da empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (org.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 27.

46 Na legislação italiana há dispositivo bastante similar ao brasileiro. Confira-se o art. 105 do Regio Decreto nº 267, de 16 de março 1942, com a redação dada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 9 de janeiro de 2006: “*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell’acquirente per i debiti relativi all’esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento*”. Também as legislações francesa (Code de Commerce, arts. L631-1, L631-13 e L642-1) e espanhola (Ley nº 22, de 9 de julho de 2003, Concursal, art. 148) prevêm a alienação das atividades como meio adequado a se atingir e os objetivos gerais de manutenção da empresa e empregos.

Diante desse quadro, e antes mesmo de qualquer outra consideração jurídica, parece insustentável afirmar que a opção do legislador brasileiro é caprichosa, irrazoável ou desproporcional e, por isso, inválida. Eventual discordância em relação à escolha legislativa não é suficiente para tachá-la de inconstitucional: afinal, a unanimidade não é requisito de validade das leis. Há mais que isso, porém. Embora talvez nem fosse necessário, uma breve apreciação jurídica do tema reforça a razoabilidade da opção legislativa contida nos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, que asseguram ao adquirente de ativos de empresas em recuperação judicial a não sucessão nas dívidas trabalhistas dessas últimas.

Um primeiro aspecto da questão deve ser lembrado logo de início. Em momento algum, a Constituição atribui aos trabalhadores um direito específico à cobrança de eventuais créditos contra o adquirente de ativos da empresa empregadora que se encontre em processo de recuperação judicial. Por evidente, não é isso o que se afirma para impugnar a opção legislativa referida acima. A alegação é outra: a sucessão poderia garantir ao trabalhador maior chance de receber seus créditos, já que poderia cobrá-los de seu empregador e da empresa adquirente dos ativos. Nesse sentido, portanto, a sucessão promoveria mais amplamente a proteção do trabalhador. Ou seja: parte-se do princípio da proteção do trabalhador para dele extrair a invalidade da opção legislativa. Nada obstante, boa parte da doutrina especializada — fundada em argumentos bastante consistentes — discorda desse raciocínio em vários de seus pontos.

Com efeito, do ponto de vista econômico, parece evidente que liberar de quaisquer encargos a alienação de ativos da empresa deficitária torna a operação mais atraente, facilitando a arrecadação de recursos aptos a viabilizar sua recuperação. De outra parte, a inexistência dessa garantia diminui consideravelmente a atratividade da aquisição dos ativos, reduzindo em muito a perspectiva de captação dos recursos necessários à sua recuperação, em prejuízo de todos os credores⁴⁷. Agravado seu quadro financeiro, a empresa deficitária

47 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

ver-se-ia na iminência de se encaminhar para a falência, cessando suas atividades. Nessa hipótese, além de perderem a perspectiva da manutenção de seus empregos, seus trabalhadores teriam de ingressar no concurso da massa para receber seus direitos — massa essa reduzida pela ausência de alienação conjunta de ativos relevantes⁴⁸.

Em contrapartida, a aplicação da regra prevista pela Lei nº 11.101/05 incrementa os valores recebidos e destinados ao pagamento dos credores — dentre os quais os trabalhadores — e parece apta a evitar o quadro falimentar. A manutenção da empresa em atividade, por outro lado, amplia a chance da manutenção dos próprios postos de trabalho, afora a possibilidade de esses mesmos trabalhadores serem incorporados pelo adquirente. Sobre o ponto, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) assegurou a nova lei ao adquirente receber o acervo alienado livre das antigas obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, de forma a poder promover o soerguimento da empresa. Ou seja, ao garantir que o arrematante não será considerado sucessor da antiga empresa, a nova lei eliminou definitivamente a anomalia que existia na lei anterior que impedia a retomada da atividade produtiva. **Éramos obrigados a ver perecer vastas unidades produtivas sem nada poder fazer, apenas lamentando o desaparecimento dos postos de trabalho e das fontes de recolhimento de impostos**” (grifos do autor)⁴⁹.

48 Com efeito, é de conhecimento geral que o fundo de comércio, como universalidade, tem o potencial de valer (às vezes, muito) mais que os bens que o compõem, individualmente considerados.

49 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2007.002.08184 — Relator: Fernando Fernandy Fernandes — julg. em 29.01.08. In Diário Oficial de 14.02.2008. No que tange ao artigo 60, parágrafo único, vale ainda destacar um trecho da ementa: “O propósito da nova Lei de Recuperação de Empresas é preservar o funcionamento das unidades produtivas para gerar riquezas para o país e garantir os postos de trabalho. A aquisição de unidades produtivas está protegida pelo art. 60, parágrafo único, da referida lei, que impede que se cobre do arrematante obrigações da antiga empresa”.

Não é difícil perceber que a previsão legislativa é vantajosa para os diferentes envolvidos, inclusive os trabalhadores, na medida em que atrai investimentos que permitem “ganhos para a coletividade de credores e a manutenção de empregos”⁵⁰. Os ativos vendidos no mercado servirão de recursos para o pagamento de credores, inclusive os trabalhistas, viabilizando a própria recuperação judicial⁵¹. Por outro lado, a manutenção da empresa atende a um interesse coletivo⁵², na medida em que essa “unidade organizada de produção é fonte geradora de empregos, tributos e da produção ou mediação de bens e serviços para o mercado, sendo, assim, propulsora de desenvolvimento”⁵³. Esse é, afinal, o objetivo do instituto da recuperação judicial concebido pela Lei nº 11.101/05, nos termos expressos de seu art. 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de per-

50 MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

51 V. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência salarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175: “Por outro lado, a forma de quitação dos créditos trabalhistas será objeto de disposição no plano de recuperação, não tendo sentido criar-se sucessão do arrematante. **A alienação judicial em tela tem por escopo justamente a obtenção de recursos para cumprimento das obrigações contidas no plano, frustrando-se o intento caso o arrematante herde os débitos trabalhistas do devedor, porquanto perderá o atrativo e cairá de preço o bem a ser alienado**” (grifos do autor).

52 COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, nº 290, 1985, p. 15: “Em qualquer das hipóteses, porém, é inegável que a sorte da empresa não pode ficar jungida à conduta do empresário como se entre eles houvesse uma relação dominial. Ainda nesse ponto, o legislador francês traçou, na reforma do direito falimentar de 1967, a via modelar a ser seguida: a preservação da empresa como centro autônomo de interesses, sem prejuízo da punição e do afastamento do empresário faltoso”; e Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Ademar Ribeiro, A revolução do empresariado, *Revista de Direito Privado* 9:221, 2002: “Tanto na Europa, como nos Estados Unidos, advoga-se, hoje, uma evolução do capitalismo que dê primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazos sobre os de cada um dos vários grupos nela interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista”.

53 CAMPINHO, Sergio. *Sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111.

mitir 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.

Ora, considerando o que se acaba de expor e aplicando aqui o primeiro dos testes próprios à exigência da proporcionalidade — o que trata da adequação entre os meios escolhidos pela norma e os fins que pretende alcançar —, parece certo que a medida adotada pelo legislador é capaz não só de promover, mas também de conciliar os fins constitucionais relevantes. Tanto a proteção dos trabalhadores — não apenas individual, mas também coletivamente considerados — é fomentada, quanto a preservação da empresa é promovida, de modo a que ela continue a cumprir sua função social, nos termos do art. 170, III, da Constituição.

Por sua vez, não parece consistente afirmar que opção concebida pelo legislativo seria excessivamente gravosa para os trabalhadores e que outras possibilidades menos restritivas estariam disponíveis. O ponto é simples. Já se viu que a possibilidade de sucessão trabalhista — de que cogitam aqueles que questionam as previsões da Lei nº 11.101/05 — reduz a atratividade do fundo de comércio, unidades produtivas e demais ativos da empresa, dificultando sua alienação e, portanto, a própria recuperação da empresa. Inviabilizada a recuperação, a solução remanescente será a falência, hipótese muito pior para todos os interessados: empregados, credores e empresa, além de toda a coletividade afetada pela paralisação da atividade econômica por ela desenvolvida.

Ou seja: a suposta garantia cumulativa de dois devedores para o pagamento dos trabalhadores que decorreria da sucessão — a saber: o empregador originário e o adquirente — será muito mais teórica que real, na medida em que, caso o negócio não seja atraente, simplesmente não haverá adquirente. Mesmo quando já decretada a falência, a alienação conjunta dos ativos sem sucessão trabalhista atrairá mais interessados, por somas mais elevadas, contribuindo para o aumento da massa e, conseqüentemente, aumentando a pro-

babilidade de pagamento dos créditos dos trabalhadores. Também sob a perspectiva da necessidade/vedação do excesso, portanto, a opção legislativa parece inteiramente aceitável.

Por fim, cumpre examinar as previsões legais impugnadas à luz do terceiro teste no qual se desdobra a proporcionalidade: trata-se da chamada proporcionalidade em sentido estrito, por força da qual se procura aferir se os ônus gerados pela medida em questão superam os benefícios dela decorrentes. Pelas razões já expostas, é fácil concluir que não é esse o caso. Há uma função social associada ao funcionamento das empresas, na medida em que elas geram postos de trabalho, movimentam a economia e recolhem tributos. Viabilizar a sua recuperação em caso de crise promove essas finalidades⁵⁴.

As previsões da Lei nº 11.101/05 potencializam a chance de que a massa receba maiores quantias pela alienação dos seus ativos, aumentando o patrimônio a ser rateado entre os devedores — inclusive trabalhistas. Tudo isso suprimindo a sucessão trabalhista, mas sem reduzir — muito ao revés — a possibilidade de que sejam satisfeitos os créditos correspondentes. Portanto, observado o problema real da crise das empresas e do reflexo dessas crises sobre os trabalhadores sob uma perspectiva mais ampla, e menos individualista, a ausência de sucessão parece um custo aceitável quando comparado aos benefícios obtidos. Não há, então, que se falar em desproporcionalidade.

Em suma: ao editar os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, o legislador sopesou os princípios constitucionais em jogo e elegeu opção plenamente cabível em seu espaço legítimo de conformação. É certo que alguém pode ter uma visão diferente do

54 Neste sentido v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 73.380/SP. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julg. em 28.11.2007. Diário da Justiça de 21.11.2008: “A novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa”.

assunto e nem todos concordarão com a solução legal, mas a verdade é que se trata de uma decisão razoável tomada legitimamente pelo órgão competente. E, se é assim, não se pode cogitar de inconstitucionalidade da opção legislativa.

II.3. Constitucionalidade formal. Competência da lei ordinária

Demonstrada a validade material da opção formulada pelo legislativo, resta examinar o argumento de que haveria na hipótese uma inconstitucionalidade formal. O argumento que procura impugnar a validade formal dos arts. 60, parágrafo único, e 141, inciso II, da Lei nº 11.101/05 — especialmente formulado na ADIn nº 3.934/DF — pode ser resumido nos seguintes termos. A vedação à sucessão nas obrigações trabalhistas da empresa em recuperação judicial, em razão da aquisição de seu fundo de comércio e/ou unidades produtivas, importaria o término do contrato de trabalho. A lei, portanto, teria criado hipótese de despedida imotivada pelo empregador o que, no termos do art. 7º, I, da Constituição apenas poderia ser feito por lei complementar. *Data maxima venia*, há pelo menos dois equívocos nessa assertiva. O *primeiro* deles, e mais importante, envolve o próprio sentido do art. 7º, I, da Constituição, que vale desde logo transcrever:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Nos termos do art. 22, I, da Constituição⁵⁵, compete à União legislar sobre direito do trabalho e não há dúvida de que o veículo

55 CF/88, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I — direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)”.

próprio para esse fim é a lei ordinária. Aliás, é pacífico que a exigência de lei complementar é excepcional, somente existindo nas hipóteses em que a Constituição textualmente a requer⁵⁶. Uma dessas exceções é a prevista pelo art. 7º, I, que submete à lei complementar a disciplina das condições destinadas a proteger o trabalhador diante da despedida arbitrária ou sem justa causa. O ponto não é minimamente controvertido. Apenas para exemplificar, a ampla discussão que se estabeleceu perante o Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação que deveria ser dada à Convenção nº 158 da OIT — que cuida da proteção contra a despedida arbitrária — assumiu como pressuposto exatamente esse dado: eventuais medidas de proteção do trabalhador contra despedida sem justa causa apenas podem ser instituídas por meio de lei complementar. Confira-se trecho da ementa de uma das decisões que tratou do tema:

Possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de tratados ou convenções internacionais em face da Constituição da República — Alegada transgressão ao art. 7º, I, da Constituição da República e ao art. 10, I do ADCT/88 — Regulamentação normativa da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, posta sob reserva constitucional de lei complementar — Conseqüente impossibilidade jurídica de tratado ou convenção internacional atuar como sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição (CF, art. 7º, I) — Consagração constitucional de indenização compensatória como expressão da reação estatal à demissão arbitrária do trabalhador (CF, art. 7º, I, c/c o art. 10, I do ADCT/88) — Conteúdo programático da Convenção Nº 158/OIT, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador interno de cada país⁵⁷.

56 V., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 836; e TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.116.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julg. em 04.09.1997. Diário da Justiça de 18.05.2001.

Até o momento, como se sabe, não foi editada a lei complementar referida pela Constituição, aplicando-se o art. 10 do ADCT⁵⁸, que garante indenização compensatória para as hipóteses de despedida sem justa causa. A despeito de alguma controvérsia inicial⁵⁹ — sobre se o art. 10 do ADCT seria auto-aplicável, ou se também sua eficácia dependeria da edição de lei complementar —, acabou por se consolidar o entendimento no sentido da aplicação imediata do dispositivo transitório⁶⁰.

Ora, como é fácil perceber, a reserva de lei complementar de

58 CF/88, ADCT: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

59 FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex, 1989, p. 262: “enquanto não for editada lei complementar, este inciso não poderá ser aplicado, por não ser bastante em si, dependendo de futura regulamentação. Entretanto, a futura regulamentação, já por força do contido neste inciso deverá prever **indenização compensatória, entre outros direitos**” (grifos do autor); e BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 443. De forma semelhante, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93, afirma: “À espera de lei complementar, a própria Constituição, no art. 10 das Disposições Transitórias, trouxe normas sobre essa indenização e sobre o despedimento (art. 10)”. Por fim, é interessante ainda destacar o seguinte trecho: “(...) a eventual promulgação de uma lei complementar poderá, sim, auxiliar na avaliação da restrição à liberdade de trabalhar ou na fixação de limites mais precisos ao exercício do poder patronal da dispensa. No entanto, caso o legislador ache por bem continuar na sua apatia institucional, nem tudo estará perdido. Pois isso não afastará o dever constitucional dos empregadores, no sentido de respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana que esteja atuando sob as suas ordens” (GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225).

60 O debate acerca da aplicabilidade imediata do dispositivo pode ser encontrado, *e.g.*, em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 449420/PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julg. em 16.08.2005. Diário da Justiça de 14.10.2005. O relator defende a aplicação imediata com base no artigo 10 do ADCT, em oposição ao Ministro Marco Aurélio, que exige a edição de lei complementar. O entendimento do relator prevaleceu, por maioria.

que cuida o art. 7º, I, da Constituição não é pertinente na hipótese, na medida em que os dispositivos da Lei nº 11.101/05 examinados não se ocupam de prever medidas de proteção do trabalhador no caso de despedida imotivada. E, salvo por esse tema específico, como já se viu, a regra geral é a de que cabe ao legislador ordinário dispor sobre as normas de direito do trabalho⁶¹.

O *segundo* equívoco envolve a afirmação feita na ADIn já referida de que os dispositivos da Lei nº 11.101/05 imporiam a extinção do vínculo trabalhista. Ao que parece, a afirmação é feita na tentativa de aproximar o caso aqui em exame da hipótese apreciada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIn nº 1.721/DF. Naquela ocasião, a Corte declarou a inconstitucionalidade de previsão introduzida pela Lei nº 9.528/97 no § 2º do artigo 453 da CLT⁶², pela qual se estabeleceu o fim automático do contrato de trabalho em razão da concessão de aposentadoria voluntária ao empregado. Dois esclarecimentos são importantes aqui.

Em primeiro lugar, e nos termos da Lei nº 11.101/05, os contratos de trabalho não se extinguem necessariamente na hipótese de falência ou de recuperação judicial, nem mesmo por força da alienação de ativos de uma empresa em recuperação. O art. 117 da Lei nº 11.101/05⁶³ prevê inclusive que os contratos bilaterais — de que a relação de emprego é um exemplo — não se resolvem pela falência. Sua extinção, portanto, não decorre de pleno direito da decretação da

61 Também a competência para tratar de direito comercial é, como se sabe, do legislador ordinário, nos termos do mesmo art. 22, I, da Constituição.

62 CLT, art. 453: “No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente. (...) § 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

63 Lei nº 11.101/05, art. 117: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”.

falência ou da recuperação judicial, dependendo sempre de algum tipo de manifestação de vontade de ao menos uma das partes nesse sentido⁶⁴. A rigor, mesmo na hipótese de falência, a manutenção de alguns empregados ao longo do processo falimentar é possível, no interesse da própria massa⁶⁵. A manutenção dos contratos tem ainda maior razão no caso de recuperação judicial, cujo objetivo é justamente promover a continuidade da empresa.

Não se ignora que, na prática, decretada a falência de uma empresa, boa parte dos empregados será (ou já terá sido) despedida e é realmente provável que, nos casos de recuperação judicial, uma parte dos empregados seja também dispensada, ao passo que outra parte seja mantida. Em tais hipóteses, como em qualquer despedida imotivada, será aplicável o art. 10 do ADCT da Constituição. A rigor, espera-se que quanto mais bem sucedida vier a ser a recuperação, maior será a possibilidade de manutenção dos empregos no âmbito da empresa. Veja-se, porém, que não é a falência, a recuperação judicial ou a alienação de ativos de empresa em recuperação que geram, automaticamente e por si só, o rompimento dos vínculos trabalhistas. A eventual dispensa dos empregados decorrerá da manifestação de vontade de alguma das partes, como acontece com qualquer empresa, mesmo que em regular funcionamento.

A observação acima já revela que o acórdão proferido pelo STF na ADIn nº 1.721/DF, e mencionado na petição inicial da ADIn nº 3.934/DF em suporte à tese de inconstitucionalidade formal dos dispositivos referidos da Lei nº 11.101/05, não tem pertinência com o tema aqui examinado. A hipótese analisada pelo STF naquela ocasião pode ser resumida nos seguintes termos. A Lei nº 9.528/97 alterou a CLT para dispor que, uma vez que o empregado exercesse seu direito à aposentadoria junto ao INSS, seu vínculo empregatício seria auto-

64 BALARÓ, Carlos Carmelo. Os créditos trabalhistas no processo de recuperação de empresas e de falência. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 82, 2005, p. 31.

65 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 377.

maticamente desfeito, nada obstante estar trabalhando normalmente, e sem que empregador ou empregado houvessem decidido nesse sentido. De fato, o Ministro relator observou, em seu voto, que o dispositivo implicaria em extinção do vínculo empregatício “à margem do cometimento de falta grave pelo empregado e até mesmo da vontade do empregador”. Como bem destacou o STF, o “Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum”. Confira-se a ementa da decisão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá

no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97⁶⁶.

Embora o art. 7º, I, da Constituição seja referido na ementa, os pontos controvertidos não envolviam o fato de se estar diante de uma lei ordinária ou complementar. Como se extrai da leitura, a referência ao dispositivo constitucional, em conjunto com o art. 10 do ADCT, visava a destacar que, tanto quanto possível, o constituinte deseja a continuidade da relação de emprego, de modo que não faria sentido algum que o próprio Estado interferisse na relação entre empregador e empregado para determinar a extinção de um vínculo empregatício vigente. Além disso, os debates giraram em torno da inconstitucionalidade material do dispositivo, defendida pela maioria, e negada apenas pelo Ministro Marco Aurélio, que considerou que a norma buscava trazer para a esfera privada regras que já regem o serviço público⁶⁷, com o legítimo objetivo de “inibir aposentadoria que pode ser tida como precoce”⁶⁸.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721/DF. Relator Ministro Carlos Britto. Julg. em 11.10.2006. Diário da Justiça de 29.06.2007.

67 Lei nº 8.112/90, art. 33, VII: “A vacância do cargo público decorrerá de: (...) VII - aposentadoria;”.

68 Sua posição seguiu a mesma linha defendida pelos Ministros Octávio Galloti e Moreira Alves no julgamento da cautelar da ação, que considerou que essa hipótese de demissão decorreria de ato do próprio empregado, ao requerer a aposentadoria, o que afastaria a aplicação do

A mesma discussão foi ainda retomada em dois recursos extraordinários, nos quais igualmente se sustentou a violação à proteção do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários⁶⁹: a questão formal, envolvendo a edição ou não de lei complementar, não foi uma razão de decidir. O relatório de um dos recursos resume da seguinte forma as razões da inconstitucionalidade afinal decidida: “a) o fato de os eventos aposentadoria espontânea e continuidade da relação de emprego serem autônomos e independentes; b) caracterização de excesso de poder legislativo ao estabelecer como consequência natural e necessária da aposentadoria espontânea o rompimento da relação de emprego”⁷⁰. Como se vê, não há aqui qualquer semelhança com o que prevêm os dispositivos da Lei nº 11.101/05, que não cuidam em ponto algum de rompimento automático da relação de emprego.

Em suma: os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05 não prevêm hipótese de rompimento automático da rela-

artigo 7º, I, CF. Neste mesmo sentido se manifestou o então Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro, em parecer referente à ADIn em comento (PGR, 29.mai.2003, Parecer 19.022/GB): “(...) urge salientar em princípio que não se nega a circunstância de que buscou o constituinte proteger o trabalhador de despedida arbitrária, havendo manifesta intenção de que os pactos laborais se mantivessem no tempo tanto quanto possível. Entretanto, o caso não comporta, sob qualquer ângulo que se o mire, despedida arbitrária, pelo fato de se tratar de aposentadoria voluntária, vale dizer, aquela formalizada por ato de vontade do empregado. (...) Nesse passo, apenas seria de se reconhecer a inconstitucionalidade da norma se a Carta Política, no ponto, houvesse conferido proteção ao trabalhador contra ele próprio, o que não ocorreu”. O Ilustre Procurador destaca, ainda, que a extinção do contrato de trabalho é condição para o recebimento da aposentadoria, sendo certo que sempre haveria a possibilidade de se realizar “novo contrato, uma vez que o originário se extinguiu por vontade do próprio trabalhador. Nada impede, noutro giro, que ele permaneça contribuindo para a previdência social até que alcance os requisitos para recebimento de aposentadoria integral, quando então passará a usufruir do benefício em sua completude”.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 463629/RS. Relator Ministro Ellen Gracie. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 23.03.2007; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 449420/PR. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 14.10.2005.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 463629/RS. Relator Ministro Ellen Gracie. Julg. em 14.11.2006. Diário da Justiça de 23.03.2007.

ção de emprego, nem tratam de medidas para proteger os trabalhadores no caso de dispensa imotivada, de modo que a reserva de lei complementar de que trata o art. 7º, I, da Constituição não é pertinente na hipótese. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade formal.

III. Conclusão

É possível compendiar as idéias desenvolvidas neste estudo nas seguintes proposições objetivas:

A) A Constituição não ocupa, e nem pode pretender ocupar, todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Poder Público está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população naquele momento histórico específico. Ao Judiciário cabe apenas verificar se, além de respeitar as regras constitucionais, a escolha dos Poderes competentes é razoável em face dos princípios relevantes e das diferentes concepções sobre a matéria.

B) Ao editar os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05, o legislador considerou o amplo debate produzido no Executivo, no Legislativo e na sociedade em geral, sopesou os princípios constitucionais em jogo e elegeu opção inserida em seu espaço legítimo de conformação. A previsão de não sucessão nas dívidas trabalhistas — que se alinha a disposições encontradas na legislação comparada — é capaz de promover a continuidade da empresa, preservar empregos e arrecadar um volume maior de recursos, destinado ao pagamento de eventuais dívidas pendentes, inclusive de natureza traba-

lhista. A opção do legislador brasileiro, portanto, não é caprichosa, irrazoável ou desproporcional, não havendo aqui qualquer inconstitucionalidade material da opção legislativa.

C) A reserva de lei complementar de que trata o art. 7º, I, da Constituição não é aplicável na hipótese, já que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei nº 11.101/05 não prevêem hipótese de rompimento automático da relação de emprego, nem tratam de medidas para proteger os trabalhadores no caso de dispensa imotivada. Não há que se falar, portanto, em inconstitucionalidade formal.