

SUCESSÃO DE EMPREGADORES DIANTE DA NOVA LEI DA FALÊNCIA

Marcelo Papaléo de Souza

Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Camaquã – RS

1. INTRODUÇÃO

Um regime jurídico de insolvência, representado pela Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência-LRF), suscita muitas dúvidas que não são de simples solução. Tal legislação é complexa, envolve a interação de várias áreas do Direito, senão todas, implicando procedimentos e instrumentos para encaminhamento das soluções.

A questão da análise das conseqüências da nova lei (Lei nº 11.101/05-LRF) em relação ao trabalhador é de suma importância, pois conduz ao aplicador do direito a tentativa da compatibilização dos institutos diversos, do Direito do Trabalho, com eminente preocupação com os trabalhadores; do Direito Comercial, preponderantemente preocupado com os credores; e, na nova legislação, com a manutenção da empresa economicamente viável.

Importante a ser ressaltado de início é que a legislação atual traz reflexos tanto ao Direito do Trabalho quanto ao Direito Processual do Trabalho. Em tal circunstância, diverge da norma revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), que somente tinha reflexos no processo do trabalho, mas não alterando os direitos trabalhistas. Podemos constatar que o legislador, por meio do ordenamento concursal, introduziu verdadeira “flexibilização” em alguns institutos do direito do trabalhador, com mudanças consideráveis, tais como créditos do trabalhador, sucessão de empregadores, alteração do contrato de trabalho, entre outros. Quanto ao processo de conhecimento e de execução, há, também, grandes alterações. Especificamente à execução trabalhista, problemas ainda maiores surgem com relação à execução dos créditos dos trabalhadores em decorrência da recuperação e falência do empregador.

Portanto, diante da diversidade dos ordenamentos que devem servir de fundamento para os operadores do direito, devemos tentar interpretar os dispositivos legais, para que se compatibilizem os princípios de proteção ao trabalhador que norteiam o direito do trabalho e o processo com os previstos para as execuções coletivas. Verificamos, pois, a necessidade de apresentar análise a respeito do tema em face da imensa repercussão prática do assunto.

2. AS CONSEQÜÊNCIAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHADOR

A figura jurídica da recuperação judicial é uma novidade em nosso ordenamento jurídico e traz conseqüências a todos os credores do devedor, inclusive ao credor

trabalhista. Anteriormente, na legislação revogada, as hipóteses legais ao devedor eram a falência ou a concordata. Em se tratando de concordata, não havia grandes preocupações aos credores trabalhistas, pois em nada afetava seu crédito ou suas ações. A concordata envolvia somente os créditos quirografários, ficando de fora, portanto, o crédito trabalhista que era exigido na forma prevista na lei trabalhista.

Deve ser ressaltado, de início, que a consequência da recuperação judicial aos credores trabalhistas e dos decorrentes de acidente de trabalho somente se aplica no caso de empresas de médio e grande porte, pois no caso do plano de recuperação especial, microempresas e empresas de pequeno porte, não há qualquer efeito, haja vista que os créditos referidos não são atingidos pela mesma (art. 71 da LRF). Não se concorda com a tese de que o regime de recuperação especial, previsto a partir do art. 70 da Lei nº 11.101/05, é facultativo aos microempresários e pequenos empresários. A recuperação especial é a prevista na nova legislação para os microempresários e pequenos empresários.

Quanto à falência, na legislação revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), havia efeitos sobre o processo, mas não ocorria qualquer transformação em relação ao direito do trabalhador, por força do disposto no art. 449 da CLT. Atualmente, em face da nova legislação (LRF), consequências existem, tanto no processo quanto no direito do trabalhador.

Portanto, com a nova legislação, pelos reflexos que ocasionam a recuperação e a falência, é de suma importância a análise em face do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, incluindo processo de conhecimento e processo de execução. As consequências ao trabalhador previstas na lei, para as hipóteses de recuperação judicial e falência, são, entre outras: submissão de seus créditos ao plano de recuperação judicial ou ao juízo concursal, no caso da falência; a suspensão de prescrição, ações e execuções; a alteração da classificação do crédito trabalhista em razão do seu valor, na falência; a não sucessão das obrigações no caso de aquisição do patrimônio do devedor ou falido, em hasta pública. Algumas alterações propostas na lei são de discutível constitucionalidade, que no presente estudo, por se tratar da matéria especificamente relacionada à sucessão de empregadores, não serão analisadas¹.

3. SUCESSÃO DE EMPREGADORES

A regra geral é que a recuperação judicial não acarreta efeitos em relação aos contratos do devedor, pois existe a continuidade dos negócios. A falência, também, não tem o efeito da resolução dos contratos bilaterais, via de regra (art. 117 da LRF). Sendo o contrato de trabalho um contrato bilateral, por dedução lógica, não há rescisão. No entanto, em face dos dispositivos referidos na legislação concursal, que tratam da alienação do patrimônio do devedor e da massa, devemos analisar os efeitos no contrato de trabalho, haja vista o disposto nos arts. 60, parágrafo único e 141, II da LRF.

O contrato de emprego, na recuperação do devedor, continua sendo executado e, no caso da rescisão, o trabalhador terá todos os direitos advindos do ato do empregador. O art. 449 da CLT ressalta que subsistirão os direitos oriundos da existência do

¹ Para aprofundar o assunto, ver SOUZA, Marcelo Papaléo. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas Consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

contrato de trabalho em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa. O contrato de trabalho tem entre as suas características a de ser um contrato permanente, ou seja, não se esgota com uma determinada prestação. A vinculação entre os participantes da relação de emprego, em que pese ser fixadas as condições do trabalho no início da prestação de serviços, sofre alterações no decorrer do tempo. Contudo, a modificação do contrato não pode ser por iniciativa de uma das partes, salvo quando benéfica à parte trabalhadora. Deve, via de regra, decorrer de ajuste mútuo e não causar prejuízos aos direitos do empregado. Registra-se, ainda, que as alterações do contrato de trabalho podem ocorrer independentemente da vontade das partes, como acontece quando da alteração da legislação, decorrente de instrumento normativo, entre outros exemplos.

No direito privado, a regra geral é que as partes podem estipular novos ajustes aos contratos, ocorrendo a novação, criando novas obrigações, em substituição ao que anteriormente tinham ajustado². No Direito do Trabalho, tal regra não se aplica na forma referida, pois os contratantes são tidos como desiguais, sendo a vontade das partes subordinada às normas legais que visam à proteção do trabalhador. Contudo, a regra da imutabilidade das obrigações sofre algumas exceções. No ordenamento jurídico, o empregador tem a possibilidade de dar ordens e instruções relativas ao trabalho, as quais devem ser obedecidas pelo empregado. Claro que o poder de direção não conduz a uma possibilidade ilimitada, sem qualquer parâmetro, pois devem ser observados os limites das condições ajustadas, decorrentes das necessidades da empresa e não causar prejuízos aos interesses do trabalhador.

Afirma Délio Maranhão³ que o contrato de trabalho é o instrumento jurídico mediante o qual o empregador obtém o comando de um dos fatores elementares da produção: o trabalho. Mas, como o trabalho não se pode dissociar da própria pessoa do trabalhador, dele resulta o estado de subordinação em que este se coloca em relação ao outro contratante. Sendo o Direito do Trabalho a moldura jurídica desta realidade econômica, a ela terá de adaptar o princípio da força obrigatória dos contratos. E, desse modo, considerado o estado de subordinação do empregado, reforça aquele princípio e anula as alterações do contrato, ainda que em virtude de acordo, desde que prejudiciais ao contratante econômica e socialmente inferiorizado, ao mesmo tempo que, atendendo à necessidade que tem o empregador de manejar o trabalho, como fator de produção, no exercício da atividade econômica, o abranda, admitindo o *jus variandi*. Sofre, portanto, o princípio da força obrigatória dos contratos, no Direito do Trabalho, o influxo de duas tendências opostas, que se equilibram, visando uma a proteger o empregado, dando-lhe maiores garantias quanto à imutabilidade do pactuado, e outra a tornar tal princípio mais flexível, adaptando-o à realidade econômica e à função social do contrato de trabalho. Não constitui, pois, o *jus variandi*, a rigor, uma exceção ao princípio da força obrigatória do contrato de trabalho, mas simples adaptação do mesmo princípio a essa realidade econômica. A regra é, sempre, a inalterabilidade unilateral do contrato.

² Para aprofundar o assunto, ver GRILLO, Umberto. *Alteração do Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, e DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: Ed. LTr, 2000.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000, vol. I, p. 530/531.

Uma importante consequência do princípio da continuidade do contrato é que, decorrente de cada novo ajuste não há necessidade de novo contrato, ou seja, aumento de salários, alteração de horário de trabalho ou mudança de local de trabalho, não acarreta a obrigatoriedade de um novo contrato. Assim, as modificações no transcorrer do tempo não resultam na sua extinção, ou seja, não influenciam na sua vigência, prosseguindo normalmente o contrato. Outra circunstância importantíssima do princípio da continuidade do contrato de trabalho está relacionada às alterações subjetivas deste. As alterações do contrato podem ser objetivas, relacionadas ao próprio contrato e às suas condições – v.g., alteração de salário, funções, horário, entre outras – e subjetivas, relacionadas com as pessoas (protagonistas do contrato).

A alteração subjetiva, contudo, só é permitida em relação ao empregador, pois não há como ser aceita em face do trabalhador, haja vista que quanto a este é *intuitu personae*, não se aceitando a substituição. Assegura Plá Rodrigues que o fato de o contrato de trabalho ser *intuitu personae* com referência ao trabalhador deriva do caráter personalíssimo da prestação do trabalhador, que converte a este em infungível, isto é, não-substituível por outro. Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, este não lhe pode ser indiferente à pessoa cujas energias são colocadas a sua disposição, dadas que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia pode variar de uma pessoa para outra⁴.

Via de regra, a alteração do empregador não resulta na rescisão do contrato de trabalho⁵. A continuidade do contrato, em que pese a alteração do empregador, apresenta várias justificativas, tais como: a) o empregado vincula-se mais com as garantias que a empresa lhe oferece do que com as condições pessoais do empresário. Ademais, em grandes empresas, na maioria das vezes, o empregado nem conhece os seus sócios, não ocasionando alterações ao seu contrato de emprego qualquer modificação da alteração societária da empresa; b) o empregador é a pessoa jurídica que não se confunde com a figura de seus sócios, pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, alterações na estrutura interna da empresa não acarretam per si no fim dos contratos de trabalho existentes.

Há de ser examinada a sucessão de empregador e a transferência de estabelecimento. Ferrara, citado por Délio Maranhão⁶, declara que, no caso de transferência de estabelecimento, as obrigações são *propter rem*, ou seja, são transferidas junto com os bens a que estão unidas. Como bem ressaltado por Délio Maranhão⁷, não se trata de direito real ou de obrigação *propter rem*, pois a transferência das obrigações não se dá em função da coisa, haja vista que nada impede ao empregador que irá transferir o estabelecimento proceder à rescisão dos contratos de trabalho, não tendo o empregado a ação contra o adquirente dos bens.

⁴ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1993, p. 184.

⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 185, refere exemplos de que o contrato de trabalho é *intuitu personae* com relação ao empregador, ressaltando a hipótese de um secretário de um político ou ajudante de um profissional liberal.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000, v. I, p. 309.

⁷ *Idem*, p. 310.

O fundamento para concluir pela transferência da responsabilidade é a lei. O art. 448 da CLT dispõe que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Mesmo existindo a transferência de um estabelecimento, há sucessão das obrigações do empregador com relação aos trabalhadores para que continuem trabalhando no estabelecimento vendido.

Ressalta Umberto Grillo⁸ que, com a venda de parte da empresa, esta se mantém como unidade jurídica. A parcela alienada passa a integrar a nova empresa. Se o empregado permaneceu trabalhando, a despeito da venda, o novo empregador passa a responder pelas obrigações trabalhistas daquele empregado, assumindo, inclusive, a responsabilidade pelos direitos já incorporados ao seu patrimônio jurídico.

Hipóteses de sucessão também aparecem decorrentes da incorporação, fusão e da cisão⁹. A primeira hipótese está relacionada quando uma sociedade é absorvida por outra, que lhe sucede todos os direitos e obrigações; a segunda decorre do fato de duas sociedades se unirem, formando uma terceira, que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações; e a terceira, quando uma sociedade se divide, transferindo parcelas do seu patrimônio a outras sociedades, que se tornam suas sucessoras. A hipótese da cisão, merece melhor análise, pois pode levar à extinção da sociedade cindida. Quando a sociedade é extinta em face da cisão, indubitavelmente caracteriza-se a hipótese da sucessão, mas, no segundo caso, ela só se configurará, para efeitos trabalhistas, se a parcela do patrimônio transferido corresponder a um estabelecimento.

Assim, para que fique caracterizada a sucessão de empregadores, dois requisitos devem ser observados: 1) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe para um outro titular; e 2) que a prestação de serviços pelos empregadores não sofra solução de continuidade. Estas são as conclusões, da doutrina clássica, a que se pode chegar analisando o disposto no art. 448 da CLT. Atualmente há alteração do concluído acima, flexibilizando a exigência da continuidade na prestação de serviços. Maurício Godinho Delgado¹⁰ refere que a nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista insiste que o requisito essencial à figura é tão-só a garantia de que qualquer mudança intra ou interempresarial não venha afetar os contratos de trabalho – independentemente de ter ocorrido a continuidade da prestação laborativa. Isso significa, segundo o autor, que qualquer mudança intra ou interempresarial que possa afetar os contratos empregatícios seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT. O que se tem de relevar é afetação de modo significativo das garantias do trabalhador em face das modificações intra ou interempresarial para efeito da consideração da sucessão de empregadores.

3.1. SUCESSÃO DE EMPREGADORES EM FACE DA TRANSFERÊNCIA DE PATRIMÔNIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Com relação a empresas em recuperação judicial, considerando a alienação judicial

⁸ GRILLO, Umberto. *Alteração do Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 130.

⁹ Segundo o disposto no novo Código Civil há sucessão das obrigações no caso de transformação da empresa (art. 1.115), na alienação de patrimônio (arts. 1.145 e 1.146), da pessoa jurídica ou pessoa física (empresário), bem como nos casos de incorporação (art. 1.116), fusão (art. 1.119) e cisão (art. 1.122).

¹⁰ *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: Ed. LTr, 2000, p. 29.

de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, ou seja, estabelecimentos, prevê o art. 60, parágrafo único da LRF que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive de natureza tributária. Na falência, o art. 141, II da LRF disciplina que, no caso de alienação conjunta ou separada de ativo, inclusive da empresa ou de filiais, promovida na forma da lei, o objeto da alienação será transferido sem 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 acidente do trabalho. Em relação ao contrato de trabalho, há, ainda, o referido no § 2º do artigo, que menciona que os empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho, e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Diante de tal previsão, houve a necessidade da alteração do Código Tributário Nacional (art. 133), na matéria que trata da sucessão da responsabilidade tributária, que foi feito pela Lei Complementar nº 118 de 9.02.2005.

Contudo, em face das normas trabalhistas a respeito, art. 448 da CLT, e as normas relacionadas com a recuperação judicial e a falência, arts. 60, parágrafo único, e 141, II da LRF, qual delas deve prevalecer ante a antinomia?

Invocando a doutrina clássica a respeito do tema, com os ensinamentos de Norberto Bobbio¹¹, podemos definir a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. Apresenta o autor três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas: 1) se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar, seguindo a terminologia de Alf Ross, total-total, ou seja, em nenhum caso uma das normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com outra; 2) se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, a antinomia subsiste somente para a parte comum e pode chamar-se parcial-parcial: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra e um campo de aplicação no qual o conflito não existe; 3) se, de duas normas incompatíveis, uma tem âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar total-parcial. A primeira norma não pode ser, em nenhum caso, aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira.

Conforme Bobbio, a antinomia 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, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas¹². Quando há conflito de regras aplica-se a regra tudo ou nada (Dworkin).

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p. 88 e ss.

¹² *Idem*, p. 91.

As antinomias podem ser, também, enquadradas sob outro critério, que é o de existir regra no próprio sistema jurídico para solucioná-las ou não. As primeiras são as antinomias impróprias (também denominadas de solúveis ou aparentes), e as outras, as próprias, ou verdadeiras (também denominadas de insolúveis ou reais).

As regras para solução das antinomias são três: a) critério cronológico; b) critério hierárquico; e c) critério de especialidade. Contudo, nem sempre tais critérios conseguem solucionar as antinomias a contento, pois pode existir conflito entre os mesmos. Nesta situação, existindo conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, o primeiro prevalece; divergência entre o critério hierárquico e o da especialidade, no entender de Bobbio, não há resposta segura, devendo prevalecer ora um ora outro, com o que não se concorda, pois deve prevalecer o hierárquico; conflito entre o da especialidade com o cronológico, sobressai o da especialidade, pois norma geral não revoga a especial.

Como referido, nem sempre os critérios apresentam solução para o problema, sendo necessário que se avance na análise. Na lição de Juarez Freitas, temos que as antinomias são "incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional"¹³. A análise vai muito além da visão da antinomia como conflito de normas, pois sustenta que "todas as antinomias são de natureza axiológica".

Desse modo, "a solução, mesmo para as assim chamadas antinomias de segundo grau, isto é, aquelas que se processam entre os próprios critérios usuais (cronológico, hierárquico e de especialidade), há de sempre fazer preponderar o critério hierárquico axiológico, admitindo-se, sem vacilações, uma mais ampla visão de hierarquia, a ponto de escalonar princípios, normas e valores no seio da própria constituição, no escopo de solucionar todas as contrariedades (...)"¹⁴

A norma contida na CLT é especial, pois trata de matéria relacionada especificamente aos trabalhadores. A norma contida na Lei nº 11.101/05, também, é especial, pois trata da situação da recuperação judicial e da falência. Portanto, temos duas situações específicas e devemos apresentar a solução mais adequada, a qual não encontramos nos métodos clássicos de superação das antinomias, mas sim nos princípios e valores contidos na Constituição Federal.

O Estado tem como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além de outros (art. 1º da Constituição Federal) e, como objetivo fundamental, criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, a qual garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição Federal). Verificamos, já no início da Constituição, referência expressa no sentido da garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça. Como objetivo do Estado, temos, também, o desenvolvimento nacional.

¹³ FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 70 e 77.

¹⁴ *Idem*. p. 77.

Willis Santiago Guerra Filho¹⁵ relembra que a Constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente a sociedade civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Ao contrário, a partir da verificação da necessidade de institucionalização de determinados princípios, espera-se hoje de uma constituição linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelecem.

O legislador constituinte estabeleceu na Constituição Federal, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (Capítulo I), os “Direitos Sociais” (Capítulo II), os “Da Nacionalidade” (Capítulo III), os “Direitos Políticos” (Capítulo IV) e “Dos Partidos Políticos” (Capítulo V). Os direitos e garantias fundamentais, como o próprio nome refere, são as matrizes de todos os direitos.

Quanto à aplicação desses direitos, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ que, a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muita razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Gomes Canotilho¹⁷ admite que existe uma restrição legal de direito fundamental quanto ao âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional que é direta ou indiretamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direito “diminuem” ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

Portanto, defrontamo-nos para a aplicação dos dispositivos legais citados (art. 1º da CF, arts. 448 e 449 da CLT e arts. 60, parágrafo único, e 141, II da LRF) com uma restrição a direito fundamental, tratando-se de mais que uma antinomia de regras. Para tanto, invocamos a aplicação do princípio da proporcionalidade, tão difundido na Alemanha, que será apreciado de forma breve.

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Tribunais, 2005, p. 282. O autor relata que, mesmo os direitos fundamentais a prestação são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, parágrafo 1º de nossa Constituição (p. 282). Concluindo, o autor, descreve que enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerência na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na defesa econômica e social (p. 284).

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1999, p. 1090.

O princípio da proporcionalidade na Alemanha¹⁸ não se originou no direito constitucional, mas sim no direito administrativo, especificamente no âmbito da aplicação de normas sobre o poder de polícia e seus limites. Na esfera jurídico-constitucional, em que o princípio implica uma vinculação do legislador, acabou alcançando reconhecimento doutrinário e jurisprudencial a partir de 1949. Altera-se o entendimento de que ao legislador, atuando nos limites de sua competência constitucional, inexistia qualquer limitação. Até o advento da Lei Fundamental, ao tempo da Constituição de Weimar (1919), advogava-se majoritariamente a idéia de que os direitos fundamentais eram assegurados e valiam na medida das leis. Sustentava-se, ainda, que o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar nada mais representava do que especialização e concretização constitucional do princípio da legalidade da administração. Por especialização, compreendia-se a especial dimensão da vinculação da administração, relativamente a determinadas situações e âmbitos da vida, tais como a liberdade de imprensa e comunicação, a esfera religiosa, a propriedade, a liberdade pessoal, etc. Apenas com o artigo 1º, inciso III, da Lei Fundamental de 1949, é que tanto a administração quanto o legislador e os órgãos judicantes passaram a ser objeto de vinculação à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados. O dispositivo citado representou, pois, uma radical mudança no âmbito do pensamento jurídico-constitucional e na própria concepção dos direitos fundamentais, já que o próprio legislador passou a ter sua atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Importa consignar que, da reserva legal dos direitos fundamentais, resultam os limites da atuação do legislador, isto é, em que medida poderá o legislador buscar a concretização de determinados fins que justifiquem uma restrição no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de outra parte, em que medida poderá utilizar a lei como meio de alcançar os fins almejados. É por esta razão que se costuma falar de uma relação entre os meios e os fins como integrando o princípio da proporcionalidade¹⁹.

A jurisprudência acabou por desenvolver o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis: a lei, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Os requisitos da adequação e da necessidade significam, em primeira linha, que o objetivo almejado pelo legislador ou pela administração, assim como o meio utilizado para tanto, deverão ser, como tais, admitidos, isto é, que possam ser utilizados. Além disso, o meio utilizado deverá ser adequado e necessário²⁰.

Adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado

¹⁸ Para aprofundar o assunto, ver SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, 1999, nº 2, p. 93/107, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000; SOARES, José Ronaldo Cavalcante (coordenador). *Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Ed. LTr, 2001, e CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

¹⁹ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, 1999, nº 2, p. 96, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet.

²⁰ *Idem*, p. 97

situam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas. A necessidade, por sua vez, significa que não existe outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior²¹.

Na aferição da constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Federal Constitucional Alemão acabou por desenvolver, como método auxiliar, a “teoria dos degraus” (Stufentheorie) e assim denominada “teoria das esferas” (Sphärentheorie). De acordo com a primeira concepção, as restrições a direitos fundamentais devem ser efetuadas em diversos degraus. Assim, por exemplo, já se poderá admitir uma restrição na liberdade de exercício profissional (art. 12 da Lei Fundamental alemã) por qualquer motivo objetivamente relevante (*aus jedem sachlichen Grund*), ao passo que no degrau ou esfera mais profunda, o da liberdade de escolha da profissão, tida como sendo em princípio irrestringível, uma medida restritiva apenas encontrará justificativa para salvaguardar bens e/ou valores comunitários de expressiva relevância de ameaças concretas, devidamente comprovadas, ou pelo menos altamente prováveis²².

Por derradeiro, convém ressaltar que também a figura das esferas (ou degraus), assim como a constatação da existência de diversos níveis no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, constitui-se em importante critério para a tormentosa tarefa de controlar a constitucionalidade das medidas restritivas aos direitos fundamentais. Assim, verifica-se que a esfera mais central, notadamente a esfera mais íntima, encontra-se, de regra, completamente imune a restrições legislativas e/ou administrativas. Pelo menos, cumpre admitir que a esfera reservada ou íntima no âmbito de proteção de determinado direito fundamental encontra-se sujeita a uma proteção significativamente maior do que a outorgada na esfera da privacidade ou mesmo na esfera pública²³.

Gilmar Ferreira Mendes²⁴ ressalta que o princípio da proporcionalidade cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre os meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Muito bem explica Eduardo Melo de Mesquita²⁵ que o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como limite jurídico-constitucional à atividade estatal, pautado nos princípios regentes e fundamentais do Estado do direito, notadamente a supremacia das normas constitucionais. Não significa uma tentativa de separar os indivíduos do Estado, mas a afirmação do controle do poder pelos seus legítimos possuidores, a comunhão social. Caracteriza-se a supremacia do interesse primário, da coletividade, sobre o interesse secundário, do próprio Estado. Aquele é o verdadeiro interesse público.

Referimos, ainda, as conclusões apresentadas por Humberto Bergmann Ávila²⁶,

²¹ *Idem*, p. 98.

²² *Idem*, p. 102.

²³ *Idem*, p. 103.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 43.

²⁵ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelares e antecipada*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 326.

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 215, jan/mar. 1999, p. 151/179.

quando declara que o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas sim estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. Ressalta, ainda, que o dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo, já que impõe uma condição formal ou estrutura de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas.

Feitas todas essas considerações, temos que as regras dos arts. 60, parágrafo único, e 141, II e § 2º da LRF representam restrições aos direitos fundamentais, que são os direitos dos trabalhadores. Contudo, diante do denominado princípio (dever) de proporcionalidade, incorre o legislador em manifesta ilegalidade, ou não? Pode-se chegar à conclusão negativa. A limitação da aplicação do art. 448 da CLT, que assegura todos os direitos dos trabalhadores (previstos na Constituição Federal – art. 7º) em face do sucessor, tratando-se de empresas em recuperação judicial e falidas, não é ilegal. Na aquisição de qualquer bem, o interessado, via de regra, avalia os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se no caso da alienação da empresa, ou estabelecimento, ocorrer a transferência das obrigações, o seu valor sofrerá redução correspondente a estas. É difícil mensurar com precisão a totalidade das dívidas do devedor, ocorrendo um superdimensionamento destas, podendo gerar o desinteresse no negócio. Portanto, partindo da inexistência da sucessão dos ônus, haverá a maximização do ativo, ou seja, será alcançado valor superior, favorecendo não somente o devedor, mas também aos credores, haja vista a possibilidade de satisfação dos débitos. Portanto, conjugando todos os fatores envolvidos, conclui-se que, pelo princípio da proporcionalidade, a restrição aos direitos dos trabalhadores se mostra lícita, pois trará benefícios a todos os envolvidos, possibilitando o pagamento de maior número dos credores, a manutenção dos empregos, geração de impostos e conservação da unidade produtiva.

Dessa forma, aferindo a relação entre o fim e o meio, não se reputa inapropriado ou desproporcional entre o fim e o fundamento utilizado. Há conformidade ou adequação dos meios – adequação medida-fim. Assim, concluímos que prevalece o entendimento esposado nos arts. 60, parágrafo único, e 141, II da LRF, também com relação ao credor trabalhista, no sentido da inexistência da sucessão de empregador. A par dessa conclusão, temos, conseqüentemente, de chegar à outra, que é a da rescisão do contrato de trabalho quando existe a transferência de estabelecimento decorrente do plano de recuperação judicial, como no caso da falência (art. 141, § 2º da LRF). Ressalta-se que, no caso da recuperação judicial, o devedor continua a existir, tendo responsabilidade pelo pagamento de todos os direitos dos seus empregados, correspondente ao saldo entre a dívida e o repassados aos trabalhadores (decorrente do valor alcançado com a alienação do patrimônio). Só não se admite que os empregados que trabalhavam no estabelecimento alienado, em decorrência do plano de recuperação judicial, exijam do arrematante os valores anteriores à alienação. Não existindo a sucessão, não se pode exigir a manutenção dos demais ajustes entre empregado e o antigo empregador em relação ao arrematante.

Destarte, referimos, também, que no caso da falência (art. 141, § 2º da LRF) não se pode exigir a manutenção dos ajustes entre empregado e o antigo empregador (falido) em relação ao arrematante.

Na legislação Argentina, há previsão de suspensão do contrato de trabalho com a falência e, caso não retomadas as atividades em sessenta dias, há rescisão do mesmo (art. 196 da Lei nº 24.522). O novo adquirente não é considerado sucessor, e existe um novo ajuste, portanto.

4. CONCLUSÃO

O trabalho representa um prolongamento da própria personalidade do indivíduo, projetando-se no grupo social, devendo ser assegurado à sobrevivência, à liberdade, à auto-afirmação e à dignidade. Os direitos sociais, previstos na Constituição Federal, visam à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à assistência dos trabalhadores, à proteção à maternidade e à infância. Celso Ribeiro Bastos²⁷ ressalta que as constituições modernas passaram a albergar normas limitativas de liberdade nas relações de trabalho, como reação aos postulados à Revolução Francesa que, assegurando a autonomia da vontade nas relações de trabalho, levavam às últimas consequências a máxima *laissez-faire*, resultando na exploração do trabalhador. Assegurar a inserção dessas normas não significou o nascimento, mas a hierarquização da legislação social, relatando as lições de José Reinaldo A. Vanossi que menciona “La incorporación de cláusulas de contenido económico y social es una de las características más definidas de la etapa del constitucionalismo que recibe comúnmente el nombre de ‘constitucionalismo social’. En rigor de verdad, la aparición de las llamadas ‘Constituciones sociales’ no significó el nacimiento sino la jerarquización de la legislación social toda vez que hasta ese momento ya gozaban de rango normativo numerosas disposiciones de la misma índole: el paso final fué, precisamente, el de la incorporación a los textos constitucionales, con jerarquía de ley suprema, de esas disposiciones...” O legislador constituinte, mesmo quando refere a ordem econômica, estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social” (art. 193 da CF).

O surgimento dos direitos de “segunda geração”, em nível constitucional, ocorreu a partir do século XX. Importa consignar que da reserva legal dos direitos fundamentais resultam os limites da atuação do legislador, isto é, em que medida poderá o legislador buscar a concretização de determinados fins que justifiquem uma restrição no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de outra parte, em que medida poderá utilizar a lei como meio de alcançar os fins almejados²⁸.

Ao Estado incumbe, através de normas legais, implementar e executar as denominadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. Portanto, cabe ao intérprete, observando o disposto nos direitos fundamentais, assegurar os direitos dos trabalhadores, concretizando os princípios contidos na Constituição Federal. A interpretação das normas infraconstitucionais deve ser em conformidade com a Constituição Federal e, essencialmente, concretizadora, tendo a tarefa de definir a proteção dos direitos fundamentais nela previstos.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, vol. 2, p. 398.

²⁸ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. *Revista Interesse Público*, 1999, nº 2, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet, p. 96.

Os direitos fundamentais sociais devem ser respeitados pelo legislador, o que em grande parte não ocorreu na Lei de Recuperação de Empresa e Falência (Lei nº 11.101/05). Caberá ao intérprete averiguar o contido na Constituição Federal e o problema concreto para analisar a restrição dos direitos dos trabalhadores.

Na situação específica da sucessão dos empregadores, em face do disposto nos arts. 60, parágrafo único, e 142, II da LRF, conclui-se que a limitação imposta é legal. Ponderando os meios e os fins pretendidos pelo legislador, verifica-se que há razoabilidade na restrição dos direitos dos empregados. Não há como desconsiderar que, caso fosse aceita a sucessão da responsabilidade, o valor de aquisição dos bens do devedor seria afetado. A dificuldade na mensuração da totalidade das dívidas do devedor ensejaria no superdimensionamento destas, podendo gerar o desinteresse na continuidade do negócio e na aquisição dos bens. Portanto, partindo da inexistência da sucessão dos ônus, haverá a maximização do ativo, ou seja, será alcançado valor superior, favorecendo não somente o devedor, mas também aos credores, haja vista a possibilidade de satisfação dos débitos. Portanto, conjugando todos os fatores envolvidos, conclui-se que, pelo princípio (dever) da proporcionalidade, a restrição aos direitos dos trabalhadores se mostra lícita, pois trará benefícios a todos os envolvidos, possibilitando o pagamento de maior número dos credores, a manutenção dos empregos, geração de impostos e conservação da unidade produtiva.

Dessa forma, aferindo a relação entre o fim e o meio, não se reputa inapropriado ou desproporcional entre o fim e o fundamento utilizado. Há conformidade ou adequação dos meios – adequação medida-fim. Assim, concluímos que prevalece o entendimento esposado nos arts. 60, parágrafo único, e 142, II da LRF, também com relação ao credor trabalhista, no sentido da inexistência da sucessão de empregador. A par dessa conclusão, temos, conseqüentemente, de chegar à outra, que é a da rescisão do contrato de trabalho quando existe a transferência de estabelecimento decorrente do plano de recuperação judicial, como no caso da falência (art. 141, § 2º da LRF). Ressalta-se que, no caso da recuperação judicial, o devedor continua a existir, tendo responsabilidade pelo pagamento de todos os direitos dos seus empregados. Só não se admite que os empregados que trabalhavam no estabelecimento alienado, em decorrência do plano de recuperação judicial, exijam do arrematante os valores anteriores à alienação. Não existindo a sucessão, não se pode exigir a manutenção dos demais ajustes entre empregado e o antigo empregador em relação ao arrematante.

Ao final, relembremos que o objetivo do presente estudo é mais a provocação e a discussão a respeito das matérias, mencionando caminhos possíveis que minimizem as perdas dos envolvidos, sem a pretensão de esgotar o assunto, que é vasto e árduo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 215, jan/mar. 1999, p. 151/179.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, vol. 2, p. 398.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: Ed. LTr, 2000.
- FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 70 e 77.
- GRILLO, Umberto. *Alteração do contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelares e antecipada*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SOARES, José Ronaldo Cavalcante (coordenador). *Estudos de Direito Constitucional – homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Ed. LTr, 2001.
- SOUZA, Marcelo Papaléo. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas Consequências no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.
- SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*. *Revista Interesse Público*, 1999, nº 2, p. 93/107, traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000, v. I.