

ROBERTA DE BIASIO PIRES

**A ALIENAÇÃO DA EMPRESA FALIDA E O FIM DA SUCESSÃO
TRABALHISTA NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS**

CURITIBA

2006

ROBERTA DE BIASIO PIRES

**A ALIENAÇÃO DA EMPRESA FALIDA E O FIM DA SUCESSÃO
TRABALHISTA NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Célio Horst
Waldruff**

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTA DE BIASIO PIRES

A ALIENAÇÃO DA EMPRESA FALIDA E O FIM DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Célio Horst Waldruff
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof^ª. Dra. Aldacy Rachid Coutinho
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Dr. Wilson Ramos Filho
Departamento de Direito Privado, UFPR

Curitiba, 23 de outubro de 2006

Aos amantes do Direito do Trabalho,
dedico.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 O INSTITUTO DA SUCESSÃO	3
2.1 A SUCESSÃO NO DIREITO DO TRABALHO.....	3
2.1.1 A Empresa como Sujeito de Direito	3
2.1.2 A Empresa como Sujeito de Direito e a Sucessão de Empregadores	5
2.1.3 Distinção entre Responsabilização do Sucessor e Responsabilização de Sócios e Terceiros	9
2.2 A SUCESSÃO NO DIREITO CIVIL	11
2.3 A SUCESSÃO NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS	13
3 SUCESSÃO TRABALHISTA E O DIREITO CONCURSAL	15
3.1 SUCESSÃO TRABALHISTA NO DECRETO-LEI N.º 7.661/1945	15
3.1.1 O Decreto-Lei n.º 7.661/1945 e o Direito do Trabalho.....	15
3.1.2 Tendências de Preservação da Unidade Produtiva	16
3.1.3 A Sucessão no Decreto-Lei n.º 7.661/1945	17
3.2 SUCESSÃO TRABALHISTA NA LEI N.º 11.101/2005 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 141, II.....	21
3.2.1 Da Proibição da Reformatio in Pejus	21
3.2.2 Da CLT como Norma de Sobredireito	22
3.2.3 Outros Dispositivos Constitucionais de Proteção aos Trabalhadores.....	23
3.2.4 A Inconstitucionalidade do Artigo 141, II.....	23
3.3 O ARGUMENTO DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE PRODUTIVA	25
3.3.1 Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas	26
3.3.2 Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva	27
3.3.3 Princípio da Norma Mais Favorável	27
3.3.4 Princípio da Proporcionalidade.....	28
4 ASPECTOS PRÁTICOS RELATIVOS À (AUSÊNCIA DE) SUCESSÃO	29
4.1 VANTAGENS DO FIM DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA ALIENAÇÃO DA EMPRESA FALIDA	29
4.1.1 Maximização do Valor da Venda	29
4.1.2 Maior Garantia aos Trabalhadores.....	30
4.1.3 Manutenção dos Empregos.....	31
4.2 PROBLEMAS DECORRENTES DO FIM DA SUCESSÃO TRABALHISTA	32
4.2.1 Diminuição das Garantias dos Trabalhadores	32
4.2.2 Incertezas em Relação à Manutenção dos Empregos	33
4.2.3 A Questão da Fraude aos Credores.....	34
4.2.4 Discriminação em Relação ao Empresário Solvente	36
4.3 SOLUÇÃO APRESENTADA PELO DIREITO EUROPEU.....	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

RESUMO

O presente trabalho analisa as conseqüências da ausência de sucessão trabalhista na falência, instituída pela nova lei falimentar, em vigor desde 2005. Para tanto, parte-se da análise do instituto da sucessão em vários ramos do direito. Em seguida, passa-se à análise da sucessão trabalhista no antigo decreto-lei n.º 7.661/1945 e na atual lei n.º 11.101/2005, com o intuito de se estabelecer um paralelo entre o instituto da sucessão em ambos diplomas. A constitucionalidade do artigo que institui a ausência de sucessão é questionada, assim como é questionado o argumento da manutenção da atividade produtiva, muito utilizado pelos defensores do novo diploma. (104) Em um último momento, as vantagens e desvantagens desse novo sistema são analisadas, e um modelo já utilizado nos países da Comunidade Européia é apresentado como sugestão para a solução do problema pátrio.

Palavras-chave: sucessão trabalhista, decreto-lei n.º 7.661/1945, lei n.º 11.101/2005.

1 INTRODUÇÃO

Os novos fatores que caracterizam a macroeconomia, como as atenuações das barreiras à movimentação de capitais, serviços e pessoas, e a velocidade da informação, também atingem e dão nova forma ao que acontece na microeconomia. Exemplo disso são os arranjos societários cada vez mais complexos.

A atividade empresarial, em consonância com o ritmo lancinante da sociedade globalizada, cresce, se modifica, inova e, por vezes, mergulha em crises – tudo muito rapidamente. As fusões, incorporações, transformações e as notícias de empresas em recuperação judicial ou que têm sua falência decretada são matérias que diariamente se destacam na mídia.

Se os empresários e especialistas do setor encontram dificuldades para acompanhar todas essas modificações, maior dificuldade encontra o legislador, pois o trâmite legislativo, lento e burocrático, não permite que o Direito acompanhe as transformações em tempo real.

Nesse sentido, já não era sem tempo o advento do novo diploma concursal (Lei n.º 11.101/2005), que veio substituir o obsoleto decreto-lei n.º 7.661/1945. A modernização das práticas empresariais fez extremamente necessário adequar o regime falimentar brasileiro à nova realidade.

O presente trabalho teve sua motivação no clima de euforia causado pelo advento da Nova Lei de Falências, principalmente no que concerne aos direitos dos trabalhadores, que foram visivelmente colocados em segundo plano. Visamos, especificamente, analisar uma particularidade do novel diploma, qual seja, a ausência de sucessão do adquirente em relação às dívidas trabalhistas deixadas pelo empresário insolvente, quando da alienação da empresa no âmbito do procedimento falimentar.

A ausência de sucessão, principalmente trabalhista e tributária, traz muitas vantagens para a economia como um todo: empregos são mantidos, fornecedores e clientes não são prejudicados, entre outras coisas. Todavia, o trabalhador se vê desprotegido frente ao novo sistema adotado pela lei n.º 11.101/2005, pois não pode

cobrar seus créditos do novo empregador, tendo que habilita-lo na massa falida, com poucas chances de reavê-los em sua integralidade.

A questão que pretendemos discutir é se interesses tão divergentes quanto os existentes entre empresários e trabalhadores podem ser, de alguma forma, conciliados.

2 O INSTITUTO DA SUCESSÃO

2.1 A SUCESSÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2.1.1 A Empresa como Sujeito de Direito

Quando da revisão do anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho, presidida pelo então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio Alexandre Marcondes Filho, causou muita controvérsia a proposta de um dos membros da comissão revisora, o Procurador Luiz Augusto de Rêgo Monteiro, de colocar a empresa como sujeito da relação de emprego¹.

Em princípio, os contratualistas² não acataram a idéia, alegando que a proposta de Rêgo Monteiro afrontava o ordenamento legal vigente, ao pretender inovar o sistema em relação aos sujeitos de direito das relações jurídicas.

Todavia, a realidade da época, atinente à relação empregado-empregador era, e ainda é, totalmente compatível com a proposta da depois denominada “despersonalização do empregador” ou “personalização da empresa”, pois, salvo raras exceções, o eventual proprietário da empresa pouco interfere na relação de emprego do trabalhador.

Sendo assim, a proposta do ilustre institucionalista³ acabou sendo aprovada por unanimidade, e o artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho passou a assumir a seguinte redação, que vigora até os dias de hoje:

¹ SUSSEKIND, A. **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**, p. 62.

² A Teoria Contratualista, como o próprio nome sugere, considera a relação entre empregado e empregador um contrato, pois esta relação estaria sujeita à vontade das partes. Essa vontade, ressalte-se, diz respeito à *liberdade para contratar*, para fazer parte da relação de emprego, e não para estipular as cláusulas reguladoras desse contrato, pois estas são previamente regulamentadas pelo Estado.

³ A Teoria Institucionalista, por sua vez, “sustenta que a empresa é uma instituição, na qual há uma situação estatutária e não contratual. O estatuto prevê as condições de trabalho, que são prestadas sob a autoridade do empregador, que é detentor do poder disciplinar. O vínculo jurídico inicia-se pelo engajamento do trabalhador na empresa e não por uma livre discussão de cláusulas contratuais” (NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**, p. 136/137).

Art. 2º. Considera-se empregador **a empresa** [sem grifo no original], individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

A redação do *caput* do artigo 2º, assim, reconheceu a importância da empresa como elemento da relação de trabalho, pois o contrato assume como ponto de referência não tanto a pessoa física ou jurídica, mas sim o estabelecimento dirigido por aquelas. Isso significa dizer que, quando da celebração do contrato de trabalho, o empregado não tem em vista, via de regra, prestar serviços para a pessoa física X ou para a pessoa jurídica Y, mas sim para a empresa Z.

Então, enquanto perdurar a empresa, perdurará também o contrato de trabalho, que consistirá em um pacto *intuito personae* em relação ao empregado, mas não necessariamente em relação ao empregador.

Nas palavras de Orlando Gomes, “... a figura do patrão, chefe do estabelecimento, seu dirigente em pessoa, está se ausentando do local de trabalho. É que a empresa deixou de ser propriedade de um indivíduo, que a dirige pessoalmente, para converter-se em fria entidade governada por diretores inacessíveis. (...)”⁴

Passados 63 anos da publicação do Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), o instituto da personalização da empresa continua a causar controvérsias e divergências doutrinárias, o que enseja mais alguns esclarecimentos.

Como já foi dito, o que se pretendeu foi uma solução prática, tendo em vista a realidade dos contratos de trabalho e o maior benefício do empregado, que mantém estável seu contrato independentemente de qualquer alteração na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa ou do estabelecimento.

A par de todos os argumentos favoráveis que se possam colocar, renomados doutrinadores criticam veementemente a opção adotada pelo legislador consolidador.

Dentre os argumentos contrários, está o de que a empresa deixou de ser propriedade da pessoa física ou jurídica, ou seja, *objeto de direito*, passando a ser *sujeito de direito*, contrariando a lógica do sistema. Afirma essa corrente doutrinária

⁴ GOMES, Orlando, citado por SUSSEKIND, A. **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**, p. 66.

que somente a pessoa física ou jurídica pode contratar e, portanto, a empresa não pode ser empregador.

Ainda segundo esse pensamento, onde está escrito “*considera-se empregador a empresa, (...)*” deve-se ler “*considera-se empregador o empresário, (...)*”; do contrário, o dispositivo não significaria nada, juridicamente falando.

Toda a problemática em torno da redação do *caput* do artigo 2º da CLT pode ter sua origem no fato de que o legislador não conseguiu expressar, no texto positivado, sua verdadeira intenção. Não pretendeu ele impor uma nova classificação dos sujeitos de direito, mas somente tentou enfatizar que o elemento básico do contrato de trabalho é a empresa. Não se trata de atribuir uma verdadeira personalidade jurídica à empresa, mas sim desconsiderar a pessoa física ou jurídica do empregador, em benefício da segurança e da garantia dos direitos de seus empregados⁵.

A teoria da despersonalização do empregador, no direito do trabalho, antecedeu à adoção, por nosso ordenamento, da chamada “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, que foi positivada somente com o advento do Novo Código Civil. Ensina o professor Marçal Justen Filho que essa prática é de tal forma corriqueira entre aqueles que militam na seara trabalhista, que por vezes acaba passando despercebida⁶. Isso porque, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, no direito do trabalho não há qualquer espécie de limitação ou requisito específico para que se busquem os bens dos sócios. A responsabilidade dos sócios é objetiva, ou seja, basta que haja o inadimplemento do crédito trabalhista e que a pessoa jurídica não tenha bens suficientes que o garantam, para que se autorize a penhora e posterior execução de seus bens.

2.1.2 A Empresa como Sujeito de Direito e a Sucessão de Empregadores

Ensina o professor Célio Horst Waldraff que são três os fundamentos que explicam esse tratamento diferenciado praticado no direito do trabalho, quais sejam: a

⁵ SUSSEKIND, A. Obra citada, p. 62-63.

⁶ JUSTEN FILHO, M. **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**, p. 104.

*valorização da efetividade da jurisdição trabalhista, a natureza alimentar do crédito trabalhista e seu privilégio geral frente a outros créditos*⁷. Seguindo um pensamento lógico-sistemático, o legislador consolidou o instituto da despersonalização do empregador ao discorrer sobre o instituto da mal denominada “sucessão de empresas”.

Tal instituto, materializado nos artigos 10 e 448 da CLT, determina, em resumo, que o sucessor responderá por todo o passivo trabalhista da empresa adquirida, mesmo que os créditos tenham se formado em momento anterior ao da aquisição.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, a sucessão no direito do trabalho consiste “no instituto justrabalista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência da titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.”⁸

A expressão “sucessão de empresas”, rotineiramente usada, é equivocada, porque se trata, em verdade, de sucessão de *empregadores*, e não de empresas. Trata-se da substituição de uma pessoa por outra na mesma relação jurídica, ou seja, a relação jurídica não se altera; o que muda é um dos sujeitos, qual seja, o empregador.

Vejamos o disposto nos dois artigos supracitados:

Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Tal como ocorre no *caput* do artigo 2º da CLT, a palavra empresa, utilizada nesses dois dispositivos, tem igualmente o objetivo de enfatizar a importância do vínculo do empregado com o estabelecimento onde trabalha, independentemente de quem seja seu titular.

⁷ WALDRAFF, C. H. **A empresa como sujeito de direito e a incompatibilidade do art. 50, do NCCB, com o direito do trabalho.**

⁸ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**, p. 406.

Esse vínculo é assegurado pelo instituto da sucessão de empregadores que, por sua vez, constitui uma obrigação *ope legis* – decorrente da lei. O sucessor responde pelas obrigações do alienante, no que concerne à matéria trabalhista, porque o legislador consolidador assim o quis, e o fez com o intuito último de proteger o trabalhador em seu emprego enquanto ele existir, independentemente de quem seja o empregador. O contrato de trabalho, como parte integrante do estabelecimento, não pode ser desrespeitado.

Segundo o ilustre doutrinador Valentin Carrion, em seus comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, pode-se verificar três principais objetivos nos dispositivos acima transcritos, quais sejam, a *responsabilidade do empresário atual*, mesmo que os atos causais sejam do tempo anterior; a *continuidade no emprego* e a *garantia dos direitos adquiridos, em via de constituição ou em potência de aquisição*⁹.

Apesar de não exposto na lei, justamente para assegurar os direitos e garantias dos trabalhadores, a jurisprudência tem entendido que o alienante é responsável subsidiário pelos créditos trabalhistas, quando o novo adquirente se mostra insolvente, mesmo que não haja indícios de fraude.

Destaque-se que, apesar de ser responsável pelos créditos trabalhistas, o sucessor terá direito à ação regressiva em face do sucedido, na seara cível.

Por tratarem da sucessão trabalhista de forma genérica e imprecisa, os artigos 10 e 448 da CLT permitem uma ampla liberdade de interpretação – sempre visando o melhor benefício do empregado – podendo-se extrair deles duas situações típicas citadas pela doutrina clássica, e uma terceira situação, sugerida mais recentemente.

A primeira situação que enseja a aplicação do instituto da sucessão é a “*alteração na estrutura jurídica da empresa*”, ou seja, a modificação na forma de *organização* da sociedade, que pode passar, por exemplo, de Sociedade Anônima à Sociedade Limitada, ou ainda, mantendo-se o tipo societário, pode ter o seu quadro de acionistas modificado, como ocorre constantemente nas Sociedades Anônimas. Tanto em uma quanto em outra situação, a “nova” sociedade (que teve seu tipo societário

⁹ CARRION, V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**, p. 73.

alterado) ou os novos sócios respondem pelo passivo trabalhista passado, presente e futuro.

Também a “*mudança na propriedade da empresa*”, prevista no artigo 448 da CLT, leva à aplicação do instituto da sucessão. Aqui, todavia, há de se fazer uma ressalva. Se o empresário possui vários estabelecimentos (que consistem na organização dos fatores de produção), esses estabelecimentos não se confundem com a empresa em si. Desse modo, tanto quando da venda da empresa como um todo, quanto de um ou alguns de seus estabelecimentos, incide o instituto da sucessão, sofrendo o adquirente todas as conseqüências já relatadas.

Tanto em uma como em outra situação, deve-se observar alguns requisitos para que exista verdadeira sucessão de empregadores. Um deles é a *transferência de unidade econômico-jurídica para outro titular*. Não é necessário que o novo titular seja proprietário ou detenha total controle sobre a empresa ou estabelecimento, basta que ele assuma o governo da organização produtiva, mesmo que temporariamente.

É por isso que se justifica a sucessão de empregadores mesmo nas situações ditas “precárias”, como é o caso do arrendamento mercantil, ou nos casos de alteração de empresa concessionária de serviços públicos.

Existem algumas exceções à regra, como por exemplo, a alienação em hasta pública, caso em que o adquirente assume a unidade produtiva livre de quaisquer ônus. Igualmente, quando se verifica que a venda foi efetuada visando fraudar credores, não se aplica o instituto da sucessão de empregadores, retornando ao alienante a responsabilidade sobre as obrigações da empresa ou estabelecimento.

Outro requisito diz respeito diretamente ao trabalhador, e consiste na *continuidade na prestação de serviço pelos empregados*, ou seja, o contrato de trabalho firmado com o antigo empregador não deve se alterar.

Recentemente, a doutrina e a jurisprudência têm ampliado a interpretação dos artigos 10 e 448 da CLT, para afirmar que o contrato de trabalho não pode ser atingido por qualquer alteração intra ou interempresarial. Sendo assim, até mesmo a venda de *parte* do estabelecimento pode vir a ser considerada sucessão de empregadores. Independentemente da alteração ocorrida, o objetivo do legislador consolidador foi

preservar intactos os contratos de trabalho e manter os empregados em seus postos, como se depreende da ementa proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a seguir transcrita:

EMENTA: SUCESSÃO TRABALHISTA - TRANSFERÊNCIA PARCIAL DO ACERVO PATRIMONIAL - CARACTERIZAÇÃO.

*A caracterização da sucessão trabalhista **não exige a transferência total do acervo empresarial, bastando a cessão de parte dele**, de modo a constituir ou favorecer outro empreendimento, afetando, de modo relevante, os respectivos contratos de trabalho (arts. 10 e 448, da CLT). [sem grifo no original]
(RO 00686-2005-113-03-00-0. Relator Juiz MAURÍCIO JOSÉ GODINHO DELGADO, 1ª TU. DJ de 26.05.2006)*

Por se tratar de dispositivos de ordem pública, qualquer cláusula de não-responsabilização, muito comuns no âmbito empresarial, não terá eficácia em relação ao direito do trabalho, ou seja, não impedirá a aplicação dos dispositivos celetistas. O direito de regresso do sucessor em relação ao alienante continua garantido, todavia, pois a cláusula de não responsabilização é plenamente válida no âmbito civil.

2.1.3 Distinção entre Responsabilização do Sucessor e Responsabilização de Sócios e Terceiros

Há de se fazer aqui uma pequena ressalva quanto à responsabilização de outras pessoas que não o sucedido em relação ao passivo trabalhista, para que não se produzam confusões futuramente.

Nos termos do artigo 2º, *caput*, da CLT, empregador é a *empresa*. Por isso, é a empresa, beneficiária principal e imediata dos serviços prestados pelo trabalhador, quem assume o risco da atividade e, por isso, se responsabiliza por todo o passivo trabalhista a que deu causa. O mesmo artigo 2º, em seu § 2º, dispõe que, em havendo a presença de *grupo econômico*, todas as empresas pertencentes a esse grupo respondem *solidariamente* pelos créditos trabalhistas de qualquer trabalhador.

Para além da regra geral, de responsabilização do empregador ou do grupo econômico, a lei admite alguns casos de responsabilização de terceiros não pertencentes à relação de emprego, mas que de alguma forma se vinculam a ela. Nas

palavras de Maurício Godinho Delgado, trata-se de “... situações em que a responsabilidade trabalhista recai sobre pessoas não-empregadoras (embora, obviamente, em função de um nexo relacional forte com o vínculo empregatício surgido entre as partes originais da relação de emprego).”¹⁰ As principais situações citadas pela doutrina são: *responsabilidade subsidiária do sócio da pessoa jurídica* (nos casos de insuficiência do patrimônio da sociedade para adimplir os contratos de trabalho); *responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em relação à empresa de terceirização* (consagrada pela Súmula 331 do TST); *responsabilidade subsidiária do empreiteiro em relação aos contratos de trabalho firmados pelo subempreiteiro*; *responsabilidade subsidiária do dono da obra* (em alguns casos); e, hipótese recentemente surgida na doutrina e jurisprudência, a *responsabilidade solidária no consórcio de empregadores*.

O sucessor de empresa ou estabelecimento, ao assumir o novo negócio, tornar-se-á responsável pelo passivo trabalhista, independentemente da hipótese em que se enquadrar (empregador, membro de grupo econômico, contratante de empresa de terceirização, empreiteiro, etc.).

¹⁰ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**, p. 472.

2.2 A SUCESSÃO NO DIREITO CIVIL

O Novo Código Civil trata o tema da sucessão não tanto como “sucessão de empresas”, como o faz a Consolidação das Leis do Trabalho; aqui, o tema é abordado em Título dedicado ao Estabelecimento. O termo “trespasse” foi adotado pela doutrina, quando se fala em cessão, transferência ou alienação de estabelecimento. Apesar dessa opção legislativa, é certo que as regras civis estabelecidas para a sucessão de empregadores se aplicam tanto para a venda de estabelecimento (trespasse) quanto para a venda da empresa como um todo.

Diferentemente do que ocorre no Direito do Trabalho, o Direito Civil optou por uma maior responsabilização do alienante, dispondo expressamente o texto legal sobre a responsabilidade solidária deste, nos termos e prazos descritos no artigo 1.146. Vejamos:

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

O trespasse de estabelecimento inclui a transferência de todo o complexo que integra a unidade produtiva, ou seja, contratos, direitos, móveis, imóveis, bens corpóreos e incorpóreos, etc., incluindo-se aqui, por óbvio, os contratos de trabalho. Sendo assim, no caso concreto, o trabalhador pode demandar seus créditos tanto contra o adquirente quanto contra o alienante. Entendemos que, apesar da responsabilidade solidária do alienante perdurar somente pelo prazo de um ano, nos termos do artigo 1.146, o trabalhador, não tendo seus créditos satisfeitos perante o adquirente, pode acionar o alienante a qualquer tempo. Isso porque o crédito trabalhista, como já explicitado na primeira parte desse capítulo, possui natureza estritamente alimentar, e é dotado de privilégio especial frente a outros créditos.

O legislador previu a responsabilidade solidária do alienante pelos débitos vencidos e vincendos justamente para evitar conluio fraudulento entre alienante e

adquirente, conforme ensina Ricardo Negrão¹¹. Todavia, de acordo com os princípios e com o fim último do Direito do Trabalho, não se pode adotar o prazo pífio previsto no artigo 1.146 do NCCB, sob pena de prejuízo direto ao trabalhador.

Observações e diferenças a parte, o instituto da sucessão de empregadores, tanto aqui como no Direito do Trabalho prevê, primeiramente, a responsabilização do adquirente. As vantagens dessa opção legislativa são claras, pois é muito mais fácil para o credor demandar o atual responsável pela empresa ou unidade produtiva do que procurar o antigo empresário. Além disso, se o empresário está disposto a arcar com os riscos do negócio e se, pela cessão da empresa ou unidade produtiva, o adquirente passa a ter o direito de fruir todos os seus ônus, deve igualmente arcar com os bônus.

¹¹ NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial e de empresa**, p. 79.

2.3 A SUCESSÃO NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, em atitude absolutamente inovadora em relação ao antigo instituto da sucessão de empregadores, optou por estabelecer a ausência de sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, quando da alienação em hasta pública de empresa ou estabelecimento pertencente a empresário submetido a processo falimentar. A nova regra está prevista no artigo 141 da Lei n.º 11.101/2005, nos seguintes termos:

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.

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

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

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

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

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.[sem grifo no original]

Quando da análise do Projeto de Lei Complementar n.º 71/2003, que daria origem à Lei n.º 11.101/2005, o Senador Eduardo Suplicy, membro da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE), propôs emenda ao texto do projeto, para que fosse reintroduzida a sucessão trabalhista na alienação judicial da empresa em processo de falência. Todavia, a proposta do Senador não foi aprovada.

No entender do Senador Ramez Tebet, relator do PLC n.º 71/2003, “há muito considera-se que o interesse social mais frágil é o da classe trabalhadora. Obviamente há a necessidade de se proteger os trabalhadores, mas, hoje, não podemos deixar de incorporar duas lições históricas. Primeiro, a de que o assalariamento, por si só, não implica hipossuficiência ou desamparo dos trabalhadores.”¹²

¹² Relatório do Senador Ramez Tebet, in: MACHADO, R. A. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**, p. 353.

Fábio Ulhoa Coelho, que também teve participação na Comissão de Assuntos Econômicos, juntou-se ao Senador Tebet, para se posicionar a favor da exclusão da sucessão do arrematante na falência. Sendo assim, foi aprovado o texto do artigo 141, nos exatos termos da transcrição acima.

3 SUCESSÃO TRABALHISTA E O DIREITO CONCURSAL

3.1 SUCESSÃO TRABALHISTA NO DECRETO-LEI N.º 7.661/1945

3.1.1 O Decreto-Lei n.º 7.661/1945 e o Direito do Trabalho

O Decreto-Lei n.º 7.661/1945 em muito difere do atual diploma falimentar, em especial no que concerne aos direitos dos trabalhadores das empresas em vias de falência. Um bom exemplo é a prioridade dada ao crédito trabalhista, num e noutro diploma.

A lei antiga previa, em seu artigo 102, *caput*¹³, que a totalidade dos créditos devidos aos empregados a título de salário constitui **crédito privilegiado**. Isso significa dizer que eles devem prevalecer, “com absoluta precedência”, aos outros créditos, pois, nas palavras do professor Silva Pacheco, “a empresa é fruto do capital e do trabalho; se ela cai, a este cabe a participação prioritária no produto da massa, a que se reduz a empresa.”¹⁴ Tanto o salário como as indenizações devidas aos empregados são englobados nesse privilégio.

Ao contrário do crédito fiscal, que podia ser cobrado fora do âmbito concursal, o trabalhador possuidor de crédito líquido e certo (como o salário em atraso) ou confirmado pela Justiça do Trabalho (como, por exemplo, indenização devida a título de acidente de trabalho), deveria inscrever seu crédito no juízo universal da falência. Todavia, como já dito, ele preferia aos demais, não concorrendo com as outras classes de credores que seguiam na ordem dos incisos do artigo 102.

¹³ Art. 102. Ressalvada, a partir de 2 de janeiro de 1958, a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, sobre cuja legitimidade não haja dúvida, ou quando houver, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho, e, depois deles, a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa (art. 124), a classificação dos créditos, na falência, obedece à seguinte ordem:

(...)

¹⁴ PACHECO, J. da S. **Processo de falência e concordata**: comentários à lei de falências, p. 466.

Por outro lado, a Lei n.º 11.101/2005, em seu artigo 83¹⁵, além de eliminar o privilégio do crédito trabalhista, estabelece um limite de 150 salários mínimos nacionais para o pagamento dos trabalhadores, sendo que o valor que exceder esse limite converte-se em crédito quirografário, perdendo a sua preferência.

O exemplo supra-citado bem demonstra uma das tendências do novo diploma falimentar, qual seja, a supressão de alguns direitos concedidos anteriormente aos trabalhadores, em prol do benefício de outros credores e da manutenção da atividade produtiva.

3.1.2 Tendências de Preservação da Unidade Produtiva

A finalidade última do antigo diploma falimentar era, em suma, liquidar o ativo para solver o passivo do maior número de credores possíveis, sem preocupações com a unidade produtiva em si e com as conseqüências econômicas geradas pelo fechamento da empresa. A concordata, preventiva ou suspensiva da falência, concedia somente prazos e descontos ao devedor, e quase sempre era convalidada em falência, devido à ineficiência das soluções apresentadas pela legislação então vigente (o “plano de recuperação da empresa”, previsto no novo diploma falimentar, permite inúmeras soluções – algumas delas descritas em seu artigo 50 – para que se possa, efetivamente, tentar retomar a atividade empresarial).

Diante desse quadro-geral, percebe-se que a intenção de preservar a empresa, afastando, se for preciso, o empresário que deu causa à sua crise, não era o objetivo último do antigo diploma, ao contrário do que acontece na Lei n.º 11.101/2005. Todavia, alguns de seus artigos, quando bem interpretados, e principalmente a doutrina

¹⁵ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;
(...)
VI – créditos quirografários, a saber:
(...)
c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
(...)

e jurisprudência, indicavam soluções que ilustravam a preocupação em se preservar a atividade produtiva. Novamente no ensinamento do professor Silva Pacheco, “... a nossa lei, em lugares diversos, tem o germe de soluções razoáveis, que bem podem ser encaminhadas, mediante interpretação dos arts. 74, 122 e 123, à luz das novas idéias de recuperação econômica da empresa.”¹⁶

O artigo 74 a que se refere Silva Pacheco prevê a possibilidade de continuação da empresa, quando essa escolha for mais benéfica para a massa (por exemplo, para continuar a industrialização de determinado produto e evitar que a matéria-prima se deteriore no estoque, o que poderia gerar mais prejuízos).

Art. 74. O falido pode requerer a continuação do seu negócio; ouvidos o síndico e o representante do Ministério Público sobre a conveniência do pedido, o juiz, se deferir, nomeará, para geri-lo, pessoa idônea, proposta pelo síndico.

Ressalte-se que a continuação da atividade empresarial, prevista no *caput* do artigo 74, perdura até que atinja o objetivo da medida, qual seja, evitar maiores prejuízos em vista de um maquinário que trará mais vantagens se continuar em funcionamento ou de estoque precíval que precisa ser passado adiante, por exemplo. Não se trata, aqui, da plena continuação da atividade, que ocorre quando da alienação da empresa ou estabelecimento como um todo, conforme veremos a seguir. Rubens Requião alerta que a medida deve ser deferida pelo juiz somente em casos de evidente vantagem para a massa, pois do contrário, ela pode ensejar “sérios riscos, a começar pela falta de crédito”.¹⁷

3.1.3 A Sucessão no Decreto-Lei n.º 7.661/1945

Na esteira da tendência de se preservar a unidade produtiva, o artigo 116, *caput*, do diploma ora analisado, dispõe sobre a sucessão de empregadores (ainda que de forma implícita), no contexto do Título VIII, Seção Primeira, que trata da Realização do Ativo:

¹⁶ PACHECO, J. da S. Obra citada, p. 409.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**, p. 270.

Art. 116. A venda dos bens pode ser feita **englobada** ou separadamente.

§ 1º Se o contrato de locação estiver protegido pelo Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934, **o estabelecimento comercial ou industrial do falido será vendido na sua integridade**, incluindo-se na alienação a transferência do mesmo contrato.

§ 2º Verificada, entretanto, a inconveniência dessa forma de venda, o síndico pode optar pela resolução do contrato e mandar vender separadamente os bens. [sem grifo no original]

Essa “venda englobada” a que faz referência o *caput* do artigo 116 diz respeito à venda do fundo de comércio como um todo, incluído o aviamento (freguesia, crédito e reputação comercial), insígnia ou título de estabelecimento, máquinas e utensílios, mercadorias, ponto em local do estabelecimento, contrato de locação, etc.¹⁸. Ensina ainda Silva Pacheco que, quando a venda ocorre de forma englobada, “cogita-se da venda, como um todo, do complexo organizacional e patrimonial, isto é, **do ativo e passivo**, sem restrição, a não ser que esta seja expressa.”¹⁹ Apesar de acreditar que são raras as hipóteses em que um empresário se interessaria pela aquisição de uma empresa ou estabelecimento falido, afirma o autor que se trata sim, de **verdadeira sucessão**, com assunção de todos os créditos e débitos pertinentes àquela atividade.

Destaca Wilson de Souza Campos Batalha, em seu manual de falências e concordatas, a obrigatoriedade da sucessão, quando da venda da empresa ou estabelecimento como um todo, e em especial da sucessão trabalhista, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

“... se ocorre a aquisição da totalidade do ativo da massa falida, constituída pelo estabelecimento comercial ou industrial, ou de parte substancial dele mesmo, em hasta pública no processo falimentar, **ocorre a sucessão para os efeitos da legislação trabalhista**, desde que se verifiquem os dois pressupostos seguintes: a) falta de solução de continuidade nas atividades; b) aquisição do acervo ou de parte substancial deste. **Ocorrendo esses pressupostos, verifica-se a sucessão trabalhista**, mesmo através de processo falimentar e mesmo que se trate de empresa concessionária de serviços públicos. **Os termos do art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho não permitem a exclusão da figura sucessória pelo fato de haverem os bens sido adquiridos em processo falimentar.**”²⁰ [sem grifo no original]

Como bem se pode notar, o Decreto-Lei n.º 7.661/1945 segue os mandamentos da Lei Civil e, em especial, da Lei Trabalhista, ao respeitar o instituto da

¹⁸ PACHECO, J. da S. Obra citada, p. 499.

¹⁹ PACHECO, J. da S. Idem, p. 500.

²⁰ BATALHA, W. de S. C. **Falências e concordatas**, p. 657.

sucessão de empregadores, e determinar que o adquirente da empresa ou estabelecimento assumira total responsabilidade em relação aos direitos e obrigações, créditos e débitos do antigo proprietário.

Apesar desse instituto assumir sua forma mais explícita no artigo 116, o artigo 123 do Decreto também, de certa forma, permite a aplicação do instituto, ao conceder aos credores a possibilidade de escolherem qualquer outra forma de liquidação do ativo, desde que estes representem pelo menos dois terços dos créditos habilitados; que a escolha feita não seja *contra legem*; e que não vise prejudicar outros credores. Dentre as várias formas possíveis de liquidação do ativo, está a constituição de sociedade pelos credores, que sucederá o falido, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo referido:

Art. 123. Qualquer outra forma de liquidação do ativo pode ser autorizada por credores que representem dois terços dos créditos.

§ 1º **Podem ditos credores organizar sociedade para continuação do negócio do falido,** ou autorizar o síndico a ceder o ativo a terceiro. [sem grifo no original]

Ressalta Silva Pacheco que, nesse caso, “**a sociedade é para continuar com o negócio da falida, isto é, para suceder a empresa falida. Haverá sucessão.** [sem grifo no original] Não é para a continuação do negócio durante a falência, de que cogita o art. 74. Essa continuação é restrita ao tempo em que corre o processo de falência.”²¹

Analisando em conjunto os artigos 116 e 123, evidente está a obrigatoriedade da sucessão, apesar de alguns autores discordarem de sua aplicação. Entre os dissidentes, está Rubens Requião, que se insurge contra o instituto, ao afirmar que embora “o conceito de sucessão seja, como realmente é, mais extenso no direito do trabalho que no direito comum, todavia não nos parece acertada a jurisprudência trabalhista, visto que a falência é, sem dúvida, causa de rescisão dos contratos de trabalho.”²²

²¹ PACHECO, J. da S. Obra citada, 528.

²² REQUIÃO, R. Obra citada, p. 373.

A par de algumas discordâncias, certo é que o instituto da sucessão sempre esteve presente no âmbito da falência, colaborando com a sua aplicação doutrina e jurisprudência. A ementa a seguir transcrita, proveniente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, bem ilustra o posicionamento dos Tribunais do Trabalho sobre o assunto, na vigência do Decreto Lei n.º 7.661/1945:

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA SÃO PAULO - CELSP - COMPLEXO HOSPITALAR ULBRA. SUCESSORA DO HOSPITAL DE REUMATOLOGIA. **O terceiro interveniente no processo falimentar que adquire a empresa do falido ainda em funcionamento, e assume o passivo da massa falida, também é responsável pelo pagamento dos créditos trabalhistas que não foram habilitados, porque em tal caso ocorre a sucessão de empregadores.** Prova dos autos que demonstra que a Comunidade Evangélica Luterana São Paulo - CELSP - Complexo Hospitalar Ulbra, é sucessora do Hospital de Reumatologia, que continuou em atividade após a decretação da falência. Acordo celebrado no processo falimentar, em que a CELSP se propôs a proceder à liquidação do passivo falencial, e pelo qual recebeu a escritura de transferência do acervo dos bens do falido, incluindo o imóvel, todos os móveis e equipamentos. Agravo de petição a que se nega provimento. (AP 96.008586-6. Relator Juiz PAULO CARUSO, 2ª TU. DJ de 04.11.1996) [sem grifo no original]

3.2 SUCESSÃO TRABALHISTA NA LEI N.º 11.101/2005 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 141, II

Conforme exposto no capítulo anterior, o novo diploma falimentar, que entrou em vigor no dia 09 de junho de 2005, inovou ao prever a ausência da sucessão do adquirente nas obrigações do alienante, quando da venda da empresa ou substabelecimento do falido em hasta pública, prevendo inclusive a ausência de responsabilidade sobre os créditos trabalhistas pendentes.

Várias conclusões e muitas críticas podem ser extraídas do texto do artigo 141 da Lei n.º 11.101/2005, em especial de seu inciso II, que trata especificamente da extinção da sucessão no processo falimentar. Iremos abordar todos os prós e contras em um próximo momento. Por hora, fiquemos na análise da constitucionalidade do referido dispositivo, análise esta inspirada em excelente artigo da lavra de Jorge Pinheiro Castelo.

3.2.1 Da Proibição da Reformatio in Pejus

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, dispõe o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros **que visem à melhoria de sua condição social**: (...) [sem grifo no original]

A Carta Maior dispõe, expressamente, que os direitos dos trabalhadores devem visar à melhoria de suas condições, e coloca esse mandamento não em qualquer lugar do texto constitucional, mas justamente no Título dedicado aos **direitos e garantias fundamentais**, o que concede aos direitos trabalhistas caráter de **direitos humanos fundamentais**. Isso significa dizer que qualquer norma que retire dos trabalhadores direitos anteriormente concedidos será inconstitucional. Nas palavras do professor Jorge Castelo, “a exceção ao princípio da norma mais favorável contida na previsão constitucional só poderia ser prevista como norma constitucional e ainda assim não de

caráter genérico, mas específico, sob pena de sofrer de inconstitucionalidade, em face do *caput* do artigo 7º da CF.”²³

Extraí-se, a partir daí, um princípio fundamental do Direito do Trabalho, qual seja, a “proibição do retrocesso social (lei infraconstitucional *in pejus*)”.²⁴

3.2.2 Da CLT como Norma de Sobredireito

A Consolidação das Leis do Trabalho, essencial à efetivação do Estado Democrático de Direito, é um instrumento poderosíssimo ao alcance dos trabalhadores, para que possam se proteger em face dos interesses do mercado. Não se trata de simples lei ordinária, mas de um verdadeiro centro emanador de princípios que rege todo o Direito do Trabalho. Jorge Castelo assim a descreve:

Na CLT estão fixados os preceitos gerais que determinam princípios fundamentais das relações laborais. E isso significa que todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor ou instituto das relações de trabalho deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é a Consolidação das Leis do Trabalho²⁵. [sem grifo no original]

Assim sendo, em respeito à hierarquia do sistema normativo, os dispositivos externos à CLT, e que tratem de direitos dos trabalhadores, devem estar em plena consonância com aquela.

A prevalência e a influência da Consolidação das Leis do Trabalho podem ser bem visualizadas ao se examinar os artigos 102 e 124 do Decreto-Lei 7.661/1945, que concedem um super privilégio aos créditos trabalhistas na falência, e o artigo 186 do Código Tributário Nacional²⁶, que igualmente privilegia o crédito trabalhista.

²³ CASTELO, J. P. **A nova lei de falências:** por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?, p. 918.

²⁴ CASTELO, J. P. Obra citada, p. 914.

²⁵ CASTELO, J. P. Idem, p. 917.

²⁶ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

3.2.3 Outros Dispositivos Constitucionais de Proteção aos Trabalhadores

Para além de seu artigo 7º, a Constituição de 1988 prevê inúmeros outros dispositivos de proteção ao trabalhador. Vejamos os principais:

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:

(...)

IV – **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa; [sem grifo no original]

Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) [sem grifo no original]

O artigo primeiro, ao dispor que o país se constitui em Estado Democrático de Direito, nos coloca a premissa de que qualquer ofensa aos direitos trabalhistas configura-se em uma ofensa à própria democracia²⁷. O artigo 170, por sua vez, destaca a valorização do trabalho justamente no âmbito da ordem econômica, na qual as relações empresariais – e inclusive o instituto da falência – se incluem.

3.2.4 A Inconstitucionalidade do Artigo 141, II

Defende o ilustre jurista Maurício Godinho Delgado que,

Em uma Democracia, todos os indivíduos são sujeitos de direitos, e a todos deve ser assegurada a dignidade, independentemente de sua riqueza pessoal ou familiar. Assim, o **trabalho com garantias mínimas** – que no mundo capitalista tem se confundido com o **emprego**, ao menos para os despossuídos de poder socioeconômico – torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do **plano social da dignidade humana**. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação pessoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere²⁸.

É evidente que o dispositivo ora em análise não respeita as garantias mínimas concedidas aos trabalhadores pela Carta Maior. Os trabalhadores, quando *e se* forem

²⁷ CASTELO, J. P. Idem, p. 912.

²⁸ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**, p. 1094.

contratados pelo novo empregador (trataremos desse assunto no capítulo seguinte), não poderão cobrar deste os créditos anteriores à alienação.

Não podendo recorrer ao novo empregador, os credores trabalhistas terão de se habilitar na falência para reaver parte de seus créditos, que foram limitados à quantia de 150 salários mínimos por credor (o que exceder desse valor passa a ser computado como crédito quirografário); ou seja, dificilmente conseguirão obter a totalidade dos seus créditos.

A situação acima descrita é uma afronta direta ao *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, na medida em que causa um retrocesso em relação aos direitos anteriormente garantidos no Decreto-Lei n.º 7.661/1945: o trabalhador, que antes podia exigir seus créditos do novo empregador, agora deve se habilitar na massa.

O artigo 141, II, da Lei n.º 11.101/2005 também afronta outros dispositivos constitucionais, ao desrespeitar o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*), o valor social do trabalho (artigo 1º, IV) e a valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*).

Ademais, a supressão do instituto da sucessão vai contra os artigos 10 e 448 da CLT, que, como já foi dito, é norma soberana em relação a outros dispositivos que visem regular o Direito do Trabalho.

Sendo assim, por se constituir em um **retrocesso** em relação a direito anteriormente garantido aos trabalhadores, e por não estar em sintonia com os diversos dispositivos acima citados, não se pode chegar a nenhuma outra conclusão, senão pela inconstitucionalidade do artigo 141, II, da Nova Lei de Falências.

3.3 O ARGUMENTO DA MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE PRODUTIVA

O argumento que permeou toda a elaboração do novo diploma falimentar, e que igualmente guiou a decisão dos legisladores de extinguir a sucessão trabalhista na falência foi, certamente, o da manutenção da atividade produtiva. Esse objetivo pode ser observado, logo de início, da leitura do artigo 75, que abre o capítulo V, “Da Falência”:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, **visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.**

Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. [sem grifo no original]

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que, ao contrário da antiga tendência do direito concursal de se preocupar somente com a satisfação dos credores, aos poucos foi se instalando no país uma nova tendência que, além de buscar a satisfação dos credores, busca também preservar a empresa; se preciso, deve-se afastar o antigo empresário, para que se faça cumprir a função social da empresa. Discorre o autor sobre os mecanismos utilizados no novo diploma:

Criam-se, desse modo, mecanismos que conciliam a dissolução falimentar da sociedade empresária com a continuação do negócio, preservando-se empregos, geração de tributos e atendimento às necessidades dos consumidores. O direito positivo brasileiro contempla, além da recuperação judicial ou extrajudicial – que visam a preservação da empresa *antes* de verificada a quebra –, a possibilidade de o negócio continuar operando sob a titularidade de sociedade constituída entre os credores ou trabalhadores ou de terceiro que adquira o estabelecimento da falida em bloco ou uma de suas unidades produtivas²⁹.

O próprio relator do projeto que deu origem ao atual diploma, Senador Ramez Tebet, coloca como princípio número um da nova lei de falências a manutenção da atividade produtiva, pois, “em razão de sua função social, a empresa deve ser

²⁹ COELHO, F. U. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**, p. 289.

preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País.”³⁰

É certo que a ausência de sucessão na falência estimula a venda da empresa ou estabelecimento em bloco, contribuindo para a tão almejada continuidade da atividade produtiva.

Todavia, cabe aqui uma indagação: deve esse objetivo ser buscado a qualquer custo? De certo que não. Nas palavras do professor Célio Waldraff, “... a manutenção da empresa para garantir novos empregos e mais impostos é irrelevante se não se podem pagar salários e tributos antigos.”³¹

Além da já demonstrada inconstitucionalidade do artigo 141, II, da Lei n.º 11.101/2005, o dispositivo em análise vai contra vários princípios do Direito do Trabalho, sem falar na sua incompatibilidade com vários outros princípios gerais do Direito. Sem o intento de esgotar as possibilidades desse tema, passaremos a analisar alguns desses princípios, a título exemplificativo, retirados da já citada obra de Maurício Godinho Delgado³².

3.3.1 Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas

Por ser um ramo do direito que visa amenizar as desigualdades materiais existentes na relação empregado-empregador, o Direito do Trabalho deve sempre prevalecer sobre outros ramos que intentem regular essa relação, o que se traduz no *Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas*. O artigo 141, II, da Lei 11.101/2005 contraria o disposto nos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e, sendo assim, desrespeita esse que é um dos mais importantes princípios do direito individual do trabalho.

³⁰ Relatório do Senador Ramez Tebet, in: MACHADO, R. A. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, p. 362.

³¹ WALDRAFF, C. H. *A Nova Lei de Falência e o Direito do Trabalho: Aspectos Práticos*, p. 183.

³² Os princípios a seguir enumerados foram extraídos da obra de DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 199 e ss.

3.3.2 Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva

Não menos importante, deve-se sempre observar, no trato do direito do trabalho, o *Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva*, que tem a sua origem no princípio do Direito Civil da inalterabilidade dos contratos. O princípio do Direito Civil, que se adaptou perfeitamente e ganhou muita força no Direito do Trabalho, dispõe sobre a obrigatoriedade do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*), sob qualquer circunstância. Mais recentemente, a regra do *rebus sic standibus*³³ tem sido alegada para tentar atenuar os efeitos desse princípio; todavia, como ensina Godinho, ela “...tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho”, pois “este ramo jurídico especializado coloca sob ônus do empregador os riscos do empreendimento (art. 2º, *caput*, CLT), independentemente do insucesso que possa se abater sobre este.”³⁴

A sucessão de empregadores – inclusive na falência – constitui-se em uma alteração do contrato de trabalho, pois modifica-se um dos sujeitos da relação, qual seja, o empregador. Essa prática não costuma causar qualquer tipo de problema, pois o instituto da sucessão assegura aos trabalhadores as suas garantias contratuais face o novo empregador. Ora, o novo diploma falimentar lesiona claramente o contrato de trabalho anteriormente celebrado, pois retira do trabalhador a garantia de ter seu crédito integralmente pago, uma vez que ele não pode cobrar seu crédito do novo adquirente, sendo obrigado a habilitá-lo na massa falida.

3.3.3 Princípio da Norma Mais Favorável

Esse princípio deve ser observado tanto quando da elaboração das normas trabalhistas como quando se depara com situação de conflito de regras, devendo o intérprete sempre optar pela mais benéfica ao trabalhador. Sendo assim, contrastando o

³³ Atenuante do princípio da inalterabilidade dos contratos, que dispõe sobre a possibilidade de alteração das cláusulas pactuadas, quando houver mudanças inesperadas e imprevisíveis das condições objetivas vigentes à época da pactuação como, por exemplo, uma brusca alteração cambial.

³⁴ DELGADO, M. G. Obra citada, p. 204.

artigo 141, II, da Lei n.º 11.101/2005 com os artigos 10 e 448 da CLT, é certo que esses devem prevalecer sobre aquele.

3.3.4 Princípio da Proporcionalidade

Por fim, passemos à análise de um princípio geral de Direito, qual seja, o *Princípio da Proporcionalidade*, que enuncia que os operadores deverão observar a relação entre meio e fim, tanto na elaboração, interpretação e aplicação da lei. O meio empregado para o alcance do fim pretendido deve ser “exigível, adequado e proporcional, máximas parciais do princípio da proporcionalidade em acepção ampla.”³⁵

Por mais que o novo diploma falimentar pretenda levar a cabo o *princípio da continuidade da empresa*, os meios empregados para tal (sendo um deles a ausência de sucessão na alienação de empresa ou estabelecimento na falência) são sobremaneira lesivos ao trabalhador, não podendo ser justificados pelo argumento da manutenção da atividade produtiva.

³⁵ ALEXY, Robert, citado em REIS, D. M. **A nova lei de falência: aspectos inovadores no direito do trabalho e o princípio da proporcionalidade**, p. 861.

4 ASPECTOS PRÁTICOS RELATIVOS À (AUSÊNCIA DE) SUCESSÃO

4.1 VANTAGENS DO FIM DA SUCESSÃO TRABALHISTA NA ALIENAÇÃO DA EMPRESA FALIDA

Além do objetivo maior buscado pela Lei n.º 11.101/2005, qual seja, a manutenção da atividade produtiva (analisada em tópico anterior), outras vantagens são apontadas pelos defensores do novo diploma falimentar, conforme veremos a seguir.

4.1.1 Maximização do Valor da Venda

Na vigência do Decreto Lei n.º 4.661/1945 era comum, quando da realização do ativo, efetuar a venda dos bens da empresa *em separado* (maquinário, estoque, material de escritório, etc.). Isso porque não eram muitos os empresários que se arriscavam a comprar a empresa ou estabelecimento como um todo, sabendo que herdariam um grande passivo do antigo proprietário.

Com o fim da sucessão – inclusive trabalhista e tributária –, instituída através do artigo 141, II, da Nova Lei de Falências, certamente haverá um número maior de interessados na aquisição da empresa ou estabelecimento, pois o empresário terá a vantagem de efetuar a aquisição livre de quaisquer ônus.

A venda da empresa ou estabelecimento em bloco, na maior parte dos casos, se faz muito mais vantajosa do que a venda de seus elementos em separado, porque não se perdem, nessa modalidade de venda, os chamados bens intangíveis (ponto comercial, clientela, fornecedores, etc.). Com isso, o valor da venda em bloco – regra geral – é maior do que o valor da venda em separado dos bens.

Com a nova regra que estabelece o fim da sucessão na falência, os valores alcançados na fase de liquidação dos bens será ainda maior do que na vigência do antigo diploma. O Senador Ramez Tebet, relator do projeto no Senado, bem explica esse argumento:

Ao estabelecer a oferta para a compra da empresa, os interessados evidentemente levam em consideração todos os fatores que possam diminuir o valor do negócio. Se a empresa oferecida leva consigo a carga das obrigações tributárias anteriores à venda, não pode haver dúvidas de que o mercado não negligenciará essa informação e o valor oferecido naturalmente sofrerá a redução correspondente às obrigações transferidas ao arrematante. **No entanto, como essas obrigações estão cercadas de incertezas quanto a seu valor, é bastante comum que a estimativa dessa dívida potencial seja superestimada.** Com isso, os valores de venda podem ser sistematicamente rebaixados. (...) O mesmo raciocínio é aplicável com maior razão à sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas do falido (...)³⁶. [sem grifo no original]

Completa Fazzio Júnior, ao afirmar que “a razão de ser dessa regra gravada no art. 141, inciso II, é facilitar a alienação de ativos de empresários ou sociedades empresárias falidos, na medida em que a sucessão desestimula a arrematação.”³⁷

4.1.2 Maior Garantia aos Trabalhadores

Conseqüência direta da maximização do valor da venda da unidade produtiva é a maior garantia dos trabalhadores de receberem seus créditos. Isso porque o empregado, conforme exposto anteriormente, deve inscrever seu crédito na massa falida, mesmo que continue a trabalhar sob as ordens do novo adquirente. Este crédito será pago na medida da realização do ativo do falido, ou seja, quanto mais se arrecadar com a alienação dos ativos, mais credores serão satisfeitos. Como a ausência de sucessão na alienação da unidade produtiva, o valor arrecadado será maior, e os credores trabalhistas, que se encontram em primeiro lugar na lista de preferência de recebimento dos créditos (até o limite de 150 salários mínimos), terão maiores chances de serem satisfeitos.

Argumenta o Senador Tebet que, “como é a venda dos ativos, em conjunto ou em separado, que garante os créditos trabalhistas e tributários, é do interesse do fisco e dos trabalhadores que o valor de venda seja maximizado.”³⁸

³⁶ Relatório do Senador Ramez Tebet, in: MACHADO, R. A. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**, p. 371.

³⁷ FAZZIO Junior, W. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**, p. 354.

³⁸ Relatório do Senador Ramez Tebet, in: MACHADO, R. A. Obra citada, idem.

4.1.3 Manutenção dos Empregos

Com a venda da empresa ou estabelecimento em bloco, pode-se dizer que a sociedade ganha como um todo, pois o impacto na economia é menor, e várias pessoas deixam de ser prejudicadas: clientes, fornecedores, fisco, etc. Além disso, o trabalhador também sai em vantagem, pois tem a possibilidade de preservar o seu emprego. Dispõe o artigo 141, em seu parágrafo segundo:

Art.141. (...)

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Ramez Tebet defende veementemente essa vantagem trazida pela Lei n.º 11.101/2005, ao afirmar que

...a alienação da empresa como unidade produtiva não beneficia os trabalhadores somente em relação ao recebimento de seu crédito, mas também – e principalmente – no que tange à preservação de seus empregos. Se não for possível a venda em bloco, os bens da massa serão vendidos em separado e, nesse caso, além de o agregado econômico se perder, nenhum dos empregados poderá ser mantido³⁹.

³⁹ Relatório do Senador Ramez Tebet, in: MACHADO, R. A. Obra citada, idem.

4.2 PROBLEMAS DECORRENTES DO FIM DA SUCESSÃO TRABALHISTA

Todas as vantagens e argumentos expostos no item anterior podem ser facilmente rebatidos, se observarmos a questão sob uma ótica mais realista. Se por um lado a ausência de sucessão se mostra extremamente benéfica para os empresários, fornecedores, etc., por outro lado ela prejudica aqueles que deveriam ser os mais protegidos, tanto pela sua condição de hipossuficientes quanto pelo número de envolvidos: os trabalhadores. Analisemos os motivos que tornam essa alteração tão maléfica aos obreiros.

4.2.1 Diminuição das Garantias dos Trabalhadores

Alegam os defensores do novo diploma falimentar que, com a ausência de sucessão, aumentam as chances dos trabalhadores receberem seu créditos, pois, vendendo a empresa por um preço maior, a massa falida terá mais dinheiro e, como o crédito trabalhista é privilegiado, os credores trabalhistas receberão por primeiro.

Duas observações são relevantes em relação a esse argumento. Em primeiro lugar, fala-se que a chance de os trabalhadores receberem seus créditos são *maiores*. Todavia, quando da venda da empresa com a sucessão do adquirente, as chances do trabalhador receber seu crédito são *integrais*, pois o novo adquirente, solvente, teria de assumir todo o passivo deixado pelo empresário falido.

Poder-se-ia então voltar àquele outro argumento da improbabilidade de aparecerem interessados em adquirir a empresa nessas condições. Ora, ao adquirir uma empresa ou estabelecimento, falida ou não, o empresário certamente tomará todos os cuidados e verificará, com a ajuda de contadores, administradores, etc., todo o passivo existente e qual o valor real daquela empresa ou estabelecimento, não havendo qualquer tipo de perda. Se o novo empresário assumisse a empresa sem seu passivo anterior, pagaria mais por isso; em outras palavras, para o empresário cauteloso, em termos de gastos, não faz diferença adquirir a empresa com ou sem o passivo. Os

interesses desse novo empresário são outros, como por exemplo, a marca, a clientela, o ponto, etc.

A segunda observação em relação a esse argumento diz respeito ao limite de 150 salários mínimos estabelecidos para o crédito trabalhista. Afirma o senador Ramez Tebet que “viabilizando-se a venda e maximizando-se o valor obtido pela empresa pela exclusão da sucessão trabalhista, ganham os trabalhadores, que terão maiores chances de obter o pagamento **integral** de seus créditos”⁴⁰. Todavia, ao contrário do que afirma o senador, os trabalhadores não receberão seus créditos na integralidade, mas até o limite de 150 salários mínimos por trabalhador, sendo que o restante será convertido em crédito quirografário, com mínimas chances de serem pagos.

Em resumo, além da ausência de sucessão diminuir as chances de recebimento dos créditos trabalhistas, uma vez que “o acervo da massa ficará restrito a uma quantia irrisória”⁴¹, as chances de recebimento da *integralidade* dos créditos são praticamente nulas, pois o que ultrapassar o limite de 150 salários mínimos converte-se em crédito quirografário.

4.2.2 Incertezas em Relação à Manutenção dos Empregos

O artigo 141, § 2º, da Lei n.º 11.101/2005, dispõe que “empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior”. Sem entrar na questão da legalidade da admissão mediante novos contratos de trabalho (o que feriria o princípio da continuidade dos contratos de trabalho), é importante notar que a lei, em momento algum, dispõe que o novo empresário *deverá* contratar os antigos obreiros, sendo essas contratações mera *faculdade* do adquirente.

Ensina Carlos Carmelo Balaró:

⁴⁰ Carlos Carmelo Balaró, citando Ramez Tebet. in: MACHADO, R. A. Obra citada, p. 256.

⁴¹ CASTELO, J. P. **A nova lei de falências**: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva?, p. 921.

Com relação à manutenção dos empregos, não há qualquer garantia para sua efetivação, até porque o legislador não estabeleceu qualquer obrigação condicional neste sentido; logo, o arrematante pode, mas não tem qualquer obrigação, de manter os postos de trabalho; ademais, se a idéia é de garantir empregos, sob o aspecto social, somente a imposição de um período razoável de estabilidade dos trabalhadores poderia assegurar a propalada preservação de empregos⁴². [sem grifo no original]

Sobre esse período de estabilidade, que efetivaria a manutenção dos empregos, acrescenta Jorge Pinheiro Castelo:

...fica **às claras** a falácia da intenção legal da preservação dos empregos, quando não se verifica no projeto da nova lei de falência, a estabilidade dos trabalhadores em face do novo empregador. Se fosse para garantir os empregos, na verdade, dever-se-ia estabelecer um prazo legal estabilitário mínimo de pelo menos dois anos⁴³.

Jorge Pinheiro Castelo afirma, ainda, que se a lei realmente tivesse a intenção de preservar os postos de trabalho, “dever-se-ia estabelecer que a empresa falida somente seria vendida em leilão judicial para terceiros se os empregados não desejassem assumir a mesma.”⁴⁴

Apesar de a nova lei *sugerir* que os empregados sejam admitidos mediante novos contratos de trabalho, faltou ao legislador *impor* a continuidade do contrato de trabalho quando da sucessão da empresa, o que enfraquece sobremaneira o argumento da manutenção dos empregos.

4.2.3 A Questão da Fraude aos Credores

Esse é, talvez, um dos maiores problemas decorrentes da ausência de sucessão estabelecida pela Lei n.º 11.101/2005.

Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 141:

Art. 141. (...)

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

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

⁴² Carlos Carmelo Balaró, in: MACHADO, R. A. Obra citada, p. 256.

⁴³ CASTELO, J. P. Obra citada, p. 921.

⁴⁴ CASTELO, J. P. Obra citada, idem.

- II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou
- III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão.

A intenção do legislador, ao acrescentar esse parágrafo primeiro, foi certamente evitar que a ausência de sucessão se tornasse um instrumento de fraude aos credores. Todavia, é extremamente difícil para o juiz da falência identificar se a pessoa que adquiriu a empresa ou estabelecimento está agindo sob as ordens do falido, a fim de fraudar a sucessão. Nas palavras do professor Célio Waldraff, “o fim da sucessão trabalhista significa que, adquirida a empresa falida por outra pessoa, este patrimônio não mais garante os créditos trabalhistas. Escancara-se a porta para fraudes, nas quais se provoca a falência da empresa para ser adquirida posteriormente por um ‘laranja’.”⁴⁵

O empresário mal intencionado, que visa fraudar a sucessão, certamente não deixará provas de que o adquirente é, na verdade, um agente do falido. Além disso, como normalmente as empresas falidas, quando da hasta pública, são arrematadas por preços muito baixos, o valor pelo qual a empresa ou estabelecimento é adquirido também não tem o condão de identificar se aquela arrematação é lícita ou se visa fraudar credores.

Jorge Pinheiro Castelo também se insurge contra essa grande brecha às fraudes, ao afirmar que “... será muito fácil mandar um ‘laranja’ do próprio falido recomprar a empresa ‘a preço vil’ e voltar à ativa livre das dívidas fiscais e trabalhistas, zerado o seu passivo, iniciando ‘do zero’ seu negócio, fraudando qualquer boa intenção do legislador.”⁴⁶

Até alguns defensores do novo diploma, como Fábio Ulhoa Coelho (notoriamente favorável à nova lei), admitem a possibilidade do fim da sucessão facilitar a fraude aos credores, senão vejamos: “mas, por outro lado, a lei não pode ignorar as fraudes que a negativa expressa de sucessão pode abrigar. O controlador da

⁴⁵ WALDRAFF, C. H. **O fim da sucessão tributária e trabalhista no projeto da nova lei de falências**. Disponível em: <www.jornaldoestado.com.br/040809/primeiro/direito.html>

⁴⁶ CASTELO, J. P. Obra citada, p. 921.

sociedade falida pode, por interpostas pessoas, adquirir a mesma empresa que anteriormente explorava, liberando-se da obrigação de pagar o passivo.”⁴⁷

Não restam dúvidas, então, de que o fim da sucessão é um enorme instrumento de fraudes, e, o que é pior, instrumento de fraude “legalizado” pela comissão responsável pela elaboração e edição da nova lei.

4.2.4 Discriminação em Relação ao Empresário Solvente

Por fim, falemos da questão da discriminação em relação ao empresário solvente⁴⁸. Em qualquer outra situação que não o estado de falência, o empresário, ao adquirir uma empresa ou estabelecimento, assume todo o passivo deixado pelo antigo empregador, inclusive o passivo trabalhista e fiscal.

Porque, então, quando da alienação da empresa ou estabelecimento do falido, teria de ser diferente? Estamos claramente diante de uma *afronta ao princípio da isonomia*. Chama a atenção a esse problema o professor Célio Waldraff, quando afirma que “a empresa solvente não dispõe dessa vantagem. O comprador ao adquirir uma empresa com saúde econômica leva todo o passivo oculto, tanto tributário e trabalhista, quanto de qualquer outra natureza.”⁴⁹

⁴⁷ COELHO, F. U. **Comentários à nova lei de falências**, p. 367.

⁴⁸ Não pretendemos, nesse capítulo, exaurir todos os problemas decorrentes da negativa de sucessão, mas apenas apontar alguns deles, a título exemplificativo.

⁴⁹ WALDRAFF, Célio. **A nova lei de falência e o direito do trabalho**, p. 183.

4.3 SOLUÇÃO APRESENTADA PELO DIREITO EUROPEU

Verifica-se, no direito Europeu, uma grande tendência no sentido de dar maior proteção ao crédito trabalhista, fruto de um esforço recente de reforma dos sistemas legais de insolvência em vários países⁵⁰.

Pode-se dizer que a Convenção n.º 95, da Organização Internacional do Trabalho, em vigor desde 1952, foi o “embrião” dessa tendência. Tal Convenção trata da proteção do salário em geral, conforme se depreende do seu artigo 11:

1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.
2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.
3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes⁵¹.

Anos mais tarde, em 1980, foi editada a Diretiva 80/987 da Comunidade Européia, que veio reforçar a Convenção 95 da OIT, e tem como objetivo “uniformizar o tratamento dado ao crédito trabalhista em caso de insolvência patronal para todos os países integrantes daquela comunidade.”⁵² Para tanto, dispõe em seu artigo 3º que cada Estado-membro deverá criar um fundo de garantia que promova o pagamento do trabalhador, caso ocorra a insolvência do empregador.

Ensina o professor Célio Waldraff que a referida Diretiva desempenhou papel paradigmático em vários aspectos do direito Comunitário Europeu, ensejando, inclusive, a prolação do primeiro Acórdão, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades (Acórdão Francovich) que *responsabilizou o Estado pelos danos causados a particulares pela violação do Direito Comunitário*. No caso, duas trabalhadoras titulares de créditos salariais – créditos estes não satisfeitos pelo empregador -

⁵⁰ PAIVA, L.F.V. de. **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, p. 37.

⁵¹ WALDRAFF, C.H. **O tratamento jurídico-processual do empregador insolvente**, p. 88.

⁵² WALDRAFF, C.H. *Idem*, p. 93.

intentaram ação contra o Estado italiano e, entre outras coisas, requereram ressarcimento pelos danos emergentes, pelo fato de o Estado não ter dado operatividade à Diretiva 80/987⁵³.

A Espanha é um dos melhores exemplos dessa tendência européia de proteção ao crédito trabalhista, materializada, nesse país, através do FOGASA (*Fondo de Garantia Salarial*), que garante aos trabalhadores a percepção de salários e de indenizações decorrentes da insolvência do empregador. Destaque-se que o FOGASA é uma modalidade securitária autônoma e *privada*, constituída de recursos recolhidos pelos empregadores. Seu funcionamento baseia-se na responsabilidade da instituição pelo crédito trabalhista e pela sub-rogação do direito ao crédito em face do empregador. Não há que se fazer paralelos com o nosso FGTS, que é financiado por contribuições de ambos trabalhadores e empregadores, e que *não tem qualquer vinculação com a insolvência do empregador*, mas sim com a cessão do contrato de trabalho⁵⁴.

Assim, há que se cuidar quando se argumenta que em outros países o crédito trabalhista não é empecilho à recuperação das empresas. Em muitos países Europeus, de fato, o crédito trabalhista na falência não é totalmente preferencial. Todavia, nesses países existem as garantias institucionais acima citadas, garantias essas que o legislador pátrio parece ter olvidado ao se inspirar no Direito Europeu para a redação da Lei n.º 11.101/2005. Não se pode comparar legislações diversas em um tema jurídico de tamanha relevância social.

Ensina Carlos Habovski Roberts que

...oportuno seria a criação no Brasil, com brevidade, de um fundo constituído de recursos recolhidos pelos empregadores, a exemplo do que consta no art. 31 do 'Estatuto de Los Trabajadores' espanhol, destinado a suportar os haveres trabalhistas, em caso de insolvência empresarial, o que emprestaria extraordinária melhoria e robustez nas relações empresariais⁵⁵.

⁵³ WALDRAFF, C.H. Idem, p. 95/96.

⁵⁴ WALDRAFF, C.H. Idem, p. 91 e 99.

⁵⁵ ROBERTS, C.H. **A nova lei de recuperação de empresas e falência e algumas repercussões no direito do trabalho**, p. 1133.

O artigo 3º da Emenda Constitucional 45/04, estabelece a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, que pende de implementação, tendo como fonte de recursos depósitos das multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho.

CONCLUSÃO

É importante que se reconheça que há tempos já se fazia necessária a substituição do antigo Decreto-Lei nº. 47661/1945. A manutenção da atividade produtiva – objetivo maior do novo diploma - é extremamente importante para a saúde econômica do país (independente ou não da continuação do empresário à sua frente) e o papel do Direito é colaborar para que esse objetivo se materialize.

As modificações legislativas que objetivam cumprir esse papel – de acompanhar as mudanças na economia – devem também atentar para as conseqüências sociais dessas alterações. O problema é que, geralmente, o social é deixado um pouco à margem de outros interesses.

O caso objeto do presente estudo é um bom exemplo dessa dissonância entre interesses diversos: a ausência de sucessão trabalhista na alienação da empresa ou estabelecimento falido é, sem dúvida, um estímulo à aquisição daqueles e à continuidade da atividade produtiva. Todavia, os trabalhadores se vêem desprotegidos, pois não podem mais cobrar seus créditos do novo empresário e têm poucas chances de recuperá-los no âmbito do concurso de credores.

Além do novo tratamento dado à sucessão trabalhista na falência prejudicar diretamente os obreiros, titulares de créditos **alimentares**, ele certamente causa desconforto na sociedade como um todo, por infringir o princípio constitucional da igualdade, uma vez que o empresário que vise adquirir uma empresa ou unidade solvente não goza do mesmo privilégio concedido pela Lei n.º 11.101/2005.

O que se percebe é que, além dos próprios empresários, os trabalhadores também estão sendo coagidos a assumir os riscos da atividade econômica, pois acabam arcando com parte do prejuízo quando da falência do empregador. O capital se apropria do trabalho, mas não oferece a justa contraprestação, uma vez que o antigo titular é insolvente e o atual é juridicamente irresponsável.

Essa prática que se impõe, com o advento da nova Lei de Falências, é totalmente distorcida. O risco da atividade deve recair somente sobre a empresa que,

afinal, é quem a origina. Não há segurança econômica que justifique tamanha afronta aos direitos dos trabalhadores.

Resta então a pergunta: é possível conciliar interesses tão diversos? Acreditamos que sim. Uma boa alternativa seria colocar o empresário adquirente como responsável **subsidiário** pelo crédito trabalhista que não fosse satisfeito no concurso de credores. Outra possibilidade, talvez até mais eficiente, seria seguir o exemplo da Comunidade Européia (mais especificamente o exemplo espanhol) e criar um **fundo de garantia salarial**, através da contribuição dos empregadores, que cobrisse o passivo trabalhista no caso de insolvência do empregador.

Idéias não faltam, o que falta é vontade política. Infelizmente, o tempo em que as leis serão pensadas em benefício dos mais vulneráveis e o governo envidará esforços para fazer valer os textos legais parece ainda estar longe. Enquanto isso não acontece, que pelo menos os militantes da seara trabalhista continuem a plantar suas sementes de indignação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Falências e concordatas**: comentários à lei de falências. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A nova lei de falências: por que os bancos querem intervenção estatal protetiva? **Revista LTr**, n. 68, ago. 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO Junior, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **A quem interessa a nova lei de falências?** Disponível em: <www.globalbrasil.com/imprensa/2004/junho/clipping25.html> Acesso em: 01 ago. 2006.

GIGLIO, Wagner D. Considerações sumárias sobre a sucessão trabalhista e a despersonalização do empregador. **Repertório de Jurisprudência IOB**, 2. quinzena de jan. 2006, n. 2/2006, v. II.

GIULIANI, Ivani Martins Ferreira. Inconstitucionalidades da lei de recuperação de empresas e da lei complementar n. 118, de 2005. **Revista LTr**, n. 70, maio 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KOURY, Suzy Cavalcante. As repercussões da nova lei de falências no direito do trabalho. **Revista LTr**, n. 69, ago. 2005.

LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**, 11. ed., rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21. ed. rev. e . atual. São Paulo: LTr, 1994.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REIS, Daniela Muradas. A nova lei de falência: aspectos inovadores no direito do trabalho e o princípio da proporcionalidade. **Revista LTr**, n. 69, jul. 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**, v. 1, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBERTS, Carlos Habovski; ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. A nova lei de recuperação de empresas e falência e algumas repercussões no direito do trabalho. **Revista LTr**, n. 69, set. 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar**. v. I. Freitas Bastos, 1960.

WALDRAFF, Célio Horst. **A nova lei de falência e o direito do trabalho**: aspectos práticos. Curitiba: Genesis, 2005.

_____. **A empresa como sujeito de direito e a incompatibilidade do art. 50, do NCCB, com o direito do trabalho.**

_____. **O fim da sucessão tributária e trabalhista no projeto da nova lei de falências.** Jornal do Estado de 09 de agosto de 2004. Disponível em: <www.jornaldoestado.com.br/040809/primeiro/direito.html> Acesso em: 28 out. 2005.

_____. **O tratamento jurídico-processual do empregador insolvente.** Curitiba, 2002. Tese de Doutorado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.