

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Cláudia Kohls Rodrigues

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DOS  
CRÉDITOS TRABALHISTAS EM CENTO E CINQUENTA  
SALÁRIOS MÍNIMOS NA APLICAÇÃO DA LEI N. 11.101/2005  
– LEI DE FALÊNCIAS.

Passo Fundo  
2011

Cláudia Kohls Rodrigues

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DOS  
CRÉDITOS TRABALHISTAS EM CENTO E CINQUENTA  
SALÁRIOS MÍNIMOS NA APLICAÇÃO DA LEI N. 11.101/2005  
– LEI DE FALÊNCIAS.

Monografia apresentada ao curso de  
Direito, da Faculdade de Direito da  
Universidade de Passo Fundo, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,  
sob a orientação da Professora Me. Maira  
Angélica Dal Conte Tonial.

Passo Fundo  
2011

Ao meu pai, Cláudio (*in memoriam*), que pouco convivi, mas que foi quem plantou a sementinha, que agora, começa a dar frutos.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por sempre me proteger e me mostrar caminhos,  
quando esses pareciam não mais existir.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Passo  
Fundo, os quais contribuíram para minha formação acadêmica.

Em especial, a Professora Maira Angélica Dal Conte Tonial, pelo exemplo de  
profissional e, principalmente, pelas valiosas orientações que  
direcionaram a elaboração do presente estudo.

À minha mãe Teresinha, por acreditar no meu ideal, e por toda sua ajuda, sempre  
incansável, sem a qual, a realização deste sonho não seria possível.

Ao meu filho Leonardo, que, ao início dessa caminhada, era um bebê, e que mesmo  
sem saber, foi o grande e verdadeiro motivo para que eu não desistisse,  
por sua compreensão diante da minha ausência nesse período tão  
importante de nossas vidas.

Ao meu esposo Maiquel, pelo seu amor, apoio e companheirismo incondicional,  
por ter estado comigo, em todas as horas,  
durante essa caminhada.

Aos meus irmãos, Vinícius e Maurício, e em especial a minha irmã Camila,  
pela aproximação, pois são essenciais para minha realização e felicidade pessoal.

Às minhas amigas, por terem escutado minhas constantes  
angústias, alegrias e decepções e, principalmente, pelo incentivo e  
pelo apoio que a mim dedicaram durante todo este período.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas o dia em  
que encontrares em conflito o direito e a  
justiça, luta pela justiça”

Eduardo Juan Couture

Os dez mandamentos do Advogado.

## RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem por objetivo realizar um estudo acerca da constitucionalidade da limitação dos créditos trabalhistas, em cento e cinquenta salários mínimos, na aplicação da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, em caso de decretação de falência da empresa, confrontando-se isso, com o princípio da preservação da empresa por sua função social, contido expressamente na referida lei e os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social. Para o seu desenvolvimento foi utilizado o método dedutivo, amparado em bibliografia relacionada ao tema, envolvendo leitura e discussão de livros, artigos científicos e demais publicações que tenham relação próxima com os objetivos deste estudo. O marco teórico da presente pesquisa centra-se nas proteções, principalmente fundamentais sociais, conferidas aos trabalhadores pela Constituição Federal do Brasil de 1988. Dessa forma, para melhor desenvolver o assunto escolhido, entendeu-se relevante expor algumas questões que cercam o Direito do Trabalho, o Direito Constitucional e a Lei n.11.101/2005 – Lei de Falências, pois, o instituto da falência, embora já sendo frequentemente utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, vem sofrendo severas críticas quanto à validade constitucional de certos dispositivos que vem sendo aplicados no juízo falimentar.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade. Crédito trabalhista. Falência. Limitação. Princípios.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 O DIREITO DO TRABALHO</b> .....	9
1.1 A relação de emprego .....	9
1.2 O salário e sua proteção .....	13
1.3 Princípios específicos do direito do trabalho .....	21
<b>2 A LEI 11.101/2005 – LEI DE FALÊNCIAS</b> .....	33
2.1 Noções gerais sobre a referida lei .....	33
2.2 A falência, seus requisitos e efeitos .....	40
2.3 Princípios aplicáveis ao direito falimentar .....	46
<b>3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA LEI N. 11.101/2005 – LEI DE FALÊNCIAS</b> .....	51
3.1 Confronto de princípios (da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social) no ordenamento jurídico pátrio .....	51
3.2 A (in)constitucionalidade .....	58
3.3 Posição da doutrina .....	65
3.4 Posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – ADI 3.934-2 .....	70
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	80

## INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências - vem gerando férteis discussões nos mais diferentes setores da sociedade, especialmente, entre os operadores jurídicos, no campo do Direito, o que justifica a importância de uma reflexão crítica a respeito da limitação dos créditos trabalhistas, impostos pelo artigo 83, incisos I e VI, letra c, da referida lei. Principalmente, em favor dos trabalhadores, pois as justificativas para que os créditos trabalhistas sejam limitados em cento e cinquenta salários mínimos na falência do empregador parece ter respaldo inconstitucional, pois viola os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, garantidos pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

Dessa forma, julga-se necessário realizar um estudo mais aprofundado acerca da referida lei, das condições oferecidas para os trabalhadores e da relação destes como real importância para que a empresa em sua recuperação e consequente preservação alcance o exercício de sua função social.

Salienta-se, contudo, que o interesse maior da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, é manter a empresa, tampouco se preocupando com a situação dos trabalhadores, ou pelo menos, deixando-os em segundo ou terceiro plano.

É nesse sentido que se apresenta a proposta da presente pesquisa, qual seja, realizar um estudo em relação à constitucionalidade ou não, da limitação dos créditos trabalhistas privilegiados, fixados em cento e cinquenta salários mínimos, em caso de falência da empresa, quando na aplicação da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, ficando o valor de créditos que ultrapassarem este teto como quirografário.

Para que esta pesquisa possa se efetivar, utilizar-se-á o método dedutivo, o qual parte de noções gerais para particulares, buscando transmutar enunciados complexos, universais, em particulares, sendo que dessa conclusão resultará uma ou várias premissas, fundamentadas no raciocínio dedutivo.

O procedimento será realizado mediante revisão bibliográfica, com leitura e discussão de livros, artigos científicos e demais publicações que tenham relação próxima com os objetivos da pesquisa.

Ressalta-se, também, que o marco teórico do presente estudo vincula-se a verificação da constitucionalidade ou não, na aplicação da Lei n. 11.101/2005, que

limitou os créditos trabalhistas em cento e cinquenta salários mínimos na falência do empregador, e por isso acabou ferindo os princípios constitucionais, fundamentais do trabalhador.

Para melhor desenvolver o estudo que se propõe realizar, optou-se por dividi-lo em três capítulos. O primeiro tratará das questões de Direito do Trabalho, a relação de emprego, o salário e sua proteção e os princípios específicos do direito juslaboral.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará exclusivamente da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, explanando brevemente as noções gerais, o instituto da falência, seus requisitos e efeitos quando de sua decretação, e por fim, os princípios norteadores da referida Lei falimentar.

E, por último, e mais importante, será neste terceiro capítulo enfatizada a questão da constitucionalidade, o confronto de princípios justralhistas protegidos pela Constituição Federal de 1988, e os princípios falimentares inseridos pela Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, a posição da doutrina e da jurisprudência, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2, julgada pelo STF - Supremo Tribunal Federal, para definir, então, dentro da proporcionalidade e razoabilidade, pela constitucionalidade ou não dos dispositivos questionados.

Ressalta-se, ainda, que não pretende, a presente pesquisa, esgotar o assunto, apenas lançar novas luzes sobre tema tão significativo.

## 1 O DIREITO DO TRABALHO

Nesse capítulo, serão contextualizados alguns tópicos do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é um ramo da ciência jurídica especializada, que tem a partir da relação de emprego a construção de seus princípios, regras e institutos essenciais. Além do que, é através do salário, pago aos trabalhadores em virtude desta relação, com seu caráter jurídico, econômico e social, que o regime capitalista dá continuidade ao processo de acumulação do capital.

### 1.1 A relação de emprego

A seguir, abordar-se-á a conceituação e seus elementos de formação, para que se tenha um necessário entendimento a respeito da relação de emprego.

Antes ainda, é preciso aduzir que a relação de emprego não deve ser confundida com relação de trabalho, pois esta é gênero da qual aquela faz parte. A relação de trabalho acomoda todas as formas de trabalhos prestados existentes atualmente no mundo jurídico (DELGADO, 2010, p. 265).

Portanto, a relação de emprego, também conhecida como vínculo empregatício, é um fato jurídico que se configura quando uma pessoa física, denominada de empregado, presta serviço para outra pessoa, que pode ser física ou jurídica, a qual será denominada de empregador, de forma subordinada, pessoal, não eventual e onerosa, conforme preceitua o *caput* do artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>1</sup>.

Também, Camino bem explica a seguir:

---

<sup>1</sup> Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.  
Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Da leitura compreensiva dos dois dispositivos podemos identificar nessa relação de trabalho os seguintes traços típicos:

- a) a existência de alguém capaz de empreender atividade econômica e, no intuito dela obter resultados, entre outros fatores necessários à empresa, empregar força humana de trabalho;
- b) a inserção dessa força de trabalho na atividade empresarial, daí decorrendo a pessoalidade da prestação, a não eventualidade dos serviços, a subordinação do empregado e o assalariamento (2003, p. 208-209).

Então, a relação de emprego para ser caracterizada, necessita ter presente os seguintes elementos: trabalho não eventual, prestado “intuito personae” (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, a outrem, com onerosidade (DELGADO, 2010, p. 270-285).

Segundo Nascimento, “definimos relação de emprego como a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador, e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado” (NASCIMENTO, 2003, p. 454).

Portanto, são vários os elementos que precisam estar presentes para que se caracterize uma relação de emprego. E, Vecchi, passa seu entendimento a respeito dos elementos necessários:

[...] a relação de emprego é a relação jurídica obrigacional, vista com um processo, nascida do contrato, que é travada e desenvolvida entre empregado e empregador, pela qual o primeiro presta ou se obriga a prestar serviços de natureza não eventual, pessoal, remunerada e subordinada (sob dependência) ao segundo, que dirige a prestação dos serviços ou a obrigação de prestar os serviços do primeiro e remunera-o em virtude do trabalho feito e, em certas circunstâncias, pela simples obrigação de prestar trabalho (2007, volume I, p. 296).

Também, com previsão no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>2</sup>, não importa se o trabalho é feito no local do estabelecimento do empregador ou na casa ou no domicílio do empregado, mas para que isso ocorra é necessário que a relação de emprego esteja caracterizada.

Então, a caracterização da relação empregatícia é o que realmente importa, mesmo que o trabalho seja prestado pelo empregado em local diverso do estabelecimento do empregador.

Ainda, Vecchi aduz que “basta que estejam presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego para que se desenvolva todo o sistema de proteção ao trabalho” (VECCHI, 2007, p. 291).

Na definição de Nascimento, “empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário” (NASCIMENTO, 2005, p. 590).

O empregado sempre será uma pessoa física, portanto, uma pessoa natural, pois seria impossível a pessoa jurídica executar seu próprio trabalho, e também porque o Direito do Trabalho tutela bens jurídicos (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) inerentes somente à pessoa física (DELGADO, 2008, p. 291).

É imprescindível a pessoalidade na relação de emprego, pois só será empregado o trabalhador que prestar serviços pessoalmente. Para Nascimento:

A atividade deve ser direta e exercida pelo próprio trabalhador. Fica *excluída toda espécie de delegação*, o que vale dizer que não é empregado aquele que por sua iniciativa se faz substituir no serviço, circunstância que descaracteriza a relação de emprego (2005, p. 593).

Quanto ao elemento da não-eventualidade na relação de emprego, Camino reflete que: “Serviços não-eventuais são os serviços rotineiros da empresa, por isso, necessários e permanentes, vinculados ao objeto da atividade econômica,

---

<sup>2</sup> Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

independentemente do lapso de tempo em que prestados” [...] (CAMINO, 2003, p. 211).

Apesar da legislação brasileira usar o vocábulo *dependência*, a doutrina prefere a expressão *subordinação*. A palavra subordinação é de etimologia latina e provém de *sub* = baixo e *ordinare* = ordenar. Portanto, subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência (NASCIMENTO, 2005, p. 599).

A subordinação do empregado ao empregador é assim definida por Nascimento:

*Prefiro definir subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará. A subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas (2005, p. 603).*

A onerosidade, um dos cinco elementos presentes na relação de emprego, se manifesta através do pagamento do salário pelo empregador ao empregado.

Segundo Vecchi:

O salário tem valor fundamental para o direito do trabalho, pois se constitui justamente na obrigação principal do empregador e na causa objetiva pela qual o empregado ingressa nesse tipo de contratação, além de se configurar, via de regra, como fonte única ou principal de rendimento para os empregados. Com efeito, as duas principais obrigações provenientes do contrato de trabalho são justamente o salário, por parte do empregador, e a prestação de trabalho, por parte do empregado (2007, p. 13).

Também com previsão no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>3</sup>, está exposto o caráter oneroso da relação de emprego ao utilizar a expressão *mediante salário*.

Nas palavras de Delgado a respeito da onerosidade:

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada (2008, p. 298).

A seguir, aduzir-se-á sobre o salário, pois de grande importância demonstrarmos que ele tem função econômica e social, e tem sua proteção no Direito do Trabalho por indispensável, porque tutela o meio de subsistência dos trabalhadores.

## 1.2 O salário e sua proteção

A expressão salário deriva do latim *salarium*, esta palavra vem de sal, do latim *salis*, pois “sal” era inicialmente a forma de pagamento das legiões romanas. O salário surge como forma de transformação do regime de trabalho escravo para o regime de liberdade de trabalho (MARTINS, 2005, p. 240).

---

<sup>3</sup> Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.  
Parágrafo único – Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Atualmente, vários são os nomes empregados para se referir ao pagamento (vencimentos, subsídios, honorários, soldo, ordenado, proventos, salário, remuneração) feito pelo que recebe a prestação de serviços e por aquele que os presta (MARTINS, 2005, p. 240).

É necessário lembrar que há distinções no direito pátrio entre salário e remuneração, tendo o salário caráter mais estrito, e remuneração mais amplo, pois como está disposto no *caput* do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>4</sup>, a remuneração do empregado será o salário mais as gorjetas que receber.

Sendo assim, o salário está inserido, faz parte da remuneração. Conforme Camino, “salário é a contraprestação do trabalho, devida e paga diretamente pelo empregador” (CAMINO, 2003, p. 380).

Na definição de Delgado: “salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho” (DELGADO, 2008, p. 683).

Para Nascimento, “a causa da relação de emprego é, para o empregado, o salário e outras garantias trabalhistas, e, para o empregador, o trabalho e os resultados da atividade do empregado” (NASCIMENTO, 2003, p.460).

No parágrafo 1º do referido artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>5</sup>, está expresso que as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos também integrarão o salário, mas é preciso ter cuidado com esta redação, porque as diárias para viagem, por exemplo, não são salário, mas sim, nas palavras de Camino “tem natureza a finalidade precípua de dar suporte às despesas de deslocamento do empregado, preservando-lhe o salário” (CAMINO, 2003, p.381).

E no parágrafo 3º, ainda do mesmo artigo 457 comentado<sup>6</sup>, explica-se que as gorjetas que, juntamente com o salário, incluem a remuneração, não é só a importância dada espontaneamente pelo cliente ao empregado, mas também as cobradas pela empresa ao cliente.

---

<sup>4</sup> Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

<sup>5</sup> § 1º. Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

<sup>6</sup> § 3º. Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.

O direito brasileiro adotou um sistema de garantias, com proteções jurídicas quanto ao valor do salário. Segundo Delgado:

A ordem justralhista estabelece um sistema largo de proteções ao conjunto de parcelas devidas ao trabalhador no contexto da relação de emprego. Essa relação larga, embora tenha se concentrado, inicialmente, em especial em torno das parcelas salariais, em vista de seu caráter alimentício, passou, entretanto, muitas vezes a alcançar também, praticamente, as distintas verbas oriundas do contrato empregatício. O sistema de garantias salariais, portanto, hoje, de maneira geral estende-se às distintas parcelas trabalhistas, embora seu núcleo básico evidentemente concentre-se ainda no salário (2010, p. 706).

Tais proteções se dão por meio dos princípios justralhistas, que principalmente pela Constituição Federal do Brasil de 1988, obtiveram significativamente uma maior importância e imposição destas proteções, devido a sua hierarquia normativa perante as outras legislações pátrias.

A entrega da prestação jurisdicional é efetivada pela garantia constitucional inscrita no *rol* dos direitos fundamentais do cidadão, no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal<sup>7</sup> de 1988, combinado com o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>8</sup> e com o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>9</sup>, competindo ao Poder Judiciário assegurá-los a todos (MACHADO, 2009, p.43).

---

<sup>7</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>8</sup> Art. 8º. Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

<sup>9</sup> Art. 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

Os salários são créditos trabalhistas devidos pelo empregador ao empregado, em virtude do trabalho prestado por este à aquele.

Tais créditos, são provenientes de salários, e por isso são chamados de créditos trabalhistas, possuindo natureza alimentar e preferencial sobre os demais, pois como expõe Machado:

Uma vez que os créditos do trabalho têm por destinação a manutenção de suas condições de subsistência, e, portanto, podem ser considerados créditos sociais de natureza essencial e sensível às transformações sociais, econômicas, financeiras e políticas, o que justifica a finalidade social do processo do trabalho, sua principiologia e procedimentos distintos (2009, p.43).

Também, quanto a preferência dos créditos trabalhistas, para melhor entendimento, pode-se citar o artigo 100, § 1º-A da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup> e o artigo 186 do Código Tributário Nacional<sup>11</sup>, os quais expressam a natureza alimentar que detém tais créditos.

Toda esta proteção ao salário, se dá em virtude dele se constituir no principal, quando não no único meio de subsistência do empregado, gerando uma série de princípios e regras para protegê-lo, através de medidas legais que visam alcançar este referido fim (VECCHI, 2007, p.37-38).

---

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e,

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

<sup>10</sup> Art. 100, §º-A. Os créditos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenização por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

<sup>11</sup> Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvado os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.

Com breves comentários, far-se-á uma passagem pelas proteções conferidas ao salário, como a *periodicidade do pagamento, mora, inalterabilidade, irredutibilidade, intangibilidade e impenhorabilidade salarial*.

Quanto a *periodicidade do pagamento*, conforme está disposto no artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>12</sup>, o salário deve ser pago em períodos máximos de um mês, não ultrapassando o quinto dia útil do mês subsequente, como fixa o parágrafo 1º do artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>13</sup>.

A *mora salarial*, outra proteção, é o não pagamento do salário no tempo devido, constituindo assim a mora salarial, possibilitando ao empregado fazer a cobrança dos salários não pagos com juros e correção monetária, podendo até ocorrer em casos mais graves, como consequência, um rompimento contratual indireto, imputado ao empregador, conforme o artigo 483, letra “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>14</sup> (VECCHI, 2007, p.39).

A *inalterabilidade* como proteção do salário, tem previsão na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 468<sup>15</sup>, o qual dispõe que, para alterar a forma ou modo de pagamento do salário, é preciso que o empregado dê seu consentimento, e ainda assim, desde que não lhe prejudique, sob pena de nulidade.

Quanto a proteção conferida pela *irredutibilidade salarial*, Delgado aduz que:

A primeira linha de proteção ao valor do salário manifesta-se pela garantia de irredutibilidade do salário. Essa garantia traduz, no plano salarial, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do princípio geral da inalterabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), oriundo do tronco civilista básico. Contudo, a irredutibilidade sempre foi inferida não só do princípio geral *pacta sunt servanda*, como também do critério normativo vedatório de alterações prejudiciais ao empregado, insculpida no art. 468 da CLT (2010, p. 707-708).

---

<sup>12</sup> Art. 459. O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

<sup>13</sup> § 1º. Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

<sup>14</sup> Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:  
d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato.

<sup>15</sup> Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Ainda sobre a *irredutibilidade do salário*, a Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê no artigo 7º, inciso VI<sup>16</sup>, que apenas quando disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho é possível sua redução, mas isso sem esquecer dos limites previstos pelo princípio da norma mais favorável, previstos no artigo 7º, caput do mesmo diploma legal.

Quanto a proteção da *intangibilidade salarial*, o salário “tem caráter alimentar, razão pela qual deve cumprir estritamente o fim a que se destina, qual seja, de garantir não só a sobrevivência, mas uma vida digna ao empregado” (VECCHI, 2007, p.45).

Por isso, este princípio tem uma grande carga de medidas protetivas do salário, tais como irrenunciabilidade, impenhorabilidade e superprivilégios no concurso com outros créditos em caso de falência ou insolvência do empregador, e vedação de descontos, conforme expresso no artigo 462 e seus parágrafos<sup>17</sup>, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo Vecchi, “como fim de garantir a intangibilidade salarial e o efetivo desfrute dos valores salariais em favor do empregado de forma ampla, esses parágrafos visam coibir problemas como o truck-system<sup>18</sup>” (VECCHI, 2007, p. 49).

A *impenhorabilidade salarial*<sup>19</sup>, é decorrente de seu caráter alimentar, e conforme exposto no artigo 649, inciso IV<sup>20</sup>, do Código de Processo Civil, o salário é absolutamente impenhorável, salvo para o pagamento de pensão alimentícia.

---

<sup>16</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

<sup>17</sup> Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

§ 2º. É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhes prestações in-natura exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços.

§ 3º. Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados.

§ 4º. Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor do seu salário.

<sup>18</sup> Truck-system é o meio pelo qual o empregador força o empregado a adquirir produtos e serviços em estabelecimento de sua propriedade a preços muito superiores aos de mercado. Esta prática em muitas oportunidades conduz a que o empregado esteja sempre em dívida com o empregador, o que leva, em alguns casos, ao estabelecimento de situações próximas à escravidão.

<sup>19</sup> Orientação Jurisprudencial do TST da SDI-2 - 153. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo, decisão que determina o bloqueio de numerário existente em

No entendimento sobre a *impenhorabilidade do salário*, Delgado comenta o seguinte: “à luz dessa garantia, as verbas salariais não podem sofrer restrição extrajudicial ou judicial, não podendo cumprir papel de lastro a qualquer crédito contra o obreiro, nem receber restrições a seu recebimento direto pelo próprio trabalhador” (DELGADO, 2010, p. 777).

E ainda, o *superprivilégio* conferido aos créditos trabalhistas dos empregados, que devidos pelo empregador decorrente de fatos ocorridos na relação de emprego, devem ser pagos com prioridade, antes do pagamento de outros créditos, “estando em patamar acima dos créditos fiscais e apenas cedendo diante dos créditos resultantes de acidente de trabalho” (VECCHI, 2007, p. 49).

Comenta Delgado, sobre o *superprivilégio* na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências:

A nova lei, entretanto, embora classifique neste mesmo patamar os créditos derivados da legislação do trabalho (o que é coerente, do ponto de vista constitucional), estabelece, logo a seguir, inusitadamente, um teto para a prevalência hierárquica destes mesmos créditos: apenas 150 (cento e cinquenta) salários mínimos (inciso I do art. 83<sup>21</sup> da Lei n. 11.101/2005). A presença desse singular teto legal significa que valores de créditos trabalhistas que sejam superiores a 150 salários mínimos perderiam, de modo automático, a superproteção da ordem jurídica, descendo, radicalmente, na escala hierárquica, passando a se posicionar em patamar próximo ao piso da pirâmide creditícia, amalgamados, no conjunto dos créditos meramente quirografários (art. 83, VI<sup>22</sup>, c, Lei n. 11.101/2005) (2010, p. 772-773).

---

conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

<sup>20</sup> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

<sup>21</sup> 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 acidente de trabalho.

<sup>22</sup> 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.

O *superprivilégio* dos créditos na ordem de preferência, mas sendo limitados a cento e cinquenta salários mínimos, na posição de Vecchi:

Como podemos perceber, houve uma redução do sistema de proteção trabalhista, pois, agora, somente parcela dos créditos trabalhistas mantém um superprivilégio, ficando o restante totalmente desprotegido. Diante disso, cabe fazermos a pergunta quanto a ser tal alteração legítima do prisma constitucional. Ao nosso ver, a resposta só pode ser dada, do ponto de vista de adequação constitucional, tendo em vista o princípio da norma mais favorável (art. 7º, caput, da CF de 1988) e o princípio da proibição de retrocesso social, os quais, *prima facie*, impediriam que tal alteração seja considerada legítima segundo o prisma constitucional. Além de o novo texto legal ser efetivamente menos protetivo, não percebemos qualquer compensação real aos trabalhadores em virtude da restrição protetiva operada (2007, p. 50).

A posição de Vecchi ainda lembra que o inciso X, do artigo 7,º da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>, eleva a patamar constitucional o princípio da proteção ao salário, portanto entendendo que a alteração é, *prima facie*, inconstitucional.

Ao ver de Gontijo:

Possui relevância no exame da hierarquia das fontes a prevalência da norma mais favorável ao empregado, a qual torna maleável a hierarquia apresentada. Isso significa que deve ser aplicado o instituto que proporcione melhores condições para o empregado, ainda que contidos em norma de hierarquia inferior. Esse é o traço de originalidade que marca o direito do trabalho (2007, p. 238).

Diante do exposto, cabe dizer que os princípios constitucionais tem valor jurídico, são, de fato, normas jurídicas que proporcionam uma maior segurança e devem ser aplicados.

Como refere Mauad:

<sup>23</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Os princípios constitucionais, embora mais abstratos e flexíveis que as regras jurídicas, possuem natureza preceptiva, como normas de maior peso e significado, bem assim detêm a necessária eficácia para que sejam concretamente aplicados na solução dos diferentes conflitos de interesses. Podem ser harmonizados ou ponderados entre si, enquanto as regras estabelecem imperativamente determinadas exigências, de forma mais rígida que os primeiros (2007, p. 285).

No disposto do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal do Brasil de 1988<sup>24</sup>, se estipula a imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme salientou Mauad, apesar de os princípios serem mais flexíveis, não sendo tão rígidos como a imperatividade das regras, possuem eficácia e devem ser concretamente aplicados.

Sendo assim, a seguir, far-se-á uma abordagem a cada um dos princípios específicos do Direito do Trabalho.

### **1.3 Princípios específicos do direito do trabalho**

O Direito do Trabalho se sustenta em vários princípios, e com a finalidade de facilitar o entendimento, ressaltar-se-á a seguir a definição, ou seja, a conceituação do que sejam princípios, para então, só após, serem abordados, um a um, os princípios específicos aplicáveis na esfera especializada do Direito do Trabalho.

---

<sup>24</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

A palavra princípio traduz, na linguagem corrente, a ideia de “começo, início”, e, nesta linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo” (DELGADO, 2008, p. 184).

Segundo De Plácido e Silva, princípios são:

Derivado do latim *princípium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de normas a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostra-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal.

Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao direito são tidos como preceitos fundamentais da prática do direito e proteção aos direitos (1993, p. 447).

Nesse mesmo sentido, Alexy conclui que regras e princípios são considerados normas jurídicas, tendo, ambos, força normativa (ALEXY, 1997, p. 86-87).

Para ele, ainda, os princípios são normas que podem ser cumpridas e aplicadas em diferentes graus, possuem maior amplitude e podem ser realizados dentre variadas possibilidades jurídicas. Já as regras são mais restritas e, sendo válidas, aplica-se, exatamente, o que elas exigem. Dificilmente podem ser graduadas (ALEXY, 1997, p. 86-87).

Na visão de Nascimento, os princípios são valores que o Direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não

devem afastar-se para que possam cumprir, adequadamente, os seus fins (NASCIMENTO, 2005, p. 128).

Sendo assim, em síntese, o princípio traduz uma ideologia pautada por valores. É comum se referir a valores e princípios como expressões sinônimas (CAMINO, 2003, p. 100).

O Direito do Trabalho, assim como os demais ramos da ciência jurídica, também é orientado por princípios jurídicos. E esses princípios são classificados como gerais e específicos, ou seja, que são próprios da relação trabalhista. Os princípios gerais são assim denominados, visto que também se aplicam a outros ramos do Direito; enquanto que os específicos se referem a princípios peculiares à disciplina do Direito do Trabalho.

Poder-se-ia fazer referência ao conceito de Manuel Alonso Garcia citado por Alice Monteiro de Barros, explicitando que os princípios de Direito do Trabalho são “linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do Direito” (GARCIA apud BARROS, 2006, p. 168).

Também, convém ressaltar que o artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>25</sup>, prescreve que no Direito do Trabalho, decida-se, usando, ainda que entre outras disposições legais, os princípios, principalmente os trabalhistas.

Adiante, serão elencados os princípios específicos, norteadores do Direito do Trabalho, que sempre obedecerão ao ideal de justiça que este ramo do direito tem como seu primeiro fundamento.

Pois, importante lembrar, que a parte hipossuficiente na relação trabalhista é o trabalhador, e que, em quase a totalidade dos casos, o Direito do Trabalho deverá elaborar normas que tendam a protegê-lo, pois é notório que este representa a parte mais fraca, sendo, então, moralmente correto que sejam criados princípios que tenham como objetivo garantir meios de se sustentar uma igualdade pelo menos mais próxima possível da real.

---

<sup>25</sup> Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Por isso, um dos mais importantes princípios de todo o Direito do Trabalho é o *princípio da proteção* conferido ao trabalhador, pois o Direito do Trabalho visa à tutela da parte hipossuficiente, sendo seus princípios favoráveis ao empregado.

O *princípio da proteção*, nas palavras de Camino, é “a própria razão de ser do Direito do Trabalho”. Há, praticamente, uma unanimidade em torno da proteção como ideia fundante do direito do trabalho. Todos os grandes tratadistas dessa área juscientífica assim o afirmam (CAMINO, 2003, p. 110).

A proteção existente nesse princípio influi em toda a característica predominante desse ramo jurídico com o objetivo de atenuar o desequilíbrio existente entre empregadores e empregados e criando uma superioridade jurídica em favor desses últimos, que são os sujeitos mais fracos na relação com o capital, traduzindo-se assim a premissa de que se deve favorecer aquele a quem se pretende proteger.

Para Nascimento, o Direito do Trabalho, sob essa perspectiva, é um conjunto de direitos conferidos ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa, e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal (NASCIMENTO, 2005, p.350).

Expõe Delgado, a respeito do *princípio da proteção*:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (2008, p. 197-198).

O *princípio da proteção* pode ser desmembrado, ou seja, subdividido em três princípios distintos, quais são: *in dubio pro operário*, *regra da norma mais favorável* e *condição mais benéfica*.

O *princípio “in dubio pro operário”* consiste no fato de que, se houver dúvida da previsão legal de alguma ocorrência, a solução deverá se pautar pela escolha de uma regra mais favorável ao trabalhador, ou seja, trata-se da possibilidade do juiz

dentre as várias interpretações possíveis de uma norma, escolher a mais favorável ao trabalhador.

Ao processo do trabalho, no campo probatório, não se aplica integralmente o princípio “*in dubio pro operário*”, porque havendo dúvida, não se poderia decidir a favor do trabalhador, pois o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>26</sup> e o artigo 333 do Código de Processo Civil<sup>27</sup> impõem ao autor a prova do fato constitutivo do direito e, ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito (MARTINS, 2005, p. 97).

Ainda, sobre o princípio “*in dubio pro operário*”, precisa-se constar a posição de Delgado, qual sustenta que tal princípio abrange dimensão temática já acobertada por outro princípio justrabalhista específico, o da norma mais favorável, tornando-se redundante, e por consequência, inútil (DELGADO, 2008, p. 212-213).

O princípio da norma mais favorável se utiliza quando existir mais de uma norma aplicável a um caso concreto, no qual a opção deverá relacionar-se àquela norma que seja a mais benéfica ao trabalhador. Ressalta-se que aqui não interessam questões relativas à hierarquia de normas, ou em relação ao tempo em que foram publicadas, pois caso estiverem ainda em vigência, sempre deverá ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador.

Assim, em um caso concreto, sempre que duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, será priorizada a que favorecer o trabalhador (NASCIMENTO, 2005, p. 350).

O princípio da norma mais favorável tem previsão no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988<sup>28</sup> e está intimamente ligado ao princípio da proibição de retrocesso social, em que as normas a serem produzidas não devem piorar as condições dos trabalhadores (VECCHI, 2007, p. 275).

<sup>26</sup> Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

<sup>27</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>28</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

O *princípio da condição mais benéfica* estabelece que, no decorrer do contrato de trabalho, prevalecem as condições mais vantajosas, mesmo no caso de edição de norma superveniente de caráter protetivo menor.

Nesse mesmo sentido, o *princípio da condição mais benéfica* é ressaltado por Martins quando aduz que:

A condição mais benéfica ao trabalhador deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro (2005, p. 97).

O enunciado da Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho, esclarece que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

Assim, uma cláusula menos favorável aos trabalhadores só tem validade em relação aos novos obreiros admitidos na empresa e não quanto aos antigos, aos quais essa cláusula não se aplica (MARTINS, 2005, p. 97).

Ainda, o *princípio da condição mais benéfica* está expresso no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>29</sup>, que trata das alterações contratuais, as quais precisam se dar por mútuo acordo e sem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade.

O *princípio da primazia da realidade* confere que o Direito do Trabalho possa dar aos fatos maior importância que aos documentos, ou seja, “no Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos”. “São

---

<sup>29</sup> Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.  
Parágrafo único – Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada” (MARTINS, 2005, p. 99).

Assim, a aplicação do *princípio da primazia da realidade*, no Direito do Trabalho, vem, mais uma vez, proteger o trabalhador, através de uma maior valoração aos fatos ocorridos, ou seja, a verdade real, diante do que consta em documentos, que seria a verdade formal.

Nas palavras de Saraiva, o *princípio da primazia da realidade* demonstra que:

[...] em direito do trabalho, os fatos concretos do dia a dia laboral prevalecem sobre o conteúdo de documentos para estabelecer os efeitos jurídicos da relação trabalhista. A verdade dos fatos, verdade real, prevalece sobre a verdade formal. Obviamente que nesse caso é necessário que se faça prova de tais fatos, para desconstituir o valor *probandi* dos documentos (2009, p. 36).

Também, segundo Nascimento, “entre os documentos sobre a relação de emprego e o modo efetivo como, concretamente, os fatos ocorreram, deve-se reconhecer estes em detrimento dos papéis” (NASCIMENTO, 2005, p. 350).

Por serem as partes desiguais, e ainda, por ser atribuição do empregador, todo o tipo de documento e registro referente à relação de emprego, é que o *princípio da primazia da realidade* vem em favor somente do empregado, para que este não seja prejudicado por registros e documentos deliberadamente falsos ou distorcidos (CAMINO, 2003, p. 114).

O *princípio da primazia da realidade* encontra-se concretizado no artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>30</sup>, por permitir que a relação de emprego, e todas as demais situações de fato decorrentes dela, possam ser provadas por qualquer meio idôneo.

---

<sup>30</sup> Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito. Parágrafo único – À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Pelo *princípio da continuidade da relação de emprego*, “presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego” (MARTINS, 2005, p. 99).

Ainda, o *princípio da continuidade da relação de emprego*, tem importante relevância, pois é de interesse social e público. Segundo Vecchi:

Entendido o trabalho como valor social (inciso IV, primeira parte, do art. 3º da CF de 1988) e sendo a busca do pleno emprego (inciso VIII do art. 170 da CF de 1988) um dos princípios da ordem econômica, a continuidade do contrato de trabalho deve ser vista como de interesse social e público (2007, p.277).

Nesse princípio, a continuidade do contrato de trabalho por prazo indeterminado deve ser a regra, enquanto que a contratação por tempo determinado deve ser a exceção, pois esta última somente pode ocorrer quando houver previsão expressa para tal.

Também, a respeito da relevância do *princípio da continuidade da relação de emprego*, Delgado observa que:

À medida que se sabe que a grande maioria da população economicamente ativa, na sociedade contemporânea ocidental (em particular em países como o Brasil), constitui-se de pessoas que vivem apenas de seu trabalho, percebe-se a relevância do presente princípio no Direito e sociedade atuais (2008, p. 210).

O *princípio da continuidade da relação de emprego* gera presunções favoráveis ao trabalhador, conforme jurisprudencialmente está assentado na Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

O *princípio da irrenunciabilidade de direitos* traz como regra que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador, e se quando, por exemplo, vierem a ocorrer, não terão qualquer validade.

De acordo com Nascimento, o *princípio da irrenunciabilidade de direitos* pelo trabalhador, “tem a função de fortalecer a manutenção de seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação” (NASCIMENTO, 2005, p. 351).

Para alguns doutrinadores, o *princípio da irrenunciabilidade de direitos* é também denominado de *princípio da indisponibilidade*, pois, segundo Delgado:

É comum á doutrina valer-se da expressão *Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas* para enunciar o presente princípio. Seu conteúdo é o mesmo já exposto, apenas adotando-se diferente epíteto. Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador (2008, p. 202).

O *princípio da irrenunciabilidade de direitos* está previsto legalmente no artigo 9<sup>o</sup><sup>31</sup>, 444<sup>32</sup> e 468<sup>33</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho e ainda, mas, com

<sup>31</sup> Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

<sup>32</sup> Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

algumas restrições, no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988<sup>34</sup>, que autoriza a redução salarial por acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ainda, sobre o princípio anterior, mas agora tratado como *princípio da indisponibilidade*, pois é assim denominado por Vecchi, este princípio:

[...] consiste na vedação de que os empregados renunciem, ou transacionem, individualmente, aos direitos a eles conferidos pelas normas trabalhistas, por tais direitos serem considerados direitos mínimos. Ora, sendo as normas trabalhistas, em sua grande parte, de ordem pública e interesse social, tornam-se inafastáveis pela manifestação de vontade das partes, criando uma aura de indisponibilidade dos direitos conferidos. De nada adiantaria a previsão de direitos mínimos se pudessem ser renunciados ou transacionados pelos trabalhadores. Estando na condição de subordinados no contrato de trabalho, caracterizando-se como a parte vulnerável e hipossuficiente da relação, a renúncia ou transação são vedadas, havendo a disputa sobre se a sanção a essa vedação consistirá em nulidade (absoluta) ou anulabilidade (relativa) [...] (2007, p. 276-277).

Importante salientar que a proibição legal à renúncia de direitos é válida enquanto empregado dentro da empresa, pois perante a um Juiz da Justiça do Trabalho, não haverá vício de nulidade algum, pois o trabalhador não será obrigado a nenhuma condição desfavorável pelo empregador.

O *princípio da razoabilidade* “sustenta a impossibilidade de absurdos, de atitudes abusivas, que não guardem um mínimo de racionalidade aceitável segundo os padrões de uma determinada comunidade social e jurídica” (VECCHI, 2007, p. 268).

Ainda, sobre o *princípio da razoabilidade*, continuar-se-á a exposição de Vecchi a respeito:

<sup>33</sup> Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único – Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

<sup>34</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

No âmbito próprio do direito do trabalho a razoabilidade significa que os contratantes agem segundo a razão, sendo também um abrandamento do princípio protetor para que não se chegue na aplicação desse a uma situação que não mantenha a aceitabilidade do equilíbrio entre as posições do empregado e do empregador (2007, p. 268).

De acordo com Nascimento, “[...] o princípio protetor, central no direito do trabalho, não é mais importante que o da razoabilidade, de modo que este é o princípio básico e não aquele. Não é viável proteger o trabalhador quando a proteção não se mostra razoável” (NASCIMENTO, 2005, p. 353).

Também, sobre o *princípio da razoabilidade*, aduz Camino:

No exame dos casos concretos, esse princípio pode constituir valioso auxiliar do juiz, mormente diante da circunstância de não ter, o empregado, acesso à documentação da empresa. Partindo-se do que ordinariamente acontece, determinadas ocorrências da execução do contrato de trabalho são presumíveis. No processo do trabalho, é de extrema valia o princípio da aptidão à produção da prova, calcado num juízo de razoabilidade. Segundo tal princípio, não se deve exigir da parte que prove aquilo que não pode provar. No âmbito das relações de trabalho, onde a natural submissão do empregado à hierarquia do empregador é fator inibidor de exigências tidas como perfeitamente normais em outros contratos (entrega de documento contra recibo, por exemplo), essa inaptidão para a produção da prova é bastante frequente (2003, p. 129).

Conforme Ávila, o sentido e alcance da razoabilidade, estabelece três vertentes para sua interpretação, sendo que, a primeira pressupõe que "a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual", devendo-se considerar o que normalmente acontece, bem como aspectos individuais do caso.

O segundo sentido da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”, devendo haver um suporte empírico para a medida adotada e uma relação de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

O terceiro e último sentido do postulado da razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona" (ÁVILA, 2003, p. 95-103).

Assim, o *princípio da razoabilidade* é invocado em razões-limite, indefinidas e não delineadas claramente, quando o processo de persuasão racional do juiz se aperfeiçoa com a interpretação dos fatos segundo o que ordinariamente acontece, dando-lhes contornos de verossimilhança (CAMINO, 2003, p. 118-119).

Diante do exposto, com todos estes princípios específicos do Direito do Trabalho visando à ampla proteção dos trabalhadores, será analisada a seguir, a Lei n. 11.101/2005 - Lei de Falências, principalmente, seu pressuposto e baseando-se em quais princípios foram embasados, a partir de então, a limitação dos créditos trabalhistas em caso de falência.

## 2 A LEI 11.101/2005 – LEI DE FALÊNCIAS

Nesse capítulo examinar-se-á a Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, evidenciando-se brevemente, noções gerais, requisitos, efeitos e princípios específicos ou aplicáveis ao Direito Falimentar.

Apesar de ser reconhecido o grande e maior interesse financeiro na elaboração desta lei, também ter-se-á que lembrar que o maior princípio contido nela é o da preservação da empresa por sua função social, que está expresso em seu artigo 47<sup>35</sup>, e que tem sido de grande ajuda para a recuperação judicial e extrajudicial das empresas.

A Lei 11.101/2005 – Lei de Falências, após anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente da República em 09 de fevereiro de 2005, com 120 dias de *vacatio legis*, assim, iniciando sua vigência em 09 de junho de 2005, substituindo o Decreto-Lei 7.661/45, e pondo fim às concordatas preventiva e suspensiva.

### 2.1 Noções gerais sobre a referida lei

A Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, instituiu a recuperação judicial, e, também, a recuperação extrajudicial, visando a preservação da empresa, por ser esta verdadeira instituição social geradora de riqueza e de emprego.

---

<sup>35</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Como bem denomina o artigo 1º<sup>36</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, esta tem aplicação na recuperação judicial, extrajudicial e na falência do empresário e da sociedade empresária, que são simplesmente chamados de devedor.

A seguir, quanto a conceituação de empresa e empresário, far-se-á breves comentários, para um melhor entendimento. Segundo Coelho:

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores (2005, p.2).

A empresa, enquanto atividade, não pode ser confundida com o empresário, que é o sujeito de direito que a explora, independente de ser sociedade empresária ou empresário individual. Por isso, importante se faz a percepção de tal diferenciação entre os termos empresa e empresário.

No atual Código Civil Brasileiro, tem-se expresso no artigo 966<sup>37</sup>, a conceituação, ou melhor, a caracterização do empresário, dentro do direito de empresa, ao qual é aplicável a Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, e no parágrafo único<sup>38</sup> deste mesmo artigo, encontra-se o conceito, a caracterização do que não se considera empresário.

Também, na visão de Coelho, ter-se-á a conceituação do mesmo a respeito do termo empresário:

---

<sup>36</sup> Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

<sup>37</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

<sup>38</sup> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CC, art. 966). Destacam-se da definição as noções de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços (2005, p. 6).

Portanto, para poder estar sujeito à falência, ou à recuperação judicial ou extrajudicial, é imprescindível a condição de empresário, que explore atividade econômica, e que no momento da decretação da falência, que é o caso deste estudo, se promova o afastamento deste, agora denominado de devedor, de suas atividades, visando manter o maior número de bens da empresa, conforme preceitua o artigo 75<sup>39</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, pois a garantia que os credores terão é o patrimônio do devedor.

Sobre a falência, na Lei 11.101/2005 – Lei de Falências, quanto sua natureza jurídica, na análise de Souza Junior e Pitombo:

Por esses motivos, e por muitos mais que não caberia aqui esmiuçar, a falência, tem na nova Lei, no contexto do vigente direito positivo privado, a natureza jurídica de *causa de dissolução* e procedimento de *liquidação judicial* da atividade negocial do empresário e da sociedade, mediante execução coletiva empresarial, que se realiza em juízo universal e indivisível (art. 76), por meio de princípios processuais reclamados pela natureza da atividade (art. 75, parágrafo único), mercê procedimento conduzido por administrador judicial profissional (art. 99, inc. IX, c.c. art. 21), nomeado e supervisionado pelo juiz, e do Comitê de Credores, se houver (art. 27, inc. I, a), com a intervenção, quando expressamente prevista, do Ministério Público, e com a participação da Assembléia Geral de Credores, em negócios jurídicos atípicos de alienação de bens, na realização do ativo (2007, p. 83).

Na falência, para a classificação dos créditos, há uma ordem a ser seguida, conforme preceitua o artigo 83<sup>40</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece a seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;

Obedecida a ordem de classificação dos credores, os mesmos serão tratados paritariamente, pois tal tratamento é a principal característica do processo falimentar, que tenta da forma mais justa possível, distribuir aos credores os insuficientes bens do devedor.

### Segundo Coelho:

Esse princípio do tratamento paritário, ao mesmo tempo que assegura aos credores com título de mesma natureza a igualdade, estabelece hierarquias em favor dos mais necessitados (os empregados) e, em parte, do interesse público (representado pelos créditos fiscais), relegando ao fim da fila a generalidade dos empresários. O tratamento privilegiado dispensado aos credores com garantia real – que são em sua maioria bancos (e, portanto, também empresários) – visam criar as condições para o barateamento do crédito bancário, visando atender, em última análise, ao interesse da economia nacional (2005, p. 214).

Este tratamento paritário, é a garantia que os credores de mesma classe tem uns perante os outros, de que quando pago o crédito a um, os outros também proporcionalmente a seu valor o receberão, não podendo, no caso de insuficiência

---

II – créditos com garantia real até o limite do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

de valores do devedor, favorecer um ou outro, tendo então que pagar a todos, rateando o valor disponível naquele momento.

Ocorre uma hierarquia entre as classes de credores, que se justifica pelo âmbito da importância que cada uma possui. E por isso, em primeiro lugar, por ser privilegiado, se destaca o credor trabalhista, com seus créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor e os decorrentes de acidente de trabalho.

No entanto, o crédito trabalhista (artigo 83, inciso I, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências) só é privilegiado até o limite de cento e cinquenta salários mínimos, deixando os valores que extrapolarem este teto no patamar dos créditos quirografários (inciso IV, alínea c do mesmo artigo). Assim, o credor trabalhista só receberá antes dos outros, as importâncias limitadas a tal valor, devendo esperar os credores das outras classes, para então, se possível, receber o restante que faz jus (MOURA, GÓIS, 2006, p. 1328).

Ao se limitar os créditos trabalhistas e equivaler seus saldos aos créditos quirografários, o legislador acabou prejudicando a classe trabalhadora, que já havia perdido seu posto de trabalho, e ainda poderá não receber na integralidade a quantia referente aos seus direitos adquiridos, visto que, na maioria das vezes, não sobrarão ativos para satisfazer todos os credores, amargando os trabalhadores com o prejuízo.

Ademais, atenta a restrição prescrita na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, ainda, contra o princípio da irrenunciabilidade, por impor ao trabalhador, como única possibilidade para satisfação de parte de seu crédito, a provável abdicação do que exceder a cento e cinquenta salários mínimos, desnaturando o cunho alimentar do direito, na contramão do preconizado pela Organização Internacional do Trabalho (KROST, 2005, p. 113).

Diante de tais ponderações, tem-se por inconstitucional o privilégio relativo do crédito decorrente da relação de emprego, previsto na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, artigo 83, incisos I e VI, c, o qual acaba por criar a artificial e injustificada separação do mesmo em créditos “legítimos” e “ilegítimos”, desprezando por inteiro sua origem e finalidade comum: a força humana produtiva e a subsistência do sujeito trabalhador (KROST, 2005, p. 113).

Ainda, sobre o tratamento conferido aos créditos trabalhista na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, aduz Guimarães:

O dispositivo em questão não escapou tampouco de ser atacado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.424-3, distribuída em 4 de março de 2005, atualmente sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Esta ADIn sustenta que o fracionamento dos créditos trabalhistas, classificando-os ora como privilegiados, ora como quirografários (dependendo de seus valores superarem ou não o limite de cento e cinquenta salários mínimos), viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade, do valor social do trabalho, do trabalho como direito social e do direito dos trabalhadores sobre a proteção do salário (2006, p. 135).

Portanto, são vários os autores, doutrinadores que criticam e entendem pela inconstitucionalidade da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, quanto à questão da limitação dos créditos trabalhistas. Assim também interpretam Moura e Góis:

Nos parece que sobreleva sobre as demais inconstitucionalidades, a violação ao princípio da isonomia. Não só pela discriminação feita entre créditos trabalhistas de igual natureza, mas também, e principalmente, pela própria equiparação feita pela LFRE. Tendo o crédito trabalhista sido equiparado ao de acidente do trabalho, não poderia a lei ter feito qualquer restrição quanto ao valor do privilégio, se também não o fez quanto ao crédito oriundo de ação acidentária. A própria Constituição da República, em manifestação do Poder Constituinte Derivado (EC n. 30/00), equiparou, sem qualquer restrição, os créditos decorrentes de ações de responsabilidade civil (inclusive as oriundas de acidente de trabalho) e os salários (artigo 100, §1º- A). Sendo assim, não pode o legislador ordinário promover diferenciação onde a Constituição equiparou (2006, p. 1329).

Outro debate, ainda, se faz no tocante a possível inconstitucionalidade, por vícios, ao vincular salários mínimos na limitação do crédito, sendo que, há preceito constitucional de proibição à vinculação do salário mínimo.

Segundo Martins, citado por Menezes, “a fixação do valor em salários mínimos é inconstitucional, pois serve de forma de indexação, que é vedado pelo

inciso IV, do artigo 7º, da Constituição, que proíbe a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim” (MARTINS apud MENEZES, 2005, p. 9).

Não obstante, com referência ao artigo 151<sup>41</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, há confronto com fundamentos e princípios que informam a Lei Maior, constante dos artigos 1º, inciso III<sup>42</sup>, e artigo 170, caput<sup>43</sup> (dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, conforme os ditames da justiça social). Souza Junior e Pitombo aduzem:

Nem mesmo a exceção restritíssima do art. 151 da nova Lei de Falências supera o óbice, na medida em que determina o pagamento, tão logo haja disponibilidade de caixa, apenas dos “créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador”. Trata-se de concessão insignificante, dada a natureza alimentar da remuneração do trabalhador [...] a chamada “globalização” e as modernas tendências de política econômica ainda têm que respeitar – patrimônio da civilização, que são – os créditos trabalhistas, por inteiro [...] (2007, p. 63).

Como visto acima, esse é um pequeno apanhado do quanto é criticado pela doutrina, a questão dos créditos trabalhistas na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências. Porém, sem pretensão de aqui esgotar o tema, pois serão retomados no próximo capítulo questões atinentes a constitucionalidade ou não desses dispositivos.

---

<sup>41</sup> Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

<sup>42</sup> 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:

III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>43</sup> 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:

## 2.2 A falência, seus requisitos e efeitos

Na Idade Média, a falência era considerada um delito, sujeitando o falido às punições que iam da prisão à mutilação, pois os falidos eram considerados fraudadores, enganadores, velhacos.

A própria expressão *falência*, que provém do verbo latino *fallere*, já tinha um sentido pejorativo por significar falsear, faltar. Igualmente era utilizado a expressão *bancarrota*, em que os franceses chamavam *banque en route* (banco quebrado) para definir a falência. Os portugueses utilizavam a palavra *quebra*, daí surgindo a expressão *quebrado*, isto é, pobre, arruinado, sem dinheiro (ALMEIDA, 2010, p. 16).

A falência é um instituto complexo para o qual convergem regras de diferentes ramos do direito, pois, nela encontramos preceitos de direito comercial, civil, administrativo, processual e até mesmo penal, nos crimes falimentares.

Inicialmente, cabe ressaltar que, para sujeitar-se a falência, é necessário explorar atividade econômica de forma empresarial. E toda empresa que entra no sistema capitalista tem seus riscos de perdas, os quais podem vir a incidir na decretação de sua falência.

O conceito de falência, para Coelho é, “o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima” (COELHO, 2008, p. 188).

Do ponto de vista jurídico, segundo Almeida, a “falência é um processo de execução coletiva contra o devedor insolvente”, sendo que a insolvência é a condição de quem não pode saldar suas dívidas, pois deve em proporção maior do que pode pagar, porque assumiu compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio (ALMEIDA, 2010, p. 17-23).

Ainda, Miranda Valverde, citado por Almeida, aduz que “juridicamente, a falência se caracteriza por atos ou fatos que denotam, comumente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor”, sendo, a insolvência revelada, via de regra, pela impontualidade (VALVERDE apud ALMEIDA, 2010, p. 17-23).

Como já supracitado, um dos requisitos para a falência é a existência da situação fática em que o devedor empresário está em estado de insolvência, ou seja, o seu ativo é menor do que o seu passivo, sendo assim, deve-se mais do que se pode pagar. Também, pode não estar insolvável, mas impontual.

A falência é conceituada como sendo o reconhecimento jurídico da inviabilidade da empresa, consubstanciada por um procedimento judicial que visa o adimplemento das obrigações ainda não cumpridas pelo devedor empresário insolvente.

Marcelo Papaléo de Souza conceitua a falência da seguinte forma:

A falência caracteriza-se como um processo de execução coletiva, decretado judicialmente, dos bens do devedor, ao qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais (2006, p.108).

Portanto, a causa determinante da falência é a insolvência, que se exterioriza, antes de tudo, pela impontualidade. Todavia, além da impontualidade, a insolvência se manifesta, também, por outras formas, que são aquelas enumeradas no artigo 94, incisos II e III<sup>44</sup>, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências.

---

<sup>44</sup> Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede a liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

O procedimento de falência pode ser iniciado pelo próprio empresário insolvente, ou por seus credores, ou ainda mediante convolação da recuperação judicial.

Caso seja decretada a falência, será efetuado um quadro geral dos credores, no qual será feita uma classificação, para que, desta forma, possam receber da massa falida da empresa o que lhe é de direito. Essa ordem de classificação é dada mediante a natureza do crédito que é apresentado pelo credor, buscando, assim, reequilibrar e proteger os interesses dos credores no que resta do ativo disponível do devedor.

Todos os credores serão indicados pelo falido, caso não seja indicado, este deverá peticionar para a inclusão do seu crédito junto ao Juízo Universal da Falência, para que haja, assim, a satisfação de seu direito. Ainda, a Fazenda Pública não precisará proceder à habilitação, mas terá de exigir os valores devidos junto ao Juízo Universal.

Importante salientar que, a respeito da falência, o juízo que a decretou é universal, segundo o contido no artigo 76<sup>45</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, e ainda melhor esclarecer-se-á nas palavras de Coelho:

Isso significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida (2005, p. 199).

Mesmo sendo um juízo universal e indivisível, e havendo uma ordem de classificação dos credores do falido, os mesmos não são tratados igualmente, prevalecendo uns sobre os outros, conforme a ordem estabelecida pela classificação

---

<sup>45</sup> Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.  
Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

dos créditos constante no artigo 83<sup>46</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, e que terá que ser seguida rigidamente.

Diante disso, declarada a falência, dá-se início ao processo de execução coletiva, com a força de atração de outros processos, formando-se assim o juízo universal falimentar.

No entanto, não se olvide, a falência declarada abre processo de execução coletivo, e não, de conhecimento coletivo. Por isso, determinadas ações não são atraídas para o juízo falimentar, tais como aquelas não reguladas pela Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, e aquelas em que se demanda quantia ilíquida, inclusive as reclamações trabalhistas (GONTIJO, 2007, p. 1492).

Assim, os créditos trabalhistas serão apurados perante a justiça especializada, ou seja, apreciados na Justiça do Trabalho, que é a única que tem competência para processar e julgar controvérsias decorrentes da relação de emprego, conforme disposição do artigo 114<sup>47</sup> da Constituição Federal, e depois,

<sup>46</sup> Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece a seguinte ordem:

- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;
- II – créditos com garantia real até o limite do bem gravado;
- III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;
- IV – créditos com privilégio especial, a saber:
  - a) os previstos no art. 964 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
  - b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
  - c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;
- V – créditos com privilégio geral, a saber:
  - a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
  - b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
  - c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
- VI – créditos quirografários, a saber:
  - a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
  - b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
  - c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
- VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- VIII – créditos subordinados, a saber:
  - a) os assim previstos em lei ou em contrato;
  - b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

<sup>47</sup> Art. 114. Compete a Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

para a execução, remetidos ao juízo falimentar, para serem então inscritos no quadro geral de credores, pelo valor determinado na sentença.

A falência, por estar excluída expressamente da competência material da Justiça Federal (artigo 109, inciso I<sup>48</sup>, da Constituição Federal), é de competência da Justiça Ordinária dos Estados, Distrito Federal e Territórios, processando-se perante os juízes de direito.

Portanto, quanto as competências na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, Coelho expressa:

Na falência, cabe à Justiça do Trabalho julgar o quantum devido aos empregados. O juízo falimentar, pertencente à Justiça Estadual e, portanto, incompetente para conhecer e julgar dissídios relacionados ao vínculo empregatício, não pode reabrir a discussão; cabe-lhe simplesmente considerar o valor líquido e definitivo determinado pela Justiça do Trabalho quando do pagamento. Assim, na falência do empregador, o empregado deve mover sua reclamação perante a Vara do Trabalho competente e, uma vez definida e existência e a extensão de seu direito, declarar o crédito na falência e aguardar o pagamento (2008, p. 330).

Mas, é possível que, com a morosidade do judiciário, o credor trabalhista, ao ingressar no juízo falimentar, para habilitar seu crédito proferido por uma sentença trabalhista, seja retardatário por já ter iniciado o processo de pagamento do quadro geral de credores. Por isso, para evitar que o credor trabalhista seja prejudicado, há

---

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver, matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

<sup>48</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as falências, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

a previsão no artigo 6º, parágrafo 3º<sup>49</sup>, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, do *pedido de reserva*, que aduz Moura e Góis:

Trata-se do “pedido de reserva”, previsto no art. 6º, § 3º da LFRJ, por meio do qual o juiz do trabalho oficia o juiz falimentar para que este destaque do patrimônio da massa falida uma importância capaz de satisfazer o futuro credor trabalhista, de modo a que seja conferida efetividade a uma eventual habilitação tardia deste junto ao quadro geral de credores (2006, p. 1330).

O pedido de reserva, não é uma ordem do juiz do trabalho ao juiz da falência, até mesmo porque aquele não possui competência para decidir quanto ao tema, mas Guimarães explica:

O ofício extraído do processo trabalhista se limitará a solicitar a reserva de numerário, competindo ao juízo falimentar deferir o pedido, se entender reunido os requisitos legais autorizadores do benefício. Contudo, tendo o credor trabalhista preenchido os requisitos para a concessão da cautelar (não é outra a natureza da medida), caberá ao juízo da falência deferir a reserva pretendida. Por óbvio, somente o juiz da falência possui a competência funcional – além da material atribuída pelo art. 109, I, da CRFB/88 - , para aferir se o credor preenche os requisitos da cautelar (aparência de bom direito e perigo na demora da prestação jurisdicional) (2006, p. 128-129).

Essa competência para os processos falimentares e de todos seus incidentes, é no juízo do principal estabelecimento do devedor no Brasil, conforme está exposto no artigo 3º<sup>50</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências.

<sup>49</sup> Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 3º. O juiz competente para as ações nos §§ 1º e 2º, deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

<sup>50</sup> Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Sendo que, como “principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico” (COELHO, 2008, p.27).

No processo de falência, existem dois credores que não são admitidos, ou seja, os que são titulares de crédito oriundo de obrigação gratuita e os de créditos por despesas para tomar parte no feito falimentar, de acordo com o artigo 5<sup>o</sup><sup>51</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências.

Ainda, estão expressamente excluídos da falência, pois não possuem legitimidade passiva, de acordo com o artigo 2<sup>o</sup><sup>52</sup> da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, as sociedades cooperativas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de saúde, seguradoras e capitalizações. Também, os profissionais liberais, como advogados, médicos, engenheiros, arquitetos, economistas, contadores, entre tantos outros, por não serem considerados empresários.

Adiante, verificar-se-á quais foram os princípios que conferiram forma e dão sustentação a aplicação da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências no ordenamento jurídico vigente.

### **2.3 Princípios aplicáveis ao direito falimentar**

A nova legislação falimentar, através da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências empregou sensíveis inovações, tendo por seu princípio fundamental a recuperação

---

<sup>51</sup> Art. 5<sup>o</sup>. Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

I – as obrigações a título gratuito;

II- as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

<sup>52</sup> Art. 2<sup>o</sup>. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

econômica da empresa, estando isso bem claro, quando na redação do seu artigo 47<sup>53</sup> que expressa que: “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

O legislador da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, teve uma maior preocupação com a recuperação da empresa, pois de acordo com Jorge Lobo, citado por Coelho:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores, e em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação da empresa (COELHO, 2008, p. 24-25).

Os princípios fundamentais, da legislação falimentar brasileira, segundo o Senador Ramez Tebet, Relator do Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, sobre o PLC n. 71 de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de empresário e da sociedade empresarial, são os seguintes:

1. *Preservação da empresa:* em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

---

<sup>53</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

2. *Separação dos conceitos de empresa e de empresário:* a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.
3. *Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:* sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.
4. *Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:* caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.
5. *Proteção aos trabalhadores:* os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.
6. *Redução do custo do crédito o Brasil:* é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros e custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.
7. *Celeridade e eficiência dos processos judiciais:* é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravancava seu curso.
8. *Segurança jurídica:* deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicando o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.
9. *Participação ativa dos credores:* é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.
10. *Maximização do valor dos ativos do falido:* a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco geral das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.
11. *Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:* a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.
12. *Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:* é preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico

que causam. No que tange a recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro (ALMEIDA, 2010, p. 9-10).

Conforme o exposto, pode-se perceber que são vários os pilares de sustentação conferidos na Lei n.11.101/2005 – Lei de Falências, nos mais diversos segmentos. Porém, ocorrem colisões entre esses princípios. Segundo Berger:

O princípio da livre iniciativa, basilar da Lei n. 11.101/2005, é fundado nos valores da democracia, da ordem econômica e financeira a fim de promover a produção e a circulação de riquezas, bem como o princípio da função social da empresa, corolário do princípio da função social da propriedade. Por sua vez, o princípio da valorização social do trabalho abarca tanto a dimensão do direito a manter a vida humana por meio da sobrevivência oportunizada pelo próprio trabalho como também o dever, uma vez que a sociedade necessita da contribuição de todos para seu funcionamento e harmonização social (2008, p. 174).

Contudo, se faz necessário a convivência mútua dos princípios da livre iniciativa e da valorização social do trabalho para obter um equilíbrio do sistema jurídico, conforme Silva:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar, quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico de ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de valerem os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) (2001, p. 764).

O princípio da preservação da empresa, na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, pelo teor do disposto no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988, através da sua função social, nas palavras de Calças:

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas (2007, p. 40).

A partir do exposto, passa-se ao terceiro, e último capítulo do estudo, que versará sobre a problemática do estudo proposto, ou seja, a constitucionalidade ou não, da limitação dos créditos trabalhistas, na aplicação da Lei n. 11.101/2005 - Lei de Falências.

### **3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA LEI N. 11.101/2005 – LEI DE FALÊNCIAS.**

Nesse último capítulo, abordar-se-á a constitucionalidade ou não, da limitação dos créditos trabalhistas, na aplicação da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências. Para isso, far-se-á necessário retomar alguns princípios, por estarem conflitando na ordem jurídica, sendo eles, os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, com os princípios da livre iniciativa e da preservação da empresa por sua função social.

Ainda, serão trazidos à tona os posicionamentos doutrinários de maior relevância a respeito da constitucionalidade ou não da questão, e também a posição jurisprudencial adotada pelo STF - Supremo Tribunal Federal através do julgamento da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2.

#### **3.1 Confronto de princípios (da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social) no ordenamento jurídico pátrio**

Até o momento, verificou-se que os créditos trabalhistas envolvem os direitos dos trabalhadores, com previsão no caput do artigo 7º<sup>54</sup>, localizado dentro do capítulo dos direitos sociais, que expressa o princípio da norma mais favorável. Também, no artigo 3º, inciso II<sup>55</sup>, localizado dentro do título dos princípios fundamentais, onde encontra-se o princípio da proibição de retrocesso social, ambos, princípios da Constituição Federal de 1988, norma máxima vigente neste país.

---

<sup>54</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

<sup>55</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II – garantir o desenvolvimento nacional;

[...]

O princípio da norma mais favorável está vinculado ao princípio da proibição de retrocesso social, pois, quando houver mais de uma norma, deverá sempre ser aplicada a que for mais favorável ao empregado. Ressalta-se que aqui não interessam questões relativas à hierarquia de normas, ou em relação ao tempo em que foram publicadas, pois caso estiverem ainda em vigência, sempre deverá ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador.

Segundo Berger:

Ademais, o art. 7º da Constituição Federal consagra os direitos sociais trabalhistas, o que maximiza o axioma protetor destes direitos a luz do modelo de intervenção estatal que rege o Direito do Trabalho no Brasil. Correlacionados, ao princípio e direito fundamental do valor social do trabalho, os direitos sociais são cláusulas pétreas, consoante a disposição do art. 60, § 4º, da Lei Maior e não podem sofrer alterações por emendas constitucionais ou legislações infraconstitucionais (2008, p. 175).

Assim, em um caso concreto, sempre que duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, será prioritária a que favorecer o trabalhador (NASCIMENTO, 2005, p. 350).

Ainda, quanto ao princípio da proibição de retrocesso social, e a sua previsão na Constituição Federal de 1988, assevera Miozzo que:

O progresso, de um modo geral, é um objetivo fundamental que deve guiar o Estado em sua atuação. Trata-se de uma constatação lógica, já que quem causa um retrocesso, por óbvio está a deixar de realizar um progresso sobre o mesmo tema. Logo, a partir do disposto no art. 3º, II, da CF, é perfeitamente viável afirmar-se que o Princípio da Proibição do Retrocesso possui previsão constitucional específica (2005, p. 8).

Portanto, o princípio da proibição de retrocesso social, na concepção de Canotilho:

[...] limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (2002, p. 336-337).

Nesta mesma ordem de ideias, cumpre ao princípio da proibição de retrocesso social, “salientar que os direitos fundamentais do homem estão ao abrigo das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição) e, por isso mesmo, não podem ser inadequadamente restringidos e, menos ainda, suprimidos” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 105).

Então, de um lado tem-se a Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências que visa facilitar a preservação da empresa em consonância com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da função social, e de outro, os princípios da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social, que muito além dos direitos sociais do trabalhador, resguardam a sua própria dignidade como pessoa humana, e sendo assim, está instalado o conflito entre princípios.

Pois, todos esses são princípios protegidos pela Constituição Federal de 1988, e diante da colisão de princípios, nos ensina o doutrinador alemão Robert Alexy, que desenvolveu a obra Teoria dos Direitos Fundamentais, cuja relevância e aplicabilidade são reconhecidas internacionalmente que:

O choque entre princípios opostos nasce quando o exercício do direito fundamental de um titular de direitos tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos, o magistrado pode utilizar uma solução harmonizadora de modo que esses direitos constitucionais conflitantes convivam simultaneamente no ordenamento jurídico, mediante a sua relativização, porém com a proteção do seu núcleo essencial, o que é possível através da aplicação da proporcionalidade (1999, p. 67-79).

Para o exame da proporcionalidade, proposta por Alexy, que é um “mandamento de ponderação ou sopesamento empregado no conflito de direitos fundamentais para deliberar sobre o meio que seja adequado e necessário para a realização do fim pretendido”. O autor sugere que:

Quando houver a colisão entre uma norma de direito fundamental sob a forma de princípio e um princípio oposto, o juiz deve decidir, à vista das circunstâncias do caso concreto, com base em um juízo de ponderação, por meio da relativização das possibilidades jurídicas pertinentes a cada princípio, com o mínimo de sacrifício para cada um deles (1997, p. 100).

Desse modo, para que a Constituição cumpra seu papel é importante que ocorra, através da proporcionalidade, essa harmonização de valores e bens jurídicos tutelados, para que, assim, sejam preservados os direitos fundamentais, especialmente os da classe trabalhadora (TONIAL, 2009, p. 212).

Para demonstrar a importância dos princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social ao se relacionarem com os direitos fundamentais dos trabalhadores, Vecchi aduz:

Os princípios da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social atuam como barreiras, diante da flexibilização selvagem, que atua sem estabelecer qualquer compensação. Assim, a cláusula de proibição de retrocesso social, somada à positivação do princípio da norma mais favorável, é uma clara demonstração do sentido que se deu aos direitos fundamentais dos trabalhadores e às normas trabalhistas, não cabendo aos interpretes, seja o legislador constituinte derivado ou infraconstitucional, seja o Poder Judiciário, o Executivo, os grupos, através de sua autonomia privada coletiva, ou os indivíduos da autonomia privada individual, alterar tal direção (2009, p. 134-135).

Sendo assim, os direitos fundamentais dos trabalhadores ganharam esse sentido maior dentro da Constituição, através do valor conferido pelos próprios princípios, pois segundo Bonavides, “princípios valem, regras vigem; os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica” (BONAVIDES apud STRECK, 2004, p. 246).

Ainda, o autor sustenta que “os princípios da Constituição não podem mais ser vistos como (meramente) axiológicos. No Estado Democrático de Direito, os

princípios passam a ser portadores de um *plus* deontológico!” (BONAVIDES apud STRECK, 2004, p. 246).

Também, quanto a proibição de retrocesso social e os direitos dos trabalhadores, Canotilho assevera que “uma vez obtido um determinado grau de realização, passa-se a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo a determinadas prestações estatais” (CANOTILHO, 2002, p. 336-337).

Ou seja, os direitos dos trabalhadores, como direitos sociais e fundamentais, amparados pelo Princípio da Proibição de Retrocesso Social, ao terem alcançado um determinado patamar, não podem mais regredir, sendo que o nível em que se encontram é considerado como um nível de segurança, do qual os legisladores não podem mais voltar, apenas podem avançar, progredir, melhorar, mas nunca retirar direitos, pois disso depende a segurança da ordem jurídica como um todo.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito tutela a segurança e a estabilidade do sistema. A ideia de proibição ao retrocesso de Direitos Fundamentais tem a simpatia da doutrina, porém tem problemas em alcançar esse sentido, pois conforme Conto, “Como no Estado Democrático de Direito a Constituição é o *locus* privilegiado da interpretação e seu modo-de-ser vincula o Estado, a dogmática jurídica acaba por inverter a ordem de interpretação, velando o sentido da Constituição” (CONTO, 2008, p. 56-57).

Assim, ao considerar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social como corolário da proteção à Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito, na análise de Canotilho, cabe buscar essa efetivação em conjunto aos valores tutelados pelo Estado para à proteção ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, referindo que:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO apud CONTO, 2008, p. 91-92).

Em síntese, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social vincula o legislador, independentemente da ideologia política que adote, de forma que este está proibido de atentar contra os Direitos Fundamentais implementados, pois o núcleo essencial desses direitos “atua como um protetor contra medidas retrocessivas”, e mais do que isso, “como verdadeiro legitimador/delimitador das Políticas Públicas” (CONTO, 2008, p. 100).

Ainda, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, nas palavras de Barroso aduz que:

Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido (2001, p.158).

Por isso, quanto a um direito social que foi reconhecido, o legislador não poderá mais retornar, retroceder, porque o Princípio da Proibição do Retrocesso Social funcionará como uma barreira/limite a atividade do legislador, sobretudo o infraconstitucional, visando impedir que os direitos sociais implementados sejam frustrados, tanto na ordem constitucional, quanto na infraconstitucional (CONTO, 2008, p. 124-125).

Segundo Sarlet, cabe ao Estado impor a efetividade dos direitos fundamentais, promovendo e preservando os níveis de realização já atingidos, o que aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição de retrocesso, ainda mais no que se está a preservar um mínimo existencial (SARLET, 2009, p. 36).

Conforme Berger, não se poderá permitir que a apropriação capitalista do trabalho da pessoa humana se dê sem garantias correspondentes, pois infelizmente é grande a manifestação por flexibilização dos direitos trabalhistas, que atualmente já não aspiram somente a renúncia normativa das garantias alcançadas pelos

trabalhadores, e sim, buscam uma espécie de retrocesso social, que visa um contexto moderno escravista do século XXI (BERGER, 2008, p 173).

Dessa forma, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social procura ser um mecanismo de proteção aos Direitos Fundamentais contra medidas retrocessivas das já condições mínimas, asseverando Conto que:

A noção de Estado de Direito é inerente a ideia de garantir a segurança das relações sociais. Mesmo que não expressamente positivados na Constituição Federal, os Princípios da Segurança Jurídica, da Proteção da Confiança e da Proibição do Retrocesso Social têm por escopo a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, possibilitando ao cidadão as condições mínimas para o exercício da cidadania e de uma vida digna (2008, p. 146).

Neste mesmo sentido, ainda, segundo Sarlet:

Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica (2005, p.8-9).

Assim, os direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, consagrados pelos princípios, que são os pilares de sustentação do sistema jurídico, da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, não podem, de forma alguma, sofrer violação em seu mínimo já assegurado, pois caso ocorra essa arbitrariedade, se estará atingindo a própria dignidade da pessoa, e a tradução para essa situação será o reconhecimento da inconstitucionalidade.

A seguir, serão abordadas questões atinentes à constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis no ordenamento jurídico.

### 3.2 A (in)constitucionalidade

Inicialmente, para efeito de melhor compreensão do tema proposto, estabelecer-se-á conceitos de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade.

Então, o significado dos termos constitucionalidade e inconstitucionalidade nas palavras de Bitar:

O termo constitucionalidade significa, antes de tudo, um estado, estado daquilo que é constitucional, assim como inconstitucionalidade será o estado daquilo que é inconstitucional. Logo se vê, sendo eles o fulcro da questão, que tais estados serão condicionados por uma referência superior, com a qual os hierarquicamente inferiores guardarão ou não conformidade. [...] Não será só pela conformidade do ato à constituição que se afirmará a sua constitucionalidade, ou se inconforme, a inconstitucionalidade [...], constitucional será o ato que não incorrer em sanção de nulidade por ter sido criado por autoridade constitucionalmente incompetente e sob a forma que a Constituição prescreve para sua perfeita integração. Inconstitucional será o ato que incorrer nessa sanção precisamente porque assumiu características antinômicas do ato constitucional: incompetência e preterição de forma. Os dois pressupostos são independentes: uma lei poderá ser materialmente (ou substancialmente ou intrinsecamente) constitucional, porque o Congresso tenha competência sobre sua matéria e ser formalmente inconstitucional pela rejeição do rito próprio, estabelecido. Também poderá haver constitucionalidade perfeita na forma e inconstitucionalidade no mérito, por excesso de poder (BITAR apud DANTAS, 2001, p. 38).

O controle de constitucionalidade, do qual resultam a Declaração de Inconstitucionalidade e a Declaração de Constitucionalidade, “representa um dos pilares fundamentais na defesa do Valor da Constituição, e em conseqüência, do denominado Estado de Direito”, constituindo-se, por isto mesmo, tema que integra o objeto material da denominada Teoria da Constituição e/ou Direito Constitucional Geral (DANTAS, 2001, p. 8-9).

Ainda, sobre o controle de constitucionalidade, Baracho entende este controle como sendo “a verificação, por uma autoridade competente, se o princípio da constitucionalidade foi respeitado, tendo como sanção a possibilidade de anular ou paralisar o ato inconstitucional” (BARACHO apud DANTAS, 2001, p. 39).

Segundo Raó, em seu livro *O Direito e a Vida dos Direitos*:

O princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a uma e outras (RAÓ apud DANTAS, 2001, p. 39).

Também, a respeito da constitucionalidade e inconstitucionalidade, afirma Caetano que:

Na verdade, desde que a lei constitucional é superior às leis ordinárias, tira-se daí o corolário de que as leis ordinárias não podem contrariar a lei constitucional. Mais: a Constituição é o assento fundamental na Ordem Jurídica do Estado, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos; logo, uma lei que não respeite a Constituição carece de força obrigatória, não é válida. A inconstitucionalidade é, pois, o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas (CAETANO apud DANTAS, 2001, p. 39).

Como se fosse uma espécie de pirâmide normativa, a Constituição encontra-se no topo, no ápice desta pirâmide, então todas as demais normas infraconstitucionais “devem guardar relação de necessária lealdade” com a respectiva Constituição para não se tornarem normas inconstitucionais (ARAÚJO, 2008, p. 24).

Mas, quanto ao “escalonamento das normas” de Kelsen, citado acima como “pirâmide”, far-se-á uma ressalva, pois, para o direito protetivo conferido aos trabalhadores, isso não é absoluto, porque, pelo princípio da norma mais favorável, previsto no artigo 7º, *caput*<sup>56</sup>, da Constituição Federal de 1988, sempre será aplicada a norma que for mais benéfica ao trabalhador, mesmo que seja uma norma infraconstitucional.

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição.

Segundo Tavares, a inconstitucionalidade das leis exprime “uma relação de conformidade/desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro” (TAVARES, 2008, p. 189).

Ainda, acerca do controle de constitucionalidade, Brito observa que:

Os vocábulos constitucionalidade e inconstitucionalidade traduzem, assim, conceitos que se inter-relacionam, exatamente na medida em que a compreensão de um (a inconstitucionalidade) só se estabelece a partir da inteligência do outro (a constitucionalidade), significante de que determinada norma ou conduta está posta de modo a se compatibilizar com um paradigma fundamental: a Constituição vigente (BRITO apud DANTAS, 2001, p. 40).

Nas palavras de Araujo, “importante notar, nessa linha de raciocínio, que, uma vez flagrada a inconstitucionalidade de um ato normativo, deve ele ser reconhecido como inválido, impedindo-se a existência de contradição no sistema” (ARAUJO, 2008, p. 25).

Pois, no Estado Democrático de Direito, a Constituição “passou a ser o foco central no qual devem se basear os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) a fim de se efetivarem os direitos sociais lá positivados” (TONIAL, 2009, p. 159).

---

<sup>56</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Dessa forma, Tavares aduz que, como se trata da aferição da conformidade entre normas, representando parte delas os parâmetros de avaliação em relação às demais, pressupõe-se estar diante de um sistema hierarquizado de normas, e isso:

Ainda que na avaliação da inconstitucionalidade se trata-se de mera aferição de uma relação lógica (não normativa), porque mesmo nesse campo identifica-se uma hierarquia, na medida em que meros corolários não podem sobrepor-se aos axiomas, o que supõe a superioridade absoluta destes. A hierarquia das normas, por seu turno, remete a ideia de rigidez constitucional. Pressupõe-se, portanto, um sistema composto por uma Constituição que se encontra em posição de superioridade formal (supremacia constitucional) em relação às demais normas. Em síntese, dois são os pressupostos fundamentais para que se possa falar em inconstitucionalidade das leis: supremacia constitucional e existência de um ato legislativo (2008, p. 189).

Conforme Bittencourt, para identificar-se a inconstitucionalidade há quatro possíveis situações: “1ª) desrespeito à forma prescrita; 2ª) inobservância de condição estabelecida; 3ª) falta de competência do órgão legiferante; 4ª) violação de direitos e garantias individuais”. Sendo que, “as duas primeiras hipóteses são de inconstitucionalidade formal, a última, de inconstitucionalidade material, e a terceira tanto pode tratar-se de inconstitucionalidade formal como material, dependendo do caso” (BITTENCOURT apud TAVARES, 2008, p. 190).

Denomina-se inconstitucionalidade formal, o desatendimento ao modelo previsto para a elaboração da lei, quando seu procedimento de formação não obedeceu ao procedimento previsto na Constituição, mesmo que seu conteúdo não esteja em desacordo com esta, e inconstitucionalidade material, quando houver incongruência entre o conteúdo da lei e o conteúdo da Constituição.

Assim como, também há um critério para classificar a inconstitucionalidade quanto à extensão que a invalidade assume em relação à norma ou à lei, que pode ser: total-total, total-parcial e parcial-parcial.

Ainda, existente a classificação da inconstitucionalidade em expressa (direta) e implícita (indireta), sendo que a inconstitucionalidade expressa ou direta leva em conta a incompatibilidade da lei com norma expressa da Constituição, enquanto que

a inconstitucionalidade implícita ou indireta há uma incompatibilidade entre a lei e uma norma constitucional implícita. Assim, Bittencourt enfatiza que:

Para se afirmar a inconstitucionalidade faz-se necessário que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere, para esse fim, não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o “espírito” do dispositivo invocado (BITTENCOURT apud TAVARES, 2008, p. 213).

Pela inconstitucionalidade, conclui-se, pois, nas palavras de Tavares que:

[...] é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis existentes dentro de um sistema, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material. Essa violação surte efeitos, que também são regulados pelo sistema (2008, p. 191).

Ainda, cabe dizer que não é só da violação a dispositivos de normas e leis que se instalará as inconstitucionalidades, pois, pela violação de princípios também, conforme aduz Streck:

A violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica (no dizer de Bandeira de Mello), representando a violação de um princípio constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade consequência muito mais grave do que a violação de um simples dispositivo [...] (2004, p. 247).

Segundo Dallari, não há previsão de competência para a promoção da responsabilidade, nem mesmo pelo STF – Supremo Tribunal Federal, de quem

pratica uma inconstitucionalidade, mesmo que reiteradamente, sujeitando-se aos agressores da normalidade constitucional apenas à hipótese de revogação de seus atos (DALLARI, 2002, p. 110).

Diante da atualidade de tantas inconstitucionalidades, para Bonavides, o Poder Judiciário precisa de uma reforma profunda em sua estrutura, chegando o autor ao ponto de sugerir que fosse criado uma Corte Constitucional, pois o STF - Supremo Tribunal Federal “já não atende às exigências de um tribunal dessa natureza”, o que então seria um quarto poder com status e dignidade, mas fora da órbita dos três poderes tradicionais, ou seja, uma Corte suprajudiciária, supralegislativa e supraexecutiva (BONAVIDES, 2001, p. 85).

Ainda, é preciso que o Poder Judiciário, como um todo, ao interpretar o direito no caso concreto, observe se a legislação infraconstitucional a ser aplicada possui certa dependência à Constituição, pois assevera Streck que:

A importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para a aferição do sentido das normas (2004, p. 90).

Assim como, sobre o controle de constitucionalidade, Hans Kelsen, assevera em sua obra Teoria Pura do Direito que este:

[...] configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (1985, p. 288).

Dessa forma, Oliveira aduz que se busca limitar o poder do Estado, evitando abusos daqueles que estão no poder, pois leis que possam vir a ferir ou contrariar a Constituição Federal de 1988, a qual estabelece os direitos e deveres fundamentais que o Estado deve seguir, terão que passar pelo controle da constitucionalidade que nada mais é do que o “exame da adequação das normas à Constituição, do ponto de vista material ou formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema” (OLIVEIRA, 2000, p.38).

Cumprido ressaltar, que a efetivação dos direitos sociais, previstos no Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, precisam ser cumpridos, pois, segundo Tonial:

Enfim, a Constituição Federal assume, na atual forma estatal, o papel transformador, cumprindo importantíssima função na efetivação dos direitos sociais, devendo as normas lá insculpidas serem respeitadas e cumpridas, para que possa a sociedade, dessa forma, atingir a tão sonhada justiça social, rompendo com o abismo existente entre o texto constitucional e a realidade apresentada. Ainda mais no que se refere ao Direito do Trabalho, onde existe tamanha desproporcionalidade entre o detentor do capital e o possuidor da mão-de-obra (2009, p. 166-167).

Assim, aduz Peralta, que a Constituição é “a norma interpretativa, o critério hermenêutico fundamental de todo o ordenamento jurídico” em que tem a função de irradiação sobre todo o Direito (PERALTA apud PEREIRA, 2001, p. 120).

Para que as normas infraconstitucionais, ou seja, inferiores, que estão abaixo da Constituição, possam alcançar validade, em sua totalidade, obtendo assim a condição de constitucionalidade, é preciso, nas palavras de Streck que:

[...] todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de Clève). O juiz (e o operador jurídico lato sensu) somente está sujeito a lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição (2004, p. 250).

Pois, a Constituição como norma fundamental de todo o sistema jurídico, “constitui a própria reserva de justiça de toda a comunidade política, na medida em que atua como mecanismo de autolimitação, ou pré-comprometimento, adotado pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas” (CAPELLARI, 2004, p.78).

Adiante, verificar-se-á a posição da doutrina, quanto as alterações advindas ao campo do Direito do Trabalho, pelas inovações trazidas com a aplicação da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências no ordenamento jurídico.

### **3.3 Posição da doutrina**

Diante de todo o exposto até o momento, passar-se-á a fazer uma abordagem doutrinária, demonstrando, por vezes até mesmo retomando, a posição dos diversos autores em suas obras literárias, que fazem referência ao tema de estudo, proposto neste capítulo.

O Estado deve proteger os trabalhadores que têm como único e principal bem sua força de trabalho. Por isso, tanto na falência, como na recuperação judicial, os trabalhadores devem ter preferência no recebimento de seus créditos (CALÇAS, 2007, p. 41).

Segundo Goldschmidt:

A efetividade do Direito do Trabalho, principalmente das normas constitucionais atinentes, [...] é medida que se impõe ao Estado, não só em sua função executiva, como também em sua função jurisdicional, através de aplicação e da interpretação responsável do Direito, em sintonia com a realidade concreta da vida dos trabalhadores (2009, p. 157).

Porém, a nova lei falimentar acarretou em uma diminuição dos direitos dos trabalhadores, como ressalta Grijalbo Fernandes Coutinho, Juiz do Trabalho e Presidente da ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, pois, para ele, as alterações previstas na nova lei de falências, “visam transferir para o empregado a responsabilidade pelos eventuais problemas de ordem econômica e financeira enfrentados pelas empresas”.

Sendo que, faz parte da atividade empresarial, ao entrar em um mercado de sistema capitalista, assumir todos os riscos do negócio, principalmente os problemas de ordem econômica e financeira, não sendo justo que o empregado, parte hipossuficiente da relação, arque com os prejuízos do empregador ao ser incidida a decretação de falência da empresa.

Neste sentido, assevera Oliveira sobre a gravidade do problema, ressaltando que os riscos do empreendimento na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências foram voltados para o empregado “num país fulminado pelo desemprego e cujo poder aquisitivo é um dos menores do mundo”, sendo que:

[...] é princípio informador do crédito trabalhista que o trabalhador não corre o risco do empreendimento, mesmo porque jamais participa dos lucros da empresa; que o trabalhador não tem qualquer ingerência nos destinos da empresa, ficando a administração exclusivamente sob a direção e responsabilidade dos sócios, diretores e gerentes; administração que nem sempre é conduzida a contento, e muitas vezes é conduzida com o fim adrede preparado de burlar credores e créditos trabalhistas, redundando no enriquecimento do patrimônio pessoal dos sócios e/ou diretores e o esvaziamento do fundo de comércio. A empresa, quando quebra, demonstra, quase sempre, a falta de preparo dos seus dirigentes: por ausência de tradição no ramo ou por terem sido ousados em demasia, arriscando-se além do que seria razoável. Os juros altos, os desequilíbrios determinados pela política econômica do governo, as altas taxas de juros para conseguir capital de giro são fatores que fazem parte do risco do empreendimento, não se podendo carrear-los para o trabalhador, que acreditou na empresa e entregou, sem titubear, a sua força de trabalho, força essa que se torna irreversível. Como chamar o trabalhador para arcar com os prejuízos de fato em que não teve qualquer participação? Como deixar de pagar imediatamente salários atrasados se estes traduzem, em última instância, a sobrevivência do trabalhador e de sua família, em país de miseráveis? (2005, p. 584).

Ainda, Souza ao citar o Senador Ramez Tebet, Relator do Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, sobre o PLC n. 71 de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial, que assim justificou na exposição de motivos, sobre a questão da limitação dos créditos trabalhistas:

O objetivo da limitação à preferência do crédito trabalhista é evitar o abuso freqüente no processo falimentar, pelo qual os administradores das sociedades falidas, grandes responsáveis pela derrocada do empreendimento, pleiteiam por meio de ações judiciais milionárias e muitas vezes frívolas, em que a massa falida sucumbe em razão da falta de interesse em defesa eficiente o recebimento de altos valores com preferência sobre os outros credores e prejuízos aos ex-empregados, que efetivamente deveriam ser protegidos, submetendo-os a rateios com ex-ocupantes de altos cargos (SOUZA, 2006, p.234).

Na prática, raramente se vê administradores e executivos concorrendo com trabalhadores comuns nos créditos da massa falida, isto acontece porque estes são na verdade os co-responsáveis pela quebra, assim ao vislumbrarem com anterioridade a descapitalização da empresa, os mesmos já retiram imediatamente as quantias que lhe interessam.

Neste sentido, Martins não concorda com o exposto pelo Senador Ramez Tebet, Relator do Parecer, visto que:

Mesmo o trabalhador que ganha salário mais elevado, não sendo exatamente hipossuficiente, deve receber a totalidade dos seus créditos decorrentes do seu suor, pois este trabalhador e sua família também vivem do que a empresa lhe paga. [...] Se existem fraudes no recebimento de verbas trabalhistas elevadas na falência, por pessoas que sequer são empregados e acabam tendo preferências sobre outros créditos trabalhistas, elas devem ser combatidas. O Ministério Público vem ajuizando ações rescisórias contra pessoas que não são empregados e que pretendiam receber créditos fraudulentos nas falências, obtendo excelentes resultados. [...] A exceção não pode ser tomada como regra. A fraude não pode ser presumida sempre, mas, ao contrário, deve ser provada. A boa-fé se presume e não o contrário (2004, p. 4).

Nas palavras de Mauad, devido ao retrocesso que a Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências implicou aos créditos trabalhistas, deverá ser reconhecida tal inconstitucionalidade, pois:

É inadmissível, a propósito, que o legislador opte por privilegiar o adimplemento das obrigações financeiras devidas pela empresa em crise, em detrimento de suas responsabilidades sociais. [...] De todo o exposto, resta evidenciado que a Lei de Recuperação e Falência de empresas consagra importantes avanços a contemplar, parcialmente, os interesses sociais – notadamente quanto aos trabalhadores -, mas, lado outro, contém retrocessos, cuja aplicação concreta e tópica certamente redundará na constatação de inconstitucionalidades. Cumpre aos trabalhadores – especialmente representados pelos seus sindicatos – e às autoridades do Ministério Público do Trabalho provocarem, nos momentos mais oportunos, a manifestação do Judiciário a fim de que sejam corrigidas as distorções contidas na lei. Só assim, os ditos avanços poderão ser concretizados da maneira mais adequada e consentânea com os propósitos previstos na nova Ordem Constitucional erigida a partir de 1988 (2007, p. 287-296).

Segundo o posicionamento de Berger, quanto à limitação e conseqüente posição dos créditos trabalhistas na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências:

Como explicar aos trabalhadores brasileiros que se encontram na relatada situação que jamais receberão os valores devidos sob o argumento de que a preservação da empresa é mais importante? Não há segurança econômica que justifique tamanha violência aos direitos históricos do trabalhador. [...] A modernização da lei gerou efeitos aos direitos dos trabalhadores que não são dignos de aplausos na medida em que fulminam o desemprego e a inadimplência de verbas de caráter alimentar, o que pode afetar o contexto social brasileiro a longo prazo, conduzindo-o a um panorama análogo ao escravista e industrial, que tanto a lei trabalhista protecionista repudiou (2008, p. 169-180).

Os créditos trabalhistas são dotados de natureza alimentar e preferencial, conforme prevê o artigo 100, § 1º - A<sup>57</sup>, da Constituição Federal de 1988, combinado

---

<sup>57</sup> Art. 100. [...]

com o artigo 186<sup>58</sup> do Código Tributário Nacional, porquanto constituem patrimônio social mínimo dos trabalhadores, inerentes à sua subsistência e necessidades básicas vitais, expressão do artigo 6º e artigo 7º da Constituição Federal de 1988 (MACHADO, 2009, p. 43).

Para Krost, a restrição do privilégio do crédito trabalhista em cento e cinquenta salários mínimos, tornando o remanescente em crédito quirografário “está longe de acarretar avanços no tratamento até então destinado a matéria”, pois a alteração ocorrida em virtude da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências, mais especificamente, do artigo 83, incisos I e VI, letra c, “denota um verdadeiro desprestígio ao fruto do trabalho subordinado, exatamente no instante em que seu titular – o trabalhador – mais necessita de tutela”. Contudo:

Atenta a restrição prescrita na nova lei falimentar, ainda, contra o Princípio da Irrenunciabilidade, por impor ao trabalhador, como única possibilidade para satisfação de parte de seu crédito, a provável abdicção do que exceder a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, desnaturando o cunho alimentar do direito [...]. Diante de tais ponderações, tem-se por inconstitucional o privilégio relativo do crédito decorrente da relação de emprego, previsto na Lei nº 11.101/2005, art. 83, incisos I e VI, c, o qual acaba por criar a artificial e injustificada separação do mesmo em créditos “legítimos” e “ilegítimos”, desprezando por inteiro sua origem e finalidade comum: a força humana produtiva e a subsistência do sujeito trabalhador (2005, p. 112-113).

Ainda, a esse mesmo respeito, na visão de Vecchi, “houve uma redução no sistema de proteção trabalhista, pois agora, somente parcela dos créditos trabalhistas mantém um superprivilégio, ficando o restante totalmente desprotegido”. Sendo que:

---

§ 1º - [...]

§ 1º-A. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

<sup>58</sup> Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.

Diante disso, cabe fazermos a pergunta quanto a ser tal alteração legítima do prisma constitucional. Ao nosso ver, a resposta só pode ser dada, do ponto de vista de adequação constitucional, tendo em vista o princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, da CF de 1988) e o princípio da proibição de retrocesso social, os quais *prima facie*, impediriam que tal alteração seja considerada legítima segundo o prisma constitucional. Além de o novo texto legal ser efetivamente menos protetivo, não percebemos qualquer compensação real aos trabalhadores em virtude da restrição protetiva operada. Além disso, cabe lembrarmos o disposto na primeira parte do inciso X do art. 7º da CF de 1988, que eleva a patamar constitucional o princípio da proteção ao salário, apontando o caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional. Portanto, entendemos que a alteração é, *prima facie*, inconstitucional [...] (2007, p. 50).

A seguir, abordar-se-á a posição jurisprudencial, mais especificamente, o julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2 pelo STF - Supremo Tribunal Federal, que questiona dispositivos da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências.

### 3.4 Posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – ADI 3.934-2

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, conforme redação do *caput* do artigo 102<sup>59</sup>, da Constituição Federal do Brasil de 1988. Isso significa que é ele órgão máximo do judiciário, que tem o maior poder e dever em cumprir ou fazer cumprir, tudo o que nela está contido, ou seja, todas as normas e princípio expressos, sejam eles, explícitos ou implícitos.

Ainda, o artigo 102, inciso I, letra a<sup>60</sup>, da Constituição Federal de 1988, prevê que é da competência originária do Supremo Tribunal Federal, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade que envolva lei federal.

<sup>59</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

<sup>60</sup> I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Em 27 de maio de 2009, no Supremo Tribunal Federal, ocorreu o julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Requerente o Partido Democrático Trabalhista e Requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional, em que se questionava a constitucionalidade do teto de cento e cinquenta salários mínimos, imposto pelo artigo 83, inciso I, e inciso IV, letra c, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências aos credores trabalhistas, transformando assim, o privilégio desses créditos que ultrapassem esse valor, em créditos quirografários.

O Requerente identificou inconstitucionalidade material na qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, porque tal disposição violaria a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, tratados nos artigos 5º, XXXVI<sup>61</sup>, e 7º, IV<sup>62</sup>, da Constituição.

Segundo o Requerente, o regramento impugnado, nesse aspecto, “passará a constituir caminho fácil para o desrespeito aos direitos adquiridos pelos empregados no curso da relação desenvolvida com seu empregador” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

O julgamento não teve uma decisão unânime, sendo que por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2 improcedente, tendo como vencidos os votos dos senhores ministros Carlos Britto e Marco Aurélio.

O Ministro Carlos Britto, encaminhou seu voto contrário ao do Relator, considerando a inconstitucionalidade do artigo 83 da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, sugerindo ainda, que a este dispositivo, se desse a seguinte redação:

<sup>61</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

<sup>62</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

“Art. 83. I – Os créditos derivados da legislação do trabalho, *limitados à legislação do trabalho*”.

Sendo que, em seu voto, o Ministro Carlos Britto fundamenta:

A preferência estabelecida em favor dos créditos derivados da relação de trabalho é absolutamente constitucional. Porque essa primazia do trabalho resulta de diversos dispositivos da Constituição, pelo caráter alimentar do salário, sobretudo, e pela sua natureza de direito social. O artigo 193 da nossa Lei Maior diz: “A ordem social tem como base o primado” – vale dizer, a primazia – “do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Quanto ao outro voto divergente, o Ministro Marco Aurélio também interpretou conforme a Constituição Federal de 1988, e entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 83 da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências, com a seguinte fundamentação:

A inconstitucionalidade, a meu ver, surge, e o caso é mesmo de indexação, porque ninguém me diz que cento e cinquenta salários mínimos, à data da edição da Lei, representam hoje em pecúnia o mesmo quantitativo, no conflito da norma com o inciso IV, ou seja, a cláusula final do inciso IV do artigo 7º da Carta Federal, no que visa a deixar o legislador livre, sem vinculações maiores, para atuar na majoração do salário mínimo. Prevê o salário mínimo como suficiente a satisfazer certas necessidades – e acredito que ele não chegue a essa satisfação, mesmo não percebendo salário mínimo. E vem o preceito final: “(...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. E, no caso, houve a vinculação. O que se pretendeu, Presidente, quando se versou o quantitativo de cento e cinquenta salários mínimos por credor? Pretendeu-se manter atualizado. Em vez de cogitar-se de quantitativo absoluto, lançou-se a referência a salários mínimos. Indago: não ocorre, no caso, a vinculação? Será que o fato dessa lei cogitar de certo número de salários mínimos não poderá influenciar a alteração do próprio salário mínimo, em vinculação que a cláusula final do inciso IV do artigo 7º busca evitar? A meu ver, sim, Presidente. E repito. Repito que a cláusula encerra a indexação do valor que deverá ser considerado para ter-se o crédito como privilegiado (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Ainda, quanto ao julgamento, o Ministro Cezar Peluso em seu voto, que acompanhou o Relator, sobre o tema da classificação dos créditos, assim se justificou:

Há razões jurídicas ponderáveis no quadro normativo de regulamentação da falência e das recuperações judiciais, sobretudo na falência, onde está o tema da classificação dos créditos, para essa discriminação, a fim de que sejam alcançados os escopos da lei que, no fundo, é a preservação da empresa como fonte de riquezas sociais (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

É lamentável a fundamentação do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, quanto a classificação dos créditos, eis que, mesmo entendendo isto ser uma discriminação, por “razões jurídicas ponderáveis, afim de alcançar os escopos da lei”, acompanhou o voto do Relator pela improcedência da ação, conseqüentemente firmando pela constitucionalidade do dispositivo atacado, sendo mais um a passar por cima da Constituição, a qual deveriam guardar.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, ser constitucional a limitação, nos termos do voto do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, o qual, em parte do seu voto aduz:

Passo agora, ao exame do último argumento da presente ação direta, isto é, o da inconstitucionalidade da conversão de créditos trabalhistas, a partir de um certo patamar, em quirografários. Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais. É que – diga-se desde logo - não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional. Observo, a propósito, que o estabelecimento de um limite quantitativo para a inserção dos créditos trabalhistas na categoria de preferenciais, do ponto de vista histórico, significou um rompimento com a concepção doutrinária que dava suporte ao modelo abrigado no Decreto-lei 7.661/1945, cujo principal enfoque girava entorno da proteção do credor e não da preservação da empresa como fonte geradora de bens econômicos e sociais. É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla

a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Esse entendimento é a expressão do artigo 7.1 da Convenção 173 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, sobre a proteção dos créditos trabalhistas e, caso de insolvência do empregador, que assim dispõe em seu texto: “Legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Só que esta Convenção da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que é entidade integrante da ONU – Organização das Nações Unidas, ainda não foi ratificada pelo Brasil, ou seja, ainda não pertence ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dando continuidade ao voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

As disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários. Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram. Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o limite superior de 150 salários mínimos (...) afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades. Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos. Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Ainda, em seu voto, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, quanto a questão da utilização do salário mínimo como critério de fixação ao limite dos créditos trabalhistas, refere que:

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.934-2; Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

E para finalizar este capítulo, de forma crítica a esta decisão do Supremo Tribunal Federal, as palavras de Streck ao prefaciá-la obra de Conto, expressam todo o sentimento quanto a este julgamento improcedente:

A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos (2008, p. prefácio).

Portanto, somente quando os “juizadores constitucionais”, os senhores Ministros do STF – Supremo Tribunal Federal, passarem a adotar uma postura diferente, onde realmente os princípios assumam seu verdadeiro papel, sua devida posição, diante de leis infraconstitucionais que venham contra eles, e que questionamentos como o da ADI – 3.934-2 sejam julgados com a devida

observância a esses princípios, é que se terá verdadeiros “juizadores constitucionais”.

E diante de tudo que fora exposto até o momento, tem-se que é preciso reconhecer a real importância e valor que os princípios constitucionais possuem, e que justamente por guardarem em si, preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, lhes é conferido um maior valor, e, principalmente que os operadores do direito em geral, os observem e façam com que eles realmente tomem seu devido lugar de preponderância no ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

Com o objetivo de analisar a constitucionalidade ou não, da limitação dos créditos trabalhistas em cento e cinquenta salários mínimos, conforme expresso no artigo 83, incisos I e VI, letra c, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, esta pesquisa monográfica abordou questões atinentes às áreas do Direito do Trabalho, Falimentar e Constitucional.

A Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências entrou no ordenamento jurídico para substituir o Decreto-Lei 7.661/45 e, então, passar a regular as situações de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial (novos institutos, em substituição as concordatas) visando à recuperação da empresa, fundando-se no princípio da preservação da empresa por sua função social.

Acontece que, não foi somente no campo do Direito Falimentar que a vigência da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências introduziu mudanças, pois, os trabalhadores, a partir desta Lei, tiveram um retrocesso no reconhecimento de seus direitos sociais e fundamentais, assim, atingindo-se também diretamente os campos do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional.

Eis que, pelos princípios justralhistas constitucionais, da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, o legislador sempre terá que, na pluralidade de normas, aplicar ao trabalhador a melhor norma, a que for menos gravosa e mais vantajosa a ele, independente do grau que esta norma esteja, e também, não poderá retroceder, ou seja, diminuir, limitar, retirar, direitos mínimos já conquistados pelos trabalhadores, após anos de muita luta e que atualmente encontram-se em patamar constitucional e previstos como preceitos sociais fundamentais.

É sabido por todos que em virtude do forte poder que o capitalismo exerce nos dias de hoje, querendo sempre impor suas políticas neoliberais e flexibilizantes, por vezes, os legisladores e operadores do direito, acabam cedendo aos seus argumentos e a pressão econômica que vêm por trás de tudo isso.

Mas não se pode acatar, quaisquer que sejam os argumentos, quando esses venham na contra-mão dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, pois estará se incorrendo em grave inconstitucionalidade, visto que, esses direitos encontram-se amparados, ou seja, protegidos pelas cláusulas pétreas, não podendo assim, sofrer alteração, por caracterizar profunda violação à Constituição Federal de 1988.

Acredita-se que o STF – Supremo Tribunal Federal, ao ter julgado improcedente a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2, entendendo por maioria de seus votos, que a limitação dos créditos trabalhistas em cento e cinquenta salários mínimos não fere qualquer preceito constitucional, está no mínimo equivocado.

Pois, particularmente, na visão da autora, e, também, na de vários doutrinadores anteriormente citados, é flagrante a inconstitucionalidade, visto que, a violação aos direitos e garantias, hoje, fundamentais dos trabalhadores, possui previsão constitucional, mas que, por uma questão de interpretação e justificativa com cunho econômico, se passou por cima, de toda a árdua e longa história das sofridas conquistas aos direitos sociais dos trabalhadores.

É preciso fazer uma desfragmentação ao princípio da preservação da empresa, pois ele tem como grandeza a sua própria função social, que por sua vez, estabelece a valorização do trabalho, que mantém íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, um conjunto de normas emblemático, do qual o fim maior de toda essa cadeia de ligação é conferir proteção ao ser humano, tendo em vista sua dignidade como pessoa humana.

Sendo que por essa “interpretação desfragmentada”, digamos assim, se extrai do desdobramento - preservação da empresa, função social, valorização do trabalho – o sentido maior de todo o Direito - a pessoa, o ser humano - e conseqüentemente sua dignidade, sem a qual nada teria razão de ser.

Então, ao se omitir a aplicação de algum princípio, como no caso em questão, os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, deixa-se de aplicar a própria Constituição Federal de 1988, pois os princípios trazem com eles direitos e garantias, e negá-los é a pior e mais grave forma de inconstitucionalidade.

Não cabe ao legislador infraconstitucional, por mera liberalidade sua, reduzir os direitos sociais fundamentais já concretizados na ordem jurídica pela Constituição Federal de 1988. Mas, com a aplicação da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências impondo aos trabalhadores uma limitação aos seus créditos trabalhistas, o legislador incorreu nessa redução aos direitos, pois a Lei anterior era mais favorável aos trabalhadores, visto que os seus créditos trabalhistas eram privilegiados na totalidade, sem imposição alguma de limites.

Sendo assim, os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social, visam conjuntamente garantir aos trabalhadores um mínimo necessário para que eles possam ter uma vida digna e evolutiva, sem retrocessos aos seus direitos. Mas, a partir da limitação de seus créditos trabalhistas, o que ocorreu foi uma inversão desta previsão principiológica constitucional, pois lhes foi retirado direitos e garantias que já estavam conquistado, já considerados como direitos adquiridos, e em virtude disso, foram prejudicados, sem que lhes fosse estabelecido compensação alguma por isso.

Por fim, e por todo o exposto, conclui-se então, com o estudo realizado, que o artigo 83, incisos I e VI, letra c, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências, que impôs a limitação dos créditos trabalhistas em cento e cinquenta salários mínimos, tornando o que exceder esse limite em crédito quirografário, perdendo assim seu caráter alimentar e preferencial, reduziu a proteção e diferenciou os créditos trabalhistas em legítimos e ilegítimos ao classificá-lo em classes diferentes, sendo que do prisma constitucional isso viola os princípios da igualdade, da irrenunciabilidade, e principalmente os princípios da norma mais favorável e da proibição de retrocesso social. Entendendo-se assim, como inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, jul-set/1999. Tradução de: Luís Afonso Heck.

\_\_\_\_\_. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de estudos constitucionais, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERGER, Cristine. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas na lei de recuperação de empresas e falência. **Revista jurídica empresarial**. Porto Alegre: Notadez. Ano I, nº 1, março/abril de 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências: comentada**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.934-2 Distrito Federal**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski em 27 de maio de 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.934-2**; Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27, de maio de 2009. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 23 jan. 2011.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 73, n. 4, out/dez 2007.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 3. Ed. Porto Alegre: Síntese. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

CAPELLARI, Eduardo. **A Crise da Modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em 12 de junho de 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em 12 de junho de 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. São Paulo: LTr, 2009.

GONTIJO, Vinícius José Marques. Efeitos da falência do empregador na ação de execução de crédito trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n° 128, out.-dez./2007.

\_\_\_\_\_. Efeitos da falência do empregador na ação de execução de crédito trabalhista. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo. Ano 71, dezembro de 2007.

GUIMARÃES, Marcio Souza. Apontamentos sobre os aspectos trabalhistas na nova lei de falências e de recuperação de empresas. **Revista da ACAT**. Rio de Janeiro. Ano 1, n. 1. Jan. – jun. /2006

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KROST, Oscar. Breve crítica à limitação do privilégio do crédito trabalhista na nova lei de falências. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, ano 22, n° 258, junho de 2005.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MACHADO, Marcel Lopes. A efetividade da tutela jurisdicional para satisfação do crédito de natureza trabalhista. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, ano 26, n° 304, abril de 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Revista Carta Forense**. São Paulo: Ano XV, Dezembro, 2004.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. Bases constitucionais da lei de recuperação e falência: função social da empresa e os direitos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo: A Faculdade, Ano 11, n° 13, 2007.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A nova lei de falências e o crédito trabalhista. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, ano 22, nº 261, setembro de 2005.

MIOZZO, Pablo Castro. O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. **Ajuris**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: [www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc](http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc). Acessado em: 12 mar, 2008.

MOURA, Marcelo Antonio de O. A. de. GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. Os efeitos da falência nas relações materiais e processuais de trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo. Ano 70, novembro de 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **A Nova Lei de Falências e a Execução Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Juarez de. **Curso de Direito Constitucional**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos**. 10.ed, São Paulo: Editora Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. 2005. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 11 de maio de 2011

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: ano 26, nº 305, maio de 2009.

SILVA, Luís Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TONIAL, Maira Angélica Dal Conte. **Dissídio Coletivo: O mútuo consentimento como requisito**. Curitiba: Juruá, 2009.

VECCHI, Ipojuacan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Volume I. Passo Fundo: Editora UPF, 2007.

\_\_\_\_\_. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. Volume II. Passo Fundo: Editora UPF, 2007.