

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

APPLICATION OF PROPORTIONALITY IN JUDICIAL REORGANIZATION OF BUSINESSES AS A CONCRETION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK

Roseli Rêgo Santos Cunha Silva*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a aplicação do postulado da proporcionalidade no âmbito da elaboração e execução do plano de recuperação de empresas como mecanismo de efetivação do direito fundamental ao trabalho no processo de Recuperação Judicial. Este estudo direciona seu foco para o enfrentamento de uma dicotomia, na aplicação e efetivação das normas prescritas na legislação falimentar, entre a autonomia privada do empresário no estabelecimento de seu plano recuperacional e a interferência estatal com o objetivo de garantir a eficácia imediata dos direitos fundamentais do trabalhador na Recuperação Judicial. Justifica-se o presente trabalho pela importância de avaliar os ganhos sociais, inclusive em termos de direitos fundamentais trabalhistas, que o processo de recuperação judicial tem potencial de gerar ao buscar compatibilizar os interesses dos trabalhadores com os interesses da empresa em recuperação. Assim, inicialmente será enfrentada a concepção do direito social ao trabalho como direito fundamental. Seguidamente, será discutida a importância da eficácia da recuperação judicial de empresas para a concretização de seus princípios e fundamentos e especialmente para a proteção dos interesses dos trabalhadores. Por fim, será analisado como a aplicação do postulado da proporcionalidade pode ser utilizado como critério para compatibilizar a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores com a preservação da atividade empresária. A aproximação dos institutos de Direito Empresarial, Direito Constitucional e Direito do Trabalho na construção desse trabalho revela uma abordagem multidisciplinar do Direito, além de ser também interdisciplinar. Assim, foi utilizado o procedimento monográfico e a metodologia utilizada foi a dedutiva.

PALAVRAS- CHAVE: Recuperação Judicial de Empresa; Proporcionalidade; Direito ao trabalho; Autonomia privada; Eficácia dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to examine the application of the principle of proportionality in the development and implementation of businesses recovery plan as a realization of the

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Bahia. Professora Assistente de Direito Comercial da Universidade Federal da Bahia. Professora dos Cursos de Especialização em Direito da UNIFACS e Rede LFG/Anhanguera. Advogada. E-mail: roseliirego@yahoo.com.br.

fundamental right to work in the Judicial Reorganization process. This study directs its focus to face a dichotomy in the application and effectiveness of the norms prescribed in bankruptcy laws between the private autonomy of the entrepreneur in the establishment of your recovery plan and state interference with the purpose to ensure the immediate effectiveness of fundamental rights worker in judicial reorganization. This study is justified by the importance to assess the social gains, including in terms of fundamental labor rights, that the judicial recovery process has the potential to generate when seeking to reconcile the interests of employees with the interests of the company in recovery. Initially, will be confronted the conception of social right to work as a fundamental right. Next, will be discussed importance of efficient judicial recovery companies for the realization of its principles and fundamentals and especially for the protection of workers' interests. Finally, we will analyze how the application of the proportionality principle can be used as a criterion to compatibilize the effectiveness of the fundamental rights of workers to the preservation of the business activity. The approximation of the institutes of Business Law, Constitutional Law and Labor Law in the construction of this paper reveals a multidisciplinary approach to the law, without ceasing to be interdisciplinary. Thus, we used the procedure monographic and deductive methodology.

KEYWORDS: Judicial Reorganization of Businesses; Proportionality; Right to work; Private autonomy; Effectiveness of fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O processo de Recuperação de Empresas previsto pela Lei nº 11.101/2005 segue uma tendência legislativa internacional e tem como uma de suas principais finalidades a proteção da economia nacional e dos trabalhadores na manutenção de seus empregos.

A preservação da atividade empresarial, como um dos objetivos centrais do processo de recuperação e o cumprimento de sua função social direcionam-se para a proteção de diversos interesses que giram em torno da atividade empresária, tais como: dos consumidores na produção de bens e serviços ao mercado; do Estado no recebimento de tributos e na contribuição para o desenvolvimento da economia nacional; dos fornecedores no escoamento de sua produção e serviços e manutenção dos contratos; dos sócios e investidores no recebimento de seus rendimentos, bem como no incentivo de novos empreendimentos; e especialmente dos trabalhadores na manutenção de seus empregos e dos direitos decorrentes desse vínculo.

Ao lado da evolução do tratamento da insolvência empresarial, também se verifica o desenvolvimento de teorias que buscam analisar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e especialmente a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores nas relações de emprego.

Em um período de crises econômicas mundiais cíclicas, que vivenciamos principalmente em 1870, 1914, 1929, 1973, 1998 e mais recentemente em 2008 e 2010, com altos índices de desemprego e insolvência de diversas empresas, a investigação acerca dos procedimentos de saneamento do empresário em crise, sua eficácia, especialmente na proteção dos direitos dos trabalhadores, apresenta um grande valor político, econômico, histórico e social, além de contribuir com soluções teóricas e práticas para os problemas da atualidade.

Ademais, com a proximidade dos dez anos de vigência da Lei 11.101/2005, é tempo de analisar os ganhos sociais, inclusive em termos de direitos fundamentais trabalhistas, que o processo de recuperação judicial tem potencial de gerar para se colocar em patamar mais palpável o próprio processo de criação e aperfeiçoamento da lei a fim de que as correções e adequações possam ser discutidas e realizadas.

Cabe destaque neste plano, que a superação da situação de crise e a preservação da atividade, demanda a submissão da empresa a um plano de recuperação que propõe promover uma reestruturação financeira, estrutural, organizacional e mercadológica, atingindo os interesses e direitos de diversos agentes econômicos, entre eles, os dos trabalhadores.

Partindo desses pressupostos, o presente artigo busca relacionar a eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador e do direito ao trabalho com a eficácia da recuperação da empresa no atendimento de seus objetivos essenciais. O estabelecimento dessa relação direciona para o enfrentamento de uma dicotomia na aplicação e efetivação das normas prescritas na legislação falimentar entre a autonomia privada do empresário no estabelecimento de seu plano recuperacional e a interferência estatal com o objetivo de garantir a eficácia imediata dos direitos fundamentais do trabalhador na execução da Recuperação Judicial.

Assim, o ponto de partida deste trabalho deriva, em princípio, de institutos jurídicos do Direito Empresarial, do Trabalho e Constitucional. A aproximação desses institutos nas relações de Direito Privado entre empregador e empregado, a análise da fundamentalidade dos direitos sociais do trabalhador, da realização da função social da empresa como eixo direcionador da recuperação, revelam uma abordagem multidisciplinar do Direito, sem deixar de ser também interdisciplinar em decorrência dos pontos de convergência com os aspectos econômicos, políticos e sociais em suas diversas dimensões, teórica, metodológica e prática.

Para cumprir esses objetivos, inicialmente, será analisada a concepção do direito social ao trabalho como direito fundamental. Seguidamente, será feita uma breve análise da importância da eficácia da recuperação judicial de empresas para a concretização de seus princípios e fundamentos e especialmente para a proteção dos interesses dos trabalhadores. Por fim, será analisado como a aplicação do postulado da proporcionalidade pode ser utilizado como critério para compatibilizar a eficácia e concreção do direito fundamental ao trabalho com a preservação da atividade empresária.

2 DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da conformação do direito ao trabalho como um direito fundamental social demanda um breve enfrentamento acerca de algumas noções sobre direitos fundamentais e sua multifuncionalidade, consoante será tratado nas linhas a seguir.

2.1 BREVES NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles que a Constituição Federal confere proteção máxima, estável e forte por garantirem aos homens, individualmente, o acesso a bens importantes para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem estar das pessoas (NOVAIS, 2012, p. 255).

A partir da concepção liberal, os direitos fundamentais são atribuídos ao homem por sua própria natureza, competindo ao Direito positivo reconhecer e proteger tais direitos. São direitos absolutos, existentes em favor de todos os homens, implicando a igualdade formal de todos os seres humanos. Assim, os direitos fundamentais, identificados como direitos de liberdade, surgem como direito de defesa dos particulares contra o Estado, como reflexo da garantia da autonomia pessoal do indivíduo diante do poder estatal (ABRANTES, 2005, p. 21-23).

Ainda nesta fase do Estado constitucional, os deveres estatais correlativos aos direitos fundamentais eram os direitos de não intervenção, de abstenção, de não interferência nas esferas de liberdade e autonomia dos particulares e o direito de proteção e segurança da propriedade individual contra agressões ou ameaças de outros particulares (NOVAIS, 2010, p. 256).

Com a concepção do Estado Social, percebeu-se que as relações geradas na sociedade são desiguais, sendo necessário resguardar o exercício das liberdades nas relações entre particulares. Além disso, o Estado Social possibilitou o surgimento de direitos a prestações do Estado (direitos ao trabalho, à habitação, à saúde, à assistência pública, à instrução), necessários ao pleno desenvolvimento individual.

Esses são os direitos sociais que, outorgados à pessoa individual de acordo com sua posição concreta na sociedade, visam garantir o acesso a bens jusfundamentais sociais. Esses direitos, caracterizados por sua natureza de direitos positivos, são dirigidos a um dever Estatal de respeitar, proteger e promover o acesso individual aos bens jusfundamentais relacionados (NOVAIS, 2010, p. 43)

Nesse contexto, os direitos fundamentais de uma forma geral, passam a figurar como um sistema de referência para as relações entre particulares. Seguindo esse raciocínio, Jörg Neuner (MONTEIRO; NEUNER; SARLET, 2007, p. 216) explica que “os direitos fundamentais se estabeleceram como sistema de referência relevante para o Direito Privado primeiramente no curso do século XX” e com a Constituição de Weimar em 1919. Neste momento, representava uma novidade a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado, pois muitas vezes era ressaltado que os direitos fundamentais valiam em regra apenas contra o Estado.

Para além das normas de direitos fundamentais direcionadas exclusivamente ao poder público, em todas as suas formas de manifestação, existem, na Constituição Federal de 1988, normas jusfundamentais que têm por destinatário expresso e inequívoco sujeitos privados, em relação às quais não há que se controverter quanto à vinculação direta dos particulares. (SARLET, 2000, 155-156)

Assim, atualmente, num quadro de Estado Democrático Social de Direito, a maioria dos textos constitucionais reconhecem além dos direitos fundamentais individuais, destinados a qualquer indivíduo, os direitos fundamentais sociais específicos dos trabalhadores. José João Abrantes destaca que a consagração desses direitos como fundamentais, ao lado da concepção tradicional de direitos fundamentais, conferem ao indivíduo uma proteção mais ampla dando uma ideia de “plenitude de direitos da pessoa humana” (ABRANTES, 2005, p. 52-53).

2.2 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O tratamento dos direitos fundamentais demanda a análise de suas funções, as quais refletem diretamente sobre suas caracterizações. Na análise dessas funções, destacam-se as considerações feitas por Canotilho (2002), segundo as quais esses direitos são dotados dos seguintes atributos: a) funções de defesa/liberdade, b) funções de prestação social, c) funções de proteção perante terceiro e d) funções de não discriminação.

Pela função de defesa ou liberdade, os direitos fundamentais representam a defesa da pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado. Dessa forma, no plano jurídico-objetivo, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a ingerência desses na esfera jurídica individual, além de implicar, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

A função de prestação social implica no direito que assiste ao particular de obter certos benefícios através de prestações do Estado, visando seu bem estar social através de instituições, serviços e benefícios. (CANOTILHO, 2002, p. 408).

Pela função de proteção perante terceiros, o Estado tem o dever de proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Esta função também obrigará o Estado a concretizar normas reguladoras das relações jurídico-civis para assegurar nessas relações a observância dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p. 409).

A função de não discriminação é fundada no princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição. Ela abrange todos os direitos determinando que o Estado dispense tratamento igualitário aos seus cidadãos. (CANOTILHO, 2002, p. 409).

A partir dessa caracterização, os direitos fundamentais sociais, podem ser considerados como direitos a prestações e de proteção perante terceiros, possuindo várias possibilidades de conformação jurídico-constitucional: positivação na regulação das relações privadas para assegurar a tutela dos direitos fundamentais; positivação sob a forma de normas programáticas, definidoras de tarefas e fins do Estado; positivação na forma de normas de organização atributivas de competências; positivação através da consagração de garantias institucionais e positivação como direitos subjetivos públicos, inerentes ao espaço existencial do cidadão (CANOTILHO, 2004, 37-38).

A conformação dos direitos sociais, na forma programática, gera dúvidas sobre a efetividade dos direitos sociais (BAYLOS, p. 26). As regras programáticas explicitam os fins a serem atingidos, sem indicar os meios para alcançá-los. Por esse motivo, não chegaria a garantir aos cidadãos uma utilidade concreta, fruível positivamente e exigível quando negada (BARROSO, 2000, p. 118).

As normas programáticas possuem efeitos diferidos e imediatos. Em relação aos primeiros efeitos, a produção de resultados é transferida para um momento futuro, dependendo a realização do mandamento constitucional de uma atividade estatal a ser desempenhada segundo critérios de conveniência e oportunidade. Quando aos efeitos imediatos, existem desde o início de vigência da norma (BARROSO, 2000, p. 119-120).

Cristinha Queiroz (2006, p. 64) mesmo reconhecendo que os direitos fundamentais sociais não garantem na sua totalidade posições jurídico-subjetivas, mas dirigem-se fundamentalmente ao Estado e a outros poderes, defende, apesar disso, que constituem normas jurídicas vinculantes. Explica a autora que a medida e a intensidade da vinculação jurídica depende do caráter mais concreto ou mais abstrato de formulação da norma. Ou seja, é necessário que a norma encontre-se densificada, apresentando claramente seu conteúdo - a prestação¹.

Com isso, a concretização e realização dos direitos fundamentais sociais terão graus diversos a depender da forma de delimitação de seu conteúdo. O conteúdo da prestação pode atingir seu grau máximo, se o legislador se limitar a enunciar o direito e impor a promoção das condições que o tornem efetivos. Por outro lado, o conteúdo pode ser mais restrito se houver delimitação de destinatários, âmbito e conteúdo temporal e a indicação dos meios para sua realização. (QUEIROZ, 2006, p. 75).

2.3 DIREITO AO TRABALHO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O trabalho, em uma de suas acepções, é considerado como uma “atividade coordenada, de caráter físico e/ou intelectual, necessária à realização de qualquer tarefa, serviço ou empreendimento” (FERREIRA, 1999, p.1980). Maurício Godinho Delgado (2007, p. 285) conceitua trabalho como uma atividade inerente ao homem, com o conteúdo físico e

¹ Na lei Recuperação de Empresas a densificação de seu conteúdo com o objetivo de apresentar o direito ao trabalho como direito de proteção perante terceiros pode ser verificado quando, por exemplo, prevê manutenção do emprego dos trabalhadores como fundamento e objetivo da recuperação (art. 47).

psíquico, correspondente ao gasto de energia humana, objetivando um resultado útil. Para Lodovico Barassi (1957, p.32) “*‘lavoro’, cioè attività (intellettuale o fisica, o meglio l’una e l’altra com varia recíproca prevalenza); attività umana atta a soddisfare um bisogno altrui che la rende necessaria*”². Por este último conceito verifica-se que o trabalho pressupõe uma atividade destinada a um terceiro. O mero dispêndio de energia para a realização de uma atividade não tem relevância jurídica. A atividade laboral exercida, intelectual ou física, deverá satisfazer necessidades de terceiros.

O valor trabalho possui importância fundamental no constitucionalismo atual ao ser considerado como instrumento e marco realizador do Estado Social. Segundo Edilton Meireles (2012, p. 126), embora a dignidade da pessoa humana seja o vetor central do sistema constitucional brasileiro, o direito ao trabalho é um valor essencial para a realização da dignidade das pessoas e para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O direito ao trabalho encontra-se agasalhado na Constituição Federal Brasileira, como um direito social, pelo menos em três passagens: o artigo 6º menciona expressamente o direito social ao trabalho; o artigo 7º, inciso I, estabelece a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; e o art. 170 prevê como princípio da ordem econômica o princípio do pleno emprego.

A partir dessas previsões é possível perceber que o direito ao trabalho não se esgota na liberdade de trabalhar; mas apresenta um duplo aspecto: individual e coletivo. No seu aspecto individual, concretiza-se no igual direito de todos a um determinado posto de trabalho se forem cumpridos os requisitos necessários de capacitação, e no direito à continuidade e estabilidade no emprego, isto é, a não ser despedido se não existir uma justa causa. Na sua dimensão coletiva, o direito ao trabalho implica a outorga aos poderes públicos para que iniciem uma política de pleno emprego e de incentivo ao setor privado para ampliação e manutenção da oferta de postos de trabalho.

É possível perceber, em relação à garantia e proteção do trabalho, que diversas regras constitucionais se destinam a estabelecer uma política de formação e readaptação profissional, como a regra que preceitua que a assistência social tem por objetivo a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III); a regra que fixa que a educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho (art. 205); o dispositivo que estabelece que é dever da família,

² Tradução livre da autora: trabalho quer dizer atividade (intelectual ou física, ou o meio entre uma e outra com várias preponderâncias); atividade humana apta a satisfazer uma necessidade alheia que gere renda.

da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à profissionalização, dentre outras regras constitucionais (MEIRELES, 2012, p. 40-41).

Cabe ainda ressaltar que em relação à proteção ao emprego, algumas regras estabelecem uma tutela especial a determinadas pessoas em condições especiais: a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário; a garantia de emprego à gestante e aos membros da CIPA; a proteção em face da automação; a proibição de qualquer discriminação relacionada a salários e critérios de admissão de trabalhadores portadores de deficiência (MEIRELES, 2012, p. 41).

Na dimensão coletiva, Gonzalo Maestro Buelga (2002, p. 65) apresenta como exemplos de políticas de pleno emprego as intervenções destinadas a influenciar diretamente a demanda e a oferta, instrumentadas através de mecanismos tributários e creditícios. Políticas de mudanças públicas introduzem a possibilidade de influenciar no comportamento dos entes privados e, por conseguinte no comportamento do sistema econômico produtivo.

Os aspectos coletivos do direito ao trabalho, isto é, os que fazem referência à inserção ou a manutenção de determinados grupos de cidadãos no mercado de trabalho, posicionam os poderes públicos para realizarem uma política de pleno emprego, isto é, numa atividade que se concebe como função dos poderes públicos e que implica um encadeamento entre a regulamentação do mercado trabalhista e as orientações políticas e expressas nas ações de governo (BAYLOS, p. 42-43).

Para que o Estado possa adotar uma política ampla da busca do pleno emprego, deverá efetivar intervenções legislativas de incentivo à iniciativa privada, além de promover condições macroeconômicas mediante manipulação e adequação da política fiscal e monetária.

Edilton Meireles (2012, p. 47) defende que o princípio do pleno emprego sujeita a ordem econômica, e, portanto, rege os atos dos particulares de forma que os empresários devem adotar práticas voltadas para a criação de empregos e para sua manutenção, além de contribuir para a formação, qualificação e readaptação profissional. Explica ainda que num modelo econômico capitalista o direito ao trabalho pode conflitar com outros direitos constitucionais, o que requer a aplicação do princípio da proporcionalidade para a resolução.

Em seguida, Edilton Meireles (2012, p. 47), citando Constantino Mortati, destaca quatro grupos de intervenções na forma de políticas públicas direcionadas para os empresários

e voltadas à satisfação do direito ao trabalho, em sua vertente da busca do pleno emprego: a) de promoção da capacitação técnica do trabalhador; b) da promoção menos onerosa da ocupação; c) da imposição de determinadas quotas de contratação e; d) da estabilização das relações de trabalho.

A orientação ao pleno emprego corrige, racionaliza e ordena o poder empresarial, limitando-o e canalizando-o sobre a base do respeito aos direitos dos trabalhadores, o que conseqüentemente, configura a aplicação da função social da empresa como princípio limitador da atividade econômica e concretizador da justiça social.

Edilton Meireles (2012, p. 46) destaca que cabe extrair da regra do direito social ao trabalho e do princípio do pleno emprego sua eficácia jurídica e seu conteúdo. No âmbito do Poder Judiciário, este fica obrigado a interpretar as normas no sentido mais favorável para a satisfação da pretensão ao trabalho. No âmbito do legislativo, deve direcionar o legislador a estabelecer normas voltadas à busca e manutenção do pleno emprego e da garantia ao trabalho. No âmbito do Poder Executivo, deve obrigar o administrador a adotar políticas contra o desemprego, de amparo ao desempregado, de incentivo ao emprego, além de políticas de formação, qualificação e readaptação profissional.

3 ANÁLISE DA EFICÁCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NA CONCRETIZAÇÃO DE SEUS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS

Neste contexto de concreção do direito social ao trabalho e do princípio do pleno emprego é possível destacar o processo de recuperação de empresas em crise, como um instrumento que tanto no âmbito do Poder Legislativo, no processo de elaboração de suas normas, como no âmbito do Poder Judiciário, na aplicação do Direito, se encaminha na direção de efetivação desses direitos sociais como será analisado a partir desta seção.

3.1 A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA COMO PRIORIDADE NOS ATUAIS REGIMES LEGAIS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

O fenômeno da crise empresarial com a instalação de sua insolvência acarreta o comprometimento de diversos interesses, incluindo interesses coletivos e muitas vezes indisponíveis. Dentre esses interesses destacam-se os direitos fundamentais dos trabalhadores vinculados à atividade empresária e os direitos de credores e consumidores do empresário.

Este fenômeno demanda o estabelecimento de normas concursais claras e eficazes bem como a intervenção do Poder Judiciário para que tais interesses sejam preservados garantindo às empresas que enfrentem situação de crise, previsibilidade e segurança jurídica.

A reforma do regime legal falimentar de diversos países foi impulsionada pela ocorrência da sequência de crises econômicas (1870, 1914, 1929, 1973, 1998 e mais recentemente em 2008 e 2010), que provocaram uma multiplicidade de falências e resultaram num abrandamento da penosidade característica dos processos de falência. Difunde-se atualmente a ideia de separação do destino do empresário insolvente da sua atividade empresarial, de forma que esta seja preservada. (LEITÃO, 2012, 38-40)

Cada sistema jurídico apresenta uma regulação local diferenciada para a resolução da insolvência das empresas, embora seja observada uma tendência mundial de fortalecimento dos procedimentos de insolvência nacionais que objetivem a recuperação e reestruturação do devedor em crise sem a liquidação do ativo, em detrimento dos procedimentos que objetivam a liquidação do ativo empresarial com o desfazimento da organização empresarial.

Essa ênfase na manutenção da empresa como unidade produtiva de riquezas e provedora de empregos foi intensificada no último quartel do século XX, com a reforma da Lei de Falências dos Estados Unidos – Bankruptcy Act de 1979 – que disciplina a recuperação da empresa em crise sem prejudicar a satisfação de seus credores.

Na Itália, observaram-se diversas reformas na lei falimentar que buscaram a revitalização da empresa desde o Decreto-lei nº 26 de 1979, que disciplina a administração extraordinária (*amministrazione controllata*) da grande empresa em crise (FRANCO, SZTAJN, 2008, p. 14), culminando com o Decreto legislativo nº 5/2006, que regula os acordos de reestruturação de dívidas (*accordi di ristrutturazione dei debiti*), e mais recentemente a Lei n. 134/2012, que apresenta reformas para tornarem mais eficazes os *accordi di ristrutturazione*.

Na França, o princípio da recuperação de empresas foi instituído pelo regulamento judiciário (*réglement judiciaire*) através da Lei de 13/07/1967, que permitia o empresário apresentar uma proposta de concordata aos seus credores. Em 1984 e 1985, foram promovidas reformas na legislação falimentar com o objetivo de facilitar a viabilização das empresas. A Lei n. 148/1994 criou o *réglement amiable*, um processo extrajudicial de conciliação com os credores que tinha por efeito a suspensão das execuções sobre os bens do devedor. A Lei n. 98/1985 prevê a prevenção e o tratamento das dificuldades das empresas pela recuperação e

liquidação judiciária (*redressement et liquidation judiciaire*), com alterações que se seguiram pelas Leis n. 495/1994, n. 710/2003 e n. 845/2005. (LEITÃO, 2012, p. 39)

Na Inglaterra, seguindo o mesmo direcionamento do princípio de recuperação de empresas, foi promulgado o *Insolvency Act* de 1986, depois reformado pelos *Insolvency Act* de 2000 e pelo *Enterprise Act* de 2002, o qual buscou acentuar a vertente de reabilitação da empresa e assegurar maior igualdade entre os credores. (LEITÃO, 2012, p. 45)

Na Espanha, a Lei Orgânica de 2003, entrou em vigor em 1º de setembro de 2004, visando a reforma concursal. (PACHECO, 2007, p. 1).

Portugal promulgou em 1993, a Lei n. 132 que dispôs sobre o processo de recuperação de empresa visando sua preservação e unificou os processos de falência e recuperação em sua fase inicial. Esta lei foi substituída pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, promulgado mediante o Decreto-lei nº 53/2004, que representou um retorno ao sistema da falência-liquidação, dando um caráter secundário à recuperação e a ideia de que há apenas um fim possível – a liquidação do ativo. Recentemente, este código sofreu mais uma reforma com a Lei n. 16/2012 que voltou a conferir primazia à recuperação de empresas sobre a liquidação, além da introdução de um novo processo denominado revitalização. (LEITÃO, 2012, 74-76)

Seguindo a tendência das legislações de insolvência da década de 90 do Século XX, a UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law* (Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas), com a colaboração do Banco Mundial³, lançou a proposta de estabelecer princípios e diretrizes, declarados em âmbito internacional, em um guia legislativo sobre o regime de insolvência empresarial com o objetivo de promover e incentivar os países a adotarem seus princípios em seus ordenamentos jurídicos internos.

A proposta desse guia foi a de oferecer um conjunto de soluções que pudessem servir de modelo para regular um regime de insolvência eficaz e eficiente para os países em desenvolvimento (CNUDMI, 2006, p. 1). O mencionado guia ressalta que a adoção dos princípios fundamentais estabelecidos deve complementar e ajustar-se aos valores jurídicos e sociais da sociedade em que serão aplicados.

³ A proposta elaborada pela UNCITRAL teve como base os princípios e diretrizes que já tinham sido publicados pelo Banco Mundial em 2001, com o objetivo de servir de guia para a regulação de sistemas eficientes de Insolvência e de direitos dos credores. Cf.: BANCO MUNDIAL. *Principios y Líneas Rectoras Para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores*. Washington, 2001. p. 2.

Dentre os princípios fundamentais apresentados destaca-se: 1) dar segurança ao mercado para promover a estabilidade e o crescimento econômico; 2) obter o máximo valor possível do ativo empresarial; 3) ponderar adequadamente as respectivas vantagens do regime de liquidação ou reorganização da empresa; 4) tratar de maneira equitativa os credores que se encontrem em circunstâncias similares; 5) buscar uma solução eficiente e imparcial para a solução da insolvência; 6) garantir um regime de insolvência transparente e previsível; 7) reconhecer os direitos existentes dos credores e estabelecer regras claras para determinar o grau de preferência dos créditos. (CNUDMI, 2006, p. 12-16)

No Brasil, a reforma do Direito Falimentar e a regulação da Recuperação Judicial de Empresas surgiu com a Lei nº 11.101/2005, em um contexto em que os procedimentos, então vigentes, destinados ao tratamento do empresário em crise tinham o cunho meramente patrimonialista e liquidatório e não mais representavam meios eficazes para solucionar as situações de insolvência.

A adoção de princípios que buscam a preservação da empresa, torna a recuperação judicial o principal instrumento de tratamento da empresa em crise nos dias atuais. A falência passa a ser uma solução residual, aplicável apenas às empresas economicamente inviáveis.

A Lei n. 11.101/2005 fixa uma dicotomia entre as empresas economicamente viáveis e as inviáveis, de tal forma que o instituto da recuperação é indicado para as primeiras e o processo de falência apresenta-se como meio eficiente para a solução judicial da situação econômica das empresas inviáveis (FAZZIO JUNIOR, 2005, p. 31).

Segundo Jorge Lobo, (2007, p. 119-120) a recuperação judicial é um instituto que tem o seu fundamento na ética da solidariedade e que objetiva reparar o estado de crise econômico-financeira do empresário para a preservação dos negócios sociais, garantia da continuidade do emprego, o fomento ao trabalho humano e a satisfação, ainda que parcial, dos direitos dos credores.

Trata-se de um instituto jurídico público, que demanda necessariamente a intervenção do Poder Judiciário, especialmente em função dos interesses coletivos envolvidos neste procedimento, mas com viés privado, já que as medidas de reerguimento da empresa são elaboradas e propostas pelo próprio empresário, através de um plano de recuperação, e submetida aos credores para apreciação e aprovação, em nítida configuração da autonomia privada das partes envolvidas.

Esse procedimento, destinado à reabilitação do empresário em crise, é pautado em alguns pilares que devem orientar sua execução: a) preservação da empresa, em decorrência de sua função social; b) proteção aos trabalhadores, a partir da manutenção de seus empregos e garantia de outros direitos; c) celeridade e eficiência dos processos judiciais; d) segurança jurídica; e) participação ativa dos credores; f) e maximização do valor dos ativos (CASTRO, 2006, p. 29-31).

3.2 A EFICÁCIA DIRECIONADA À CONCRETIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO

Após pouco tempo do início da vigência da Lei nº 11.101/2005, alguns estudos⁴ mostraram a necessidade e importância de analisar a sua eficácia e efetividade, buscando, prioritariamente, a tutela da função social da empresa pelo Estado, que é o interessado na manutenção dos empregos dos trabalhadores, da atividade produtiva e do crescimento econômico do país. Além do interesse público do Estado, verifica-se uma progressiva importância do interesse social dos trabalhadores na manutenção da empresa. (GUIMARÃES, 2006, p. 142).

Nesse sentido, cumpre clarificar o sentido dos termos eficácia e efetividade para que se perceba o verdadeiro alcance e importância da efetividade da recuperação judicial de empresas.

Luis Roberto Barroso (2000, p. 81) explica que as regras de direito representam a atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, convertendo-os em fatos jurídicos. Estes, por sua vez, se resultantes da manifestação de vontade, denominam-se atos jurídicos. Assim, “a eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos (...). Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seus efeitos típicos.” (BARROSO, 2000, p. 83).

Seguindo o mesmo sentido, José Afonso da Silva (2007, p. 66) apresenta a definição de eficácia como “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”. O mesmo autor avança no tema explicando que:

⁴ Nesse sentido merece referência o trabalho publicado por Maria Celeste Moraes Guimarães que analisa os entraves à eficácia da recuperação de empresas. GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise, como superá-los? Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro, São Paulo, SP, n. 142, abr./jun., 2006.

Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica* da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

A efetividade, por sua vez, representa o alcance dos objetivos da norma. É a “medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final” (SILVA, 2007, p.66). Por isso que se relaciona a efetividade com a eficácia social, porque o produto final pretendido é seu efetivo cumprimento no plano social.

A partir das noções acima apresentadas, para que uma recuperação seja considerada eficaz e cumpra seus objetivos no plano social é necessário que o plano recuperacional, apresentado pelo empresário, seja capaz de atender, equilibradamente, os interesses econômicos e sociais que gravitam em torno do funcionamento da empresa.

Cabe ressaltar que o instituto da recuperação é fundado na função social da empresa, princípio considerado como uma aplicação efetiva da solidariedade social refletida na atividade empresarial.

O art. 47 da Lei n. 11.101/2005⁵, que apresenta expressamente esse princípio e os objetivos da recuperação, funciona como diretiva de interpretação, como norma-objetivo que tem a finalidade de fixar os propósitos a serem atingidos ou expressar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários. São considerados resultados: a superação da crise, a manutenção do emprego dos trabalhadores, a manutenção da fonte produtora de riquezas e a preservação da empresa. (MOREIRA In: PAIVA, 2005, p. 265)

Todos os objetivos buscados com a recuperação somente poderão ser concretizados se for possível identificar a viabilidade da atividade empresarial. Mesmo sendo o foco central dos atuais regimes jurídicos de insolvência empresarial, a recuperação e preservação da empresa não pode ser implementada a qualquer custo. Pelo contrário, as empresas inviáveis devem falir para que as saudáveis não se prejudiquem e sejam capazes de produzir riquezas. O aparato estatal não poderá ser usado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, pois o risco da atividade certamente será transferido do empresário para seus credores. (COELHO, 2005, p. 116)

⁵ 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.

3.3 VIABILIDADE DA EMPRESA COMO CONDIÇÃO PARA A PLENA EFICÁCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A partir da análise da preservação da empresa como princípio do regime falimentar é necessário destacar a importância do diagnóstico relacionado com as condições mínimas de sobrevivência e ainda a sua importância na sociedade, ou seja, a empresa deve ser viável economicamente e socialmente.

O Direito Falimentar deve representar um instrumento legal que possibilite, com o menor custo e desgaste social possível, a reestruturação ou a extinção de empresas ineficientes, com a transferência dos fatores de produção para setores mais rentáveis.

Recuperar ou manter empresários ineficientes, inexpressivos ou inaptos pode representar um desgaste para os agentes envolvidos na atividade empresária⁶, bem como, uma medida dispendiosa para a máquina judiciária e um aumento dos custos sociais. O papel fundamental de todos os profissionais que atuam em processos de insolvência empresarial é o de identificar os casos em que as empresas devem ser conservadas e quando elas devem ser plenamente liquidadas.

Para que o Estado atue, especialmente no procedimento de recuperação⁷, é necessário que existam chances de sucesso e é substancial que a empresa seja viável. Na adoção de um plano de reorganização, é essencial verificar se os gastos com a manutenção da empresa são inferiores àqueles necessários para a sua liquidação.

A manutenção de empresas ineficientes poderá ser danosa ao interesse público. O aumento dos custos sociais decorrentes da continuidade de uma empresa inviável representa a consequência de recursos produtivos mal empregados, que geram a redução da renda social e do bem estar social.

⁶ Pode-se mencionar como agentes os credores, os consumidores, os empregados, os parceiros empresariais e o próprio Estado.

⁷ O princípio da viabilidade da empresa não representa apenas um fator decisivo para a adoção de um procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial, também é importante no processo de falência para que o juízo falimentar determine a continuidade ou não da atividade empresária.

Assim, a viabilidade não poderá ser considerada a partir de interesses individuais ou de determinados grupos⁸ envolvidos com a atividade empresária, mas deve ser avaliada por aspectos econômicos e sociais.

Sob o aspecto econômico, a empresa poderá ser viável se tiver condições econômicas e financeiras de se manter de forma autônoma, com os mecanismos de recuperação adequados para a sua situação de dificuldades: dilação de prazos das dívidas, modificações societárias, emissão de valores mobiliários, realização de parcerias empresariais, dentre outras formas.

É importante lembrar que as formas de recuperação mencionadas pela Lei n. 11.101/2005, art. 50⁹, são meramente exemplificativas, assim, a melhor estratégia de recuperação deve ser avaliada de acordo com critérios específicos, avaliando a singularidade de cada atividade empresária. Com isso, o dispositivo mencionado não deve ser encarado como uma fórmula pré-estabelecida, sob pena de acarretar sérios prejuízos aos agentes envolvidos com a atividade por sua inadequação às peculiaridades de cada empresário que enfrente situação de crise.

A análise da viabilidade econômica¹⁰ permite avaliar os ativos e passivos da empresa em conjunto, com os investimentos que devem ser feitos, com a situação de mercado em que ela está inserida e com os problemas apresentados e as suas causas. Uma empresa recuperável

⁸ A baixa produtividade e os altos custos na manutenção dos meios de produção não poderão ser ignorados somente para evitar o desemprego, pois futuramente esses mesmos empregados poderão ter seus interesses frustrados pelo insucesso da empresa.

⁹ Lei n. 11.101/2005, Art. 50. “Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.”

¹⁰ Este estudo é exigido como parte integrante do plano de recuperação e deve ser apresentado pelo empresário devedor nos termos do art. 53 da lei n. 11.101/2005:

“Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.”

economicamente deve ser capaz de remunerar adequadamente os capitais nela empregados, sob pena de desaparecerem as fontes essenciais de seu financiamento, além de ser capaz de manter em condições dignas o trabalho do setor produtivo.

O estudo do estado patrimonial da empresa e de seu passivo representa uma análise quantitativa, que pode determinar a reestruturação do capital ou corte de custos. A análise do mercado e as expectativas de demanda dos produtos oferecidos representam uma análise qualitativa, que pode revelar as possibilidades de prosperar no mercado. A averiguação das causas dos problemas que geraram a crise na empresa é relevante, pois possibilita avaliar as possibilidades de superá-los.

Sob o aspecto social, deverá ser avaliado o impacto do encerramento da atividade na comunidade onde a empresa exerce influência e a sua importância em relação aos concorrentes¹¹, empregados, fornecedores e consumidores. Em outros termos, é necessário que a reorganização e o funcionamento da empresa seja importante para a economia local, regional ou nacional que justifique suportar os ônus associados a qualquer medida de recuperação (COELHO, 2005, p. 128).

O pedido de recuperação judicial e sua concessão sem que seja avaliada a viabilidade da manutenção da atividade e da reestruturação do empresário poderá acarretar sérias consequências aos interesses das pessoas envolvidas na atividade empresarial. Ou seja, a insistência de uma recuperação inviável, poderá gerar o esvaziamento do ativo no lugar de sua maximização e preservação e, com isso, o agravamento da crise e, definitivamente, o esfacelamento da organização empresarial e sua atividade.

Com isso, é possível concluir que a eficácia da recuperação judicial e a concretização de seus objetivos e finalidades demandam a prévia avaliação da viabilidade da empresa no plano social e econômico.

¹¹ A manutenção da atividade poderá ser, em determinados setores, um fato importante para a preservação da concorrência, que tem como resultado a exclusão dos agentes menos eficientes ou daqueles menos estruturados. A ausência da concorrência poderá significar o surgimento de monopólios, cartéis e outras formas de abuso do poder econômico.

4 EFICÁCIA E CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

O eixo do presente trabalho encontra-se situado na inter-relação entre a teoria da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores nas relações privadas e a livre iniciativa e a função social da empresa enquanto princípios fundamentais da ordem econômica. A colisão entre esses princípios e direitos fundamentais encontra no postulado da proporcionalidade um critério orientador para sua aplicação como será analisado a seguir.

4.1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Após a apresentação das funções e caracterização do direito fundamental ao trabalho e dos princípios direcionadores da recuperação de empresas, cabe analisar as possibilidades de eficácia imediata desse direito social nas relações jurídico-privadas. Canotilho (2000, p. 481) defende que o problema da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas pode ser aplicado aos direitos sociais.

Com isso, cabe identificar qual a maneira de incidência ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais e qual o critério orientador para aplicação desses direitos tendo em vista a colisão de direitos e bens constitucionalmente garantidos. (AMARAL, 2007, p. 80).

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aplica-se no âmbito da empresa em recuperação, pois esta apresenta-se detentora de diversas faculdades de atuação, com elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores. A relação de dependência e sujeição que se origina com o contrato de trabalho torna inevitável um conjunto de limitações à liberdade pessoal do trabalhador, bem como, as possibilidades de vulneração de diversos direitos sociais especificamente laborais (ABRANTES, 2005, p. 107).

Quanto à forma de incidência da eficácia dos direitos fundamentais - aplicação indireta ou mediata, ou incidência direta ou imediata - cabe destacar que a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e a natural desigualdade existente na relação laboral, em decorrência do poder de direção do empresário no âmbito dessas relações, são justificadores para a aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho. (ABRANTES, 2005, p. 131).

Neste plano, cabe ressaltar, mesmo diante da natureza do contrato de trabalho como negócio jurídico privado, e, portanto, expressão da autonomia da vontade das partes envolvidas, na realidade não há liberdade das partes de pactuar cláusulas que afrontem direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, sob pena de serem consideradas nulas, salvo quando a própria Constituição, ao prever o direito, admita sua relativização. (AMARAL, 2007, p. 88).

Partindo-se do reconhecimento da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais no campo das relações trabalhistas, cumpre verificar o modo pelo qual irá ocorrer a incidência desses direitos quando, na execução do contrato de trabalho ocorrer colisão com direitos e bens garantidos ao empresário insolvente pelo direito positivo.

O modo da incidência dos direitos fundamentais parte do pressuposto que esses direitos comportam limitações, pois não possuem caráter absoluto. As limitações, porém, decorrerão da aplicação do postulado da proporcionalidade.

Alexy (2008, p. 296) resalta que a restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, ao princípio colidente for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Porém, um limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais é o respeito ao conteúdo essencial desses direitos.

A proporcionalidade tem caráter vinculante a todos os poderes públicos e deve ser aplicado com o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A proporcionalidade representa um critério necessário e apto para resolver a tensão decorrente da colisão dos direitos fundamentais com outros direitos e bens assegurados pelas normas constitucionais, que implicará na limitação e restrições ao exercício de direitos.

4.2 APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE RESGUARDAR O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E A PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A manutenção da empresa e sua recuperação figuram como pressupostos para a preservação dos interesses e direitos fundamentais dos trabalhadores, especialmente o direito ao trabalho, pois torna-se difícil e, até mesmo inócua, a análise simplesmente teórica dos direitos fundamentais dos trabalhadores, diante da impossibilidade de analisar a proteção desses direitos fundamentais sociais se a relação de emprego não for mantida.

Através da recuperação é possível salvar uma empresa em crise, colocando em primeiro plano a manutenção da atividade, ao passo que os interesses dos credores ficarão submetidos a um projeto de reorganização. Essa medida que tende a satisfazer a continuidade da empresa, também se constitui como uma medida tendente a resguardar o direito fundamental ao trabalho, tendo em vista que a continuidade da relação de emprego é decorrência natural da continuidade do organismo empresarial.

A configuração e reconhecimento do direito fundamental ao trabalho não determina de forma plena sua eficácia imediata e absoluta para todos os destinatários. Isso porque, nas relações entre particulares, esses direitos poderiam estar em confronto com o núcleo essencial de outro direito ou princípio fundamental. Sob a perspectiva da relação de trabalho, e, alinhado a essas ideias, José João Abrantes confronta duas realidades em colisão: a liberdade da empresa e os direitos fundamentais dos trabalhadores:

A liberdade da empresa, base dos poderes patronais, também se encontra constitucionalmente tutelada, e, por isso, o exercício pelo trabalhador dos seus direitos fundamentais não pode afectar a finalidade principal da empresa nem gerar o incumprimento do contrato de trabalho, devendo antes a sua eficácia harmonizar-se com outros princípios e valores, tais como a liberdade negocial, a boa-fé, o cumprimento pontual dos contratos, etc (ABRANTES, 2005, p.172).

Aqui ainda há que se falar na essencialidade da autonomia privada para o desenvolvimento da atividade empresária, já que designa o poder reconhecido aos indivíduos de conferir efeitos jurídicos às suas atividades, de forma a realizar livremente negócios jurídicos (PRATA, 1982, p. 11-13).

Esse poder encontra limitações estabelecidas pela própria ordem jurídica que condicionam a realização de negócios. Emilio Betti, ao analisar os limites da autonomia privada explica que:

[...] isto significa que o conteúdo do negócio tem seus limites e contornos fixados pela lei, o que não faz parte das faculdades das partes a de por à margem, segundo a sua contingente apreciação, os elementos indefectíveis que, pela sua função, constituem parte integrante dele. (BETTI, 2003, p. 156).

Assim, a elaboração e aprovação do plano de recuperação de empresas, como concretização da autonomia privada do empresário e seus credores, encontrará limites na função social da empresa, no equilíbrio contratual e na eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A partir da análise dos objetivos da recuperação inseridos no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, é possível identificar a dificuldade em compatibilizar todos eles. Os interesses que são fixados pelo legislador e que a recuperação visa proteger, se direcionam para polos, em certo sentido, opostos. Numa dimensão interna, percebe-se a necessidade de preservação da atividade empresária para garantir a manutenção dos postos de trabalho e direitos dos trabalhadores e dos direitos dos sócios e investidores. Já, externamente, deve-se conciliar a função social da empresa, o estímulo à atividade econômica e os interesses dos credores, fornecedores e consumidores.

Com isso, é necessário compreender os instrumentos que devem ser aplicados para solucionar as questões que surgem com a aplicação do Direito, essencialmente quando se verifica a existência de conflito de princípios ou direitos fundamentais horizontais.

Jorge Lobo (2007, p. 128-129) explica que na recuperação judicial, a assembleia geral de credores e o juiz¹² deverão utilizar a ponderação de fins como instrumento para concluir que o caso concreto pode determinar a privação dos interesses da empresa e de seus sócios em benefício dos empregados, ou dos direitos dos empregados e credores em favor da empresa. Também deverão aplicar a ponderação de princípios (conservação e a função social

¹² Em uma decisão proferida nos autos do processo nº 390/2005, do 1º Ofício Cível da Comarca de Ponta Grossa, Estado do Paraná, é possível verificar claramente a ponderação de fins e princípios utilizada pelo juiz Luiz Henrique Miranda quando faz prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa sobre o disposto no art. 57 da Lei n. 11.01/2005: “[...] Enfim, aprovado o plano de recuperação, pelos credores, resta verificar se a Autora merece ver deferido seu pedido, uma vez que ela não cumpriu com a exigência ditada pelo art. 57 da Lei que rege a matéria. [...] trata-se de norma cogente: aprovado o plano, de forma tácita ou em assembleia, cabe ao devedor, para ver deferido seu pedido de recuperação, apresentar prova de estar quite com o fisco. E, como a Autora não satisfaz essa exigência, a consequência lógica seria o indeferimento de seu pleito, com a consequente extinção do processo. A solução, contudo, não pode ser tão simplista. Como é sabido, o instituto da recuperação judicial foi inspirado no princípio constitucional da função social da empresa, que, por sua vez, se coliga com o princípio da dignidade da pessoa humana. A empresa, na ordem constitucional vigente, tem – ou deve ter – uma função social, não podendo se prestar apenas à satisfação dos interesses do empresário. Acima destes, estão os postulados básicos da sociedade pretendida pelo constituinte, onde a empresa se encaixa como veículo para a livre iniciativa e livre concorrência, para a produção de riquezas compartilháveis (mercê da tributação dos resultados positivos obtidos, e para, sobretudo, a dignificação do ser humano, através da geração de empregos que permitam às pessoas valorizar-se pelo trabalho e pela renda por meio dele obtida. E uma empresa que cumpre com esta função não poderia ficar desprotegida no cenário econômico e sujeita, indefesa, à inconstância do mercado, notadamente nestes tempos de economia globalizada, sob pena de, em algum momento, o interesse de um ou de poucos credores sobrepor-se ao interesse maior da coletividade, como, aliás, vinha sistematicamente ocorrendo durante a vigência do Dec-lei 7.661/45.[...] Enfim, a exigência de apresentação de certidões negativas – que na prática, equivale a impor ao empresário estar em dia com as obrigações fiscais e previdenciárias – inviabiliza a recuperação judicial. Fazendo-o, conflita com o princípio constitucional da função social da empresa e com outros que a ele se ligam, entre os quais o da dignidade da pessoa humana. E, na colisão de princípio e norma, prevalece aquele, devendo ser dispensada a Autora, destarte, da apresentação das certidões” (PERIN JÚNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar**: de acordo com a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. 2006. 251 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 213.)

da empresa, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a segurança jurídica e a efetividade do Direito) quando entre eles houver conflitos.

A ponderação consiste “em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia” (BARROSO, 2006, p. 345-346). A ponderação por si só, sem uma estrutura ou critérios materiais, pode não ser suficiente para aplicação do Direito (AVILA, 2014, 185). Sendo assim, a ponderação deve ser estruturada com o postulado da proporcionalidade, que irá definir os critérios de sua utilização.

A proporcionalidade¹³ é um postulado normativo de aplicação de princípios e regras jurídicas. É definido por Ávila (2014, p. 205) como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”. A utilização da proporcionalidade exige o exame da adequação dos meios para atingir os fins; necessidade dos meios escolhidos dentre os disponíveis para que as vantagens superem as desvantagens e; a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, a recuperação de empresas é um meio que possibilita a preservação da atividade empresária e que tem como uma de suas finalidades essenciais à manutenção do emprego e dos direitos fundamentais decorrentes dessa relação. Contudo, a própria manutenção da empresa poderá implicar restrições aos direitos dos empregados. Temos assim, o meio utilizado (o plano de recuperação judicial), o fim buscado (manutenção da atividade empresária em funcionamento) e o princípio colateralmente restringido (direitos fundamentais dos trabalhadores).

Com esta definição, a superação da colisão entre a manutenção da empresa e a preservação dos direitos fundamentais dos empregados deve partir da proporcionalidade para definir: a) se o plano de recuperação proposto pelo empresário é adequado para a manutenção dos vários interesses (exame da adequação); b) se foram adotadas as medidas menos restritivas aos direitos dos trabalhadores envolvidos para se atingir a finalidade de manutenção da atividade empresária (exame da necessidade); c) se a manutenção da empresa através da execução do plano de recuperação judicial irá gerar benefícios maiores que os ônus

¹³ A concepção de proporcionalidade como postulado normativo utilizada neste trabalho é a adotada por Humberto Ávila, embora doutrinadores como Robert Alexy (2008) e Canotilho (2002) o definam como princípio instrumental.

associados a qualquer medida de recuperação (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Destarte, a partir da noção do princípio da proporcionalidade em sua tripla dimensão: necessidade, adequação e proibição do excesso (ABRANTES, 2005, p.172), será possível alcançar, não somente na elaboração mas também na execução do plano de recuperação judicial, a otimização e/ou restrição dos direitos e interesses em conflito na recuperação de empresas, quais sejam: o interesse público e social na preservação da atividade empresária, o afastamento da situação de crise, a manutenção dos empregos e a proteção dos interesses fundamentais dos trabalhadores.

O cenário apresentado, portanto, evidencia uma cadeia lógica: a existência da empresa é necessária para a existência do emprego, que é necessária para a preservação dos direitos fundamentais do trabalhador. Partindo desse princípio, Abrantes (2005, p. 186) defende que a compressão e eficácia dos direitos do trabalhador é legítima quando vise assegurar a tutela do direito de empresa, ou seja, quando estritamente necessário para assegurar o bom funcionamento da empresa.

5 CONCLUSÃO

A legislação de recuperação de empresas ao estabelecer como objetivos a manutenção da atividade empresarial e, ao mesmo tempo, a preservação do emprego e dos interesses dos trabalhadores, possibilita colisão de interesses nas relações de Direito Privado havidas entre empresário, na manutenção da empresa, e trabalhador, na preservação dos seus direitos fundamentais.

Identificou-se que os direitos fundamentais são aqueles que a Constituição Federal confere proteção máxima. No plano evolutivo, com o advento do Estado Social tornou-se necessário resguardar o exercício das liberdades nas relações entre particulares. Além disso, o Estado Social possibilitou o surgimento de direitos a prestações do Estado (direitos ao trabalho, à habitação, à saúde, à assistência pública, à instrução), direitos fundamentais sociais necessários ao pleno desenvolvimento individual.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de uma forma geral, figuram como um sistema de referência para as relações de Direito Privado. A partir da caracterização das diversas funções dos direitos sociais, estes podem ser considerados como direitos a prestações

e de proteção perante terceiros, com várias possibilidades de conformação jurídico-constitucional e a depender da forma de delimitação de seu conteúdo.

O direito ao trabalho, como um valor essencial para a realização da dignidade da pessoa e para o livre desenvolvimento de sua personalidade, encontra-se agasalhado na Constituição Federal Brasileira como um direito social e apresenta um duplo aspecto: individual e coletivo. O primeiro concretiza-se no igual direito de todos a um determinado posto de trabalho e o segundo representa a outorga aos poderes públicos para que iniciem uma política de pleno emprego.

Qualquer que seja o aspecto do direito ao trabalho, somente é possível sua efetivação plena a partir da atuação de agentes privados na exploração de atividade econômica. Nesse sentido, que a tendência da legislação de insolvência empresarial de dispor de mecanismos para a preservação da atividade empresária se alinha com a proteção ao direito social ao trabalho.

A recuperação judicial de empresas, como um instituto que tem o seu fundamento na ética da solidariedade e que objetiva solucionar a crise econômico-financeira do empresário, para a preservação dos negócios sociais e especialmente a garantia da continuidade do emprego e o fomento ao trabalho humano, apresenta um grande desafio: o plano recuperacional, apresentado pelo empresário, e fruto de sua autonomia privada, deve ser capaz de atender, equilibradamente, os interesses econômicos e sociais que gravitam em torno da empresa, que podem estar em conflito.

Assim, o primeiro pressuposto necessário para que todos os objetivos buscados com a recuperação sejam concretizados é a verificação da viabilidade da atividade empresarial no plano social e econômico, para que os ganhos sociais com a recuperação superem os ônus que o processo possa gerar.

Seguidamente, a proteção aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, chama a atenção para a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito da empresa em recuperação, para identificar qual a maneira de incidência ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais e qual o critério orientador para aplicação desses direitos tendo em vista a colisão de interesses constitucionalmente garantidos: de um lado a autonomia privada do empresário em buscar a recuperação para manutenção de sua atividade e de outro a necessidade de preservar os direitos fundamentais dos trabalhadores envolvidos nesse processo.

As teorias que analisam o modo de incidência dos direitos fundamentais sociais do trabalhador partem do pressuposto que esses direitos comportam limitações e não possuem caráter absoluto, embora sejam reconhecidos o respeito ao conteúdo essencial desses direitos e sua aplicação direta e imediata.

Dessa forma, a superação da colisão entre a manutenção da empresa e a autonomia privada do empresário, de um lado, e a preservação dos empregos e direitos fundamentais dos empregados, de outro lado, deve partir da aplicação do postulado da proporcionalidade para definir, a partir do exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os limites de restrições de cada interesse envolvido e sua forma de concreção no processo de recuperação judicial de empresas.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula Amaral. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARASSI, Lovodico. *Elementi di diritto del lavoro*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1957.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emilio. **Teoria do negócio Jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003.

BUELGA, Gonzalo Maestro. *La constitucion del trabajo en el Estado Social*. Granada: Comares, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e Teoria da Constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASTRO, Rodrigo R. Monterio de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1 e 3.

_____. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar**: de acordo com a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. 2006. 251 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 213

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**: comparações com as posições do Direito Europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise, como superá-los? **Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, SP, n. 142, abr./jun., 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da Insolvência**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho**: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo, Ltr, 2012.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. (Org.) **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

SANTOS, Paulo Penalva. (Coord.) **A nova Lei de Falências e de recuperação de Empresas: lei nº 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOLEDO, Paulo F. C. Sales de; ABRAO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.