



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES

**OS CONTRATOS BILATERAIS DO FALIDO E A VALIDADE DA
CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO**

FORTALEZA

2013

DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES

OS CONTRATOS BILATERAIS DO FALIDO E A VALIDADE DA
CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Uinie Caminha.

FORTALEZA

2013

DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES

OS CONTRATOS BILATERAIS DO FALIDO E A VALIDADE DA
CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal Do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Uinie Caminha.

Aprovado em 08 de fevereiro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Uinie Caminha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Daniel Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Ronaldo Felipe Rolim Nogueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus que me guia em todos os passos, a minha família, que sempre oferece carinho, conforto e paz nas horas mais necessárias. E em especial a meu pai, inspiração no Direito, quem busco imitar no crescente aprendizado que é a advocacia.

AGRADECIMENTOS

À Professora Uinie Caminha, pelo incentivo, em meio a suas preciosas explicações em sala de aula, ao estudo do Direito Falimentar, que nos levou a desenvolver um gosto pelo ramo em questão. Aproveito a oportunidade para agradecer o aprendizado adquirido na monitoria da cadeira de Falência de Recuperação de Empresas ao longo do ano de 2012, culminando com a escolha deste tema por sugestão da professora, e na aceitação do convite para orientar o presente trabalho.

Ao Professor Daniel Maia, pela pronta aceitação na composição da presente banca.

Ao amigo Ronaldo Felipe Rolim Nogueira, pela contribuição na revisão e conclusão deste trabalho; e também pela aceitação na composição da banca.

Ao querido amigo Roberto Lincoln de Sousa Gomes Junior, pelo apoio na realização do presente trabalho, o primeiro a analisar seu esboço, com quem tive a oportunidade de discutir as matérias relacionadas a este estudo.

RESUMO

O presente trabalho, por meio de um aprofundado estudo doutrinário, tem por objetivo analisar a validade da cláusula de resolução por falência, considerando que é comum se estabelecer nos contratos empresariais cláusula que determina a resolução do contrato em caso de falência de uma das partes. Num primeiro momento é analisado o esboço do desenvolvimento histórico da falência e a mudança de foco da legislação falimentar, privilegiando a manutenção da atividade empresarial. Posteriormente, é feita uma abordagem geral sobre o instituto da falência, sua natureza jurídica e pressupostos. Sobre a sentença declaratória de falência são analisadas a natureza jurídica, características e requisitos, a sistemática recursal e seus efeitos com relação aos contratos do falido. Por fim, estuda-se o conceito de cláusula de resolução, a partir do que se delineia a análise da cláusula de resolução por falência propriamente dita. O art. 117 da Lei 11.101/05 não é norma dispositiva, considerando os diversos e multifacetados interesses envolvidos, e que não pode ser afastada pela vontade das partes. Ademais, analisando as implicações econômicas, admitir a validade da cláusula significa liberar a “custo zero” a contraparte de uma obrigação, que não terá que arcar com o pagamento de qualquer valor de indenização à massa falida. Tal fato, já num contexto de solvência, deveria ser evitado. Uma análise sistemática da legislação falimentar permite concluir que a cláusula de resolução por falência deve ser reputada inválida.

Palavras-chave: Falência. Validade. Cláusula de resolução. Contratos bilaterais.

ABSTRACT

This discourse, through a detailed doctrine study, aims to examine the validity of the termination clause for bankruptcy, considering that is common to establish in business contracts clause that determines the resolution of the contract in the event of bankruptcy of one of the parts. At first we analyze the outline of the historical development of bankruptcy, and the change of focus of the bankruptcy legislation, favoring the maintenance of business activity. Subsequently, there is a general approach on the institute of bankruptcy, its legal nature and assumptions. About the sentence declaring bankruptcy, we analyze the legal nature, characteristics and requirements, systematic appeals and its effects in relation to the contracts of the bankrupt. Finally, we study the concept of termination clause, from the analysis that emerges from bankruptcy termination clause by itself. The art. 117 of Law 11.101/05 is not a voluntariness standard, considering the diverse and multifaceted interests, and that can not be overcome by the will of the parties. Moreover, analyzing the economic implications, admitting the validity of the clause means releasing the "cost" of a counterparty obligation that will not have to shoulder the payment of any amount of compensation to the estate. This fact, even in a context of solvency, should be avoided. A systematic analysis of the bankruptcy laws shows that the termination clause for bankruptcy should be invalid.

Key-words: Bankruptcy. Validity. Termination clause. Bilateral contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PROCESSSO FALIMENTAR	11
1.1 Esboço histórico da falência pelo mundo	11
1.2 Esboço histórico da falência no direito brasileiro	17
1.3 Falência: uma mudança de foco	26
1.4 A sentença declaratória de falência	34
2 OS EFEITOS DA FALENCIA COM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DO FALIDO	52
2.1 Das espécies de contratos: essencial distinção entre contratos unilaterais e bilaterais	52
2.2 Regras gerais aplicáveis aos contratos bilaterais na falência	54
2.3 Regras gerais aplicáveis aos contratos unilaterais na falência.....	65
3 A VALIDADE DA CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO POR FALENCIA.....	71
3.1 Conceito de cláusula de resolução	71
3.2 A validade jurídica e suas consequências para a falência	77
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo promover uma discussão acerca da validade da cláusula com base na qual opere-se a resolução do contrato, caso uma das partes venha a ter a falência decretada. Muito embora exista dispositivo em sentido contrário na Lei 11.101/05, ainda é usual na praxe empresarial a estipulação de cláusula nesse sentido, o que motiva a realização do presente estudo.

Pretende-se analisar, inicialmente, o desenvolvimento histórico do instituto, no Brasil e no mundo, desde o período pré-romano, passando pelo período romano, medieval, moderno; até chegar às bases do instituto no Brasil, desde a Colônia, passando pelo Império, até a República. Buscou-se evidenciar o abandono da teoria dos atos do comércio, no direito comercial, e a adoção da teoria da empresa, a partir do que houve a evolução da legislação falimentar, especialmente após a edição da Lei 11.101/05, mudando o foco da preservação do empresário para a preservação da atividade empresarial.

Analisar-se-á o conceito legal de falência e seus pressupostos, bem como a sentença declaratória de falência, tratando de sua natureza jurídica, seus requisitos e sistemática recursal.

Fundamental, ainda, trazer à lume os efeitos da sentença declaratória de falência com relação aos contratos do falido, tanto com relação aos contratos bilaterais como com relação aos unilaterais. Com esteio na Lei 11.101/05, é preciso avaliar os critérios orientadores a serem perseguidos pelo administrador judicial no cumprimento do contrato, a natureza do crédito daí oriundo, a existência de cláusula penal em caso de não cumprimento e a possibilidade de oposição de exceção de contrato não cumprido.

Cumprir esclarecer que foi realizado um corte epistemológico neste ponto do trabalho, em virtude do objetivo maior que é analisar a validade da cláusula de resolução nos contratos bilaterais do falido, de modo que não foram estudados os efeitos da falência com relação à pessoa, aos bens e aos atos do falido, por exemplo.

Serão estudadas, ademais, todas as particularidades inerentes à cláusula de resolução por falência, seus pressupostos e consequências, implicações econômicas e o impacto, inclusive comportamental, sobre a coletividade de credores. Mostrar-se-á que os argumentos em favor da validade da cláusula, para além de estarem pautados na doutrina civilística tradicional, desconsiderando a evolução do direito comercial e falimentar, não têm preocupação normativa em fundamentar a sua manutenção como positiva num ambiente de insolvência.

Verifica-se, assim, que o método de estudo do presente trabalho partiu da análise de vasta doutrina sobre o tema, com as incursões necessárias e imprescindíveis na legislação, com o intuito final de contribuir para a intensificação das discussões a respeito da matéria, defendendo a invalidade da cláusula de resolução por falência.

1 O PROCESSO FALIMENTAR

1.1 Esboço histórico da falência pelo mundo

A questão relativa ao adimplemento das obrigações sempre se revelou uma preocupação constante da sociedade, seja com relação ao âmbito comercial, seja com relação à esfera civil.

Ao longo do tempo, vários entendimentos permearam as legislações falimentares das diversas nações. Num primeiro momento, buscava-se a satisfação da dívida com base no próprio corpo do devedor. Essa concepção foi definhando, e o Direito evoluiu, passando-se a considerar responsável pela dívida os bens do devedor.

No entanto, as alterações no contexto social, econômico e financeiro imprimiram profundas modificações nas relações comerciais, que demandam, para além de mera alteração legislativa, o desenvolvimento de um direito falimentar apto a atender as demandas da sociedade, em especial a classe empresarial.

Para tanto, é necessário traçar um panorama histórico, a partir do qual se possa compreender a evolução do direito falimentar.

Segundo Rubens Requião¹, existem relatos de que na Índia, em textos do Código de Manu, ao credor não satisfeito era dado submeter o devedor a trabalho escravo, mas sem excessos brutais. Ao débito se acrescia cinco por cento se o devedor confessasse a dívida e dez por cento se a negasse.

No Egito Antigo, embora por breve período, era admitida a escravidão por dívida, sendo que, se os bens não bastassem para satisfação da dívida, hipótese recorrente, era dado

¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 6.

ao credor tomar como penhor o cadáver do devedor, privando-lhe de honras fúnebres, como forma de coagir amigos e parentes a quitação da dívida².

Entre os judeus, afetados pelo espírito de solidariedade, não havia coação física entre o credor e o devedor. O último, no entanto, deveria prestar seis anos de serviço ao credor, depois do que estaria liberado³.

Na Grécia, a falta de satisfação da dívida importava a servidão pessoal do devedor ao credor, seja quando o primeiro vendia sua própria pessoa, seja quando existia condenação judicial. Neste caso, o credor poderia vender o devedor e até matá-lo⁴.

Nessa fase, dita pré-romana, aduz Eloete Camilli Oliveira⁵ que não havia tutela estatal, e cabia àqueles que tinham seu direito ofendido agir em sua própria defesa, fazendo justiça com as próprias mãos. Por meio da autotutela, complementada, foi institucionalizada o cometimento de diversos abusos contra a pessoa do devedor e sua família.

No Direito Romano, com fundamento na Lei das XII Tábuas, era lícito ao credor adjudicar o devedor e mantê-lo em cárcere por sessenta dias, pois a execução era dirigida contra a pessoa do devedor (*manus injectionem*⁶). Esgotado o prazo, se não satisfeita a dívida, poderia o credor ordenar a sua execução ou a sua venda para além do Rio Tibre.

Como observa Gleick Meira Oliveira⁷, “[...] existia, naquela época tão primitiva dos institutos jurídicos, no tocante ao processo falimentar, uma clara preocupação no *jus puniende* do devedor que não honrasse as dívidas para com os seus credores”. Tratava-se, assim, de um poder de vida e morte sobre o devedor, que podia ser feito com as próprias mãos.

² Idem, p. 6.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 7. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁶ “[...] A execução inicialmente era feita sobre o próprio corpo do devedor, permitindo a lei que se repartissem tantos pedaços do corpo do devedor quantos fossem os credores” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 32)

⁷ OLIVEIRA, Gleick Meira. Falência: conhecendo a história para se construir um futuro pautado na certeza. p. 2. Disponível em <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/499/294>, acesso em 22/01/2013.

No entanto, a partir da edição da *Lex Poetelia Papiria*⁸, foi abolida a *manus injectio*. Trata-se de importante evolução, porque, para além de a lei ter fortalecido o poder do magistrado, ela modificou o foco da execução, passando os bens do devedor, e não ele próprio, a responder pela dívida⁹, tornando o instituto mais humano.

Com a instituição da *bonorum venditio* através da *Lex Aebutia*¹⁰, imitia-se um dos credores na posse dos bens do devedor, sob a supervisão do pretor, após o que ocorria a venda dos bens para saldar a dívida.

Como anota Regina Bonetti¹¹:

Neste sistema [*bonorum venditio*], o magistrado nomeava um curador para os bens [*curator bonorum*] que, além de administrar o patrimônio do devedor, deveria dar publicidade ao ato para que os demais credores, no prazo de 30 dias, concorressem aos bens. Se, decorrido o prazo, o devedor não tivesse pago a dívida, o curador poderia alienar todo o patrimônio para quem tivesse a melhor oferta e este se responsabilizava em pagar a dívida aos credores de forma proporcional.

Com a edição da *Lex Julia Bonorum* “[...] fez surgir a *cessio bonorum* que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que poderia dispô-los a venda: eis que, mesmo que em forma se singela semente, faz-se nascente a falência”¹². Tal procedimento, entretanto, não afastava a pecha de infâmia que era atribuída ao devedor.

Sobre esse ponto, esclarece Regina Bonetti¹³:

⁸ “*Lex Poetelia Papiria*: lei que extinguiu o instituto do *nexum* ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão ao patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo.” (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 27)

⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 7.

¹⁰ *Lex Aebutia*: Direito romano. Por extenso: *Lex Aebutia de Formulis. Lei de organização judiciária de data incerta, que se aponta como marco inicial do procedimento mediante formulas escritas, em substituição ao primitivo sistema oral das legis actiones*. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 27)

¹¹ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 14. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

¹² OLIVEIRA, Gleick Meira. Falência: conhecendo a história para se construir um futuro pautado na certeza. p. 2/3. Disponível em <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/499/294>, acesso em 22/01/2013.

¹³ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 15. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013

[...] a *venditio bonorum* acarretava para o devedor a nota de infâmia, da qual só se livrava pagando integralmente aos seus credores, ou recorrendo à *cessio bonorum*. Em contrapartida, se os bens do devedor não fossem suficientes para o total pagamento de seus credores, e ainda não se decidisse pela *cessio bonorum*, que era uma faculdade deixada ao arbítrio do devedor, então se instaurava o *concursum creditorum* [concurso de crédito]¹⁴.

A par disso, surgiu uma espécie de liquidação voltada ao credor infeliz, reduzido à insolvência pelo infortúnio dos negócios. Nesse caso, não lhe era atribuída a nota de infâmia, caso demonstrado que o devedor não tinha intenção de prejudicar os credores, e a partilha dos créditos existentes era realizada normalmente, segundo a classificação dos créditos¹⁵.

Na Idade Média, desenvolveu-se um direito comum, inspirado no direito romano e no direito canônico. Por meio dos usos e costumes, especialmente no âmbito das corporações de ofício, esse direito se consagrou nas decisões dos juízes consulares¹⁶.

Essas corporações, conforme defende Eloete Camilli Oliveira¹⁷, desenvolveram forte influência política e econômica, a ponto de adquirirem autonomia para certos centros comerciais a exemplo de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras. Nessas cidades, a partir do *concursum creditorum*, previsto no direito romano, dá-se o aparecimento do direito falimentar.

No mesmo sentido é a lição de Manoel Justino Bezerra Filho¹⁸:

Aquele anterior *concursum creditorum*, dirigido pelos próprios credores, passa a ser feito sob a rígida disciplina judiciária do Estado, já na Idade Média, a partir do século XIII, está em formação um direito comercial informal e cosmopolita, decorrente dos usos e costumes comerciais das corporações de ofício. Estabelecem-se aí os primeiros delineamentos do direito falimentar, estendendo-se a falência tanto ao devedor comercial quanto ao devedor civil, sendo o falido coberto de infâmia, tido como fraudados, réprobo social, sujeito a severas medidas penais, além de perda total de seu patrimônio.

¹⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 33

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 7.

¹⁶ Idem, p. 9

¹⁷ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 13. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

¹⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 33

Rubens Requião¹⁹ comenta que a repressão penal é de um traço marcante do instituto falimentar nessa fase, e visava reprimir os abusos cometidos pelos devedores desonestos. Segundo conta, “[...] a prisão do devedor insolvente, com aplicação de penas vexatórias e degradantes, era um constante do direito da época”.

O mesmo doutrinador assevera que não havia distinção entre o devedor comerciante e o não comerciante, sujeitando-se ambos às regras do direito falimentar pela redução a um denominador comum²⁰.

Não obstante, conforme defende Celso Marcelo de Oliveira²¹, “[...] a iniciativa dos credores dá lugar a tutela estatal. Tal tutela assume papel especial, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária”. Existe, assim, uma redução da participação dos credores no processo falimentar, que poderiam mais atuar “com as próprias mãos”, ao passo que existe um incremento e fortalecimento da atividade estatal.

Waldo Fazzio Junior²² salienta, ainda, que nesse período surgiu uma espécie de concordata mediada pela autoridade pública, que simplesmente homologava um acordo amigável feito com a maioria dos credores.

Como é possível observar, no período medieval houve o desenvolvimento do instituto da falência, dando contornos mais ou menos definidos à insolvência do comerciante. Ademais, houve o fortalecimento da participação do Estado na tutela do concurso de credores.

Os estudos desenvolvidos na Itália foram, ao longo do tempo, largamente difundidos em outras nações, encontrando amparo nas Ordenações de 1673, na França²³. Foi, no entanto, o Código Comercial francês de 1807 que contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do direito falimentar, com impacto no direito comercial brasileiro.

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 9.

²⁰ Idem, p. 9

²¹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 29

²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 24.

²³ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.6.

Para Rubens Requião²⁴, houve modificação na mentalidade do direito falimentar, considerando o avanço de ideias individualistas e utilitaristas, como consequência da economia liberal em ascensão; a partir do que houve predomínio do instituto econômico, que põe em relevo os interesses dos credores.

Regina Bonetti²⁵ ensina que a partir desse Codex as penas atribuídas ao falido foram sendo gradativamente minoradas, sendo aplicadas segundo critérios econômico-sociais, entendendo a empresa como instituição social, o que contribuiu para o desenvolvimento do atual conceito de empresa²⁶.

A partir desse novo pensamento, existe a preocupação da permanência da empresa no mercado, e não apenas a sua liquidação judicial, pois atentou-se para os vultosos interesses, públicos e privados, especialmente envolvendo grandes empresas, que aglutinam poderosos interesses econômicos e sociais²⁷.

Eloete Camilli Oliveira²⁸ aponta que, na atualidade, superada a prevalência do relacionamento credor-devedor privado, o direito falimentar busca tutelar o crédito, fundamental à preservação da empresa, responsável pelo desenvolvimento econômico e pela estabilidade financeira.

Outro importante aspecto introduzido foi a diferenciação entre o devedor honesto e desonesto, abrindo a possibilidade de o primeiro ser beneficiado pela moratória, sendo

²⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 10

²⁵ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 18. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

²⁶ Atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, segundo se extrai do art. 966 do Código Civil. O ponto será analisado adiante com mais afinco.

²⁷ “O conceito moderno de empresa, como atividade do empresário destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, fatalmente acarretaria a tomada de outras posições do direito falimentar. Vivemos, assim, em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa, e não apenas com sua liquidação judicial.” (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 11)

²⁸ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 22. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

aperfeiçoado o instituto da concordata²⁹. Tal fato contribuiu, ademais, para o desenvolvimento de um direito penal falimentar, com aptidão para coibir a fraude dos devedores desonestos.

Verifica-se, dessa forma, a evolução da responsabilidade pessoal presente no direito romano com o incremento da atividade estatal durante a Idade Média, para, nos dias atuais, entender a empresa com responsável pelo desenvolvendo econômico e social, e que seu encerramento tem efeitos negativos não só para a comunidade de credores, mas também para a sociedade.

1.2 Esboço histórico da falência no direito brasileiro

É possível identificar no Brasil, 3 (três) períodos bem definidos em que houve o desenvolvimento do instituto da Falência: o período colonial, o período imperial e o período republicado.

No Brasil-colônia, o instituto falimentar se desenvolveu por meio de ordenações³⁰, distinguidas em três etapas, iniciando com as Ordenações Afonsinas³¹, posteriormente com as Ordenações Manuelinas³² e finalmente com as Ordenações Filipinas³³, conforme ensina Manuel Justino Bezerra Filho³⁴:

²⁹ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

³⁰ “Ordenações: pôr em ordem ou organizar por lei a sociedade. Hist. Modo Peculiar aos países hispânicos de nomearem os corpos de leis destinadas à unificação do Direito.” (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 29)

³¹ Ordenações Afonsinas: Hist. Compilação de leis anteriores a Dom Afonso V, de Portugal, por ele mandada formular atendendo a pedido das Cortes, no sentido de ser consolidado o direito então vigente, e que, aprovada em 1447, vigorou até a publicação das Ordenações Manuelinas, em 1521. Também denominado, sem muito precisão técnico-legislativa, de Código Afonsino. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 31)

³² “Ordenações Manuelinas: corpo de leis em atualização das Afonsinas, mandado elaborar por Dom Manuel, o Venturoso, em 1521. Também chamado, sem maior precisão técnico-legislativa, Código Manuelino.” (Idem, p. 31)

³³ “Ordenações Filipinas: corpo de leis editado em 1603 por Felipe II, de Espanha, e Felipe I de Portugal, e que viveu no Brasil-Colônia e após a Independência, somente definitivamente afastado em 1917, com a promulgação do Código Civil Brasileiro.” (idem, p. 32)

³⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 34.

[...] o exame do histórico do direito brasileiro inicia-se com as Ordenações Afonsinas que, promulgadas em 1446, estavam vigendo quando da descoberta do Brasil, em 1500; as Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521, e, posteriormente, pelas Filipinas, em 1603.

Muito embora não tratassem de forma específica da quebra do comerciante, as Ordenações Afonsinas estabeleciam prioridade para o credor que iniciasse a execução³⁵. Conforme acentua Waldemar Ferreira³⁶, “[...] estabeleceram as Ordenações Manuelinas o princípio da prioridade na satisfação do direito de crédito em favor do que primeiro executava.”

Em virtude disso, as Ordenações Afonsinas foram revistas, e substituídas pelas Manuelinas, em que era marcante o agravamento da punição ao devedor, havendo previsão legal de que fosse preso até que pagasse os seus credores, em se constatando uma falência fraudulenta. Era facultado ao devedor, no entanto, cedendo seus bens aos credores, impedir a prisão³⁷.

A partir de 1603, passaram a vigorar as Ordenações Filipinas, normas espanholas que, contudo, eram aplicadas em Portugal em virtude da sujeição ao Reino de Castela, durante a União Ibérica. A quebra do comerciante, vale mencionar, só passou a ter tratamento específico a partir da edição da Lei de 8 de março de 1585, promulgada por Felipe II. Esta lei foi que inspirou a edição do Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas³⁸.

Sobre o assunto, esclarece Celso Marcelo de Oliveira³⁹:

É importante ressaltar que nessa ordenação ficou delineado o Direito Falimentar. Nessa fase, sendo o devedor condenado por sentença que transitasse em julgado, eram, automaticamente, executados e penhorados os seus bens. Caso não achassem os bens, ele seria recolhido a cárcere privado, até que pagasse, cabendo ao devedor optar por fazer cessão de seus bens, sendo assim, seria liberado.

³⁵ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

³⁶ FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v., p. 22.

³⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 14.

³⁸ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

³⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 32

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, inúmeros alvarás foram expedidos, merecendo destaque o Alvará de 13.11.1756, editado pelo Marquês de Pombal, a partir do que se desenvolveu um original e autêntico processo falimentar, nítida e acentuadamente mercantil, voltado para os comerciantes⁴⁰.

Trata-se do ponto de partida do direito falimentar brasileiro, tendo em vista que não só regula a punição penal do crime falimentar, mas também diferencia a falência culposa da inocente⁴¹.

Amador Paes de Almeida⁴² anota que o falido deveria se apresentar à Junta Comercial, onde juraria a verdadeira causa da falência. Depois de entregar as chaves dos armazéns, declarava todos os seus bens e entregava o Livro Diário. Era feito o inventário, e 10% do produto da arrecadação era destinado à sobrevivência do devedor e sua família, repartindo-se o restante. Havendo fraude, era decretada a prisão do devedor.

Para Regina Bonetti⁴³, o Alvará de 1756 já demonstrava a tendência de preservação da empresa por meio da falência, hoje a base do moderno sistema falimentar.

O período imperial trouxe poucas modificações no sistema falimentar brasileiro, porque, após a Independência, a chamada Lei da Boa Razão mandava observar, subsidiariamente, as leis das nações civilizadas. Diante disso, a influência do direito francês, notadamente o Código Comercial napoleônico de 1807, foi marcante⁴⁴.

Marcando o surgimento do direito falimentar no Brasil, em 1850 foi promulgado o Código Comercial, que regulamentou o instituto em sua terceira parte, intitulada “Das

⁴⁰ FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v., p. 29.

⁴¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 15.

⁴² PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7.

⁴³ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 23. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 19.

Quebras”, sendo o processo falimentar posteriormente regulamentado pelo Decreto n.º 738 de 1850, como anota José Cândido Sampaio de Lacerda⁴⁵:

Em 1850, promulgado o Código Comercial, dedicou ele a sua terceira parte à falência, intitulando-a “Das Quebras”, tendo o Decreto 738, de 1850, estabelecido o processo para as falências (arts. 102 a 187). Com a publicação do Código Comercial de 1850, inaugura-se a primeira fase histórica do instituto do direito brasileiro, fase essa que se estenderia até o advento do regime republicano. Nesse período, o que caracteriza a falência é a cessação de pagamentos (art. 797). Alegava-se, contra o sistema do Código Comercial, ser ele lento, complicado, dispendioso, prejudicando a um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a últimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação da massa.

Segundo aponta Eloete Camilli Oliveira⁴⁶, o Código Comercial era dividido em 3 (três) partes:

O código promulgado dividia-se em três partes: a parte primeira dispunha sobre o comércio em geral, a segunda sobre o comércio marítimo e a terceira, sobre as quebras. A última parte, que correspondia aos artigos 797 a 913, regulava a falência, a concordata suspensiva e a moratória, tendo se filiado ao sistema francoitaliano, de aplicação restritiva aos comerciantes.

Nessa época, não era prevista a concordata preventiva, restringindo-se apenas à suspensiva, apenas cabível naqueles casos em que o falido não agira com dolo ou culpa. Somente por meio do Decreto-Legislativo n.º 3.065 de 06.05.1882, a concordata preventiva foi introduzida no nosso sistema, reformando a terceira parte do Código Comercial⁴⁷.

Rubens Requião destaca que o instituto da moratória era voltada ao comerciante que provasse a impossibilidade de satisfazer de pronto os pagamentos devido a eventos extraordinários ou imprevisíveis. A benesse era concedida desde que apresentasse balanço exato, demonstrando que, em até 3 (três) anos, teria fundos suficientes para realizar todos os pagamentos⁴⁸.

⁴⁵ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 36

⁴⁶ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 27. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁴⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 35

⁴⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 20.

O período republicano foi marcado por intensa reelaboração legislativa, iniciando pela edição do Decreto n.º 917 24.10.1890, que revogou toda a terceira parte do Código de 1850.

Sobre a alteração legislativa, lição de José Cândido Sampaio de Lacerda⁴⁹:

Esse decreto marcou grande andamento em matéria de falência e foi inspirado na lei suíça. Essa segunda fase caracteriza o estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e na impontualidade no pagamento de obrigação mercantil líquida e certa, no seu vencimento (arts. 1 e 2), tendo instituído como meios preventivos: a moratória, a cessão de bens, o acórdão extrajudicial e a concordata preventiva.

Uma das novidades foi a instituição da figura do administrador da massa falida – síndico, como função pública – que deveria ser escolhido entre os nomes indicados em lista elaborada pelas Juntas comerciais⁵⁰.

Para Trajano de Miranda Valverde⁵¹, as diversas possibilidades de se evitar a falência foram utilizadas indevidamente, concorrendo para ocorrência de diversas fraudes:

A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil porque atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade com que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego de meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o falseamento do sistema de aplicação da lei, pelo cancelamento dos principais princípios que a inspiravam, concorreram para o descrédito do dec. n.º 917.

Com o intuito de reduzir as fraudes, foi aprovada a Lei n.º 859 de 1902, que modificou o Decreto n.º 917. A alteração, no entanto, não surtiu o efeito esperado, e precisou ser regulada pelo Decreto n.º 4.855 de 1903, face à ausência de dispositivos sobre o processo de falência⁵².

⁴⁹ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 37/38.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA p. 29. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁵¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 16/17)

⁵² OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA p. 29. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

Críticas à parte, José Xavier Carvalho de Mendonça defende que não pode ser questionado o mérito de o Decreto ter aberto novos horizontes para o direito comercial, ressaltando a criação de novos institutos e eliminação de incertezas⁵³. Na mesma linha Rubens Requião⁵⁴, para quem “[...] o Decreto n.º 917 foi um passo à frente na modernização do instituto falimentar à época”.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei 2.024 de 17.12.1908. Segundo José Cândido Sampaio de Lacerda⁵⁵, “[...] representava uma síntese bem formulada dos princípios que nortearam o Dec. 917, de 1890, embora com o aproveitamento de algumas normas colhidas do direito estrangeiro novo”.

Conforme salienta Regina Bonetti⁵⁶:

Esta lei extinguiu a concordata extrajudicial e a moratória, consolidando o sistema da concordata judicial na forma preventiva e suspensiva. Entretanto, apesar de haver perdurado por um certo tempo, devido a alguns defeitos da Lei, em 9 de dezembro de 1929 promulgou-se o Decreto n.º 5.746 que previu a diminuição do número de síndicos e determinou percentagem para a propostas de concordata. Esta lei permaneceu em vigor até o advento do Decreto-Lei n.º 7.661/45 [...]

Rubens Requião elenca a grande depressão, motivada pela Primeira Guerra Mundial, como um dos fatores da revisão da Lei 2.024/08 levada a efeito pelo Decreto n.º 5.746. Posteriormente, com o advento do Estado Novo e a preocupação de ajustar a legislação à filosofia política de fortalecimento do poder do Estado, vislumbrou-se a necessidade de uma nova legislação falimentar⁵⁷.

Sobre o assunto, menciona José Cândido Sampaio de Lacerda⁵⁸:

Em 31 de outubro de 1939 apresentou Trajano Miranda Valverde um anteprojeto de lei de falência, encargo a ele confiado pelo então Ministro da Justiça Francisco

⁵³ MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 87.

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 20.

⁵⁵ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 38.

⁵⁶ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 25. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 21.

⁵⁸ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 38/39.

Campos. [...] entre outras inovações, o anteprojeto não mais fez a concordata depender da vontade dos credores; reduziu a administração da falência ao síndico, com as incumbências que eram do liquidatário e entregou ao juiz a sua escolha.

Posteriormente, no dia 21 de outubro de 1943, Alexandre Marcondes Filho, Ministro da Justiça na época, apresentou um outro anteprojeto, da lavra de comissão composta por Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Silvio Marcondes e Luís Felipe Coelho. O documento, com algumas inovações já trazidas por Trajano de Miranda Valverde, transformou-se no Decreto-Lei 7.661/45⁵⁹.

Dentre as principais inovações levadas a efeito pelo Decreto-Lei 7.661/45, Celso Marcelo de Oliveira⁶⁰ elenca:

[...] a) começou-se a abolir as Assembléias dos Credores, diminuindo a influência destes, reforçando os poderes dos magistrados, e b) a concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ser um contrato para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto. Fundamentalmente, esse novo decreto teve como novidade a extinção da figura do liquidatário e, também, o fato de que a concessão da concordata preventiva não ficava mais à mercê dos credores. Instaurou-se, também a marcha paralela do processo falimentar com o processo criminal.

Rubens Sant`Anna⁶¹ aponta ainda outras inovações levadas a efeito pelo novo Decreto:

[...] a faculdade de o devedor ou o credor requerem a falência, o princípio de defesa do devedor quando requerida a falência pelo credor, a decretação da falência mediante sentença; a habilitação do credores, a verificação dos créditos; a arrecadação, a avaliação e a venda dos bens, para a realização do ativo e pagamento dos credores, através de rateios; a extinção das obrigações do falido; o direito de o falido impetrar concordata suspensiva.

Não obstante as diversas inovações levadas a efeito pelo Decreto-Lei 7.661/45, ele foi alterado posteriormente por um grande número de normas⁶², as quais, entretanto, não lhe

⁵⁹ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 39.

⁶⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 38.

⁶¹ SANT`ANNA, Rubens. Falências e Concordatas. 5ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 23.

⁶² Destacam-se: "lei n. 3726, de 11 de fevereiro de 1960 (dispõe sobre a preferência dos créditos trabalhistas); lei n. 4.839, de 18 de novembro de 1965 (dispõe sobre a preferência dos créditos trabalhistas); decreto-lei n. 192, de 24 de fevereiro de 1967 (fixa o entendimento da expressão "indenizações trabalhistas"); decreto-lei 669, de 03 de julho de 1969 (exclui do benefício da concordata empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica); lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973 (promove adaptações por força do novo CPC); lei n. 6.024, de 13 de março de 1973 (dispõe sobre a intervenção e liquidação de instituições financeiras); lei 6.458, de 01 de novembro de 1977 (promove adaptações em razão do CPC); lei n. 4.983, de 18 de maio de 1983 (dispõe

alteraram a essência. Contudo, essas alterações não foram suficientes para acompanhar a evolução do instituto falimentar, que carecia de maior dinamicidade, esbarrando nos aspectos extremamente formais do Decreto.

É que, vigente há quase 60 (sessenta) anos, e apesar de reformado diversas vezes, o Decreto-Lei 7.661/45 mostrava sinais que merecia uma reforma integral. Rubens Sant`Anna⁶³, em 1986, já destacava o abismo existente entre o ambiente político-econômico da década de 40 e o da década de 80.

Nos distantes dias de 1945, quando foi decretada a Lei de Falências, o Brasil praticamente não conhecia inflação, inexistia a correção monetária e a base do crédito do comércio em geral era mantida pelos fornecedores, a rede bancária não formava os grandes conglomerados que existem atualmente, a incipiente noção de empresa não correspondia à que se afirma nos dias correntes, a carga tributária era muitíssimo inferior à de agora.

Nesse contexto, Waldo Fazzio Junior⁶⁴ explica que o excesso de formalismo da antiga Lei de Falências e Concordatas incentivava a morosidade, deixava desprotegidos créditos que não fossem públicos e conferia demasiada ênfase ao elemento punitivo do instituto. Não se mostrava, por isso, capaz de acompanhar os engendrados problemas do processo de falência, que se mostravam cada vez mais complexos, burocratizados e inócuos.

Além disso, adverte Eloete Camili Oliveira⁶⁵ que o Decreto-Lei não mais atendia as propostas constitucionais, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988:

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, fundamentando a Ordem Econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social e enumerando os princípios diretores da economia nacional, verificou-se que o decreto

sobre o rito sumário, aplicável às falências cujo passivo for inferior a 100 salários mínimos); lei n. 7.274, de 10 de dezembro de 1984 (dispõe sobre várias alterações na concordata); lei n. 8.131, de 24 de dezembro de 1990 dispõe sobre várias alterações na concordata); e lei n. 8.639, de 31 de março de 1993 (dispõe sobre várias alterações na concordata).” (CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Falência e concordata - a interpretação sistemática no direito concursal brasileiro. Revista Jurídica n.º 248, p. 15. Disponível em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/211.htm>, acesso em 31/01/2013)

⁶³ SANT`ANNA, Rubens. A Falência da Empresa. Realidade Contemporânea e Perspectivas Futuras. Revista de Direito Mercantil, nº 64, São Paulo, 1986, p. 43, *apud* BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 29. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

⁶⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 17.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA p. 37. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

lei deixou de atender às propostas constitucionais. A previsão constitucional de um regime neoliberal, capaz de conciliar a livre iniciativa, com o respeito ao trabalho, não apenas do empresário, mas também dos empregados, dos autônomos e dos trabalhadores informais, entrava em choque com o tratamento dispensado aos empresários em dificuldades econômicas, o qual primava por um tratamento individualista, sem considerar os reflexos que o encerramento de uma atividade, ainda viável, causaria na economia. O objetivo maior do decreto-lei era a quitação das obrigações do empresário, concedendo o prazo máximo de dois anos, na hipótese de obtenção da concordata e diante da sua impossibilidade, a solução era a liquidação da atividade.

Regina Bonetti⁶⁶, citando Adilor Danieli, menciona o desvirtuamento do instituto da falência, utilizado não raro como meio extremo e coercitivo de cobrança, um dos fatores preponderantes para a reforma da legislação falimentar anterior.

Diante disso, foi proposto na Câmara dos Deputados em 1993 o Projeto de Lei n.º 4.376-A, o que originou a mensagem 1014/93 do Poder Executivo, subemendada pelo Projeto de Lei n.º 205, de 1995, propalado como uma reforma total da legislação falimentar (Decreto n.º 7.661/45), substituto mais condizente com a realidade sócio-econômica vivenciada pelas empresas brasileiras⁶⁷.

Embora tenha se desviado em alguns pontos do projeto inicial⁶⁸, o Projeto de Lei n.º 4.376-A procurou introduzir no Brasil a tendência geral da preservação da empresa, regulando, para tanto, um dos pontos mais significativos da reforma, os institutos da Recuperação da Empresa, Judicial e Extrajudicial, e também da Falência, abolindo mecanismos do sistema de concordatas que buscavam suspender os efeitos de falências já decretada⁶⁹.

⁶⁶ BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 31. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013

⁶⁷ Idem, p. 30.

⁶⁸ “De 1993 até mais ou menos o ano 2000, o projeto trazia uma série de proposições que demonstravam preocupação efetiva com a situação da sociedade empresária, com institutos que teriam, talvez, condições de propiciar recuperação. A partir de 2000/2001, as pressões que passaram a se fazer cada vez mais presentes na elaboração da lei trouxeram a correção de rumo que levou a uma verdadeira mudança do ponto de vista filosófico, e tal forma que o texto foi cada vez mais se distanciando das metas originais. Tanto que no meio jurídico passou-se a comentar, de forma jocosa certamente, que a Lei não seria mais `Lei de Recuperação de Empresas` e sim `Lei de Recuperação de crédito bancário`, ou ainda `Lei Febraban`. [...]” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 43)

⁶⁹ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 38/39. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

Conforme assinala Celso Marcelo de Oliveira⁷⁰:

[...] o projeto mantém a falência no ordenamento jurídico brasileiro, conserva também o instituto da concordata preventiva, abole a concordata suspensiva e introduz essa nova ferramenta chamada `recuperação das empresas`. [...]. O PL n.º 4.376-A/93, na forma do Substitutivo apresentado pelo relator da matéria, cria as recuperações extrajudicial e judicial como procedimentos para se tentar evitar a falência, estabelecendo regras que preservam a existência de empresas em dificuldades. Pelo texto aprovado, para que um processo de recuperação extrajudicial seja iniciado, o empresário em situação de insolvência deverá apresentar a seus credores, excluídos os trabalhadores e o Fisco, uma proposta de recuperação, que, se aceita pela maioria dos credores em Assembléia Geral, será levada ao Judiciário para homologação. [...]. O instituto da recuperação da empresa, na verdade, preenche o vácuo deixado pelo desaparecimento da concordata suspensiva.

Eis que em 09.02.2005, após 12 (doze) anos de tramitação do Projeto de Lei n.º 4.376/93 no Congresso Nacional, foi promulgada a Lei 11.101/05, que servirá de base para o presente trabalho.

1.3 Falência: uma mudança de foco

A partir da edição do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar a teoria da empresa, por influência do Código Civil italiano de 1942. Sobre a importância da legislação alienígena, ensina Giovanni Magalhães Martins Filho⁷¹:

Foi com o Código Civil Italiano, de 1942, unificador do direito privado naquele país, que restou estabelecida uma nova tese, baseada na empresa. A ideia de empresa, aliás, não é nova. Antes mesmo do referido diploma legislativo, já se falava, bem como se tinha em legislações esparsas, a figura da empresa, a que não foi dada toda a importância, sendo vista apenas como uma sequência de atos de comércio. Apenas com o Código Italiano é que a empresa, do ponto de vista jurídico, passou a merecer maior atenção e considerações.

Coube a Alberto Asquini definir os preceitos iniciais do moderno conceito de empresa, e o fez considerando-a como um fenômeno poliédrico⁷², do ponto de vista jurídico

⁷⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 39.

⁷¹ MARTINS FILHO, Giovanni Magalhães. O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. p. 380. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>, acesso em 23/01/2013.

⁷² “O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas

encarada sobre quatro perfis: 1) o perfil subjetivo, que vê a empresa como o empresário, 2) o perfil funcional, que vê a empresa como atividade empreendedora, 3) o perfil patrimonial ou objetivo, que vê a empresa como o estabelecimento e 4) o perfil corporativo, que vê a empresa como instituição⁷³.

Contudo, adverte o autor⁷⁴ que a análise dos diversos perfis da empresa não tem o condão de romper a unicidade do conceito de empresa:

Como colocado, a análise dos diversos perfis jurídicos da empresa, [...], não pretende romper a unidade do conceito de empresa como fenômeno econômico e portanto como matéria de direito: que a empresa existe e vive como fenômeno econômico unitário, sem rupturas.

O perfil subjetivo, particularmente importante para o presente trabalho, traz ínsita a noção de empresa como empresário, é dizer, a empresa seria equiparada ao sujeito de direitos, pessoa física ou jurídica, que exerce a atividade empresarial.

Existem, segundo o autor, acompanhando a dicção do art. 2.082 do Código Civil Italiano de 1942⁷⁵, quatro elementos necessários à caracterização do empresário, segundo o perfil subjetivo.

O primeiro elemento é relativo à titularidade, isto é, o empresário, sujeito de direitos (pessoa física ou jurídica), precisa exercer a atividade em seu próprio nome, devendo ser excluído do conceito aquele que exerce a atividade por meio de representação, ou que, de qualquer forma, não a exerça diretamente.

O segundo elemento é relativo à organização da atividade econômica (que, aliás, independe do porte econômico da empresa), pois implica, por parte do empresário, que exista um trabalho autônomo, capaz organizar e gerenciar a atividade, com assunção, destarte, do risco técnico e econômico.

de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.”(ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1996, v. 35, n. 104, p. 109.)

⁷³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 31ª ed. Saraiva: São Paulo. 2012, vol. I, p. 79.

⁷⁴ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1996, v. 35, n. 104, p. 125.

⁷⁵ “Art. 2.082. É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços” (ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1996, v. 35, n. 104, p. 114.)

O autor⁷⁶ esclarece:

“Não é, portanto, empresário, quem exerce atividade econômica às custas de terceiros e com risco de terceiros. Não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual.”

O terceiro elemento é relativo produção ou circulação de bens ou serviços, que podem abranger diversas áreas da economia. Para o autor⁷⁷, “[...] qualquer organização produtiva com o fim de troca dá lugar a uma atividade empresarial”

O quarto elemento é relativo à profissionalidade, entendida como o exercício da atividade de forma não ocasional. Cumpre anotar que, segundo o autor⁷⁸, que “[...] o conceito da profissionalidade surge como elemento natural, porém não essencial [...]” ao exercício da empresa.

O perfil funcional é entendido como o próprio exercício da atividade econômica, “[...] aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”. Referindo-se à dificuldade de se resistir ao uso do vocábulo *empresa* para designar atividade empresarial, defende que sua utilização não seja atribuída exclusivamente para designar esse perfil da empresa.

A par disto, ensina que tal ideia tem franca relevância na teoria jurídica da empresa⁷⁹:

De qualquer forma, deixando de lado a questão das palavras, não há dúvida de que o conceito de atividade empresarial tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial; segundo lugar porque da diversa natureza da atividade empresarial - agrícola ou comercial - depende a qualificação do empresário como empresário agrícola ou comercial; em terceiro lugar, para a aplicação das normas particulares relativas às relações da empresa.

⁷⁶ Idem, p. 114/115.

⁷⁷ Idem, p. 115.

⁷⁸ Idem, p. 116.

⁷⁹ Idem, p. 117.

O perfil objetivo, ou patrimonial, é aquele em que a empresa é entendida como o patrimônio destacado para o exercício da atividade econômica, distinto, portanto, do patrimônio do empresário. Conforme ensina o autor⁸⁰:

[...] o fenômeno econômico da empresa, projetado sobre o terreno patrimonial, dá lugar a um patrimônio especial distinto, por seu escopo, do restante patrimonial do empresário (exceto se o empresário é uma pessoa jurídica, constituída para o exercício de determinada atividade empresarial, caso em que o patrimônio integral da pessoa serve àquele escopo). É notório que não faltam doutrinas tendentes à personificação do tal patrimônio especial tendentes a nele identificar 'a empresa' como sujeito de direito (pessoa jurídica) distinto do empresário. Mas esta tendência não foi acolhida no nosso, nem em outros ordenamentos jurídicos.

Para Alberto Asquini, a este patrimônio dá-se o nome de estabelecimento, um patrimônio aziental, concebido como *universitas iurium*. Assim, para ele o perfil objetivo da empresa pode ser entendido como o complexo de bens utilizados no desenvolvimento da atividade empresarial.

O perfil corporativo é aquele pelo qual a empresa é entendida como uma instituição. Enquanto os outros perfis encaram a noção de empresa sob o ponto de vista individualista do empresário, o perfil corporativo entende a empresa como o resultado de uma comunhão de forças, a organização de pessoas, o empresário e seus colaboradores no âmbito de uma corporação.

Conforme ensina o autor⁸¹:

O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresários e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando - e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.

Como já afirmado, o Código Civil de 2002, na esteira da doutrina italiana adotou a teoria da empresa, mais especificamente o seu perfil subjetivo, e define o empresário no seu art. 966, *caput*. Esse é o teor do referido dispositivo:

⁸⁰ Idem, p. 118.

⁸¹ Idem, p. 122.

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

[...]

Por interpretação lógica, extrai-se que a empresa é uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços⁸², portanto uma *atividade*, conceito abstrato, ao passo que o empresário é um sujeito de direitos, o titular da empresa.

Conforme se percebe, a atividade empresarial passa a ser relevante para o novo Direito Comercial⁸³, superada, de uma vez por todas a teoria dos atos do comércio⁸⁴, a partir do se extraía o conceito de comerciante.

A propósito, ensina Tullio Ascarelli⁸⁵ que não é a atividade que vai determinar se alguém é, ou não, empresário, mas sim o contrário:

O que qualifica o empresário - conceito central na sistemática da legislação italiana - é, em minha opinião, uma atividade econômica (assim como uma atividade econômica qualificava o comerciante): [...] É pois a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário (e não, ao contrário, a qualificação do sujeito que determina a atividade) e nessa prioridade da atividade exercida para a qualificação do sujeito pode-se notar a persistência de um elemento objetivo, como

⁸² Vale conferir interessante decisão do STJ: '[...] 2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo "o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". 3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa. [...]' (REsp 623367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p. 245, disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=481974&sReg=200400064003&sData=20040809&formato=PDF, acesso em 03/01/2012)

⁸³ MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. p. 381. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>, acesso em 23/01/2013.

⁸⁴ A derrocata da teoria dos atos de comércio ocorreu, fundamentalmente, por não apresentar um critério exato, científico, não conseguindo acompanhar o surgimento de diversas outras atividades econômicas, principalmente após a Revolução Industrial. A esse respeito: "Passou, desse modo, o Direito Comercial a ser aplicável aos atos de comércio, e a essa orientação se dá o nome de Direito Comercial objetivo. Mas a verdade é que, se a caracterização do comerciante ficou a depender da prática habitual de certos atos de comércio, bem todas as pessoas que praticam atos de comércio são consideradas comerciantes. Isso em virtude de serem reputadas comerciais, por definição legal, certas espécies de atos que amparam seus agentes com a lei comercial, ainda mesmo que essas pessoas não sejam consideradas comerciantes. Dada inexistência de um critério exato ou científico para se dizer que tal ou tal ato é comercial, difícil é admitir-se cientificamente o Direito Comercial como o direito que ampara os atos de comércio, pois não tem uma limitação dos atos que podem ser caracterizados como comerciais." (MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25/26.)

⁸⁵ ASCARELLI, Tullio. O empresário. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1998, v. 36, n. 109, p. 183.

critério de aplicabilidade da especial disciplina ditada para a atividade e para quem a exerce.

Essa evolução normativa teve importantes reflexos no diploma falimentar, especialmente com a edição da Lei 11.101/05, a partir do que a atividade, e não mais o empresário, passou a ser o centro de preocupações da ordem econômica.

Conforme dispõe o art. 47 do supracitado diploma legal:

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.

Assim, o importante é preservar a empresa, e não o empresário, tendo em vista os múltiplos interesses envolvidos, de ordem pública e privada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os diversos conflitos de interesse⁸⁶.

Conforme defende Max Roberto de Souza e Silva⁸⁷:

Com a entrada em vigor da nova lei, a função social e a preservação das empresas economicamente viáveis passaram a ser legalmente defendidas, por intermédio do seu art. 47, que, ao criar a ação nova de recuperação judicial, atribuiu como sua finalidade precípua “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 princípio norteador do novo diploma legal é, portanto, o da manutenção das empresas economicamente viáveis, com o intuito de salvaguardar os interesses sociais envolvidos, em face dos inestimáveis prejuízos decorrentes da declaração de sua falência.

Ademais, a atividade pode continuar com a substituição de seu titular até mesmo na falência. É dizer, notadamente com a venda em bloco dos estabelecimentos comerciais, é possível preservar a empresa, ainda que haja a substituição do empresário.

⁸⁶ “A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem” (CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.)

⁸⁷ SOUZA E SILVA, Max Roberto de. A Recuperação Judicial suspensiva da falência. O voo da fênix: o resgate de empresário viável. p. 25. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

Essa é a grande inovação da Lei 11.101/05, a preservação da atividade empresarial, a manutenção da fonte produtora, com destaque para a alteração legislativa do instituto da Concordata para o da Recuperação Judicial, conferindo amplas balizas para o soerguimento da atividade.

A esse respeito, novamente a lição de Max Roberto de Sousa Silva⁸⁸:

[...] é indubitável que a nova lei representa uma grande evolução para o direito empresarial moderno, privilegiando a recuperação do devedor em crise econômico-financeira em detrimento da sua falência. Isso permite 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.

No mesmo sentido, ensina de Waldo Fazzio Junior⁸⁹, para quem é necessário privilegiar os mecanismos de soerguimento da empresa:

O direito concursal é, hoje, o direito da empresa em crise. Superou a fase primitiva da vindica dos credores, ultrapassou os estreitos limites da liquidação falitária e, dia após dia, apresenta-se como solução jurídica mais pragmática, mais sintonizada com o direito econômico e, acima de tudo, deixou de ser um mero complexo regulador de relações estritamente privadas para encampar o interesse público e as repercussões sociais das isquemias das empresas. [...] Ampara-se na convicção haurida na experiência histórica de que, mediante procedimentos de soerguimento da empresa em crise, os credores têm melhores perspectivas de realização de seus haveres, os fornecedores não perdem o cliente, os empregados mantêm seus empregos e o mercado sobre menos (impossível não sofrer) os impactos e as repercussões da insolvência empresarial.

A falência, portanto, deve ser a última alternativa ao empresário, somente direcionada àquele que efetivamente não tem condições de se manter no mercado. Sobre o tema, destaca Sérgio Campinho⁹⁰:

[...] a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei n. 11.101/2005.

⁸⁸ Idem, p. 21.

⁸⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 20

⁹⁰ CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 123.

A falência, por outro lado, apresenta caráter saneador, na medida em que afasta do mercado aqueles empresários que não sobrevivem sozinhos no ambiente econômico, que precisam de mecanismos artificiais de sustentação, inaptos, portanto, para o exercício da atividade empresarial.

Manuel Justino Bezerra Filho⁹¹ assim se manifesta:

[...] mais do que a igualdade entre os credores na liquidação falimentar do patrimônio do devedor, muito mais do que a segurança do crédito – pontos de vista respeitáveis na doutrina antiga –, é o saneamento da atividade empresarial que constitui a finalidade primeira do instituto da falência, nas concepções modernas de atuação judicial do Estado.

Não se pode olvidar, entretanto, a importância da proteção ao mercado e a sua importância para o ambiente econômico, pois devem ser levados em consideração os impactos não apenas naquelas empresas insolventes⁹², mas também no universo daquelas que são atingidas indireta e reflexamente por todo o procedimento falimentar.

A necessidade de uma legislação eficiente, pois, vai muito além dos interesses imediatos dos credores, da garantia do *par conditio creditorum*, ou mesmo do saneamento do mercado, pois estimula a difusão de um ambiente econômico equilibrado⁹³.

Diante disso, elogiável a alteração legislativa promovida pela Lei 11.101/05 que passou a atribuir maior relevância às consequências mercadológicas de seus dispositivos, e, principalmente, realizou a mudança de foco da pessoa do empresário para a atividade empresária, que deve, sempre que viável, ser preservada.

⁹¹BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009, p. 237

⁹²BARROS LISBOA, Marcos de. *et al.* Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32.

⁹³“A existência de uma legislação falimentar eficiente é fundamental para o ambiente econômico e vem sendo bastante discutida pela literatura da disciplina de direito e economia. Essa importância surge a partir da constatação de que um sistema de resolução de insolvências que cria um mecanismo ordenado de resolução de conflitos e coordenação de interesses para empresas com problemas financeiros ou até mesmo falidas gera resultados eficientes do ponto de vista econômico. Mas o papel desempenhado pela legislação falimentar vai muito além, sendo central na sinalização aos agentes econômicos sobre os possíveis resultados a serem obtidos em suas estratégias de negócios.” (BARROS LISBOA, Marcos de. *et al.* Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.)

1.4 A sentença declaratória de falência

Esse é o ponto de partida para o estudo pretendido no presente trabalho. Não se busca aqui, por óbvio, esgotar a discussão sobre a matéria, mas tão somente discutir os aspectos mais relevantes da sentença declaratória de falência, seus pressupostos, e consequências gerais, sem adentrar, pelo menos neste tópico, às particularidades de seus efeitos⁹⁴.

Conforme lição de José Cândido Sampaio de Lacerda⁹⁵, falência é

[...] um processo de execução coletiva, decretado judicialmente, dos bens do devedor comerciante ao qual concorrem todos os credores para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquida o ativo, saldar o passivo, em rateio, observadas as preferências legais.

Amador Paes de Almeida⁹⁶ ensina que a falência tem que ser analisada sob o prisma econômico e jurídico, e defende que do ponto de vista econômico é uma patologia creditícia, e sob o ponto de vista jurídico um processo de execução coletiva contra devedor insolvente.

José da Silva Pacheco⁹⁷ defende que a falência tem sido encarada sob diversos ângulos:

Econômico e social, como objeto dos estudos relativos à Economia e Sociologia, tendo em vista as causas ou circunstâncias cíclicas que a determinaram ou acompanham, bem como as consequências no meio social. Jurídico, como objeto de estudo do direito comercial, econômico, penal, internacional privado (direito material) e processual civil, penal e internacional. Jurídico, como objeto de estudo do direito econômico ou empresarial e do direito processual.

Trajano de Miranda Valverde⁹⁸ apresenta uma definição mais abrangente, para quem “O instituto da falência é o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência”.

⁹⁴ Os efeitos da sentença declaratória de falências nos contratos do falido, ponto particularmente interessante, serão analisados no Capítulo II do trabalho.

⁹⁵ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 14.

⁹⁶ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.17

⁹⁷ PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: Doutrina, Prática e Jurisprudência. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.11/12.

É importante compreender, portanto, que a falência não pode ser entendida como um procedimento estanque e restrito, limitado a uma abordagem jurídica reducionista. É preciso, sim, considerá-la como um procedimento complexo, que demanda uma abordagem multidisciplinar.

Essa constatação, tão mais por ser complexa e envolver diferentes ramos do direito, assume especial relevo quando se verifica a discussão acerca da natureza jurídica da falência, havendo dissenso doutrinário se o instituto tem natureza substancial ou processual.

Para Waldermar Ferreira⁹⁹ o instituto tem caráter processual, aduzindo que “Tem-se, [...], processo complexo de execução coletiva, de imensa complexidade. Ora é contencioso, ora é administrativo, [...]”. Para ele, “A falência, em última análise, é execução processual coletiva, realizada em Juízo, dirigida e superintendida pelo Juiz.”.

Wilson Campos Batalha e Silvia Marina Labete Batalha¹⁰⁰ sustentam que “O processo falimentar tem natureza predominantemente executória.”, e completam:

A uma execução sumária com o objetivo declaratório (declaração da falência e fixação do período suspeito), segue-se um momento constitutivo (status de falido, a organização da massa), o momento declaratório do reconhecimento dos créditos com força executória e o momento final da execução coletiva.

Rubens Sant`Anna¹⁰¹, da forma similar, defende que a falência é instituto de direito processual, aduzindo que “É, sem dúvida, um instituto processual, de natureza complexa.”

Também José da Silva Pacheco¹⁰², para quem “[...] seria mais razoável enquadrar o estudo da falência no direito processual.”

⁹⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 12.

⁹⁹ FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v., p. 106 e 110.

¹⁰⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labete. Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências. São Paulo: LTr, 1991, p. 11/12.

¹⁰¹ SANT`ANNA, Rubens. Falências e Concordatas. 5ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 32.

¹⁰² PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: Doutrina, Prática e Jurisprudência. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.16.

Segundo sustentam esses autores, a falência não passaria de um concurso de credores, possivelmente permeada de alguns dispositivos próprios, mas sem perder a sua natureza essencial de execução.

Rubens Requião¹⁰³ caracteriza o instituto da falência como processual e substancial:

Sendo o procedimento falimentar, no consenso dos juristas, por definição uma execução concursal, não resta dúvida de que nos deparamos no arcabouço de seu sistema com regras evidentemente processualísticas; mas não podemos, porém, deixar de reconhecer que, de permeio com o procedimento, existem inúmeras e fundamentais regras de direito substantivo, que disciplinam, por exemplo, os efeitos jurídicos da abertura da falência, os direitos e deveres do falido e dos credores, as atribuições do síndico, a classificação dos privilégios e outra tantas normas de direito substancial. [...]

Paulo Dourado de Gusmão¹⁰⁴ considera o direito falimentar um direito misto:

Compõe-se de normas asseguradoras de direitos e de preferências dos credores (direito privado), de normas que regem o processo de falência (direito processual falimentar) e de normas penais (direito penal falimentar). Composto-se de normas de direito privado, de normas processuais (direito público) e de normas penais (direito público), o direito falimentar é direito misto.

Regina Bonetti não se alinha a nenhuma dessas correntes, defendendo a falência como um direito autônomo, que não se confunde com o direito substancial ou processual. Segundo ela, trata-se de um processo *sui generis*:

[...] há que se informar que o processo falimentar é um processo especial e complexo que abrange, de maneira variada, o processo geral, mas não absorve nenhum deles, podendo ser chamado de processo *sui generis*, ou seja, regulado por lei própria.

Na mesma linha Amador Paes de Almeida¹⁰⁵, para quem o direito falimentar possui princípios e diretrizes próprios, formando um sistema que inquestionavelmente o distingue de outras disciplinas.

¹⁰³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 24.

¹⁰⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 206.

¹⁰⁵ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.18.

Não se pode, de fato, conceber a falência como um instituto vinculado a um ou outro ramo do direito, porque apresenta características próprias, que lhe conferem plena autonomia.

No entanto, mesmo considerando as divergências de opinião, é possível verificar um denominador comum na falência, que é o interesse coletivo, a garantia dos credores, assegurando a aplicação efetiva da lei¹⁰⁶.

Bem delineada a natureza jurídica da falência, cumpre analisar os seus pressupostos, que, segundo Rubens Requião¹⁰⁷, são três: 1) a qualidade de empresário comercial do devedor; 2) a insolvência do devedor e 3) a declaração judicial da falência.

Com relação ao primeiro requisito, é necessário frisar um ponto importante: a falência é estendida a todo aquele que exerce alguma atividade empresária, superando a dicotomia existente os comerciantes e não comerciantes. Assim, não é relevante a qualidade pessoal daquele que exerce a atividade, bastando que esta seja caracterizada como empresária.

A esse respeito, esclarece Paulo Fernando Campos Salles de Toledo¹⁰⁸:

A Lei optou, acertadamente, por estender os institutos da recuperação de empresas e da falência a todas as empresas (ou, em outros termos, aos empresários e sociedades empresárias), qualquer se seja a natureza da atividade exercida. Não seguiu o caminho da anterior Lei de Falências, que, refletindo o entendimento dominante ao tempo em que foi editada, dirigia-se exclusivamente ao comerciante. A Lei, ao referir-se a empresário e sociedade empresária, adotou, implicitamente, a teoria da empresa, como foi acolhida pelo Código Civil. Ou seja, nos termos do art. 966 do Código Civil, empresária é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços”.

É possível concluir, assim, que estão excluídos do regime falimentar aqueles que não podem ser enquadrados como empresários¹⁰⁹. Nas palavras de José Cândido de Sampaio de Lacerda¹¹⁰:

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 326.

¹⁰⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 36.

¹⁰⁸ SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

Todos os comerciantes¹¹¹ são, pois, sujeitos à falência, quer sejam nacionais ou estrangeiros, quer matriculados ou não, quer sejam pessoas naturais ou pessoas jurídicas. É bastante que exerçam o comércio, isto é, façam da mercancia profissão habitual. Mas só os realmente comerciantes podem falir, [...] poderá falir tanto o comerciante individual como a sociedade comercial.

No entanto, alguns empresários estão excluídos do regime falimentar por expressa previsão legal, alguns dos quais se sujeitam a um regime específico, a exemplo de instituições financeiras e administradoras de consórcios. Como explica Ricardo Negrão¹¹²:

Aplicável a quase todo o universo de atividades empresariais, a Lei Falimentar prevê um pequeno número de exceções, o que equivale a dizer que nem todos os empresários estão sujeitos à falência ou à recuperação de empresas em Juízo. Estão excluídos os empresários excepcionados no art. 2º [da Lei 11.101/05]¹¹³, dispositivo que contempla hipóteses relativas à natureza da atividade empresarial.

Com relação ao segundo pressuposto, a insolvência, para Celso Marcelo de Oliveira¹¹⁴ ela pode ser entendida como a insolvência econômica, constatada quando o passivo é superior ao ativo.

No mesmo sentido, Amador Paes de Almeida¹¹⁵, para quem:

[Insolvência] é a condição de quem não pode saldar suas dívidas. Diz-se do devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo. Por outras palavras, significa que a pessoa (física ou jurídica) deve em proporção maior do que pode pagar, isto é, tem compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 329.

¹¹⁰ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 42.

¹¹¹ “[...] a referência a comerciantes, feita pela velha Lei de Falências, deve ser entendida como relacionada a empresários” (SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.)

¹¹² NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 329.

¹¹³ Art. 2º 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.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 330.

¹¹⁵ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.23.

Em sentido diverso, Fábio Ulhoa Coelho¹¹⁶, defendendo que esse pressuposto não deve ser entendido em sua acepção econômica, mas sim jurídica, que enumera situações em que a insolvência é legalmente presumida.

Um dos pressupostos da instauração deste específico processo judicial de execução é, portanto, a insolvência. Atente-se que não deve ser entendido esse pressuposto em sua acepção econômica, ou seja, como estado patrimonial de insuficiência de bens de um sujeito de direito para a integral solução de suas obrigações. Deve ser a insolvência compreendida num sentido jurídico preciso que a lei falimentar estabelece. [...] Para fins de decretação da falência, o pressuposto da insolvência não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra. [...] A insolvência que a lei considera como pressuposto da execução por falência é, por assim dizer, presumida.

Não se pode descurar, de fato, que a falência evidencia, e até mesmo pressupõe um desequilíbrio patrimonial. No entanto, essa constatação não pode ocorrer por critérios matemáticos, analisando-se minuciosamente a documentação contábil da empresa, o que, decerto, tomaria longo tempo.

De modo simular, Rubens Requião¹¹⁷ adverte que nem sempre é fácil a demonstração do estado de falência se o próprio devedor não o confessa¹¹⁸, o que motivou o surgimento de sistemas jurídicos para revelar e constatar o estado falimentar:

Não é fácil, entretanto, a demonstração do estado de insolvência, se o devedor não o confessa. Este, geralmente, procura por todos os meios disfarçá-lo ou encobri-lo, esperando que melhores dias o salvem da ruína, ou um milagre o venha redimir da desconcertante situação de fracasso comercial. O direito, todavia, formula diversos sistemas jurídicos para revelar e determinar esse estado de fato, a fim de dar ensejo à declaração.

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 252.

¹¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 58.

¹¹⁸ Sobre o assunto: “A autofalência constitui uma faculdade atribuída ao empresário ou sociedade empresária devedora, quando este verificar o estado fático de insolvência, pela impossibilidade de satisfazer as obrigações assumidas. O devedor é quem possui legitimidade ativa para dar início à ação, com o seu pedido endereçado ao juízo onde estiver localizado o seu principal estabelecimento, expondo as razões que inviabilizam a continuidade de suas atividades, acompanhadas da documentação comprobatória da sua condição de empresário, suas demonstrações contábeis, relação de bens e de dívidas, qualificação daqueles que foram seus administradores nos últimos cinco anos, bem como os livros obrigatórios e documentos, nos termos do artigo 105 da lei vigente.” (OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 135. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.)

São 3 (três) atualmente os sistemas de exteriorização da falência: 1) impontualidade injustificada, 2) execução frustrada e 3) prática de atos ruinosos que demonstrem um estado de insolvência¹¹⁹.

Tais hipóteses estão elencadas, respectivamente, nos incisos I, II e III do art. 94 da Lei 11.101/05, abaixo transcritos¹²⁰:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

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 à 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.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

¹¹⁹ Idem, p. 135.

¹²⁰ “Pressuposto objetivo da falência é, destarte, o desequilíbrio patrimonial que se traduz pelo estado de insolvência, e este exterioriza-se, quer pelo inadimplemento, tal como previsto no inc. I; quer pelas situações arroladas nos incs. II e II da norma em questão.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 394)

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.

Para a caracterização da impontualidade injustificada, tratado no inciso I, é obrigatória a realização do protesto do título, realizado especificamente para fins falimentares, como dispõe o § 3º.

O importante, conforme aduz Vera Helena de Mello Franco¹²¹, “[...] é que a obrigação ademais de ilíquida, vencida e impaga esteja titulada¹²², dada a impossibilidade de constituição do título em procedimento concursal”.

Ademais, o não pagamento deve ser infundado, sem motivo aparente que justifique o estado de mora, em que se presume o inadimplemento. Diz-se, assim, que o não pagamento se deu “sem relevante razão de direito”, que vêm enunciadas no art. 96 da Lei 11.101/05¹²³.

¹²¹ MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 394

¹²² Sobre o assunto, lição de Trajano de Miranda Valverde: “O termo `título` está no dispositivo para designar o instrumento ou documento público ou particular, sujeito ou não à forma especial (letras de câmbio, notas promissórias, cheques), que por si mesmo, independentemente, portanto, de qualquer outro meio de prova, demonstra a existência de obrigação líquida. Não é, pois, a ação executiva, que a lei processual também estabelece para a cobrança de certas dívidas, que confere a estas, segundo a Lei de Falências, o requisito de liquidez. Não basta ter direito à ação executiva; é necessário que o título protegido por essa formação seja líquido” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 30.)

¹²³ Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do **caput**, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: I – falsidade de título; II – prescrição; III – nulidade de obrigação ou de título; IV – pagamento da dívida; V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI – vício em protesto ou em seu instrumento; VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei; VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. § 1º Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor. § 2º As defesas previstas nos incisos I a VI do **caput** deste artigo não obstam a decretação de falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere o limite previsto naquele dispositivo.

Vale mencionar que esse inciso estabelece o inadimplemento da quantia mínima de 40 (quarenta) salários mínimos para se poder deflagrar o processo falimentar, a fim de se evitar pedidos temerários de falência¹²⁴, grande crítica à legislação falimentar anterior que não estabelecia um piso.

O inciso II, que trata da execução frustrada, refere-se a uma execução convencional, e não um processo falimentar propriamente dito, que aliás ainda nem existe. É dizer, verificada a execução frustrada, abre-se para o credor a possibilidade de requerer a falência do devedor.

Tal fato diz respeito à insolvência caracterizada em sua forma, evidenciada em virtude da constatação de que o devedor não tem patrimônio suficiente para cobrir a obrigação exigida¹²⁵.

Conforme salienta Maria Helena de Mello Franco¹²⁶:

[...] a Lei pressupõe a impossibilidade de pagar, [...], já que quem não paga, não nomeia bens a penhora no prazo legal está provavelmente falido. A par disto, visto cuidar-se de ação executiva, quando não paga há inadimplemento e como tampouco nomeia bens a penhora, não pode demonstrar a existência de razões para o não cumprimento da obrigação. O fato, aqui, que autoriza a falência é o não pagamento ou a não nomeação de bens quando o empresário é executado.

Nesse caso, não é necessário o protesto, nem que o débito atinja o valor de 40 (quarenta) salários mínimos, em razão de já se encontrar comprovada a ineficácia da execução singular¹²⁷.

¹²⁴ “Bem agiu o legislador ao normatizar o tema, criando com isso nova mentalidade, aberto o horizonte, salientando de maneira adequada importância compatível com o estado de insolvência e não simples impontualidade do devedor. A fórmula encontrada pelo legislador de alcançar o pedido de requerimento, a soma de equivalente a 40 salários mínimos, teve o condão de moralizar o instituto da falência e evitar que pedidos sem qualquer viabilidade cessassem de imediato.” (ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331/332)

¹²⁵ ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 333.

¹²⁶ MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 395.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA p. 136. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

Em arremate, dispõe o § 4º do art. 94 da Lei 11.101/05, é necessário que o credor instrua o pedido de falência com certidão da secretaria da vara onde corre a ação de execução, para comprovar a tríplice omissão do devedor, sendo desnecessário, ademais, juntar o original do título, que deverá estar instruindo a ação de execução.

O inciso III trata da prática de atos tipicamente fraudulentos, que vêm a comprometer os ativos do devedor, prejudicando a coletividade de credores, na medida que estes servem de garantia para as dívidas¹²⁸.

Para a decretação da falência com fundamento nesses atos fraudulentos, é de se frisar que independe da intenção de prejudicar credores, bastando que tenham potencialidade para tanto. Mais uma vez, a lição de Maria Helena de Mello Franco¹²⁹:

Não há ainda impontualidade ou o inadimplemento de qualquer obrigação. Mas a prática daqueles atos, independentemente de prejudicar, pode esvaziar o patrimônio do empresário em detrimento de seus credores. Representam, portanto, uma ameaça à esfera jurídica dos terceiros credores e é esta ameaça o que a Lei leva em consideração.

Como se observa, na sistemática da Lei 11.101/05 a insolvência é presumida, *iuris tantum*, e decorre de um juízo de probabilidade acerca do estado patrimonial do devedor, não sendo necessário demonstrá-la o credor de forma matemática, inequívoca.

A esse respeito, a doutrina de Gladston Mamede¹³⁰:

Não se exige, para declaração da falência, uma demonstração inequívoca (contábil e matemática) de que o patrimônio ativo do empresário ou da sociedade empresária, por insuficiência, descrédito e/ou iliquidez, não é capaz de saldar, a tempo e modo, as obrigações do respectivo passivo. Seriam prova e demonstração pouco prováveis de se conseguir, mormente diante de incontáveis variáveis, bastando recordar que alguém com patrimônio líquido negativo pode gozar de crédito e, assim, conduzir suas operações por anos, pagando suas obrigações em dia, sem falir. O Direito não espera comprovação inequívoca de insolvência. Pelo contrário, salvo o pedido de autofalência, quando a insolvência é confessada pelo devedor, aceita-se que a demonstração do estado falimentar se faça por presunção relativa (*iuris tantum*), a partir de elementos externos que seriam indicadores da situação falimentar: (1)

¹²⁸ ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334.

¹²⁹ MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 395.

¹³⁰ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010. p. 215.

impontualidade no adimplemento das obrigações, (2) a verificação de execução frustrada e (3) a prática de determinados atos, considerados falimentares.

Além da qualidade de empresário comercial do devedor e sua insolvência, ambos os pressupostos já analisados, o terceiro é a declaração judicial, elemento “[...] inafastável da instauração do processo de execução concursal de empresário”¹³¹, necessária para caracterizar e inaugurar um estado de direito, chancelando um estado de fato anteriormente existente.

José Cândido Sampaio de Lacerda¹³², a esse respeito, esclarece:

[...] juridicamente a falência só resulta de um ato judicial que a declare. Não se deve, entretanto, concluir, [...], que antes da declaração judicial não existe a falência. Existe um estado de fato de falência, anterior à declaração judicial, sem o qual o juiz não a poderia decretar. Mas para que esse estado de fato se transforme em estado de direito é mister que o juiz, em um processo inicial ou preliminar examine, apure e reconheça as condições legais de sua manifestação. Somente da sentença decorre o estado jurídico da falência, produzindo, então, todos os efeitos legais. O estado de fato preexiste à declaração judicial e a sentença o transforma em estado de direito.

Também nesse sentido José Xavier Carvalho de Mendonça¹³³:

Para que, porém, esse estado de fato [falência] se converta em estado de direito, produzindo efeitos jurídicos, essencial é que o juiz o declare por sentença. Não temos o que se denomina a falência virtual.

É possível conceber, ainda, um quarto pressuposto, que causa controvérsia na doutrina, que seria a possibilidade ou não da falência de devedor com um único credor.

José Xavier Carvalho de Mendonça¹³⁴ ensina que “Sendo a falência uma execução coletiva, o seu pressuposto é a pluralidade de credores”, no entanto, considerando a necessidade de preservar o direito do credor prejudicado, aceita a existência da falência baseada em credor único, recomendando que o juízo da falência simplifique tanto quanto possível o procedimento:

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 271.

¹³² SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 49/50.

¹³³ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 203

¹³⁴ Idem, p. 205/207

Tem-se, porém, sujeitado a essa execução o devedor com um só credor, sob o fundamento de que o estado de falência resulta não do número de credores, porém do fato da impossibilidade de pagar [...]. Ao credor não satisfeito pode ser indispensável a falência para revogar atos praticados em seu prejuízo. Negar-lhe este direito, diz-se, é privá-lo da garantia que contava ao tratar com o devedor. E se o devedor satisfizer todos os seus pequenos credores, deixando sem pagamento o mais importante? A dificuldade séria é que nessa falência muitas disposições legais ficam sem aplicação. O processo torna-se mais expedito, o que não repugna à natureza da instituição, às obrigações do devedor e aos direitos do credor. [...] Ocorrendo a presença de um só credor na falência, fica ao arbítrio do juiz simplificar o processo quanto possível.

No mesmo sentido, o entendimento do próprio Rubens Requião¹³⁵, que muito embora reconheça trata-se de anomalia, não se pode deixar desamparado o credor único:

Constitui, reconhecemos, uma anomalia o concurso coletivo com um só credor... Mas o único credor que se apresente tem o direito subjetivo de defender seu crédito e seu direito, usando, por exemplo, de ações revocatórias, cuja extensão, [...] é muito maior do que as ações civis; tem o direito de investigar a existência de crime falimentar, que sem a instauração ser-lhe-ia impossível. [...] Claro como expõe Carvalho de Mendonça que a falência com um só credor há de tomar um rito simplificado, adotado pelo juiz, pois muitos atos processuais não poderiam ser cumpridos ou observados.

Ricardo Negrão¹³⁶ reconhece a existência de uma paradoxo, pois “[...] embora a falência seja um processo de execução coletiva, a pluralidade de credores não constitui pressuposto para prolação da sentença declaratória”.

Para além dos precisos argumentos de Rubens Requião, não se pode, de fato, indeferir o pedido de falência formulado por um único credor, por não existir disposição legal proibindo, e, até mesmo, por existir autorização tácita, conforme se observa, por exemplo, do §1º do art. 94 da Lei 11.101/05, que faculta aos credores se unir em litisconsórcio para perfazer o limite mínimo de quarenta salários mínimos a que alude o inciso I do mesmo artigo.

Dessa forma, tem-se por plenamente cabível a decretação da falência de devedor com base em requerimento formulado por credor único.

¹³⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 38.

¹³⁶ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 252.

Digno de nota é o debate acerca da natureza da sentença que decreta a falência, dada a viva controvérsia sobre o tema, se ela tem natureza constitutiva ou meramente declaratória, ou ainda uma terceira natureza mista.

Alguns doutrinadores, tais como José Cândido Sampaio de Lacerda¹³⁷, entendem que a sentença de falência meramente declara um estado de insolvência preexistente, o reconhecimento jurídico de um determinado fato¹³⁸.

De outro lado, há aqueles que defendem a natureza constitutiva da decisão, dada a profunda alteração na disciplina jurídica aplicável ao falido.

Nessa linha é o magistério de Rubens Requião¹³⁹:

Mas a sentença [declaratória de falência] é mais do que uma simples declaração de um estado de direito, pois ela se projeta para o futuro, constituindo um novo estado jurídico, envolvendo o devedor, o seu patrimônio, e os credores e seus créditos.

Nesse sentido, também Fábio Ulhoa Coelho¹⁴⁰:

[...] pode-se concluir que, apesar do nome que fez uso o legislador, a sentença declaratória da falência, pressuposto inafastável da instauração do processo de execução concursal de empresário, tem caráter predominantemente constitutivo. Com a sua edição pelo juiz, opera-se a dissolução da sociedade empresária falida, ficando seus bens, atos jurídicos, contratos e credores submetidos a um regime jurídico específico, o falimentar, diverso do regime geral do direito das obrigações. É a sentença declaratória da falência que introduz a falida e seus credores neste outro regime. Ela não se limita, portanto, a declarar fatos e ou relações preexistentes, mas modifica a disciplina jurídica destes, daí o seu caráter constitutivo.

Para outros, a sentença que decreta a falência tem caráter misto, na esteira do pensamento de Trajano de Miranda Valverde¹⁴¹, para quem a sentença é declaratória porque

¹³⁷ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 83/85.

¹³⁸ Uma tênue corrente, no direito brasileiro, na qual pontificam os Profs. Walter T. Alvares e Sampaio de Lacerda, sustenta ser a sentença de natureza declaratória. Nossa Lei de Falência [Decreto-Lei 7.661/45], com feito, induz essa conclusão, quando, na Seção Segunda do Título Primeiro usa da expressão `Declaração Judicial de Falência`. Segundo aqueles autores, a sentença apenas declara preexistente estado de insolvência, que é assim reconhecido judicialmente como falência. (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 107.)

¹³⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 108.

¹⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 271/272

reconhece a preexistência de uma situação de fato, e é constitutiva por instaurar um novo estado jurídico, o da falência, previsto e regulamentado em lei, valendo *erga omnes*.

Também nesse sentido se manifesta Gladston Mamede¹⁴², para quem

A sentença que decreta a falência tem natureza jurídica híbrida: *constitutiva* ou *declaratória*. Por um lado, constitui um novo estado econômico para o devedor, sendo que, no caso e das sociedades empresárias, decorrerá igualmente um novo estado civil, que haverá a extinção da personalidade jurídica ao fim da liquidação resultante do decreto falimentar. Mas a sentença constitutiva tem efeito *ex nunc*, ou seja, constituição em diante, ao passo que o decreto falimentar retroage (efeito *ex tunc*), já que o magistrado devera fixar o termo legal da falência em até 90 dias anteriores ao pedido de falência. Isso se deve ao fato de se declarar a insolvência.

No entanto, seja qual for a natureza da sentença de falência, certo é que ela se reveste de um caráter único, totalmente *sui generis*¹⁴³, pois, ao contrário de um procedimento comum, no qual a sentença é o ato de encerramento, a sentença que decreta a falência é o início da execução concursal, subordinando a universalidade dos bens do falido e congregando a coletividade de credores.

Nesse sentido, lição de José Xavier Carvalho de Mendonça¹⁴⁴ que merece transcrição integral:

A sentença declaratória da falência tem um caráter especialíssimo, é uma sentença anormal. Em 1º lugar, ao contrário do que observa no processo comum, onde a sentença é o último ato, pondo fim, à instância e terminando o ofício do juiz, aqui ela inicia a execução coletiva, chamando a postos todos os credores. Em segundo lugar, essa sentença não condena, define uma situação jurídica, submetendo a universalidade dos bens do devedor comum a um regime especial e estabelecendo uma condição particular a todos os seus credores, evitando, dessarte, que apareçam suas falências paralelas em juízo ou tribunais diferentes. Em terceiro lugar, essa sentença *facit jus erga omnes*, isto é, relativamente aos credores não representados no processo preliminar da falência, ainda que não se achem vencidos os seus títulos, o que se justifica pela necessidade de organizar o processo coletivo de liquidação, alvo dessa sentença. O caráter de unidade e universalidade de tal sentença fica assim acentuado.

No mesmo sentido, Eloete Camilli Oliveira¹⁴⁵:

¹⁴¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 140.

¹⁴² MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010. p. 257.

¹⁴³ SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 50.

¹⁴⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcal Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 322/323

A justificativa para a adoção de tal posicionamento sobre a natureza jurídica da sentença que decreta a falência [natureza constitutiva] decorre do reconhecimento de um estado de fato da insolvência e decretando a falência, constituindo um novo estado jurídico, capaz de produzir efeitos em relação aos direitos dos credores, à pessoa e aos bens do falido, aos seus contratos e atos por ele praticados.

A sentença declaratória de falência, no entanto, ainda que *sui generis*, deve preencher os requisitos essenciais de toda sentença, previstos no art. 458 do CPC¹⁴⁶.

Waldemar Ferreira¹⁴⁷ anota:

Tem essa sentença [a declaratória de falência] que obedecer aos ditames da lei processual relativamente a toda sentença, [...]. Há de ser clara e precisa. Fiel, no relatório. Certa, nos fundamentos de fato e de direito. Sábia, na decisão.

Desse modo, deverá a sentença apresentar relatório, com os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo, além dos fundamentos, analisadas as questões de fato e de direito, e, também, o dispositivo, no qual serão resolvidas as questões.

Para além desses requisitos, ditos gerais, a sentença deverá preencher os requisitos específicos¹⁴⁸ elencados no art. 99 da Lei 11.101/05, no qual são apresentados vários procedimentos que deverão ser cumpridos pelo juízo falimentar ao decretar a falência. Esse é o teor do dispositivo legal:

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

I – conterá a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCIPALÓGICA p. 138. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

¹⁴⁶ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹⁴⁷ FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v., p. 294.

¹⁴⁸ “A sentença declaratória da falência deve ter o conteúdo genérico de qualquer sentença judicial e o específico que a Lei Falimentar lhe prescreve. Assim, deverá o juiz, a julgar procedente o pedido de falência, atentar tanto ao disposto no art. 458 do CPC quanto no dispositivo [art. 99] da Lei de Falências.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 272.)

II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;

III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta já não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;

IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei;

V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei;

VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo;

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

VIII – ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão "Falido", a data da decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;

IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea *a* do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;

X – determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;

XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;

XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;

XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores.

Como se observa, diversos são os requisitos necessários para a prolação de um sentença de falência. Numerosos e igualmente importantes são os efeitos da sentença

declaratória de falência, didaticamente elencados por Ecio Perin Junior¹⁴⁹ como: 1) efeitos da falência em relação à pessoa do falido, 2) efeitos da falência em relação aos bens do falido, 3) efeitos da falência em relação aos atos do falido, 4) efeitos da falência em relação aos contratos do falido e 5) efeitos da falência em relação aos credores do falido.

No entanto, o presente trabalho limitar-se-á a analisar os efeitos da falência em relação aos contratos do falido, o que será realizado no Capítulo II.

Por fim, conforme aduz Ricardo Negrão¹⁵⁰, o sistema recursal na Lei 11.101/05 é bastante simples, e compreende agravo de instrumento contra a sentença que decreta a falência e recurso de apelação contra a sentença denegatória, conforme previsão do art. 100¹⁵¹. Para Fábio Ulhoa Coelho, a Lei adotou procedimento recursal próprio¹⁵².

Celso Marcelo de Oliveira reconhece a sentença de quebra como decisão interlocutória, tendo em vista ser o agravo o recurso que lhe ataca, considerando pacificado o entendimento na doutrina e jurisprudência¹⁵³.

Manoel Justino Bezerra Filho¹⁵⁴, por uma razão muito lógica, entende que o agravo é cabível porque, em sendo interposta apelação, os autos deveriam ser remetidos ao tribunal, o que paralisaria o procedimento falimentar, prejudicando os credores.

No caso de decretação de quebra, o agravo será interposto no prazo de 10 (dez) dias, conforme disposição do art. 522 do CPC. Em se tratando de sentença denegatória, a apelação será interposta no prazo de 15 (quinze) dias, obedecido o rito do art. 513 e ss. Vale

¹⁴⁹ PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵⁰ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 356.

¹⁵¹ Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 276..

¹⁵³ “Prova cabal de que a Sentença Declaratória de Falência nada mais é do que decisão interlocutória é a posição pacífica da doutrina e da jurisprudência quanto ao recurso cabível contra aquele ato do juiz, qual seja, o agravo” (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2005. p. 412.)

¹⁵⁴ “[...] Se houvesse apelação e os autos subissem ao Tribunal para decisão, o procedimento da falência sofreria parada que prejudicaria todo o andamento do feito, ante o dispendio de tempo que haveria com a formação de carta de sentença para permanência na instância de origem.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 237)

lembrar que nas ações de falência, o prazo para interposição de recurso é contado a partir da intimação a parte, conforme dispõe a Súmula n.º 25 do STJ¹⁵⁵.

Por fim, cumpre advertir que a sentença que denega a falência não tem autoridade de coisa julgada, e não impede novo requerimento de quebra do mesmo credor, fundado em outro título ou outro ato de falência¹⁵⁶.

¹⁵⁵ STJ – Súmula n.º 25: Nas ações da Lei de Falências o prazo para a interposição de recurso conta-se da intimação da parte. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0025.htm, acesso em 25/01/2013.

¹⁵⁶ MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 412

2 OS EFEITOS DA FALENCIA COM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DO FALIDO

2.1 Das espécies de contratos: essencial distinção entre contratos unilaterais e bilaterais

Em lição tradicional da doutrina¹⁵⁷, o contrato “[...] é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito”.

Trata-se de ato jurídico que objetiva relacionar duas ou mais pessoas, criando um vínculo entre elas, que as obriga a cumprir mutuamente as obrigações assumidas. Assim, a vontade das partes, o consentimento de todos os interessados, conforme salienta Paulo Nader¹⁵⁸, é um dado fundamental à existência do contrato.

Essencialmente, e para os fins propostos neste trabalho, a doutrina classifica os contratos em unilaterais e bilaterais.

Para Washington de Barros Monteiro¹⁵⁹, contratos unilaterais são aqueles em que só uma das partes se obriga em face da outra; mercê deles, um dos contratantes é exclusivamente credor, enquanto que o outro é exclusivamente devedor. Flavio Tartuce¹⁶⁰, na mesma linha, defende que unilaterais são os contratos em que apenas uma das partes assume obrigações.

Pode-se, assim, concluir que os contratos unilaterais são aqueles que estabelecem prestações ou encargos para somente uma das partes; é dizer, somente uma delas terá obrigações para com a outra. Disso decorre que haverá, de um lado, uma parte em posição exclusiva de credor e outra na posição exclusiva de devedor.

¹⁵⁷ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

¹⁵⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

¹⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 2ª parte. 29ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 23.

¹⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3. 7 ed. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2012. p. 19.

Eventualmente, entretanto, caso surja para o credor obrigação no curso da relação, tal fato não descaracteriza, por si só, o contrato como unilateral, tornando-o sinalagmático, porque referida obrigação se caracteriza como meramente accidental ou superveniente¹⁶¹.

Contratos bilaterais, conforme lição de Washington de Barros Monteiro¹⁶², são aqueles que criam obrigações para ambas as partes e essas obrigações são recíprocas; cada uma das partes fica adstrita a uma prestação (*ultra citroque obligatio*).

Paulo Nader¹⁶³ sustenta que sempre existe contraprestação; pois ao formar o contrato, as partes são ao mesmo tempo credora e devedora, cada qual se obrigando em face da outra. Trata-se de obrigações principais e correlativas, uma se apresentando como causa da outra.

Desse modo, bilaterais são os contratos que estabelecem prestações para ambas as partes contratantes, que se obrigam mutuamente a sua realização. Existe a presença do *sinalagma*, que traduz reciprocidade nas prestações. Despiciendo, entretanto, que exista nexo de reciprocidade e equivalência absolutas e irrestritas, bastado que haja obrigações principais de mesmo valor.

Importante trazer à baile ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁴ que esclarece, a despeito de todo contrato ser bilateral em sua formação, com relação aos efeitos se subdividem em bilaterais e unilaterais, caso gerem obrigações para apenas um ou ambos os contratantes.

A distinção entre uma e outra espécie de contrato tem efeito prático, considerando que somente nos contratos bilaterais é dado a uma das partes recusar o cumprimento com base

¹⁶¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36.

¹⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 2ª parte. 29ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 23.

¹⁶³ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

¹⁶⁴ “Considerando sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negocio jurídico bilateral, já que sua constituição requer declaração de vontade de pessoas que dele participam de uma e de outra parte. Encarados do ângulo de seus *efeitos*, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente. Não se pode confundir, portanto, bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das consequências produzidas. [...]” (DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 56/57.)

na exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil¹⁶⁵), bem como pedir a resolução do contrato fundado em inadimplemento do co-contratante (art. 475 do Código Civil¹⁶⁶); pois em ambos os casos uma obrigação constitui o fundamento da outra.

Por vezes, os contratos unilaterais e bilaterais são tomados como sinônimos de contratos gratuitos e onerosos. Com relação a esses últimos, Flávio Tartuce¹⁶⁷ ensina que:

Os contratos onerosos são aqueles que trazem vantagens para ambos os contratantes, pois ambos sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de proveito alcançado). [...] Por outro lado, os contratos gratuitos ou benéficos são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação. [...]

Não há que se confundir, no entanto, contratos unilaterais e bilaterais com contratos gratuitos e onerosos, conforme advertência de Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁸. Para ele, muito embora se reconheça identidade, o fundamento das classificações é distinto, pois uma leva em conta o conteúdo das prestações, enquanto a outra o objetivo perseguido.

Cumprir mencionar que a diferenciação entre as espécies é relevante, porque o tempo da realização das prestações, se antes ou depois do decreto de quebra, será fundamental para se considerar um contrato como unilateral ou bilateral.

2.2 Regras gerais aplicáveis aos contratos bilaterais na falência

Dispõe o art. 117 da Lei 11.101/05 que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou

¹⁶⁵ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

¹⁶⁶ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹⁶⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 3. 7 ed. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2012. p. 20.

¹⁶⁸ “É preciso não confundir a classificação dos contratos em bilaterais e unilaterais com a dos onerosos e gratuitos, embora haja coincidência em algumas espécies. Os contratos onerosos comumente são bilaterais, e os gratuitos da mesma forma unilaterais. Mas é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado. Não há uma correspectividade necessária, pois que existem contratos unilaterais que não são gratuitos (e. g. o mútuo), e outros que são bilaterais e podem ser gratuitos (o mandato, por exemplo).” (DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 58.)

evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação dos seus ativos, mediante autorização do Comitê de Credores.

Esse é o teor do referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

De modo semelhante ao que previa a legislação falimentar anterior, cabe ao administrador judicial decidir se manterá os contratos bilaterais anteriormente celebrados pelo falido, de modo a cumprir as obrigações de responsabilidade dele.

Inicialmente, vale mencionar o âmbito de incidência dos dispositivos, isto é, verificar quais os contratos bilaterais que estão sujeitos a ele.

Trajano de Miranda Valverde¹⁶⁹ esclarece que, se a execução do contrato ainda não foi iniciada por qualquer dos contratantes, e optando o administrador judicial pela sua resolução, ficam as partes liberadas, ressalvado direito da parte não falida de reclamar perdas e danos, se houver.

Nessa linha, Ricardo Tepedino¹⁷⁰ defende que o dispositivo do art. 117 da Lei 11.101/05 é voltado precipuamente para aquelas relações em que ainda subsistem obrigações

¹⁶⁹ “Se, ocorrendo a falência de um dos contratantes, não teve ainda o contrato execução, nem de um lado, nem de outro, optando o síndico pela sua resolução, ficam as partes liberadas das obrigações recíprocas, ressalvado ao contratante *in bonis* o direito de reclamar na falência perdas e danos.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 274.)

¹⁷⁰ “O dispositivo [art. 117 da LRE] se dirige precipuamente para aquelas relações onde ainda se encontrem pendentes obrigações de ambas as partes, pois, se já estiver cumprida a prestação a cargo do falido, caberá tão somente ao contratante *in bonis* adimplir sua parte; se for este quem satisfizes integralmente a sua obrigação, raras serão as hipóteses em que será do interesse da massa adimplir obrigação.” (TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 419/420)

para ambas as partes, pois, se já estiver cumprida a prestação a cargo do falido, ao outro contratante caberá tão somente adimplir a sua parte.

Se estiver pendente obrigação da parte não falida, que reverterá em benefício da massa, não é dado ao administrador judicial optar ou não pelo cumprimento do contrato, pois tem o dever de zelar e cobrar a realização do ativo. Nesse caso, o cumprimento do contrato se revela obrigatório.

Em contrapartida, saliente-se, cabendo à massa falida a execução de obrigação pendente, é dado ao administrador judicial optar pela manutenção do contrato ou sua resolução. Entretanto, somente o caso concreto poderá dizer se é ou não vantajoso para a massa cumprir o contrato.

Nessa esteia, diferentemente do que previa o art. 43 do revogado Decreto-Lei 7.661/45¹⁷¹, a novel legislação tipifica as hipóteses legais de cumprimento do contrato bilateral: [(i) se este reduzir ou evitar o aumento da massa falida ou (ii) se for necessário à manutenção e preservação de seus ativos], ao passo que o Decreto apenas mencionava a conveniência para a massa falida.

Ricardo Tepedino¹⁷² critica esse posicionamento da novel legislação, pois considera que houve indevido reducionismo com relação ao texto do Decreto-Lei 7.661/45, que trazia no seu art. 43 previsão mais genérica, considerando a possibilidade se fosse meramente conveniente para a massa.

¹⁷¹ Art. 43. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar conveniente para a massa. Parágrafo único. O contratante pode interpelar o síndico, para que, dentro de cinco dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contratante o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

¹⁷² “[...] Melhor andou o legislador de 1945, pois o que se deve visar é mesmo algo mais genérico: a conveniência para a massa, a qual se traduz na obtenção do maior dividendo para os credores, sem se desgarrar, hoje em dia, da finalidade enunciada no art. 75 da lei. Desse modo, a continuidade do contrato pode ser conveniente por razões diversas das imaginadas pelo dispositivo, que inovou uma fórmula presente no nosso ordenamento desde antes do Decreto-Lei 7.661. [...]” (TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 421)

Em sentido contrário, Glauco Alves Martins¹⁷³, para quem a Lei 11.101/05 andou bem fixar hipóteses concretas e objetivas de cumprimento do contrato, estabelecendo legalmente quando o cumprimento será conveniente para a massa.

Ricardo Negrão¹⁷⁴ adverte que na análise da conveniência do cumprimento do contrato, o administrador judicial e os membros do Comitê devem verificar a viabilidade econômica da deliberação. Afinal, a finalidade precípua do dispositivo é maximizar e/ou preservar os ativos na falência.

Independentemente disso, verdade é que o administrador judicial nunca deteve poder absoluto, desapegado de balizas, para optar pela execução ou resolução do contrato, e responde por dolo ou culpa por danos que causar à massa falida, conforme previsão do art. 32 da Lei 11.101/05¹⁷⁵.

Decidindo o administrador judicial pelo cumprimento do contrato, o crédito do parte *in bonis* será considerado extraconcursal, vez que resulta de atos jurídicos válidos praticados após a decretação da falência, conforme dicção do art. 84, V, da Lei 11.101/05¹⁷⁶.

Anote-se, por oportuno, conforme lição de Fábio Ulhoa Coelho¹⁷⁷, que os créditos extraconcursais “[...] são aqueles que o administrador judicial deve atender antes do pagamento dos credores do falido”. Para Amador Paes de Almeida¹⁷⁸, “[...] são os que

¹⁷³ “Já a Lei de Falências de 2005 optou, com acerto, por determinar concretamente quando será conveniente à massa falida a execução ou resolução do contrato, autorizando a sua manutenção apenas nos casos em que tal opção reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à preservação de seus ativos.” (MARTINS, Glauco Alves. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 448.)

¹⁷⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 435.

¹⁷⁵ Art. 32. O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

¹⁷⁶ Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: [...] V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

¹⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232.

¹⁷⁸ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.278.

envolvem os credores da massa¹⁷⁹, ou seja, aqueles créditos contraídos posteriormente à quebra.”

Interessante atentar para a última parte do inciso V do art. 84 da Lei 11.101/05, que os créditos extraconcursais decorrentes de atos jurídicos válidos após a decretação da falência serão pagos com precedência sobre os demais, porém respeitada a ordem estabelecida no art. 83 da Lei.

Isso quer dizer que, muito embora os créditos sejam “extraconcursais”, haverá “concurso” para o pagamento entre eles próprios, seguindo a ordem legal estabelecida para os credores ditos concursais.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁸⁰ chega a criticar a denominação extraconcursais, considerando imprópria, justamente porque é possível haver o concurso entre eles próprios, caso falem recursos até mesmo para o pagamento dessa categoria.

Por outro lado, caso o administrador judicial não promova o imediato cumprimento do contrato, é lícito ao contratante¹⁸¹ interpelá-lo, notificando-o judicial ou extrajudicialmente, no prazo legal de 90 (noventa) dias contados da sua nomeação, para que em 10 (dez) dias se manifeste no sentido de dar ou não cumprimento ao contrato, conforme previsão do já citado §1º do art. 117 da Lei 11.101/05.

Tal interpelação, vale dizer, à míngua de previsão legal nesse sentido, não é necessária caso o administrador judicial decida não cumprir o contrato¹⁸².

¹⁷⁹ Essa expressão é cunhada a partir da previsão do art. 124 do revogado Decreto-Lei 7.661/45, que fazia, inclusive, a diferenciação entre encargos e dívidas da massa, equivalente aos créditos extraconcursais, subdivididos em despesas relativas à administração da falência e restituições em dinheiro.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 232

¹⁸¹ Adverte Fábio Ulhoa Coelho: “A lei tutela apenas o interesse do contratante do contrato bilateral de execução não iniciada em ver definida a situação do seu contrato na falência.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 314)

¹⁸² “Entretanto, não nos parece que seja obrigatória a consulta ao Comitê de Credores se for o caso de resolução do contrato: de fato, o texto legal apenas determina que o administrador judicial obtenha a autorização do Comitê nos casos em que optar pela execução do contrato.” (MARTINS, Glauco Alves. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 448.)

Sobre a extinção do contrato, Trajano de Miranda Valverde¹⁸³ ensina que a resolução legal na falência visa unicamente a facilitar a liquidação dos bens do devedor, pois o procedimento tem por imediato objetivo a conversão desses bens em dinheiro.

Nada obstante, a despeito de lícito o ato praticado pelo administrador judicial, porque fundado na lei, o que poderia justificar a inexistência de qualquer indenização à parte não falida, essa não foi a orientação legislativa.

Assim, a manifestação negativa ou o silêncio (que a ela se equivale), conforme se extrai do § 2º do art. 117 da LRE, autoriza a concessão de indenização ao contratante, cujo valor constituirá crédito quirografário. Contra tal decisão, não pode a parte não falida se insurgir, devendo pedir perdas e danos quando cabível.

Ensina Ricardo Tepedino¹⁸⁴:

[...] a sentença declaratória abre para a massa falida a oportunidade de resilir unilateralmente – parece esse o termo mais apropriado – o contrato em curso, e faz desaparecer o direito do contratante *in bonis* de exigir o cumprimento do ajuste, restando-lhe apenas demandar indenização.

Dessa forma, optando o administrador judicial por não cumprir o contrato, nasce para a parte não falida o direito de pleitear perdas e danos, o que será habilitado na falência como crédito quirografário.

Considera-se quirografário, conforme lição de Palmyrita Sammarco Junqueira¹⁸⁵, “[...] os créditos que não possuem qualquer preferência no recebimento do crédito, quer seja legal ou contratual”. São divididos em três categorias, em cuja primeira, conforme previsão do art. 83, VI, “a”, da Lei 11.101/05¹⁸⁶, encaixa-se o crédito decorrente de indenização por não cumprimento do contrato.

¹⁸³ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 273.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 420.

¹⁸⁵ JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Rubens Approbato Machado (coord.) 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 349.

¹⁸⁶ Art. 83. [...] VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo. [...]

A par disso, muito ainda se discute acerca da exigibilidade de cláusulas penais e multas convencionais na falência. Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁷ entende a cláusula penal (vulgar e popularmente denominada multa contratual) como a obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento. Defende, ainda, que tem como função precípua a prefixação das perdas e danos em razão do inadimplemento.

Trajano de Miranda Valverde¹⁸⁸ e Ricardo Negrão¹⁸⁹, distinguindo dano emergente de lucro cessante (parecendo crer que se trata de inexecução involuntária), defendem que, não obstante pactuado, somente a primeira espécie é exigível na falência, porque a segunda, por pressupor a culpa (que segundo eles inexistente na falência, albergado que está o administrador judicial pela Lei), não é imputável a ninguém.

Rubens Requião¹⁹⁰ e Ricardo Tepedino¹⁹¹ defendem, indistintamente, sua validade.

Em busca da resposta, é necessário compreender a diferença entre a cláusula penal decorrente de mora ou relativo à inexecução de determinado dispositivo contratual em momento anterior ao decreto falimentar; da hipótese de cláusula penal decorrente de

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388/389.

¹⁸⁸ “A estimação das perdas e danos devidas ao contratante *in bonis* só pode, entretanto, basear nos prejuízos por êle realmente sofridos e regularmente provados. Não se computam, assim, os lucros cessantes.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 279.)

¹⁸⁹ “Nesse valor [indenização por não cumprimento do contrato bilateral] não podem estar incluídos os lucros cessantes, mas, tão somente, o dano emergente, como lembrou Miranda Valverde, porque aqueles pressupõe culpa, e, se a lei confere ao administrador o direito de cumprir ou não o contrato, não se encontra a massa falida em mora, nem agiu o síndico dolosa ou culposamente.” (NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433)

¹⁹⁰ “De nossa parte, entendemos que tenha o síndico declarado não cumprir o contrato ou, não o tendo feito, silenciando o declarando negativamente, o contratante prejudicado terá sempre direito de reclamar indenização de perdas e danos. As partes podem ter estipulado previamente, o quantum da indenização, seja por cláusula penal, por multa contratual ou pena convencional, expressões equivalentes, segundo Miranda Valverde, que no caso de rescisão do contrato bilateral pelo síndico, são plenamente válidas. [...]” (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 166.)

¹⁹¹ “A possibilidade de cobrar o valor fixado em cláusula penal estipulada para a inexecução total do contrato foi sempre admitida no direito anterior, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.” (TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 424.)

inexecução do contrato por força de decisão do administrador judicial, naturalmente após o decreto falimentar, não havendo que se falar em culpa¹⁹² ou dolo.

Na primeira situação, o valor apurado será ordenado conforme estabelece o art. 83, VII¹⁹³, e constitui crédito de classificação inferior, sem prejuízo do valor do principal, ordenado na classe apropriada; ao passo que na segunda o valor da multa será crédito quirografário, pago nos termos na ordem prevista no art. 83, VI, conforme previsão expressa do art. 117, § 2º.

Tanto num como noutro caso, o valor da multa poderá ser reduzido equitativamente pelo juiz, se tiver havido o cumprimento da parte principal ou se o montante for manifestamente excessivo, conforme previsão do art. 413 do Código Civil¹⁹⁴.

Neste ponto, interessante questão se apresenta: se o § 2º do art. 117 da Lei 11.101/05 prevê que a indenização pela recusa do administrador judicial em continuar o contrato constituirá crédito quirografário, então existe conflito com o art. 83, VII, que estabelece ordem inferior para o pagamento de multas contratuais, entendidas como a cláusula penal pelo descumprimento da avença? Qual seria, afinal, a classificação do crédito?

Mais uma vez, recorremos ao magistério de Ricardo Tepedino¹⁹⁵:

Excluída, por insustentável, a conclusão de que a indenização devida à contraparte do falido, se fixada em processo cognitivo, constitui crédito quirografário, mas se preestabelecida convencionalmente é subordinada, só se encontra um meio de aproveitar utilmente os dois dispositivos: a multa contratual a que se refere o inciso VI do art. 83 é aquela estabelecida para o caso de mora ou para inexecução de uma cláusula especial. Para a resolução do contrato, pode o outro contratante habilitar na falência, como crédito quirografário, o montante previamente fixado na cláusula

¹⁹² Justamente por acreditarem não existir culpa ou dolo do administrador judicial, Trajano de Miranda Valverde e Ricardo Negrão defendem a impossibilidade de pleitear lucros cessantes, porque aquele pressupõe a culpa, afastada do administrador judicial por expressa disposição legal

¹⁹³ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: [...] 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; [...]

¹⁹⁴ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 424.

penal, sem prejuízo da redução, nos termos do art. 413 do Código Civil, que o juiz poderá conceder nos autos da própria habilitação.

Fábio Ulhôa Coelho¹⁹⁶, tratando de uma terceira hipótese, amparada ao que parece por Trajano de Miranda Valvede, defende que se ao contrato bilateral não tiver sido dado início até a decretação da falência, muito embora celebrado anteriormente, deve-se promover a rescisão do ajuste, aparentemente sem indenização para qualquer das partes.

Outro ponto interessante é a discussão acerca da possibilidade de se alegar, frente ao falido, no cumprimento dos contratos bilaterais (exista ou não a cláusula de resolução por falência), a exceção de contrato não cumprido.

Ricardo Tepedino defende que o co-contratante poderá exigir que todo o seu crédito devido previamente lhe seja adimplido, antes de continuar a execução do contrato, vez que está amparado pelo instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, conforme previsão do art. 476 do Código Civil de 2002¹⁹⁷.

O referido autor¹⁹⁸ assim se manifesta:

Se o administrador comunica que cumprirá o contrato, os créditos do contratante *in bonis* serão extraconsursais, consoante clara disposição do art. 84, V, da LRE. E não apenas os créditos que se vencerem após a manifestação do administrador, pois conforme regra antiga da *exceptio non adimpleti contractus*, hoje presente no art. 476 do CC, “nenhum contratante, antes de cumprida a sua obrigação, poderá exigir o implemento da do outro”. Daí se concluir que a massa não poderá exigir que o contraente *in bonis* continue a cumprir sua parte enquanto ela só se dispõe a satisfazer as suas parcialmente, relegando para o rateio falimentar as que se venceram antes da quebra. Se se quiser a continuidade do contrato, seu adimplemento deverá ser completo. Como outra decorrência da reciprocidade essencial aos contratos bilaterais, mantido o ajuste pelo administrador, o outro contratante pode recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que a massa satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de que adimplirá. Essa conclusão deflui das

¹⁹⁶ “Em suma, a falência do contratante pode provocar a rescisão do contrato em que ambas as partes assumem obrigações (sinalagmáticas) se a sua execução ainda não teve início por nenhuma delas e daquele que em que somente uma das partes (unilaterais) se obrigou. Se a falida ou o outro contratante já haviam iniciado a execução do contrato bilateral, cumprindo parcial ou totalmente as obrigações contraídas, a falência não poderá importar em rescisão. Nessa situação, se a falida era credora, o administrador judicial deve diligenciar o recebimento do crédito; se devedora, o outro contratante habilita-se no processo falimentar.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 313)

¹⁹⁷ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

¹⁹⁸ TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423

disposições do art. 477 do CC, e é unânime entre os autores¹⁹⁹ que comentaram a lei revogada perante a norma do art. 1.092 do Código Civil de 1916.

Na mesma linha Felipe Peixoto Braga Netto²⁰⁰, sustentando que:

[...] se a parte não-falida ainda não houvesse cumprido sua obrigação, entendia-se ser possível a invocação da teoria da exceção do contrato não cumprido, eis que teria havido considerável mudança no estado das coisas, apta a alterar a capacidade de adimplemento da outra parte.

Para Rubens Requião²⁰¹, é lícito ao outro contratante recusar a prestação da obrigação até que o administrador judicial satisfaça a obrigação a que compete a massa falida, se ainda não realizada, ou mesmo exigir garantia de sua satisfação.

Comungam do mesmo pensamento Gladston Mamede²⁰², Ricardo Negrão²⁰³, Waldo Fazzio Junior²⁰⁴, Sérgio Campinho²⁰⁵, Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Lebate Batalha²⁰⁶, Paulo Salvador Frontini²⁰⁷.

¹⁹⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 274.

²⁰⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.) Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 854.

²⁰¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 162.

²⁰² “Por fim, reitero que a aplicação do *caput* do art. 117 da Lei 11.101/05 não pode ser compreendida fora dos limites dos artigos 476 e 477 do Código Civil, não permitindo que se exija do contratante que realize nova prestação se a massa não pretende cumprir o que lhe é devido, *conditio sine qua non* para a aplicação do dispositivo, como inscrito em seu texto” (MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010, p. 317.)

²⁰³ “[...] ‘se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la’ (CC, art. 477). No contrato unilateral, somente uma das partes está obrigada, e esta não pode negar-se ao pagamento em razão da falência ou da diminuição patrimonial é da devedora, a credora promoverá a habilitação no concurso de credores ou a execução individual” (NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 426/427.)

²⁰⁴ “Se com o advento da falência o contrato ainda não foi executado por nenhuma das partes, a opção do administrador judicial pela resolução libera as partes das obrigações reciprocamente assumidas. Se a quebra advier após a conclusão do contrato, comprometendo a prestação pela qual se obrigou o outro contratante, poderá recusar-se à prestação que lhe incumbe até que o administrador judicial satisfaça a prestação que compete à massa ou ofereça garantia suficiente de sua satisfação. É o que resulta da aplicação do art. 477 do CC.” (FAZZIO JUNIOR, Waldo. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 300/301.)

²⁰⁵ “Situação especial é aquela na qual o contratante *in bonis* não tenha, ainda, realizado a sua prestação e o administrador judicial declarar que executará o contrato. Nesse caso, faculta-se-lhe exigir que este último primeiramente satisfaça a obrigação que compete à massa falida ou lhe dê garantias de satisfazê-la, como vem assegurado no art. 477 do Código Civil de 2002.” (CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 349.)

²⁰⁶ “É óbvio que, declarada a falência, pode o outro contratante, na hipótese de não optar o síndico pelo cumprimento do contrato, recusar-se a prestar a sua obrigação sem garantia de pagamento. Igualmente, devendo o contrato bilateral ser cumprido não obstante haja falido uma das partes, a parte solvente poderá exigir lhe sejam pagas as importâncias devidas, como dívidas da massa.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos;

Tal entendimento encontra amparo na doutrina de José Xavier Carvalho de Mendonça, para quem nos contratos bilaterais, nenhuma dos contratantes pode exigir o implemento da do outro, conforme previsão do art. 476 do atual Código Civil.

Defende o tratadista²⁰⁸ que:

Os contratos bilaterais geram duas obrigações principais e correlativas; cada contratante é ao mesmo tempo credor e devedor. A execução de ser simultânea: *donnant donnant*, como dizem os franceses, *zug um zug*, como se exprimem os alemães. Nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Em sentido diverso, Déborah Kirchbaum²⁰⁹, a qual, defendendo a invalidade da cláusula de resolução por falência, argumenta que já num contexto de solvência, não é dado ao empresário dispor de seu patrimônio sem a devida contrapartida.

Se o intuito da norma do art. 117, que confere ao administrador judicial cumprir os contratos na falência, é evitar o aumento do passivo ou for necessário à preservação de seus ativos, vai na contramão da lógica do direito falimentar cancelar a aplicação da exceção de contrato não cumprido, porque com o eventual pagamento de créditos atrasados (um pesado e inconveniente ônus), dificilmente seria economicamente vantajoso para o administrador cumprir o contrato.

Dessa forma, o próprio administrador judicial seria desestimulado a cumprir o contrato, encerrando diversas tratativas que, acaso houvesse uma disciplina jurídica mais favorável, seriam cumpridas.

BATALHA, Silvia Marina Labate. Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências. São Paulo: LTr, 1991, p. 291.)

²⁰⁷ “O administrador judicial pode preferir dar cumprimento ao contrato bilateral, o que significa que deverá adimplir, em nome da massa falida, e com recursos desta, as prestações devidas pelo falido, mas, paralelamente, a outra parte contratante também deverá cumprir as prestações devidas, originalmente, ao empresário e, após a falência, devidas à massa falida.” (FRONTINI, Paulo Salvador. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005. p. 436.)

²⁰⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 590/591.

²⁰⁹ KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. p. 44. Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013.

O tema voltará a ser analisado no Capítulo III.

2.3 Regras gerais aplicáveis aos contratos unilaterais na falência

Prescreve o art. 118 da Lei 11.101/05 que o administrador judicial, autorizado pelo Comitê de Credores, poderá dar cumprimento a contrato unilateral, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada, se esse fato reduzir ou evitar o aumento da massa falida ou, ainda, se for necessário à manutenção ou preservação de seus ativos.

Esse é o teor do citado dispositivo legal:

Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

Dessa forma, observa-se que os critérios ponderados pelo administrador judicial são os mesmos dos contratos bilaterais, sendo necessária, da mesma forma, a autorização do Comitê de Credores para o cumprimento do contrato.

É interessante anotar que não existia tal previsão no revogado Decreto-Lei 7.666/45, que, versando unicamente sobre os contratos bilaterais no já mencionado art. 43, excluiu por interpretação a *contrario sensu* os contratos unilaterais.

Isso quer dizer que os contratos unilaterais não podiam ser cumpridos pelo então síndico da massa falida, ainda que acarretasse efeitos positivos para a massa; mantendo-se verdadeiramente inalterados.

A esse respeito, comentando a legislação falimentar anterior, lição de José Xavier Carvalho de Mendonça²¹⁰:

[...] Esse contratos [os unilaterais] permanecem inalteráveis na sua existência jurídica. Se o falido é o credor a massa o substitui nos direitos creditórios, e pode exigir a execução íntegra; se, porém, é o devedor, o credor, a fim de concorrer na

²¹⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarçial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 589/590.

falência, tem de declarar o seu crédito e submetê-lo a verificação. Neste último caso, o direito do credor sofre modificação no seu exercício, pelo fato de ficar o crédito sujeito aos efeitos da falência.

Na mesma linha ensina Rubens Requião²¹¹:

O contrato unilateral permanece inalterado com a falência, pois, se o falido é credor, a massa, pelo síndico, pode exigir o cumprimento da obrigação; se o falido é o devedor, o credor declara seu crédito na falência, ficando sujeito aos efeitos da mesma.

Ainda sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, ganhava relevo a discussão acerca da possibilidade de cumprimento dos chamados contratos unilaterais impróprios²¹².

Manoel Justino Bezerra Filho²¹³, a despeito de comentar a novel legislação, lembra que os contratos unilaterais puros eram resolvidos pela falência, porém era dado cumprimento aos contratos unilaterais impuros se estes fossem convenientes para a massa falida. Conclui, entretanto, mencionando que a discussão perdeu o sentido com a alteração legislativa levada a efeito pelo art. 118 da Lei 11.101/05.

Convém, por oportuno, distinguir os contratos unilaterais em que o falido é devedor e dos quais ele é credor. A esse respeito, ensina Amador Paes de Almeida²¹⁴:

Relativamente à falência há que se distinguir os contratos unilaterais em que o falido é o devedor daqueles em que o falido é o credor. Os primeiros vencem-se com a declaração da quebra, facultando-se aos credores a habilitação de seus respectivos

²¹¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 167.

²¹² Paulo Nader, diferenciando contratos unilaterais perfeitos e imperfeitos (ou impróprios), assim se manifesta: “[...] Nos primeiros [unilaterais perfeitos], as obrigações principais e correlativas se manifestariam já na formação dos vínculos contratuais, enquanto nos segundos [unilaterais imperfeitos], *per accidens*, apenas no curso de sua execução, como no comotado, que é contrato de empréstimo gratuito, quando surgem despesas para o comodatário. [...]” (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36)

²¹³ “[...] É necessário examinar o caso do contrato unilateral puro, ou seja, doação, depósito gratuito, comodato (sempre gratuito) ou mútuo gratuito. A doação não é passível de resolução, pois aperfeiçoa-se com o ato único, o ato da própria doação. Os demais contratos (depósito, comodato e mútuo) resolvem-se, pois não há como executar atos gratuitos. Assim, não sendo o ato gratuito passível de execução, conclui-se que os contratos unilaterais puros resolvem-se pela falência. Os contratos unilaterais impróprios (depósito oneroso e mútuo feneratício) não se resolvem com a falência, podendo ser executados pelo administrador judicial, se achar de conveniência para massa. Todas essas discussões, que era cabíveis no regime da lei anterior, desapareceram agora ante a expressa determinação legal no sentido de que, se for conveniente aos interesses da massa, será dado regular cumprimento ao contrato unilateral” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 157/158).

²¹⁴ PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.160/161.

créditos. Os segundos, isto é, os contratos unilaterais em que o falido é credor, não se vencem com a falência, permanecendo inalterado.

Ricardo Negão²¹⁵ adverte que os contratos unilaterais em que o falido é a parte credora não terão vencimento antecipado, e, somente depois de vencidos, serão cobrados pelo administrador judicial.

Pondera, todavia, Glauco Alves Martins, com escólio em Trajano de Miranda Valverde, que os contratos bilaterais já cumpridos pelo contratante não falido, subsistindo obrigações somente à massa, não deve ser dispensado tratamento conforme o art. 117 da Lei 11.101/05, e sim conforme o art. 118, visto que equiparáveis a contratos unilaterais.

O primeiro doutrinador²¹⁶ assim se manifesta:

Também merecem menção os contratos bilaterais em que uma das partes já cumpriu integralmente suas obrigações. Conquanto se tratem de contratos que perante o direito positivo sejam classificados como bilaterais, o fato de já ter sido integralmente adimplida a obrigação de responsabilidade do contratante não falido faz com que essas relações contratuais não fiquem sujeitas à disciplina reservada pelo artigo 117 aos contratos bilaterais. Nesses casos, em que apenas resta a ser cumprida a obrigação imposta ao falido, a doutrina²¹⁷ tem excluído esses contratos do regime inerente aos contratos bilaterais na falência. Dessa forma, mais adequado seria submeter as relações contratuais que apresentem essa característica à norma do artigo 118, destinada à disciplina dos contratos unilaterais [...].

A inovação legislativa do tratamento dispensado aos contratos unilaterais é significativa da novel legislação, que regula a postura a ser adotada pelo administrador judicial em se deparando com um contrato unilateral não cumprido pelo falido.

Glauco Alves Martins²¹⁸, ressaltando que o administrador, também (e principalmente) nos contratos unilaterais, não age livre de balizas, comenta a semelhança entre os arts. 117 e 118 da Lei 11.105/05:

²¹⁵ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 429.

²¹⁶ MARTINS, Glauco Alves. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 450.

²¹⁷ “[...] Se, no dia da abertura da falência, o contrato bilateral já foi totalmente cumprido por uma das partes, fica a relação jurídica submetida ao mesmo tratamento que teria, se, originalmente, resultasse de um contrato unilateral” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falência. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 276.)

²¹⁸ MARTINS, Glauco Alves. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 452.

Em ambos os casos, o administrador judicial apenas estará autorizado a continuar a execução de contrato bilateral, ou dar cumprimento a contrato unilateral se tais fatos implicarem redução do passivo da massa falida, evitarem o seu aumento ou se tratarem de medidas necessárias à manutenção ou preservação dos ativos. Portanto, a exemplo do que já se comentou em relação aos contratos bilaterais, em hipótese nenhuma gozará o administrador judicial de discricionariedade para dar cumprimento a contratos unilaterais: deverá ele sempre agir adstrito às hipóteses autorizadas previstas no texto legal.

A par da semelhança existe entre os dispositivos, e face à lacuna normativa referente ao contrato unilateral, recomenda-se a aplicação analógica dos dispositivos do art. 117 ao art. 118.

Sem prejuízo de sua responsabilidade por dolo ou culpa pelos danos que causar à massa falida, conforme previsão do já citado art. 32 da Lei 11.101/05, deverá aferir se, em cada caso, é interessante ou não o cumprimento do contrato para a massa falida, não rechaçando de plano essa possibilidade.

Glauco Alves Martins²¹⁹ adverte, contudo, que o cumprimento de um contrato unilateral tem que ser cercado de muita cautela, porque seu cumprimento poderia implicar em pagamento privilegiado para certos credores, em prejuízo da coletividade.

Neste ponto, pode surgir o questionamento se não haveria, por ventura, conflito entre o referido art. 118 e o art. 5º, I, da Lei 11.101/05²²⁰, pelo qual as obrigações a título gratuito não são exigíveis do devedor.

Não se vislumbra efetiva contradição entre os dispositivos, seja porque o conceito de contrato unilateral, como já anteriormente aduzido, não se confunde com o conceito de contrato gratuito, seja porque o caso concreto pode trazer situações que autorize o cumprimento do contrato, mesmo porque, de fato, a massa falida é devedora daquele valor.

Felipe Peixoto Braga Netto²²¹ esclarece:

²¹⁹ Idem, p. 453.

²²⁰ Art. 5º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência. I – as obrigações a título gratuito; [...]

²²¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.) Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 859.

Não teria, ao que parece, procedência a objeção [conflito entre o art. 118 e o art. 5º, I, ambos da LRE]. A autorização, formulada pelo art. 118, para que o administrador judicial, autorizado pelo Comitê, dê cumprimento a contrato unilateral alude ao “pagamento da prestação pela qual está obrigada”, referindo-se à massa falida. A obrigação pecuniária, no caso, seria cumprida pela massa, e não pela contraparte. O falido, portanto, é devedor em tais contratos unilaterais, e a lei, buscando a preservação de seus ativos, autoriza que tal prestação seja adimplida, porque acorde com os interesses da massa.

Ricardo Tepedino²²² pontua, entretanto, que o dispositivo legal do art. 118 tem aplicação na praxe forense praticamente restrita aos contratos de alienação fiduciária em garantia, contrato unilateral por envolver direito real, apenas se aperfeiçoando com a entrega do bem; nos seguintes termos:

A regra, no entanto, será de estreita utilização. De cumprir contratos gratuitos, como doação, comodato e depósito (se ele for oneroso passa a ser bilateral, como reconhece a doutrina), o administrador não pode sequer cogitar. Assim, a aplicação prática da regra parece se restringir à hipótese em que o falido é mutuário e a dívida conta com alienação fiduciária em garantia, pois nesse caso o descumprimento dará ao credor fiduciário direito a requerer a restituição do bem (Dec-Lei n 911/69, art. 7º), e, dependendo do saldo pendente, poderá ser muito mais vantajoso quitar a dívida, entrando o bem fiduciariamente alienado para a massa.

A exemplo do que ocorre nos contratos bilaterais, cumpre analisar a validade da cláusula penal nos contratos unilaterais. Existe previsão legal específica, que as cláusulas penais nos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

Esse é o teor do art. 83, § 3º, da Lei 11.105. *In verbis*:

Art. 83. [...]

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

[...]

Por interpretação a *contrario sensu*, é possível inferir que as cláusulas penais são exigíveis nos contratos unilaterais, desde não tenham se vencido em virtude da falência, ou tenham se vencido anteriormente a ela.

²²² TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 427.

A propósito, ensinamento de Ecio Perin Junior²²³, para quem:

A cláusula penal nos contratos unilaterais não será atendida se a obrigação vencer por força de declaração da falência. Apenas exigir-se-á a cláusula penal nos contrato com esta natureza caso o vencimento, e, conseqüentemente exigibilidade da cláusula tiver ocorrido anteriormente à declaração da quebra.

Nesse sentido também é a doutrina de Rubens Requião²²⁴, que sob o enfoque da legislação anterior, defendia:

Havendo sido estipulada cláusula penal no contrato dessa espécie [unilateral], não será ela atendida, se a obrigação se vencer em virtude da falência. Se, porém, o vencimento ocorrer antes da falência, esse estado já encontrou constituído o crédito, que passa a ser exigível.

Écio Perin Junior²²⁵ vai mais além e, citando Rubens Requião, defende a atualidade do entendimento de que, para além de a cláusula penal não ter se vencido em razão da falência, deve ser alvo de ação judicial anterior, em que, contemporaneamente à quebra, o crédito é discutido.

²²³ PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327/328.

²²⁴ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 167.

²²⁵ Idem, p. 328.

3 A VALIDADE DA CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO POR FALENCIA

3.1 Conceito de cláusula de resolução

Resolução, segundo Ruy Rosado de Aguiar Junior²²⁶, “[...] é modalidade de extinção do contrato que pressupõe o inadimplemento do devedor e nisso reside a especificidade que a distingue das outras formas de extinção²²⁷”.

Orlando Gomes, pontuando que se trata de causa de modalidade de extinção contratual que tem como causa a inexecução por um dos contratantes, ensina que a inexecução pode ser culposa ou não²²⁸.

Inicialmente, entretanto, ainda que se reconheça o inadimplemento como cerne da discussão, sem adentrar, por ora, ao mérito dessa questão, cumpre distinguir a cláusula resolutiva tácita da cláusula resolutiva expressa.

Defende Orlando Gomes²²⁹ que em todo contrato bilateral existe, implicitamente, uma cláusula resolutiva, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a resolução²³⁰.

Para Cario Mário da Silva Pereira²³¹, com escólio na doutrina francesa, o fundamento de validade dessa afirmação é a equidade, a interdependência das relações que foi

²²⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord.) 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GVlaw), p. 441.

²²⁷ Outras formas de extinção contratual, como a execução, resilição, rescisão ou anulação, não serão analisadas no presente tópico, sendo alvo de comentários apenas quando imprescindíveis à compreensão do instituto da resolução. Ainda que considerada hipótese de resolução contratual, a onerosidade excessiva, por fugir aos limites deste trabalho, não será, igualmente, analisada.

²²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p. 190.

²²⁹ *Idem*, p. 192.

²³⁰ Para Ruy Rosado de Aguiar Junior, a bilateralidade é um dos requisitos para que o contrato seja passível de resolução. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord.) 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GVlaw), p. 441/442)

²³¹ “Para Picard e Prudhomme, seu fundamento é a equidade, que se não compadece com a execução do contrato quando ocorre desequilíbrio pela inexecução. Para determinar a base teórica da cláusula [resolutiva tácita] é preciso remontar à interdependência das prestações. Desde que fique assentada, ressalta a resolução por

abalada, causando o desequilíbrio na execução do contrato, autorizando a parte prejudicada a pedir a resolução do contrato.

O exercício dessa faculdade, a seu turno, divide-se em dois sistemas: o sistema francês e o sistema alemão.

Pelo primeiro sistema (francês), se uma das partes não cumprir suas obrigações, pode a outra exigir o cumprimento do contrato, se possível, ou ainda requerer a sua resolução, sem prejuízo de indenização por perdas e danos. Ademais, seria lícita ao julgador assinalar prazo ao inadimplente para cumprir voluntariamente a obrigação²³².

O traço marcante, entretanto, é a necessidade de intervenção judicial para a efetivação da resolução, não cabendo atuação direta do interessado. Tal sistema atribui apenas legitimação ativa *ad causam* à parte prejudicada para exigir o cumprimento da obrigação ou perdas e danos²³³.

Pelo segundo sistema (alemão), caso um dos contratantes não cumpra suas obrigações, é dado à outra parte resolver o contrato, independentemente de tutela judicial ou interpelação anterior, vez que a cláusula tácita funciona como verdadeira condição²³⁴. Assim, a característica essencial desse sistema é desnecessidade de pronunciamento judicial, operada a resolução, mediante atuação direta do próprio interessado²³⁵.

O nosso ordenamento jurídico adotou o entendimento do sistema francês. Conforme previsão do art. 474²³⁶ do Código Civil, é necessária interpelação judicial prévia, assinalado prazo para a parte faltosa cumprir o acordo, sob pena de resolução. Como se observa, a resolutividade tácita decorre de lei, e carece de interpelação judicial prévia.

inexecução de um dos contratantes como consequência natural.” (DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 132/133.)

²³² GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p. 192/193.

²³³ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 133.

²³⁴ GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p. 193.

²³⁵ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113.

²³⁶ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Nada impede, contudo, para reforçar o efeito da condição, que as partes pactuem expressamente a cláusula de resolução, chamada *pacto comissório expresso*, por Orlando Gomes, para quem o fundamento de validade está no princípio da força obrigatória dos contratos²³⁷.

A resolatividade expressa (quando existe previsão contratual, mencionando a condição) decorre da vontade das partes, e se opera de pleno direito. O fundamento de validade, então, está na livre manifestação da vontade, e produz efeitos imediatos, sendo desnecessária manifestação judicial.

A esse respeito, lição de Orlando Gomes²³⁸:

Uma vez que é estipulada no contrato, a *faculdade de resolução*²³⁹ se exerce, obviamente, pela forma convencionada, mas diferente do que se verifica com a cláusula resolativa tácita, entendem alguns que a resolução dispensa a sentença judicial. Havendo *pacto comissório expresso*, o contrato se resolve de pleno direito. Quando muito, o juiz, em caso de contestação, declararia a resolução, não lhe competindo pronunciá-la, como procede quando a cláusula resolativa é implícita. [...]

Vale mencionar que o efeito imediato da resolatividade é decorrência da mora *ex re*, a qual, nos termos do art. 397 do Código Civil²⁴⁰, sendo positiva e líquida, em seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Em virtude disso, desnecessária a interpelação judicial e muito menos extrajudicial, conforme, aliás, estabelece o mesmo art. 474 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira²⁴¹ assevera:

Deixando o contratante de cumprir a obrigação na forma e no tempo ajustado, resolve-se o contrato automaticamente, sem necessidade de interpelação do faltoso (Código Civil, arts. 474 e 128). É um efeito da mora *ex re* nas obrigações líquidas a prazo certo [...], que vem operar a resolução e ainda sujeitar a inadimplente às perdas e danos. [...]

²³⁷ GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p.194.

²³⁸ Idem, p. 194.

²³⁹ Trata-se, a bem da verdade, de uma faculdade, que pode ou não ser exercida por quem lhe aproveite.

²⁴⁰ Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

²⁴¹ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 134.

Interessante anotar a lição de Orlando Gomes²⁴², para quem “[...] no direito pátrio, a regra relativa à cláusula resolutiva não distingue entre a condição expressa e a tácita.”

É o que se pode observar do art. 475 do Código Civil²⁴³, que autoriza a parte afetada pelo inadimplemento a pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir o seu cumprimento, cabendo indenização por perdas e danos em qualquer dos casos.

Em se tratando de inadimplemento culposo, tem-se a figura da inexecução voluntária, ao passo que ao inadimplemento isento de culpa dá-se o nome de inexecução involuntária.

A resolução por inexecução voluntária pressupõe inadimplemento, ilicitude, culpa e nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo e, quer resulte de cláusula expressa ou não, produz efeitos com relação às partes²⁴⁴.

Os efeitos da resolução variam conforme a natureza do contrato. Em se tratando de obrigação de execução continuada, operam-se efeitos *ex nunc*, e as prestações cumpridas não se restituem. Ao revés se se tratar de obrigação de execução única, opera-se efeito *ex tunc*.

No mesmo sentido Orlando Gomes²⁴⁵, para quem “[...] o efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*.”

É o que determina o Código Civil, no seu art. 128:

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

²⁴² Idem, p.195.

²⁴³ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

²⁴⁴ Idem, p.195.

²⁴⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p. 195.

Vale mencionar que a lei não diferencia resolução tácita e resolução expressa, o que, à míngua de previsão em sentido contrário, permite concluir que esses efeitos são aplicados a ambas as hipóteses de resolução.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁴⁶, discorrendo sobre o efeito *ex tunc* (hipótese que merece maiores considerações) da resolução contratual, defende que as partes devem retornar ao estado em que se encontravam anteriormente, restituindo o que receberam em razão do contrato, o que deve ser apurado em forma de liquidação.

Nada obstante, o efeito de extinguir o contrato (para o passado ou futuro), a resolução por inexecução voluntária gera o dever de indenizar (efeitos da inexecução), aí compreendidos as perdas e danos e o dano emergente²⁴⁷.

A seu turno, reputa-se involuntária a inexecução resultante de fatos que impossibilitam o cumprimento da obrigação. O contratante, embora queira, não pode satisfazer a obrigação. Tem-se aqui uma causa superior e absolutamente alheia à vontade do devedor²⁴⁸.

Acerca da impossibilidade, Orlando Gomes estabelece quatro elementos que devem caracterizá-la. Desse modo, a fim de que a inexecução seja reputada involuntária, ela deve decorrer de impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva.

²⁴⁶ “O efeito *ex tunc* significa que a resolução tem efeito retroativo, e com a extinção decretada por essa causa devem as partes ser respostas na situação em que estavam antes de celebrarem o contrato. Significa dizer: as partes devem restituir o que receberam em razão do contrato, tanto o credor, autor da ação, como o devedor inadimplente, apenas que sobre esse ainda pesará a condenação de indenizar as perdas e dano sofridos pela outra parte. Liberadas ambas as partes em virtude da resolução, surge uma nova relação entre elas – a de liquidação –, a fim de que sejam cumpridos os efeitos da resolução, em especial definidos os termos em que deve ocorrer a restituição das prestações executadas e a definição dos valores que integrarão a indenização por perdas e danos devido em favor daquele que não descumpriu e sofreu com a inadimplência do outro.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord.) 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GVlaw), p. 448/449)

²⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992, p. 196.

²⁴⁸ Idem, p. 197.

Por superveniente entende-se aquela advinda posteriormente à celebração do contrato, pois atentaria contra um dos requisitos dos negócios jurídicos em geral (art. 104 do Código Civil²⁴⁹) estipular obrigação de cumprimento impossível.

Objetiva é aquela decorrente de caso fortuito ou força maior, vale dizer, o fato necessário, cujos efeitos o devedor não poderia evitar ou impedir²⁵⁰. Impossibilidade, destarte, tem que ser total, pois ao credor pode assistir interesse na continuidade do contrato com base na obrigação restante.

Finalmente, a impossibilidade tem que ser definitiva, pois, em se tratando de dificuldades temporárias, estar-se-ia diante de hipótese de suspensão.

Caracterizados esses elementos, a parte devedora está, de pleno direito (vez na hipótese de cláusula resolutiva expressa) liberada do vínculo contratual.

Os efeitos da resolução são mesmos aplicáveis à inexecução involuntária ou voluntária; no entanto, os efeitos da inexecução diferem, se voluntária ou involuntária.

No primeiro caso (inexecução voluntária), conforme já salientado, a parte devedora responde por perdas e dano nas modalidades dano emergente e lucro cessante. No segundo caso, entretanto, conforme defende Orlando Gomes, a parte está exonerada de qualquer pagamento, visto que amparada pelo caso fortuito ou força maior.

Essa é a previsão do art. 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²⁴⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁵⁰ A propósito, redação do art. 393 do Código Civil de 2002: Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir

No presente estudo, a espécie de extinção do contrato que mais interessa é a resolução expressa, tendo em vista que a problemática envolve a inserção de cláusula de resolução por falência, não havendo que se falar em resolutividade tácita.

No próximo tópico iremos analisar a cláusula de resolução por falência, sua validade, implicações e consequências para o procedimento falimentar.

3.2 A validade jurídica e suas consequências para a falência

Como já afirmado, uma cláusula comum nos contratos empresariais é aquela que permite a uma das partes a rescindir o contrato caso a outra parte seja reduzida à insolvência. Tal cláusula autoriza a resolução do contrato, muito embora não exista qualquer obrigação inadimplida, a não ser a “obrigação” de se manter solvente.

Sob a égide da legislação falimentar anterior, José Xavier Carvalho de Mendonça²⁵¹ defendia a impossibilidade contratual de se estipular benefícios não concedidos em lei no processo falimentar a um determinado contratante que, prevendo a falência, inserisse cláusula nesse sentido, sob pena de violação ao princípio do *par conditio creditorum*.

No entanto, o mesmo autor²⁵², assentando que não há violação a princípio de ordem pública, argui a validade da cláusula de resolução por falência, argumentando que é lícito ao contratante se prevenir contra a incerteza, demora e dificuldade do processo falimentar, nos seguintes termos:

Não vemos, porém, razões que vedem os contratantes a se premunirem contra certas consequências da falência, como a incerteza, a demora ou a dificuldade que esta produzirá relativamente à execução dos contratos, ou, ainda, à pessoa do contratante

²⁵¹ “Em princípio, a cláusula contratual prevendo a falência de uma das partes não é permitida. Assim, não produziria efeito a que permitisse ao credor um privilégio não reconhecido por lei, logo que a falência do devedor fosse declarada. A *par conditio creditorum* e a necessidade de afastar ciladas ao crédito não consentiram na criação de causas arbitrárias de preferência na previsão da falência.” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 588/589.)

²⁵² Idem, p. 588/589.

e à inconveniência da sua substituição pela massa falida ou por terceiro. Não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso da superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. [...] É válido, portanto, o pacto em virtude do qual a declaração da falência opera como condição resolutive do contrato, cessando as relações jurídicas criadas, para que o síndico ou liquidatário não substitua o falida na execução; não seria lícito, entretanto, ao co-contratante reclamar preferências ou privilégios fundados nesse pacto, salvo o seu direito de concorrer na falência.

Trajano de Miranda Valverde²⁵³, fundado no entendimento de Carvalho de Mendonça, limita-se a afirmar que a cláusula de resolução por falência, é, em princípio, aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Waldemar Ferreira²⁵⁴ também não aborda diretamente o tema, e manifesta-se favoravelmente à validade da cláusula de resolução, fundado na doutrina francesa e num acórdão do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, datado de 1939.

Rubens Requião²⁵⁵, a seu turno, sufragado no entendimento de Spencer Vampré²⁵⁶, para quem “[...] a massa não pode ter mais direitos, ou obrigações, relativamente a terceiros, do que as que tinha o devedor, antes da falência.”, e também no de Carvalho de Mendonça, defende a validade da cláusula de resolução.

Na linha mais moderna, Fabio Ulhoa Coelho²⁵⁷ defende que a cláusula é válida e eficaz, devendo prevalecer caso contratada expressamente, visto que as normas de direito

²⁵³ “É comum, entretanto, as partes pactuarem a rescisão do contrato no caso de falência de um dos contratantes. A cláusula encontra-se, geralmente, nos contratos de execução continuada, como no de locação de coisas. A sua validade é, em princípio, aceita, tanto pela doutrina, como pela nossa jurisprudência.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 273.)

²⁵⁴ “Manifestou-se a jurisprudência pela legitimidade da convenção [pacto de resolução]. Admite-se a doutrina francesa, tanto quanto a jurisprudência. Para não ter que demandar judicialmente a resolução do contrato em caso de falência da outra parte, pareceu a Georges Ripert lícito a um contratante inserir no contrato a cláusula prevendo-lhe a resolução, de pleno direito, em caso de falência. Essa cláusula impede o síndico de optar por sua execução. Tem ela a vantagem de dar-lhe pronta solução. Sua validade não poderá ser posta em dúvida, por constituir pacto comissório.” (FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v., p. 515/516)

²⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I, p. 163/164.

²⁵⁶ VAMPRE, Spencer. Tratado Elementar de Direito Commercial. Rio de Janeiro: F. Briguiet & CIA Editores, 1922. v. III, p. 394.

²⁵⁷ “Se as partes pactuarem cláusula de rescisão por falência, esta é válida e eficaz, não podendo os órgãos da falência desrespeitá-la. O direito falimentar, como capítulo do direito comercial, tem normas contratuais de natureza supletiva da vontade dos contratantes; seus preceitos sobre obrigações contratuais só se aplicam se as partes não convencionaram diferentemente. Assim, o contrato se rescinde não por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes que o elegeram como causa rescisória contratual”. (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 315)

falimentar, por estarem inseridas no âmbito do direito privado, são normas supletivas da vontade das partes.

Coelho chega a considerar válida até mesmo a cláusula que prevê a extinção do contrato fundado na mera distribuição do pedido de falência²⁵⁸, privilegiando demasiadamente a autonomia da vontade e subvertendo a utilização direito de ação, atribuindo a uma das partes direito potestativo, insustentável no nosso ordenamento jurídico.

Endossando a tese acerca da validade da cláusula de resolução por falência, Ecio Perin Junior²⁵⁹, para quem o contrato não se rescinde por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo judicial e não pode deixar de ser observada pelo administrador judicial.

Na mesma linha de raciocínio, Wilson de Souza Campos Batalha e Silvia Marina Lebate Batalha²⁶⁰, Felipe Peixoto Braga Netto²⁶¹ e Sérgio Campinho²⁶², os quais, forte no entendimento de Carvalho de Mendonça, defendem que não há proibição que se estipule cláusula de rescisão contratual por falência superveniente de uma das partes, pois não existe ofensa a princípio de ordem pública, já que não atribuem esse caráter à norma do art. 117 da Lei 11.101/05.

²⁵⁸ Idem. p. 315.

²⁵⁹ PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 338.

²⁶⁰ Os autores apenas citam passagem da obra de Carvalho de Mendonça. BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Lebate. Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências. São Paulo: LTr, 1991, p. 291.

²⁶¹ “Não há, em linha de princípio, ofensa à boa-fé objetiva ou ao equilíbrio material das prestações em semelhante previsão. Tampouco podemos enxergar, em tais cláusulas, abuso de direito, repudiado pelo art. 187 do Código Civil. Carvalho de Mendonça, a propósito, ensina: ‘Não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso da superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. Não se dá ofensa a princípio algum de ordem pública.’ Continua, adiante, o jurista, ‘É válido, portanto, o pacto em virtude do qual a declaração da falência opera como condição resolutiva do contrato, cessando as relações jurídicas criadas, para que o síndico ou liquidatário não substitua o falido na execução.’ [...] (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.) Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 861.)

²⁶² “A questão do pacto rescisório em caso de falência também oferece interesse. São usuais as cláusulas nos contratos bilaterais de execução sucessiva prevendo a sua resolução em face da sobrevinda falência de um dos contratantes. A lição de Carvalho de Mendonça foi decisiva nas construções doutrinária e pretoriana sobre o tema” (CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 350.)

Deborah Kirschbaum²⁶³ sumariza os argumentos em favor da cláusula, que segundo ela são 3 (três), todos pautados na doutrina de Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira, por sua vez reproduzida por autores contemporâneos:

(i) literalidade do texto normativo (ao afirmar, Carvalho de Mendonça, que “não há proibição” à cláusula); (ii) liberdade de contratar (Carvalho de Mendonça supõe que haja plena liberdade de contratar dentro e fora da situação de insolvência); (iii) pragmatismo voltado aos interesses do credor.

Tais argumentos, conforme aduz, não se sustentam. Com relação aos pontos (i) e (iii), estes caem por terra face à interpretação sistemática da legislação falimentar, visto que a transferência de recursos sem a devida contraprestação contraria princípios básicos de direito que encontram guarida em diversas normas jurídicas. Os interesses imediatos dos credores, não obstante, devem ceder em face dos interesses da comunidade de credores.

Ademais, defender a ausência de proibição como fundamento de validade implica em tratar o dispositivo como norma disponível, passível de ser afastada pela vontade das partes. No entanto, a norma do art. 117 da Lei 11.101/05 é norma de ordem pública, por tutelar interesse fundamental da sociedade.

Para Celso Marcelo de Oliveira²⁶⁴, citando Paulo Nader²⁶⁵, trata-se de norma de ordem pública, como tal cogente:

A Legislação Falimentar, assim como todas as regras falimentares, constitui norma de ordem pública, e, como tal, cogente. A esse respeito, leia-se a lição de Paulo Nader: A lei de ordem pública, ao contrário das que integram a ordem privada, reúne preceitos de importância fundamental ao equilíbrio da sociedade, pois disciplina os fatos de maior relevo ao bem-estar da coletividade. Por tutelar os interesses fundamentais da sociedade, prevalece independentemente da vontade das pessoas. É cogente e se sobrepõe à opinião de todos, inclusive a daqueles a quem beneficia.

Nesse sentido Miguel Reale²⁶⁶, que defende: “Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes, disporem de maneira diversa.”

²⁶³ KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. p. 44/45. Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentário à Nova Lei de Falência. 1ª ed. São Paulo: Thopson, p. 471.

²⁶⁵ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 149.

²⁶⁶ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 131.

Também Ricardo Tepedino²⁶⁷, que ensina: “[...] as normas de uma lei falimentar não são, por natureza, dispositivas, porque visam à proteção de interesse coletivos, inclusive de natureza social”.

Vale lembrar que a maioria dos preceitos estabelecidos na legislação falimentar têm consequências sobre um extenso número de credores, apresentando evidente relevo, e amparam inúmeros e, por diversas vezes, conflitantes interesses. Defensável, portanto, a tese de que se trata de preceitos de ordem pública, inafastável pela vontade das partes.

Com relação ao ponto (ii), há de se mencionar que a liberdade plena de contratar já não é admitida num contexto de solvência, sendo vedado dispor de seu patrimônio sem a devida contrapartida.

Atenta contra a lógica do direito empresarial que o devedor venha a contribuir de forma ativa para a dissipação de seu patrimônio. Conforme melhor explanado linhas a frente, ao contratar a resolução por falência, o devedor libera o credor do cumprimento de uma obrigação sem exigir indenização, portanto a “custo zero”, abrindo mão de um ativo sem exigir o pagamento do preço.

A cláusula de resolução expressa é usualmente encontrada nos contratos de execução diferida, aplicável, no mais das vezes, ao descumprimento das obrigações ditas principais. É preciso, portanto, haver o inadimplemento do contratual, a fim de que a cláusula seja válida.

Para a doutrina tradicional, a validade da resolução expressa tem que se pautar no descumprimento de obrigação que constitua o núcleo essencial do negócio jurídico, e não obrigações de somenos importância²⁶⁸, pena de incentivar comportamentos estratégicos e condutas calcadas na má-fé.

²⁶⁷ TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422.

²⁶⁸ Caio Mário da Silva Pereira ensina que “[...] não pode, porém, ser levada a defesa [exceção de contrato não cumprido] ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo.” (DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 136.)

Há de ser prestigiada, conforme ensina Flávio Tartuce²⁶⁹, a teoria do adimplemento substancial, aplicável “[...] em hipóteses que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos visando sempre a manutenção da avença”.

O mesmo doutrinador²⁷⁰, citando Eduardo Bussatta, defende a boa-fé objetiva como o fundamento de validade, e ressalta que a teoria do adimplemento substancial constitui uma limitação ao direito da contraparte de pedir a resolução, desde que o chamado incumprimento seja de pouca gravidade, incapaz de retirar a utilidade de funcionalidade da contratação.

Deborah Kirchbaum²⁷¹ pontua que as discussões quanto à resolução expressa ocorrem não tanto em torno da validade da cláusula, mas sim com relação a sua eficácia; o que, ademais, ocorre ainda num contexto de solvência, realidade oposta àquela ora analisada.

Tem relevância na análise da validade da cláusula de resolução por falência a ameaça da impossibilidade de cumprimento²⁷². Afinal, existe em tese receio do credor estipulante de não ver adimplida sua obrigação em virtude da instalação do estado falimentar da contraparte.

Trata-se de uma das hipóteses de aplicação do instituto da exceção de contrato não cumprido, disciplinado no art. 477 do Código Civil²⁷³. Segundo esse dispositivo, após a celebração do contrato, se sobrevier a uma das partes diminuição tal do patrimônio capaz de

²⁶⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3. 7 ed. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2012. p. 223.

²⁷⁰ Idem, p. 223.

²⁷¹ A maior parte das discussões quanto à resolução expressa num contexto de solvência se dá não tanto em torno do plano de validade, mas a respeito da eficácia da norma. Assim é que muito da controvérsia em litígios envolvendo a aplicação da resolutiva expressa no Brasil se resume à identificação dos requisitos para a resolução “de pleno direito”, sendo típico o questionamento quanto à necessidade de notificação do devedor como requisito para caracterizar a resolução. (KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. p. 43., Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013.)

²⁷² “Dentro do universo de questões tradicionalmente abordadas pelas teorias civilísticas, o que mais se aproxima da problemática associada à *ipso facto* é a questão da *ameaça* de impossibilidade de cumprimento de obrigação contratual essencial. Esta hipótese, que é de *suspeita* de probabilidade de inadimplemento, é disciplinada pela norma de direito comum contida no art. 477 do Código Civil. Trata-se da exceção do contrato não cumprido.” (Idem, p. 43.)

²⁷³ Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

comprometer ou tornar duvidosa o cumprimento da obrigação, pode a outra parte requerer concessão ou reforço de garantia.

Cumpra-se observar que não existe autorização legal para que uma das partes, pautada tão só na ameaça de impossibilidade de cumprimento (que no caso em exame seria a falência), opte pela rescisão do contrato, sendo necessário, conforme interpretação mais escorreita, requerer primeiramente ao reforço de garantia.

Daí se extrai que, já num contexto de solvência, não é dado à parte que meramente receia o não cumprimento de obrigação resolver o contrato, com muito mais propriedade tal proibição num contexto de insolvência, em que existem inúmeros outros interesses envolvidos.

É que, até o decreto de falência, o credor que suspeite da solvabilidade do devedor pode pedir garantia ou reforçá-la, nos termos do art. 477 do Código Civil. No entanto, a partir da instalação do estado falimentar, o credor deverá se submeter à norma do art. 117 da Lei 11.101/05, que determina que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, podendo ser cumpridos pelo administrador judicial.

A decisão acerca do cumprimento ou não deverá, aliás, ser informada por critérios econômico-financeiros, devendo ser apurado o valor atribuído pela empresa ao contrato no momento da quebra e o preço do contrato, devendo o administrador optar pelo cumprimento caso o saldo seja positivo²⁷⁴.

Questão interessante, que se torna a analisar, é a possibilidade de se opor exceção de contrato não cumprido, quando o administrador optar pelo cumprimento do contrato.

Deborah Kirchbaum não se manifesta diretamente sobre isso, mas a análise dos seus argumentos, considerando que a exceção de contrato não cumprido é um contexto de

²⁷⁴ “[...] Esta decisão [sentença que decreta a falência] deverá ser informada por critérios econômico-financeiros. Em termos estritamente econômicos, a decisão do administrador deverá apurar a diferença líquida entre o valor atribuído pela empresa ao contrato no momento da decisão e o preço do contrato (montante ajustado para a prestação). Se a diferença for positiva, o administrador deverá optar pela manutenção do contrato; caso a diferença seja negativa, o administrador deverá optar pela resolução.” (KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. p. 43. Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013)

solvência, leva à conclusão de que é inaplicável à espécie. De fato, aceitar a possibilidade de oposição significa prestigiar tão somente a civilística tradicional e abandonar a análise conjuntural e seu impacto, em especial econômico, sobre a coletividade de credores.

Conforme lição do próprio Fabio Ulhôa Coelho²⁷⁵ (para quem, frise-se, é válida a cláusula de resolução, devido à liberdade de contratar entre as partes), há de se promover um afastamento das normas de direito comum para a incidência das normas falimentar, referindo-se ao regime jurídico aplicável aos contratos na falência.

Daí se poder inferir que, aquilo que não for compatível com a lógica do direito falimentar (tal qual a possibilidade de oposição de contrato não cumprido) deve ser afastado.

Ademais, constitui vantagem ilegítima frente aos outros credores, frustrando a ordem legal de preferência. Dificilmente seria vantajoso à massa falida o cumprimento de um contrato, se viesse acompanhado do ônus de quitar todos os pagamentos atrasados, praticamente inviabilizando a continuidade da empresa e prejudicando sobremaneira a maximização dos ativos.

Com relação à Recuperação Judicial, aliás, existe dispositivo específico (art. 67, parágrafo único, da Lei 11.101/05²⁷⁶) que incentiva o fornecedor a continuar provendo normalmente os bens após o pedido de recuperação, elevando os créditos pretéritos na ordem de recebimento. Isso decorre, no entanto, de expressa autorização legal no diploma falimentar, e não da vontade das partes.

Não obstante, o prejuízo ou o risco para o credor, se existente, é mínimo, ao passo que o benefício agregado à coletividade de credores pode ser enorme. Afinal, o crédito decorrente de atos jurídicos praticados após a decretação de falência é extraconcursal, conforme dispõe o já mencionado art. 84, V, da Lei 11.101/05.

²⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 312.

²⁷⁶ Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

Com relação ao crédito atrasado, independentemente da validade da cláusula (ocorrendo a resolução do contrato) ou da continuidade do negócio, não haveria alteração substancial de sua situação jurídica, pois o credor não receberia de qualquer forma o saldo atrasado imediatamente, devendo se submeter à ordem legal.

O procedimento falimentar é complexo, exigindo que os credores colaborem entre si. Algumas vezes, o interesse da coletividade demanda certo sacrifício de ordem individual.

Sem prejuízo do exposto, pode-se dizer que não existe preocupação normativa²⁷⁷ daqueles que defendem a validade da cláusula, pois não buscam desenvolver argumentos capazes de justificar que liberdade de contratar tem objetivos compatíveis com a racionalidade do sistema aplicável à insolvência²⁷⁸.

Não chegam, ademais, a construir reflexões acerca do impacto da cláusula sobre a distribuição de riquezas entre os titulares de interesses afetados²⁷⁹. São as chamadas implicações econômicas da cláusula, cuja principal problemática é que ela “[...] convenientemente libera uma das partes de continuar a fornecer a prestação, a preço zero²⁸⁰”.

Sob a ótica da coletividade de credores, excluído aquele a quem aproveita a cláusula, a validade desta implica a privação de saldo eventualmente positivo, sem o necessário sinalagma, numa cadeia de transferência de recursos sem contrapartida. Isso caracteriza vantagem ilegítima em prejuízo dos demais.

É regra comezinha de direito a necessidade de a contraparte inocente ser indenizada por perdas e danos por aquele que pretende cessar o cumprimento do contrato.

²⁷⁷ “A maior parte dos estudos jurídicos no Brasil na área de contratos explora os problemas da ruptura contratual a partir de uma perspectiva focada na aplicação do direito comum, sem atentar para as particularidades presentes no regime da insolvência empresarial.” (KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. p. 42. Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013)

²⁷⁸ Idem, p. 45.

²⁷⁹ Idem, p. 44.

²⁸⁰ Idem, p. 41.

No entanto, a cláusula de resolução por falência não só libera o contratante do cumprimento de suas obrigações, como também exime essa mesma parte de arcar com qualquer valor a título de indenização.

Além disso, aceitação da cláusula constitui mecanismo de “blindagem”, contra os efeitos do procedimento falimentar, fazendo crer que seria aceitável as partes convencionarem essa exclusão.

Nesse sentido, lição de Déborah Kirchbaum²⁸¹:

Como exposto, a cláusula *ipso facto* [como a autora se refere à cláusula de resolução por falência] é ilegítima por privar à massa ou à empresa sob recuperação o direito de beneficiar-se de valor positivo de um determinado direito contratual: de um lado, essa privação acaba sendo suportada pelos demais credores (que contratam com base num determinado patrimônio, não participando da contratação que prevê a *ipso facto*, mas sofrem a perda do valor de tal patrimônio pela subtração de elemento que deveria integrá-lo); de outro, a cláusula substancialmente equivale a um mecanismo de isolamento privado ou “blindagem” contra efeitos da insolvência da contraparte.

Fere mesmo a lógica imanente ao direito da insolvência, visto que pune os credores e aqueles que estão no topo da escala de hierarquia, ao invés dos sócios e controladores da empresa devedora, a quem o mecanismo é dirigido²⁸².

Mormente quando já num contexto de solvência é vedado aos gestores da empresa a prática de atos que importem na diminuição deliberada de seus ativos, com muito mais razão condutas dessa estirpe deveriam ser a todo custos rechaçadas num ambiente de insolvência.

Ainda que ocorra o ressarcimento pós-ruptura contratual, tal valor dificilmente compensará, à altura, as perdas causadas, em especial num ambiente crítico de ativos

²⁸¹ Idem, p. 48.

²⁸² Em termos de análise econômica do direito da insolvência, visto como mecanismo de controle *ex ante* do comportamento do devedor, o efeito da cláusula é contrário à lógica de incentivos supostamente desejada, já que pune os credores e demais titulares de prioridades de tipo de hierarquia e não os titulares residuais dos créditos, isto é, os sócios da devedora ou, ainda, os gestores da mesma, para quem o mecanismo é desenhado. (Idem, p. 39.)

escassos; tendo em vista que os contratos devem ser considerados, sobretudo, como a possibilidade futura de geração de riquezas²⁸³.

Existem, vale dizer, aqueles contratos considerados estratégicos para a empresa, por vezes de execução continuada, de elevado valor patrimonial, sem os quais a atividade não se desenvolve. Exemplos são vários, como contrato de locação, cessão *know-how* e licença de uso de marca, para mencionar alguns.

Débora Kirschbaum sintetiza as consequências econômicas da cláusula de resolução por falência:

Em substância, a cláusula *ipso facto* tem um duplo impacto econômico: exclui a ressarcibilidade, já que seu efeito é plenamente “liberador”, e acentua a dissipação de valor do conjunto patrimonial da devedora, limitando as possibilidades de recuperação da empresa ou de liquidação com maximização de seu valor para os credores.

Um último argumento que se poderia mencionar, seria que a cláusula não contribui para a conjugação de interesses na falência, pois um procedimento tão complexo carece da cooperação entre os credores. A referida cláusula, ao revés, contribui para atizar a competitividade entre os credores, o que já num contexto de solvência é delicado, ganhando especial consistência num procedimento falimentar.

Contribui para isso o fato de um credor, especialmente aquele privilegiado, com elevado poder de barganha, pode utilizar estratégia individual para dissipar o patrimônio, em prejuízo da possibilidade de recuperação e da universalidade de credores.

Autores mais modernos, muito embora não tecendo semelhantes argumentos, apresentam o mesmo entendimento, considerando inválida a cláusula de resolução por falência.

²⁸³ “[...] Mais representativa da realidade econômica da empresa é a percepção quanto à correlação entre valores dos elementos patrimoniais, e que a base para determinação do valor de um ativo é função de sua capacidade de geração de riqueza futura. Daí a sabedoria convencional segundo a qual a empresa vale mais em funcionamento do que liquidada em frações de ativos desagregados. [...] A percepção sobre a existência de uma relação entre contrato e valor da empresa abre caminho para a investigação quanto às implicações econômicas trazidas à empresa pela privação do valor de um ativo relevante.” (Idem, p. 40)

Manoel Justino Bezerra Filho defende a natureza de ordem pública das normas de direito falimentar (art. 117 da Lei 11.101/05), muito embora inseridas no campo do direito comercial, não sendo afastáveis pela vontade das partes por extrapolar o mero interesse privado.

O referido autor assim se manifesta²⁸⁴:

[...] Essa cláusula [de resolução por falência] não será considerada, porém, se o administrador judicial pretender dar cumprimento ao contrato, na forma do *caput* deste artigo, tendo em vista as características também públicas da falência, muito embora situado o direito comercial ou empresarial no campo do direito privado. A falência, por se tratar de instituto colocado à disposição dos interessados para afastar do meio comercial aquele empresário que já está falido de fato, assume características que extrapolam o mero interesse privado.

Ricardo Tepedino²⁸⁵, forte no entendimento de Manoel Justino, e citando um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defende também a invalidade da cláusula, pelo fato de a norma do art. 117 da Lei 11.101/05 ter natureza de ordem pública.

No mesmo sentido Gladston Mamede²⁸⁶, para quem, segundo o entendimento anterior, considera ilícita às partes poder convencionar cláusula pela qual um determinado crédito não se submete ao regime concursal.

O doutrinador assim se manifesta:

[...] a decretação da falência é uma intervenção estatal (judiciária) no universo das relações privadas, afastando a prevalência da vontade privada a bem do interesse público. Por isso não se pode convencionar que um crédito não se submete ao juízo concursal, cláusula que seria nula por ser ilícita.

Diante disso, com a devida ressalva ao entendimento em contrário, considerando que o objetivo primordial do direito da insolvência é possibilitar a recuperação da empresa, se

²⁸⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009. p. 256.

²⁸⁵ “Assim como Manuel Justino, fico com a opinião oposta [invalidade da cláusula de resolução por falência], e que se acha bem respaldada em acórdão do 1º TACSP, relativo à concordata (o que não lhe retira a pertinência, pois as disposições do art. 43 da LF de 1945, hoje reproduzidas no artigo aqui examinado [art. 117], a ela se aplicavam): as normas de uma lei falimentar não são, por natureza, dispositivas, porque visam à proteção de interesses coletivos, inclusive de natureza social. Assim, a regra do art. 117 me parece imperativa, do que deflui a sua invalidade.” (TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422.)

²⁸⁶ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010. p. 317.

viável, ou otimizar a maximizar seus ativos, no caso de falência, deve a cláusula de resolução por falência ser entendida como inválida.

CONCLUSÃO

O art. 117 da Lei 11.101/05, ao estabelecer que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, determinou que podem ser cumpridos pelo administrador judicial, se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo ou forem necessários à manutenção ou preservação de seus ativos.

No entanto, ainda subsiste na prática empresarial a celebração de contratos em que está inserida a cláusula de resolução por falência. Os argumentos em favor de sua validade são basicamente de três: a ausência de expressa proibição legal, a liberdade de contratar e o prejuízo em tese ao credor dito diligente.

Como se observou, tais argumentos não se sustentam, visto que defender a ausência de proibição significa considerar o dispositivo como norma disponível, afastável pela vontade das partes. No entanto, o art. 117 é norma de ordem pública, por tutelar interesses de diversos credores, sendo fundamental à sociedade.

Além disso, considerando que a cláusula de resolução tem por finalidade resguardar uma das partes do risco de inadimplemento, em tese agravado pela decretação de falência, seu fundamento de validade seria o art. 476 do Código Civil. Contudo, ainda num contexto de solvência, inexistente previsão legal para a resolução do contrato fundado no mero risco de inadimplemento, sendo necessário num primeiro momento, exigir reforço de garantia.

Não obstante, atribuir validade à cláusula significa liberar o devedor (parte não falida) do cumprimento de uma obrigação sem exigir indenização, portanto a “custo zero”, abrindo mão de um ativo sem exigir a contraprestação. E a privação desse patrimônio, vale mencionar, será suportado pela coletividade de credores, que terá que repartir entre si um ativo desfalcado.

Mesmo que ocorra o ressarcimento pós-ruptura contratual, é dizer, dificilmente o valor encontrado compensará, à altura, os prejuízos sofridos, porque os contratos devem ser entendidos, sobretudo, como uma forma de geração futura de riqueza, interrompidas pela

resolução do contrato. Tal fato assume especial relevo se considerados os contratos ditos estratégicos, de vital importância para a manutenção da atividade.

Há que se considerar, ainda, o efeito negativo da aceitação da cláusula sobre a cooperação dos credores, que tende a diminuir, na medida em que faculta a um ou mais credores optarem pela resolução do contrato, estimulando comportamento estratégico em detrimento da coletividade.

Desse modo, observa-se que a cláusula de resolução por falência contribui decisivamente para a redução do ativo, seja excluindo a ressarcibilidade, seja dissipando o conjunto patrimonial, com prejuízo à coletividade de credores, bem como tem a potencialidade de agravar o risco e onerar o processo falimentar.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. Wanderley Fernandes (coord.) 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GVlaw).

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1996, v. 35, n. 104.

ASCARELLI, Tullio. O empresário. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1998, v. 36, n. 109.

BARROS LISBOA, Marcos de. *et al.* Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. Falências e Concordatas: Comentários à Lei de Falências. São Paulo: LTr, 1991.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada. São Paulo: RT, 2009.

BONETTI, Regina. O Instituto da Falência no Direito Brasileiro: os novos rumos do Direito Falimentar à luz da Lei 11.101/05. p. 14. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Regina%20Bonetti.pdf>, acesso em 22/01/2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima (coord.). 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL, Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil).

BRASIL, Lei 10.406/02 (Código Civil).

BRASIL, Lei 11.101/05.

BRASIL, Decreto-Lei 7.661/45.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 623367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p. 245, disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=481974&sReg=200400064003&sData=20040809&formato=PDF, acesso em 03/01/2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Sumula n.º 25, de 10.04.91.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa – O Novo Regime da Insolvência Empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2009

CRUZ, Carlos Alberto de Oliveira. Falência e concordata - a interpretação sistemática no direito concursal brasileiro. Revista Jurídica n.º 248. Disponível em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/211.htm>, acesso em 31/01/2013

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil. Vol. III. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 3ª ed. São Paulo: Atlas.

FERREIRA, W. Tratado de Direito Comercial.: O Estatuto da Falência e da Concordata. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1965, 14 v.

FRONTINI, Paulo Salvador. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Orlando. Contratos. 12ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 206.

JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco . Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Rubens Approbato Machado (coord.) 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: Uma Análise Econômico-Jurídica. Disponível em http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p037_054.pdf, acesso em 02/02/2013.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. O provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. Disponível

em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>, acesso em 23/01/2013.

MARTINS, Glauco Alves. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Luiz Fernando Valente de Paiva (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05. Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo (coord). São Paulo: RT, 2005.

MENDONÇA, J. X. Tratado de Direito Comarcial Brasileiro. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. V. 5, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações, 2ª parte. 29ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Eloete Camilli. SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

OLIVEIRA, Gleick Meira. Falência: conhecendo a história para se construir um futuro pautado na certeza. p. 2. Disponível em <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/499/294>, acesso em 22/01/2013.

PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: Doutrina, Prática e Jursprudência. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAES DE ALMEIDA, Amador. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PERIN JUNIOR, Ecio. Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989-1990, vol. I.

SAMPAIO DE LACERDA, J. C. Manual de Direito Falimentar. 2ª ed. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SANT'ANNA, Rubens. Falências e Concordatas. 5ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

SOUZA E SILVA, Max Roberto de. A Recuperação Judicial suspensiva da falência. O voo da fênix: o resgate de empresário viável. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31085-34120-1-PB.pdf>, acesso em 22/01/2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3. 7 ed. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coord). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentário à Lei de Falência. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1962.

VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Commercial. Rio de Janeiro: F. Briguiet & CIA Editores, 1922. v. III.