

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINA MELMAN

**O TRATAMENTO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE DEVEDOR
LOCATÁRIO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL- UMA ANÁLISE À LUZ DAS
TENSÕES ENTRE O DIREITO MATERIAL E CONCURSAL**

Rio de Janeiro,
Novembro de 2014.

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINA MELMAN

**O TRATAMENTO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE DEVEDOR
LOCATÁRIO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL- UMA ANÁLISE À LUZ DAS
TENSÕES ENTRE O DIREITO MATERIAL E CONCURSAL**

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob Orientação do professor Dr.
Cássio Cavalli apresentado à FGV
DIRETORIO como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Rio de Janeiro,
Novembro de 2014.

**O TRATAMENTO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE DEVEDOR
LOCATÁRIO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL- UMA ANÁLISE À LUZ DAS
TENSÕES ENTRE O DIREITO MATERIAL E CONCURSAL**

Elaborado por ANA CAROLINA MELMAN

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: _____

Nome do Examinador 1: _____

Nome do Examinador 2: _____

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 20 ____

Ao Luiz Roberto Ayoub

A man in a boat began to bore a hole under his seat. His fellow passengers protested. 'What concern is it of yours?' he responded, 'I am making a hole under my seat, not yours.' They replied, 'That is so, but when the water enters and the boat sinks, we too will drown.'

-Rabbi Shimon bar Yohai-

RESUMO

Este estudo tem o objetivo de verificar o tratamento dado aos contratos de Locação Comercial de Devedor Locatário em Recuperação Judicial. A lei 11.101/2005 determina, em seus artigos 117 e 119,VII, que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e que na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato. Porém, a lei é lacônica a respeito do processo de Recuperação Judicial.

Então, o estudo pretende verificar a aplicabilidade dos artigos pertinentes à falência, aos contratos de Devedor submetido ao processo de Recuperação Judicial. Com o intuito de realizar interpretação congruente com a eficiência que se espera da legislação em comento, a metodologia utilizada no trabalho é a da Análise Econômica do Direito, segundo os contornos conferidos pelo autor THOMAS H. JACKSON.

Assim, o trabalho aproveita os conceitos do *common pool assets* e dos *executory contracts* para auxiliar na compreensão da função dos contratos de locação no Processo de Recuperação Judicial. Nesse sentido, o estudo é importante, pois estabelece parâmetros de interpretação teleológica da legislação concursal, considerando-se as tensões entre o Direito Material e Concursal aplicáveis a hipótese aqui formulada.

Então, constatou-se que o tema gera divergência de entendimentos perante a jurisprudência brasileira, no que se refere a possibilidade, ou não, de despejar locatário Devedor em Recuperação Judicial. A controvérsia ronda, principalmente, em torno de duas questões: (a) a aplicação do princípio da preservação da empresa, presente no art. 47. da L.11.101/2005 (b) (i)liquidez da ação de despejo por falta de pagamento para fins do artigo 6 da mesma lei.

Por fim, o estudo avalia forma pela qual a jurisprudência trata do tema e a sua compatibilidade com a metodologia de Análise Econômica Aplicável ao Direito Concursal.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial; Falência, Contratos Bilaterais, Locação Comercial, Common Pool Assets, Análise Econômica do Direito,

ABSTRACT

This study aims to verify the treatment of Commercial Lease contracts Lessee Debtor in Judicial Recovery. The 11.101/2005 law provides, in its articles 117 and 119, VII that bilateral contracts are not terminated by the bankruptcy and the bankruptcy of the lessee, the trustee may at any time can terminate the contract. However, the law is laconic about the Judicial Recovery process.

So, the study also pretend to verify the applicability of the relevant articles of bankruptcy law, the debtor contracts submitted to the Judicial Recovery process. To realize a consistent interpretation with the efficiency expected of the legislation under discussion, the methodology used in this work is the Economic Analysis of Law, according to the author Thomas H. JACKSON.

Thus, this study is built on the concepts of common pool assets and executory contracts to assist the understanding of the function of the lease agreements in the Judicial Recovery Process. In this sense, the study is important because it establishes teleological interpretation parameters of tender legislation considering the tensions between the nonbankruptcy limitations and bankruptcy law apply the hypothesis formulated in this assignment.

So, it was found that the subject generates divergence of understanding with the Brazilian jurisprudence, when related to the possibility, or not, to evict tenant Debtor in Judicial Recovery. The controversy round mainly around two issues: (a) the application of the principle of preservation of the company (art. 47, 11.101/2005 law; (b) (i)liquidity of eviction for non-payment for the purposes of article 6 of the 11.101/2005 law.

Finally, the study is going to verify the way in which the law deals with the issue of the Commercial Lease contracts Lessee Debtor and its compatibility with the Economic Analysis methodology applicable to bankruptcy law.

KEYWORDS:Bankruptcy Law, Executory Contracts, Lease

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I–OBJETIVOS CLÁSSICOS DO DIREITO CONCURSAL – A ANÁLISE ECONÔMICA DE THOMAS JACKSON.....	13
1.1 Os Dois Objetivos Clássicos do Direito Concursal.....	13
1.2 A Dinâmica de Incentivos que Justifica o Procedimento Concursal	15
1.2.1 Os ativos de um Devedor - uma espécie de <i>common pool problem</i>	19
1.3 <i>Going Concern Value vs Liquidation Value</i> – Falência ou Recuperação Judicial	22
CAPÍTULO II –EXECUTORY CONTRACTS– TENSÕES ENTRE O DIREITO CONCURSAL E MATERIAL	26
2.1 Considerações iniciais sobre os <i>Executory Contracts</i>	27
2.2 Os <i>executory contracts</i> por Thomas Jackson- <i>combination of assets and liabilities</i>	30
2.2 <i>Executory Contracts - Tratamentos Possíveis - Assumption, Assignmente Rejection</i>	33
2.2.1 <i>Assumption, Assignmente Rejection</i> - Critérios da Tomada de Decisão	33
CAPÍTULO III – O TRATAMENTO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE DEVEDORES FALIDOS E EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL-.....	41
3.1 Considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre os arts. 117 e 119, VII da L.11.101/05.....	41
3.1.1 A (in) validade das cláusulas <i>Ipsso Facto</i> da Insolvência	45
3.2 O tratamento do contrato de Locação Comercial na Recuperação Judicial- Ação de Despejo por Falta de Pagamento	48
3.2.1- Apresentação das questões controvertidas	49
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Este trabalho cuida de um tema sensível ao âmbito da Recuperação Judicial de Empresas: o tratamento jurídico dado aos contratos de locação comercial, nos quais o Devedor¹ figura como locatário.

Observa-se que, muito embora a L.11.101/2005 tenha, em seu art.117, consagrado que *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*, manteve-se silente acerca do tratamento de tais contratos no processo de Recuperação Judicial.

No mesmo sentido, a L. 11.101/05 dispõe, em seu art. 119,VII, que *a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato*.

O problema que deriva dessa lacuna é de fácil percepção: empresas, que celebram contratos, ajuízam pedidos de Recuperação Judicial. No entanto, o tratamento destes contratos não pode ser, de imediato, identificado a partir dos dispositivos de lei ao nosso alcance

Com o advento da Lei 11.101/05, que derogou o obsoleto DEL.7.661/45, o Direito Concursal brasileiro passou a contar com o instituto da Recuperação Judicial, que substituiu o ineficiente sistema das Concordatas². Assim, o Direito Concursal³ ganhou fôlego para poder atingir os seus objetivos.

¹ O termo Devedor será utilizado, em toda extensão deste trabalho, para se referir a empresa, submetida ao processo da falência ou da recuperação judicial.

² A concordata preventiva perdeu completamente sua utilidade, já que cinge-se credores quirografários, não conferindo ao concordatário prerrogativa alguma. Noutro ponto, a concordata suspensiva – ave cada mais rara que os ambientalistas do processo sequer perceberam o risco de sua extinção - não pode fazer milagre, exatamente porque não há como ressuscitar a ninguém, depois de assaltadas as suas vísceras úteis e de esquartejada a sua dignidade de agente de produção.

Pelo sistema atual o que se presencia é o exercício de uma ação violenta, que dissipa o patrimônio do devedor e penaliza os credores que, com raríssimas exceções conseguem receber os seus créditos, e ainda beneficia figuras que encontram no bojo do processo falimentar, mas longe do magistrado, ambiente próprio para se moverem na penumbra, entre o crime e a contravenção,

Nesse sentido, o novo diploma passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio com vistas a adaptar a legislação Concursal à prática empresarial contemporânea. Portanto, incabível conceber esta lei sem considerar os seus aspectos e impactos econômicos.

As leis quando elaboradas e interpretadas unicamente sob sua dimensão jurídica tendem a perder operacionalidade. Conforme aponta ROPPO, “os conceitos jurídicos reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”⁴ [sic].

Não por outro motivo, este trabalho leva em consideração os objetivos do processo de Recuperação da Empresa sob a égide da Análise Econômica do Direito (AED). Tal metodologia, embora se divida em uma série de escolas, tem, como ponto comum entre elas, o condão de conferir às normas jurídicas e decisões judiciais a eficiência que delas se espera. Especificamente sobre o Direito Concursal, confira-se o entendimento de SKEEL e RASMUNSEN:

The economic analysis of bankruptcy law focuses on devising a set of rules which will increase overall social welfare. In bankruptcy, as in other settings, social welfare is characterized in terms of efficiency. Efficiency occurs when assets are put to their most productive use. This is a worthwhile goal because the more productive the assets, the more wealth there is for all of society to enjoy. To translate this general efficiency goal to the bankruptcy setting, we begin with the observation that bankruptcy law determines the future disposition of a firm whose liabilities (usually) exceed its assets.⁵

utilizando-se da debilidade do sistema para atender propósitos secundários, às vezes inconfessáveis. Trata-se de operações próprias de guabirus e de aves de rapina, realizadas nos desvãos da lei. SILVA, José Anchieta da. Projeto de Lei de Falências e a Realidade Brasileira in Revista de Direito Mercantil

³ Ao longo do trabalho nos referimos ao Direito Concursal, Direito da Insolvência, Direito da Crise Empresarial, como sinônimos.

⁴ROPPO, Vincenzo. **O Contrato**. Almedina, Lisboa, 2009, p.7

⁵RAMUNSEN, Robert K.; SKEEL JR, David A. **The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law**.ABI Law Review, Vol3:85

Então, tanto a Recuperação Judicial de Empresas quanto a Falência terão como objetivo maximizar o valor dos ativos do Devedor. Com efeito, dentre o *pool* desses ativos (conjunto de ativos destacam-se os contratos bilaterais firmados entre o Devedor e seus parceiros comerciais).

Sobre a importância das relações contratuais, no desenvolvimento das empresas, mais uma vez, destacam-se, por relevantes, as palavras de ROPPO:

Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque constitui um instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a atividade econômica organizada. Poderia assim dizer-se, para resumir numa fórmula simplificante a evolução do papel do contrato, que de mecanismo funcional e instrumental da propriedade, ele se tornou mecanismo funcional e instrumental da empresa.⁶

Ressalta-se que, a manutenção ou a resolução de alguns contratos torna-se particularmente necessária para que o conjunto de ativos não se deteriore e nem perca valor, sendo importante não só para a contraparte do Devedor deste contrato especificamente, como para todo o concurso de credores.

Porém, apesar da incontestável importância dos contratos bilaterais, em especial o contrato de locação, nas relações interempresariais a L.11.101/05 revelou-se lacônica acerca de seu tratamento.

Assim, para que o vácuo normativo não provoque insegurança jurídica é preciso que o intérprete tenha, à sua disposição, soluções que se coadunem com a teleologia do Direito Concursal.

ROPPO, Vincenzo. O Contrato. Almedina, Lisboa, 2009,p.67

Nota-se que o *Bankruptcy Code*, diploma legal estadunidense que regula o processo de falência e da recuperação judicial de empresas, ostenta dispositivos, comuns a ambos os processos, muito semelhantes àqueles presentes em nossa lei. Portanto, a análise de tais comandos legais, segundo a AED proposta por Thomas H. Jackson, pode ser útil na interpretação do alcance dos arts. 117 e 119, VIII, da Lei 11.101/2005, ao processo de Recuperação Judicial.

Então, diante do aparente limbo normativo no qual se encontram os contratos de locação comercial, de Devedores em Recuperação Judicial, lança-se a seguinte hipótese: aplica-se a estes contratos o mesmo tratamento conferido pelos artigos, 117 e 119, VII da L. 11.101/2005, destinados ao processo falimentar?

No intuito de verificar a aplicabilidade de tal hipótese, este trabalho foi dividido da forma que a seguir se descreve.

No primeiro capítulo identificar-se-ão os objetivos do direito Concursal, na concepção de Thomas H. Jackson, e, será apresentada uma breve descrição da dinâmica de incentivos que justificam a necessidade dos procedimentos concursais. Ainda no primeiro capítulo, o *pool* de ativos do Devedor será estudado, em conformidade com a teoria do *common pool problem* e, por último, serão abordados os conceitos de *goingconcernvaluee liquidationvalue*, destacando-se as diferenças e semelhanças entre os processos da Falência e da Recuperação Judicial.

No segundo capítulo, serão analisados os dispositivos do *BankruptcyCode* acerca do tratamento dos *ExecutoryContracts*. Inicialmente serão estudados os conceitos de *ExecutoryContracts*, conforme a doutrina e jurisprudência dos EUA e, em seguida, será apresentada uma breve descrição acerca dos possíveis tratamentos conferidos a este tipo de contrato naquele sistema jurídico, e os parâmetros propostos por Jackson na escolha dos tratamentos a eles conferidos.

O terceiro capítulo dedica-se a mapear o tratamento conferido aos contratos de Locação Comercial de Devedor em Recuperação Judicial. Por último, apresentam-se as conclusões obtida com os estudos realizados.

CAPÍTULO I—OBJETIVOS CLÁSSICOS DO DIREITO CONCURSAL – A ANÁLISE ECONÔMICA DE THOMAS JACKSON

Um dos pontos básicos deste trabalho é checar a aplicabilidade de artigos de lei pertinentes ao processo concursal da Falência ao da Recuperação Judicial, em consonância com as finalidades do direito da empresa em crise.

Para tal, faz-se necessário identificar se os objetivos do Direito Concursal, conhecidas as suas limitações, permitem, ou não, alcançar tal conclusão. Na compreensão da finalidade da lei, levar-se-á em consideração a Análise Econômica do Direito, pelos motivos já expostos na introdução.

Sendo assim, este capítulo goza das seguintes principais preocupações: (i) apresentar os dois principais objetivos do Direito Concursal, tais quais compreendidos por Thomas H. Jackson;(ii)demonstrar a Dinâmica de Incentivos que justificam os Processos Concurtais, tanto da Falência como da Recuperação Judicial;(iii) apresentar os conceitos de *Going Concern* e *Liquidation Valuee* sua influência na tomada de decisão entre o processo concursal da Falência e da Recuperação Judicial.

1.1 Os Dois Objetivos Clássicos do Direito Concursal

No emblemático “*The Logic and Limits of Bankruptcy Law*”, JACKSON assinala os dois clássicos e principais papéis exercidos pelo Direito Concursal, ao longo de sua história, quais sejam:(i) permitir ao devedor um recomeço financeiro⁷;(ii) proporcionar aos credores um procedimento coletivo, uma espécie de fórum, para discutir a forma de utilização dos ativos do devedor, para o pagamento de seu passivo concursal.⁸

⁷Este primeiro objetivo apenas faz sentido no direito Norte Americano, pois tal sistema legal permite que indivíduos “*file for bankruptcy*”. No Brasil aplica-se às Pessoas Naturais o instituto da Insolvência Civil, disciplinada pelos artigos 748 e ss do Código de Processo Civil. A Lei 11.101/2005 aplica-se exclusivamente aos empresários e sociedades empresárias.

⁸Conforme “*Bankruptcy law has historically done two things: allowed for some sort of financial fresh start for individuals and provided creditors with a compulsory and collective forum to sort out their relative entitlement to a debtor’s assets.*” JACKSON, Thomas H. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Washington, D.C: Beard Books,1986 [reimpressão de 2001], p.4

O segundo objetivo parece ser o mais importante⁹. Uma empresa não deve ser, aprioristicamente, preservada¹⁰, recebendo uma segunda chance, sem que seja a solução mais adequada para o cumprimento da segunda função do Direito Concursal, qual seja, pagar credores. Sobre esta finalidade, ensina JACKSON:

*That goal is to permit the owners of assets to use those assets in a way that is most productive to them as group in the face of incentives by individual owners to maximize their own positions. (...) When one is dealing with firms the question is how to convert ownership of the assets from the debtor to its creditors, not how to leave assets with the debtor. But the process of conversion is costly. Bankruptcy law, at its core, is concerned with reducing the costs of conversion. This is the accepted starting point of bankruptcy law- and also the source of the limitations on what bankruptcy law should do.*¹¹

Dessa forma, o Direito Concursal terá regras endereçadas à eficácia desse procedimento, coletivo e compulsório, garantindo aos credores a utilização dos ativos do devedor para beneficiá-los como um grupo.

Percebe-se que os métodos usuais, e, individuais, de execução forçada¹² geram incentivos e efeitos perversos, quando encaramos uma empresa em crise.¹³

⁹ Sobre o tema JACKSON assevera: “We might care that the assets of a corporation be used effectively, but how assets are used is question distinct from giving those individuals who “own” then a second chance. There is no need to give a corporate charter a fresh start. JACKSON. Ibidem .p.5

¹⁰ É importante esclarecer que há críticas relevantes à Análise Econômica do Direito da Insolvência Empresarial. Nesse sentido, aponta CEREZETTI: “A redução da compreensão de um sistema de recuperação a mero mecanismo de venda de bens, contudo, reflete uma visão meramente econômica da questão e ocasiona o descaso com outros aspectos envolvidos pela tentativa de se alcançar a salvação da empresa.” CEREZETTI, Sheila Neder. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações. São Paulo, Malheiros, 2012. Sobre o tema aduz, WARREN: *Douglas Baird and Thomas Jackson have a led a skilled, but narrow law-and-economics challenge to the bankruptcy laws, arguing for greater efficiency here and there in their relentless march trough the various sections of the Bankruptcy Code. They employ a theoretical approach that values enhanced allocative efficiency, as measured by certain factors they identify.* WARREN, Elizabeth. **Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World**. Michigan Law Review, vol. 92, n. 2 (Nov., 1993), pp.336-387

¹¹ JACKSON. Ibidem .p.5

¹² Ao nos referirmos ao sistema individual de execução forçada citamos àqueles métodos dispostos no Código de Processo Civil, dentre os quais se destacam: o arresto de bens, sequestro, penhora, busca e apreensão, etc.

¹³ “Creditor remedies outside of bankruptcy “(as well as outside other formal, nonbankruptcy collective systems) can be accurately described as a species of “grab law,” represented by the key characteristic of first-come, first- served. The creditor first staking a claim to a particular assets of the debtor generally is entitled to be paid first out of those assets. It is like buying tickets for a popular rock event or opera: the people first in line get the best seats; those at the end of the line may get nothing at all” JACKSON. Ibidem .p.9

Sobre tais incentivos¹⁴, e dos remédios legais para correção de seus efeitos, é que se passa a discorrer a seguir.

1.2 A Dinâmica de Incentivos que Justifica o Procedimento Concursal

A Análise Econômica do Direito Concursal estabelece que a solvabilidade de um devedor influencia diretamente no modo como seus credores se comportarão na tarefa de recuperação de seus créditos. A expressão *first-come, first-served* exterioriza situações nas quais a ordem de chegada é que define a preferência na satisfação de uma determinada necessidade.

O sistema individual de execução forçada, fora de cenários de insolvência, é um exemplo no qual se observa a regra do *first-come, first-served*. No intuito de melhor compreender tal regra, conveniente é a seguinte comparação: Um devedor solvente é como um show de rock, axé, ou uma apresentação de ballet, nos quais há ingressos suficientes para acomodar todos os possíveis compradores, em assentos considerados igualmente bons¹⁵. Assim, o lugar de cada um na fila é um tanto quanto indiferente. Porém, quando não há lugares para todos, a ordem de chegada na fila passa a ser definidora de quem assistirá, ou não, ao espetáculo, e, em quais condições. Se estivermos falando de um grupo de axé como Chiclete com Banana, ou de uma apresentação exclusiva da Cia. de Ballet do Teatro Bolshoi, as bases do *first-come, first-served* determinarão perdedores e ganhadores do direito de assistir ao espetáculo desejado. Os primeiros da fila escolherão os melhores lugares, e os últimos, talvez, nem assistirão à apresentação.

Assim, quando o Devedor for insolvente, os seus ativos serão insuficientes para saldar seus débitos. Do mesmo modo, os fãs não assistirão aos espetáculos

¹⁴Sobre a Dinâmica de Incentivos e da tomada de decisões dos indivíduos importante assinalar algumas considerações sobre a AED. Conforme POSNER: “*economics is the science of rational choice in a world –our world- in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer if his ends in life, his satisfactions- what we shall call his “self- interest.” (...) The concept of man as a rational maximizer implies that people respond to incentives- that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.* POSNER, Richard. A. Economic Analysis of Law. New York: Aspen Publishers, 2007, p.4

¹⁵JACKSON, Thomas H. *ibidem*.p.10

desejados. Porém, apesar da pertinente comparação, quando o assunto for crédito, as bases do *first-come,first-served* revelam-se especialmente perversas. Adiante, analisa-se, brevemente, a dinâmica de incentivos que justificam essa assertiva.

Com efeito, as atitudes tomadas por credores de devedores insolventes podem ser mais facilmente compreendidas com o auxílio da Teoria dos Jogos, por meio do problema conhecido como *Dilema dos Prisioneiros*¹⁶, descrito a seguir, conforme BAIRD GERTNER e PICKER:

*Two criminals are arrested. They both have committed a serious crime, but the district attorney cannot convict either of them for this crime without extracting at least one confession. The district attorney can, however, convict them both on a lesser offense without the cooperation of either. The district attorney tells each prisoner that if neither confess, they will both be convicted of lesser offense. Each will go to prison for two years. If, however, one of the prisoners confess and the other does not, the former will go free and the latter will be tried for the serious crime and given the maximum penalty of ten years in prison. If both confess, the district attorney will prosecute them for the serious crime but will not ask the maximum penalty. They will both go to prison for six years. Each prisoner wants only to minimize time spent behind bars and has no other goal. Moreover, each is indifferent to how much time the other spends in prison. Finally, the two prisoners have no way of reaching an agreement with each other*¹⁷.

Pela situação relatada é possível perceber que modelos desse tipo contam com as seguintes premissas: (a) os participantes, por motivos que não importam, não conseguem se reunir para tomar decisões em conjunto; (b) os participantes são egoístas (ou frios e calculistas) e não altruístas; (c) O resultado alcançado por ações individuais é pior do que àquele atingido em consenso¹⁸.

¹⁶ *The system of individual creditor remedies may be bad for the creditor as a group when there are not enough assets to go around. Because creditors have conflicting rights, there is a tendency in their debt-collection efforts to make a bad situation worse. Bankruptcy law responds to this problem. One way to characterize the problem is as a multiparty game - a type of prisoner's dilemma. As such, it has elements of what game theorists would describe as an end period game, where basic problems of cooperation are generally expected to lead to undesirable outcomes for the group of players as a whole. Another way of considering it is as a species of what is called a common pool problem"* JACKSON, Thomas H. *ibidem*. p.9 e 10.

¹⁷ BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H.; PICKER Randal C. **Game Theory and the Law**. Harvard University Press, 1998, p.33

¹⁸ JACKSON, Thomas H. *ibidem*. p.9 e 10

Não muito diferente será a conjuntura observada em cenários de insolvência¹⁹, nos quais surge um conflito de interesse entre os credores do Devedor em crise. Todos querem receber, mas não há ativos suficientes para isso. Então, indivíduos racionais tenderão a comportamentos egoísticos, na tentativa de maximizar seus próprios interesses. Porém, o fato é que, se não há recursos suficientes para satisfazer as expectativas de todos, alguns sairão desta situação, *necessariamente, de mãos abanando*, nada recebendo do devedor. Assim, utilizando-se dos métodos usuais de execução forçada, se constata uma situação na qual há 100% de chance de alguns credores receberem 0% do que lhe é devido. Do contrário, uma solução coletiva permite que *todos* tenham chances iguais de receberem *alguma coisa*, o que, certamente, para indivíduos racionais, é melhor do que obter *nada*. Então, embora cooperar seja a melhor solução, a *incerteza*, acerca das decisões dos outros credores e da dimensão exata da crise do Devedor, faz com que a maior parte dos credores tenda a atitudes não cooperativas.

Evidente que, se o credor for o primeiro da fila, ele será o primeiro a “se servir” dos ativos do devedor, recebendo 100% do que lhe é devido. Tal opção é certamente mais vantajosa do que receber qualquer valor abaixo disso. Por outro lado, as chances de satisfação de seu crédito vão diminuindo a cada lugar não alcançado na fila, até que não seja possível recuperar nada. A princípio, a melhor opção do credor é correr para o início da fila, antes de qualquer outro. Porém, a realidade impõe que, alcançar o primeiro lugar da fila pode não ser tão simples e nem tão proveitoso quanto parece. Então, cumpre esclarecer que, até para o primeiro da fila, a solução coletiva demonstra-se a melhor, se levada em consideração a racionalidade econômica dos indivíduos²⁰.

¹⁹ Definição de Devedor insolvente no *Bankruptcy Code*: “with reference to an entity other than a partnership, financial condition such that the sum of such entity’s debts is greater than all of such entity’s property, at a fair valuation, exclusive of- (1) property transferred, canceled, or removed with intent to hinder, delay, or defraud such entity’s creditors; and (ii) property that may be exempted from property of the state under section 522 of this title”

²⁰ É conveniente esclarecer que, se reconhece a possibilidade de um credor x ter mais afinidades com o Devedor. Portanto, existe a chance de que este credor tenha facilidades no recebimento do que lhe é devido. Porém, em um ambiente hipotético, no qual não se sabe quando um credor terá mais ou menos proximidade com um Devedor, é do interesse de todos que o sistema seja o mais igualitário possível. Conforme WEISTART: *If he were asked to vote on proposals for a bankruptcy system, a creditor is unlikely to know how he will fare in the collection race that will be precipitated by the defaults of his future debtors. He will not know whether he will be among those creditors who, through superior knowledge or superior legal counsel, are able to receive preferential treatment. Thus, the creditor may well conclude that he should vote for a system that assures him of equal participation in*

Portanto, a corrida em busca dos ativos do Devedor pode envolver muitos participantes. O credor que quiser ser o primeiro a chegar deverá se esforçar bastante para atingir esse objetivo. Ocorre que, há um preço a se pagar para participar dessa corrida. No intuito de tentar restringir os direitos de propriedade do Devedor sobre seus bens, para assegurar seu direito de crédito, é necessário auxílio jurídico, pesquisa patrimonial, para encontrar bens passíveis de execução²¹, dentre outras medidas que tomam tempo e dinheiro do credor do devedor insolvente. Sobre os custos empreendidos na execução contra o Devedor, precisas são as observações de WEISTART:

If creditors were left to their individual remedies, certain questions would appear in every creditor's lawsuit. These include questions about the extent and location of the debtor's assets, the existence of priority liens, and the propriety of the debtor's conduct with his state. Rather than investigate these questions anew in every suit, it is preferable to have a single inquiry, accompanied by provisions for a single administration and distribution. Since some coercion may be necessary to exact truthful answers and since an impartial decision maker is important, state control seems appropriate. When this arrangement for a common adjudication is coupled with a rule providing for an equitable distribution of assets, creditors will find that they are able to avoid situations in which, because of imperfect information, they are able to avoid situations in which, because of imperfect information, they incur significant litigation costs only to find that their judgments are of little value²².

Além disso, para ser o primeiro, em uma corrida marcada pela incerteza, é preciso monitorar os outros participantes, que têm interesses conflitantes, para que não cheguem na frente. Esse monitoramento, por óbvio, gera mais custos.

the distribution of the debtor's estate. And since the institution of private contract cannot guarantee this result, he is likely to elect to have the state administer a system that requires the participation of all creditors. WEISTART, John c. **The Costs of Bankruptcy**. In Law and Contemporary Problems. Vol. 41. N.4, Autumn 1977.- pp.109. Sobre a formulação de políticas públicas, além do direito da insolvência, interessante o estudo de RAWLS, Teoria de Justiça, e seu conceito sobre o Véu da Ignorância.

²¹ Os custos, aos quais nos referimos, incluem: a obtenção de certidões junto aos cartórios de imóveis, pedidos de informação ao *InfoJud*, *BacenJud* e *Renajud*, pedidos de certidões comprobatórias de ajuizamento da ação, de forma a publicizar o ajuizamento de execuções e garantir a primeira penhora sobre determinado bem, entre outras medidas para conhecer melhor o estado e a localização dos bens do devedor.

²² WEISTART, John C. *ibidem*. pp.109

Para compreender a dinâmica dos gastos despendidos na participação dessa corrida, basta ter em conta a seguinte situação: um credor tem um crédito a receber no total de 100 mil reais e o custo de participação da corrida (contratação de advogado, pagamento de custas e emolumentos judiciais, pesquisa patrimonial e monitoramento, etc.) é equivalente a 30 mil reais. Dessa maneira, esse credor, ainda que chegue em primeiro lugar, no intuito de obter 100% de seu crédito, receberá apenas 70%, ou seja, 70 mil reais. Se considerarmos todo o conjunto de credores, tais custos se multiplicarão de acordo com o número de credores do Devedor.

1.2.1 Os ativos de um Devedor - uma espécie de *common pool problem*

Compreendidos alguns aspectos das escolhas individuais, que rondam a tomada de decisão em um cenário de crise, passa-se à análise das características de tal situação que clamam pela compulsoriedade e coletivização das soluções proporcionadas pelo Direito Concursal.

Conforme já se pôde constatar, o *pool* de ativos de um Devedor insolvente é um conjunto de recursos finitos, comuns e limitados. Porém, são explorados por seus credores desordenadamente, situação que gera uma externalidade negativa²³ conhecida como *Common Pool Problem*²⁴. Para esclarecer essa dinâmica vejamos a problemática²⁵ a seguir descrita.

Imagine que você é dono de um açude. Há peixes nesse açude e você é o único que tem permissão para pescar nele. Além disso, não há nenhuma restrição acerca da quantidade de peixes que você pode pescar. Você é livre. Essa é uma decisão que cabe, única e exclusivamente, a você. Nesse ano, você pode pescar todos os peixes do seu açude o que lhe importaria em um ganho de R\$100.000,00 (cem mil reais). Por óbvio, se você fizer isso, o açude restará sem nenhum peixe no

²³ Conforme MANKIW: Uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada externalidade negativa, se for benéfico, é chamada externalidade positiva. Exemplo clássico de externalidade negativa é a poluição, causada pelas fábricas ou descarga dos automóveis, pois, independentemente de quem a der causa, todos são obrigados a respirar o ar poluído. MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Thomson Learning, 2006 pp.208.

²⁴ A respeito da teoria do *Common Pool* v. FRIEDMAN, Alan E. **The Economic of the Common Pool: Property Rights in Exhaustible Resources**.18 UCLA L. Rev. 855 (1970-1971)

²⁵ Este exemplo foi proposto por JACKSON, Thomas H. *ibidem*, p

ano seguinte. Isso significa que, nos próximos anos, você não ganhará nenhum vintém advindo de sua pescaria. Então, para maximizar seus ganhos, talvez seja mais proveitoso pescar alguns peixes esse ano, mas deixar alguns outros no açude, mantendo a população de peixes constante. Portanto, considere que, seguindo essa lógica, você ganhará, a cada ano, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Assim, ao se contentar com esse volume de pesca você deixa de ganhar R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para, em dez anos, obter um ganho de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Evidente que, receber R\$500.000,00 é melhor do que receber R\$ 100.000,00.²⁶ Então, sendo o único dono do açude, a não ser que você seja influenciado por outros fatores²⁷, você limitará a sua pescaria desse ano, para que os peixes se multipliquem para o ano seguinte.

Feitas essas observações, imagine agora a seguinte hipótese: você não é o único dono desse açude. Você e mais 100 pescadores estão autorizados a pescar nele. Pois bem, nessas circunstâncias, a solução ótima ao problema não seria diferente. É melhor deixar alguns peixes no açude para, em 10 anos, receber R\$500.000,00 do que pescar todos os peixes de uma vez, e ganhar apenas R\$ 100.000,00.

Ocorre que, nesse caso, você continua sendo um homem livre, mas, acompanhado de outros cem indivíduos, também livres, que não têm quaisquer restrições para pescar quantos peixes quiserem. A consequência lógica é que você não conseguirá determinar a quantidade de peixes do açude, pois, você não tem controle dos seus colegas pescadores. Dessa forma, o seu incentivo, em limitar a sua pescaria, talvez seja alterado. Nessa nova hipótese, você não sabe se, no ano que vem, haverá peixes no açude para pescar. Você pode ser um pescador consciente e limitar a sua pescaria em 500 peixes por ano (R\$500,00), mas haverá outros pescadores interessados em pescar 1.500 peixes. Assim, a continuidade da população de peixes estará em risco, e, no final, você deixou de aproveitar a oportunidade de ganhar R\$1.000,00 ao invés de R\$500,00.

²⁶ Por ora, ignora-se o valor do dinheiro no tempo.

²⁷ Nas condições descritas, não há razões para que um indivíduo prefira, deliberadamente, deixar de lucrar com a pesca por anos a fio, em troca de um ganho de apenas R\$50.000,00. Ocorre que, um indivíduo pode estar diante de situações nas quais essa troca faça sentido. Por exemplo: uma mudança legislativa, em vigor a partir do próximo ano, que limite quase em 100% o direito de pesca do açude.

Então, você pescará o quanto puder, bem como os outros pescadores. Porém, no ano seguinte, não haverá mais peixes no açude e, nos próximos anos, todos os pescadores perderão dinheiro.

Trágica, mas realista, essa situação demonstra como a tentativa da maximização de interesses individuais, em um cenário de incerteza, pode levar a um resultado danoso para todos.

No caso dos peixes em um açude, a legislação pode estabelecer uma limitação na quantidade de animais a serem fígados por cada pescador, preservando a sua população.

Para corrigir essa falha é preciso que todos os pescadores, que pescam no açude, pensem como se fossem seu único dono, garantindo sua sustentabilidade nos anos subsequentes.

Do mesmo modo, com os ativos de um devedor insolvente a solução não é diferente: é necessário que todos os credores pensem como se fossem um só, conferindo-lhes o melhor tratamento possível. Por meio dessa metáfora pode-se compreender o *common pool problem* e sua utilidade na formulação de regras do Direito Concursal. Nesse sentido, oportunas são as palavras de JACKSON:

The grab rules of nonbankruptcy Law and their allocation of assets on the basis of first-come, first-served create an incentive on the part of the individual creditors, when they sense that a debtor may have more liabilities than assets, to get in line today (by, for example, getting a sheriff to execute on the debtor's equipment), because if they do not, they run the risk of getting nothing. This decision by numerous individual creditors, however, may be the wrong decision for the creditors as a group. Even though the debtor is insolvent they might be better off if they held the assets together. Bankruptcy provides a way to make these diverse individuals act as one, by imposing a collective and compulsory proceeding on them.

Assim, o grande desafio do Direito Concursal é garantir que o *pool* de ativos do Devedor não perca valor diante dos incentivos dos credores em maximizar seus ganhos individuais. Com efeito, tanto o *BankruptcyCode*, quanto a L.11.101/05 dispõe de tais mecanismos, sendo os dois principais procedimentos que garantem a mitigação dos efeitos perversos sobre os quais se tratou até aqui, apresentados a seguir.

Observa-se que, no ordenamento estadunidense, os capítulos 7 e 11 do *Bankruptcy Code* disciplinam os processos de *Liquidation* (Falência) e da *Reorganization* (Recuperação Judicial). No direito Brasileiro, a L. 11.101/2005 é o principal diploma legal que regula o Direito Concursal²⁸.

Tendo em vista que o objetivo último do Direito da Empresa em Crise é pagar credores passa-se a uma breve explicação de como e quando os procedimentos disponíveis devem ser utilizados para tal.

1.3 *Going Concern Value vs Liquidation Value* – Falência ou Recuperação Judicial

Até esse ponto observou-se que os Processos Concursais da Falência e da Recuperação Judicial de Empresas têm como marcante característica a sua coletivização e a sua compulsoriedade; de forma que o *pool* de ativos do Devedor seja utilizado para proporcionar a satisfação dos créditos dos credores da forma mais plena possível. Ocorre que, assim como os dois procedimentos concursais compartilham uma série de semelhanças, estes também têm importantes diferenças sobre as quais se passa a discorrer.

Uma empresa pode ser acometida por crises passageiras e, portanto, superáveis. Sem embargo, muitas vezes os obstáculos para se manter no mercado serão intransponíveis. Em ambos os casos o Direito Concursal confere subsídios

²⁸ L.11.101/2005: Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

para que os reflexos dessas crises impactem os credores da empresa da forma menos danosa possível. Nesse sentido, aduzem RASMUNSSSEN e SKEEL:

*at the heart of the economic analyses of corporate bankruptcy law is the direction between economic distress and financial distress. A firm that is experiencing economic distress is one in which its operating revenues are less than its operating costs. Such a firm should not continue in business. Its continued existence drains the economy. Indeed, in some instances, allowing the firm to continue in operation under the protection of the bankruptcy law may lead to wide-spread losses in the industry in which operates.*²⁹

Nesse cenário, quando a reestruturação da Empresa não se mostrar viável, a melhor opção oferecida pelo Direito Concursal, para que cumpra o seu objetivo, é o processo de Falência da Empresa. No caso da crise ser contornável, por meio de alguma das alternativas de reestruturação do Devedor, a Recuperação Judicial será o procedimento mais adequado na persecução do objetivo do Direito Concursal.

O procedimento da Falência ou *Liquidation* é aquele no qual todos os ativos da empresa são arrecadados e alienados para o pagamento dos credores do Devedor. A soma obtida com essa alienação é conhecida por *Liquidation Value* (valor de liquidação). A avaliação de uma empresa também pode ser dimensionada conforme sua previsão de fluxo de caixa, decorrente do seu conjunto de ativos operacionais³⁰. O resultado dessa análise é conhecido como *Going Concern Value* da empresa. Nesse sentido, as empresas que demonstram um valor de *Going Concern* maior do que o *Liquidation Value* são aquelas que têm alguma chance de soerguimento, e por isso podem/devem ser submetidas ao processo de Recuperação Judicial.

Para esclarecer esses conceitos convém recordar a parábola do açude. Naquela situação, a venda da totalidade dos peixes gerava uma receita de R\$100.000,00. Porém, essa alienação impossibilitava a continuidade da pesca.

29

³⁰CAVALLI, Cassio e AYOUB, Luiz Roberto. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.219

Supondo num segundo cenário que a vendida propriedade, sem os peixes, gerasse um ganho financeiro de R\$150.000,00, a operação, que representa a *liquidação* do Açude, geraria uma receita total de R\$ 250.000,00 ao seu dono.

Do lado oposto, a manutenção dos peixes no açude permitiria um benefício financeiro, em dez anos, de R\$500.000,00, que descontados a valor presente representaria, digamos, R\$ 450.000,00. Portanto, se o seu dono desistisse da pesca, para trabalhar no mercado financeiro, e quisesse vender o açude, com toda a sua população de peixes, poderia fazê-lo por um preço maior do que pelo valor de liquidação. Com efeito, esse seria o valor de *goingconcern* do açude. Dessa forma, manter o açude em atividade gera um benefício maior do que liquidá-lo, ou seja, seu *goingconcern* é maior do que o seu *liquidationvalue*.

Para os fins da Análise Econômica do Direito concursal, os valores de *goingconcern* e *liquidationvalue* são essenciais na tomada de decisão entre os processos de Falência ou Recuperação Judicial. Essa questão é esclarecida pelos ensinamentos de KORDANA e POSNER³¹:

The standard justification for a bankruptcy system is that it maximizes the value of the debtor's assets in case of default. In the absence of a bankruptcy system, creditors would exercise their state court remedies individually, and this would result in the debtor being liquidated in piecemeal fashion although sometimes value would be maximized if the debtor's assets were sold together or the debtor were reorganized(...) If the liquidation value exceeds the going concern value, the firm should be liquidated; otherwise the firm should be reorganized. The optimal system of corporate reorganization captures the going concern surplus, if any, and distributes the firm's value to the creditors in the form of money or securities (without at the same time increasing the probability of bankruptcy or causing other ex ante distortions). How might a system of reorganization maximize the going concern surplus? It must ensure that information is aggregated properly. The debtor, the creditors, and independent parties like examiners and trustees will generally have incomplete and only partly overlapping information about the value of the firm. If they can be forced to

³¹ KORDANA, Kevin , POSNER, Eric A.; A. A **Positive Theory of Chapter 11**. Jonh M. Olin & Economics Working Paper nº61. (2nd Series) disponível no endereço:<http://www.law.uchicago.edu/files/files/61.Eposner.Chpt11.complete.pdf> acesso em 29.09.2014

reveal their information, the latter can be used to determine whether the firm should be liquidated or reorganized, and if reorganized, how.

Por fim, importante ressaltar que a liquidação da empresa aos “pedaços” (ou por partes) (*piecemeal*) é prejudicial do ponto de vista da satisfação dos créditos da maior parte dos credores, eis que, em regra, há um valor agregado aos ativos quando analisados conjuntamente.

Então, o processo da falência deverá dispor de meios para maximizar o *liquidation value* da empresa, enquanto que, o processo de Recuperação Judicial será útil na medida em que auxiliar na preservação do seu *going concern*.

CAPÍTULO II –EXECUTORY CONTRACTS– TENSÕES ENTRE O DIREITO CONCURSAL E MATERIAL

Antes de iniciar uma nova etapa no desenvolvimento dessa monografia, vale ressaltar importantes premissas fixadas no primeiro capítulo do trabalho. Em primeiro lugar, destaca-se o postulado da Teoria Microeconômica que defende que indivíduos racionais respondem a incentivos para maximizar seu bem-estar. Porém, tais incentivos são capazes de causar efeitos perversos, que levam a uma redução do bem-estar da coletividade. Portanto, o legislador, ao diagnosticar tais externalidades negativas, deve elaborar leis que mitiguem os efeitos ditos indesejáveis. Daí extrai-se a segunda premissa relevante do primeiro capítulo, a lei deve proporcionar um ambiente no qual os credores cooperem na valorização do *common pool assets*.

Porém, não se pode olvidar que o Direito Concursal abarca um apanhado de regras que concedem ao Devedor uma espécie de moratória legal. Logo, é um sistema a ser utilizado com parcimônia, pois não devem ser criados incentivos para que as regras de direito material sejam descumpridas. Portanto, em face da finalidade deste capítulo, serão considerados os limites de atuação do Direito Concursal.

Com efeito, as linhas que se seguem se dedicam ao estudo das relações contratuais do Devedor em crise. Conforme já relatado, a seção do *Bankruptcy Code*, que disciplina o tratamento dado aos *executory contracts*, é aplicável tanto ao procedimento concursal da Falência (*Liquidation*) quanto da Recuperação Judicial (*Reorganization*)³². Enquanto que, a L.11.101/2005 faz menção expressa, tão somente, ao processo falimentar.

Desta forma, este capítulo tem a finalidade primordial de compreender os parâmetros interpretativos da AED no tratamento dos *executory contracts*. Para atingir esse objetivo, serão observados três principais pontos, quais sejam: (i)

³² “Section 365 applies to all of the operative chapters of the Bankruptcy Code –chapter 7,9,11, and 13” v. **COOK**, MICHAEL L. *Judicial Standards for Rejection in Bankruptcy Code Reorganization Cases*. 1980 Ann. Surv. Am. L. 689 1980

apresentar o conceito de *executory contracts*, adotado pela doutrina e jurisprudência das cortes dos EUA; (ii) expor a relevância dos *executory contracts* no *pool* de ativos do Devedor, conforme a teoria de JACKSON; (iii) verificar quais são os possíveis tratamentos dados a esse tipo de contrato diante das tensões entre o direito concursal e material;

2.1 Considerações iniciais sobre os *Executory Contracts*

O estudo de institutos jurídicos alienígenas, abordados neste trabalho, justifica-se apenas por seus aspectos econômicos. Nesse sentido, a análise dos *executory contracts* somente ganha relevância devido a sua função econômica se assemelhar bastante a dos contratos bilaterais, gênero do qual o contrato de locação comercial é espécie.

Portanto, primeiramente, destaca-se o principal dispositivo do *Bankruptcy Code* sobre *executory contracts*, qual seja, o § 365, (a), que determina que: “o administrador judicial, sujeito a anuência do juízo, poderá optar pela assunção da dívida ou resolver unilateralmente qualquer contrato bilateral, ou *leasing* não vencido, do devedor”³³

Nota-se que o diploma legal não confere um conceito de *executory contracts*, e dessa forma, a aplicação de tal artigo depende integralmente do intérprete. Com efeito, foram doutrina e jurisprudência que se encarregaram da tarefa de conceituar o tema. Assim, perante as cortes estadunidenses³⁴, tem prevalecido o parâmetro proposto por COUNTRYMAN, para quem um *executory contract* será:

a contract under which the obligation of both the bankrupt and the other party to contract are so far unperformed that the

³³Tradução livre do § 365, (a), do *Bankruptcy Code*, no original: “the trustee, subject to the court’s approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor”

³⁴Nesse sentido v. *Enterprise Energy Corp. v. United States (in re Columbia Gas Sys.)*, 50 F.3d 233,239 (3 rd Cir. 1995); *RCI Tech. Corp. v. Sunterra Corp. (In re Sunterra Corp.)*, 361 F. 3d 257,264 (4 th Cir. 2004); *Terrell v. Albaugh (In re Terrel)*, 892 F.2d 469, 471 n2 (6th Cir.1989); *In re Streets & Beard Farm Partnership*, 882 F.2d 233,235 (7 th Cir. 1989); *Cameron v Pfaff Plumbing & Heating, Inc.*, 966 F. 2d 414,416 (8th Cir. 1992); *In re Pacific Express, Inc.*, 780 F.2d 1482,1487 (9 th Cir. 1986)

*failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other.*³⁵

Observa-se que tal proposição é, na verdade, uma ferramenta prática que auxilia a aplicação da norma de forma casuística, não se tratando, portanto, de uma classificação contratual tal qual concebida usualmente pelo direito brasileiro³⁶.

Sem embargo, há inquestionável equivalência entre a formulação prática de *executory contracts*, proposto por *Countryman*, e as características pertinentes aos chamados contratos bilaterais³⁷, da forma que são encarados pelo direito pátrio.

Dessa feita, um contrato será bilateral, justamente, quando “as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, as respectivas obrigações tem por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte”³⁸.

Assim, nos contratos bilaterais, do mesmo modo que nos *executory contracts*, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro³⁹. Tal assertiva consiste no instituto, reconhecido pelo Código Civil, da *exemptio non adimpleti contractus*, pertinente apenas a contratos bilaterais⁴⁰

Destaque-se, por relevante, que a proposição de *Countryman* pode ser vista como um teste da aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido a um

³⁵ COUNTRYMAN, Vern “*Executory Contracts in Bankruptcy*”, 57 Minn. L. Rev. 439,460 (1973)

³⁶ GOMES, Orlando *Contratos*, 23ª Ed, atual. Rio de Janeiro, Forense, 2001-P.70

³⁷ Os contratos bilaterais também são conhecidos como contratos sinalagmáticos. Essa classificação é importante para o Direito Concursal, devido ao conceito de sinalagma. Nesse sentido, afirma GOMES : “todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outra a sua característica é o sinalagma, isto é, dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chama-las contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa , a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial ente as prestações. GOMES, Orlando *ibidem* P.71

³⁸ MAZEAUD apud PEREIRA, Caio Mario Da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.IV. *Contratos*. Forense, 2010, Rio de Janeiro.

³⁹ Redação conferida ao Art. 476 do Código Civil

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Ibidem*. P.72

contrato. Sendo tal instituto pertinente a um dado contrato, este será um *executory contract* e, portanto, aplicável a seção § 365 do *Bankruptcy Code*.

Dessa forma, a interpretação conferida ao *Bankruptcy Code*, no que tange aos *executory contracts*, pode ser útil para verificar a hipótese de aplicação dos arts. 117 e 119, VII da L.11.101/2005 não só ao procedimento falimentar, como a princípio sugere o texto legal, mas, também, àquele da Recuperação Judicial da empresa. Porém, entende-se que, o conceito de *executory contracts*, elaborado por COUNTRYMAN, não traz subsídios suficientes para assimilar o papel econômico desses contratos, sob o pano de fundo dos procedimentos concursais. Assim sendo, elementar se apresenta o aprofundamento do estudo desse conceito, conforme se apontou no início do capítulo.

Cabe reiterar que a metodologia proporcionada pela AED reconhece que os indivíduos racionais realizam escolhas que proporcionam a maximização de seu bem estar. Logo, a Lei, ao conceder ao Devedor uma série de opções, quando diante de um *executory contract*, está conferindo-lhe uma série de prerrogativas, quais sejam: a assunção da dívida do contrato (*assumption*), a cessão do contrato (*assignment*) ou a sua resolução unilateral (*rejection*).

Sobre a última opção do Devedor, a resolução unilateral de um *executory contract*, deve-se ter atenção redobrada. Isso porque, a escolha equivocada, e desenfreada, por essa alternativa pode ser capaz de gerar problemas, conhecidos pela Teoria Econômica por seleção adversa⁴¹. O problema fica melhor visualizado quando da leitura das oportunas observações de FRIED:

Section 365 has been invoked by parties ranging from the actress Tia Carrere, who filed for bankruptcy in order to reject a contract to act in "General Hospital" so that she could appear in another TV show, "The A-Team," to Continental Airlines, which sought to reject a collective bargaining agreement with one of its unions. However, most Section 365 proceedings appear to involve small to medium-sized businesses seeking to reject

⁴¹ Sobre seleção adversa v. AKERLOF, George. *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism* in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, 1970.

*garden-variety commercial contracts, such as leases, licenses, and purchase and sale agreements. The use of Section 365 to reject unfavorable contracts has become increasingly widespread. Indeed, it is believed that thousands of bankruptcy cases are filed each year for the primary purpose of rejecting executory contracts.*⁴²

Assim, não é desejável que empresas sadias utilizem o Direito Concursal para lucrar com a própria torpeza, resolvendo, unilateralmente, contratos que, por lei e por convenção, deveriam cumprir. Não por outro motivo, o foco das seções abaixo é a compreensão das técnicas de interpretação proporcionadas pela AED na mitigação dessas distorções.

2.2 Os executory contracts por Thomas Jackson-combination of assets and liabilities

A partir desse ponto, passa-se à análise do tratamento conferido aos *executory contracts* na persecução do objetivo de maximização do *pool* de ativos do Devedor, ressalvadas as tensões entre Direito Concursal e material.

Com efeito, são muitas as atividades empresariais que se desenvolvem por meio de contratos firmados entre o Devedor e seus parceiros comerciais. É evidente que o *pool* de ativos de um Devedor não será composto somente por bens tangíveis, tais quais máquinas, veículos automotores, imóveis, etc. Rigorosamente, a atual concepção das relações empresariais demonstra, justamente, o contrário. Nas palavras de FORGIONI, “a empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua”, e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações”⁴³.

Assim, é possível identificar que muitos dos contratos bilaterais de um Devedor importam na valorização ou manutenção de seu *goingconcern* ou de seu *liquidationvalue*. Nesse sentido, contratos poderão ser avaliados, precisamente,

⁴² FRIED, JESSE M. *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*. Duke Law Journal, Vol. 46, nº 3 (Dec. 1996), pp. 517-574.

⁴³ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 23.

como um ativo do Devedor. Sobre a importância das relações contratuais na valorização de uma empresa vale observar as palavras de REICH:

“today, more and more of our wealth takes the forms of rights or status rather than of tangible goods. (...) the automobile dealer’s chief wealth is his franchise from the manufacturer which gives him exclusive sales rights within a certain territory, for it is his guarantee of income. His building, his stock of cars, his organization, and his goodwill may all be less valuable than his franchise. Franchises represent the principal asset of many business agreements, and organization may be the most valuable assets. The steel company’s relationships with coal and iron producers and automobile manufactures and construction companies may be worth more than all its plants and equipment.”⁴⁴

Ocorre que, ao firmar um contrato bilateral o Devedor será, ao mesmo tempo, devedor e credor de uma obrigação, sendo a prestação de uma das partes independente da prestação da outra. Portanto, residiria aí uma dificuldade na avaliação de tal contrato como um ativo ou um passivo do Devedor. Tais observações são importantes para compreender a aceção de JACKSON:

Executory contracts, however, have few unique elements for purposes of bankruptcy analysis. Indeed, much of the difficulty caused by executory contracts arises out of the failure to perceive the relationship between assets and the liabilities in bankruptcy and how they interact in the case of executory contracts. Fundamentally, executory contracts, as Countryman has defined them and as the Bankruptcy Code seems to intend, are nothing more than mixed assets and liabilities arising out of the same transaction⁴⁵

Desta feita, para captar, com clareza, a função de um *executory contract* frente ao *pool* de ativos do Devedor, lancemos mão de um simples exemplo⁴⁶. O Devedor, em 1º de dezembro, firmou um contrato com um fornecedor para que lhe

⁴⁴REICH, CHARLES A. *The New Property*. in The Yale Law Journal, Vol. 73, n. 5, Abril de 1964, PP. 733-787.

⁴⁵JACKSON, Thomas H. *ibidem* pp.106.

⁴⁶JACKSON, Thomas H. *ibidem* pp.106

fossem enviados 1.000 pares de calças no dia 1º de fevereiro. Nesses termos, o Devedor, em 1º de abril, pagaria R\$10.000,00. Se, no dia 1º de fevereiro o fornecedor não envia a encomenda, deixando de cumprir sua parte na avença, o Devedor poderá se liberar da sua obrigação de pagar, em 1º de abril, os R\$10.000,00 acordados, uma vez que, sem cumprir a sua obrigação, qual seja, o envio de 1.000 pares de calças, o fornecedor não pode exigir o implemento da do outro, que consiste no pagamento de R\$10.000,00. No sentido oposto, o devedor poderia, antes de 1º de fevereiro, comunicar ao fornecedor que não pagaria o valor combinado no dia 1º de Abril. Dada essa informação, o fornecedor poderia deixar de enviar a encomenda. Portanto, nesse cenário, até o dia 1º de fevereiro, esse contrato tanto é um potencial ativo para a empresa devedora, qual seja, o direito de receber 1.000 pares de calças, quanto um potencial passivo do devedor, o pagamento de R\$10.000,00 ao credor.

É preciso frisar que, um contrato apenas será um *executory contract* enquanto prevalecer a prerrogativa de uma parte em resolver o contrato face o inadimplemento da outra. No momento em que uma das partes cumpre a sua obrigação o contrato deixa de ser bilateral, eis que, apenas uma das partes resta cumprir com sua obrigação. Por óbvio, o contratante adimplente passa, tão somente, a deter um direito de crédito contra o outro, mas, evidentemente, não terá o poder de aplicar a resolução do contrato não cumprido.

Assim, em nosso exemplo, o fornecedor, após a entrega dos pares de calças ao devedor, passa a ter o direito de receber o valor de R\$10.000,00. Nesse momento, depois de cumprida a sua obrigação no contrato, o fornecedor deterá, tão somente, um direito de crédito contra o Devedor. Tal crédito, por consectário lógico, integrará o seu passivo concursal. Se, do contrário, o Devedor já cumpriu a sua obrigação na avença, o direito de receber as calças, advindo do contrato, deverá ser contabilizado em seu conjunto de ativos.

Com efeito, ao afirmar que um contrato integra o patrimônio de um Devedor as decisões a seu respeito terão que ser tomadas para contribuir ao objetivo primordial do Direito Concursal. Em seguida, analisaremos os possíveis tratamentos conferidos aos *executory contracts*, no *Bankruptcy Code*.

2.2 ***Executory Contracts - Tratamentos Possíveis - Assumption, Assignment e Rejection***

Depois de identificadas as características dos *executory contracts*, cuida-se de seus três principais tratamentos no *Bankruptcy Code*, quais sejam, a assunção da dívida do contrato (*assumption*), a cessão do contrato (*assignment*) ou a sua resolução unilateral (*rejection*).

Ao optar pela *assumption* de um *executory contract* o Devedor ratifica as obrigações já assumidas no contrato. Ademais, compromete-se a continuar cumprindo a sua parte na avença, em consonância com os termos contratados⁴⁷.

Do lado oposto, a escolha pela *rejection* de um *executory contract*, permite que o Devedor deixe de assumir a dívida, resolvendo unilateralmente tal contrato. Assim sendo, os créditos nascidos dessa quebra contratual passam a integrar o passivo concursal do Devedor.

A terceira possível escolha do Devedor é o *assignment* (cessão) de um contrato a um terceiro. Os benefícios de tal cessão, por óbvio, serão revertidos ao *pool* de ativos do Devedor.

Após essa breve introdução aos conceitos de *assumption*, *assignment* e *rejection* dos *executory contracts*, passa-se a uma análise, um pouco mais detida, do processo de tomada de decisão diante de tais opções, com vistas a contribuir na valorização do *going concern* ou do *liquidation value* do Devedor.

2.2.1 ***Assumption, Assignment e Rejection- Critérios da Tomada de Decisão***

⁴⁷ V. TRIANTIS George.G.. ***The Effects of Insolvency and Bankruptcy on Contract Performance and Adjustment***, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 43, No. 3, Special Issue on Corporate Stakeholder Debate: The Classical Theory and Its Critics (Summer, 1993), pp. 679-710

Deste ponto em diante, analisamos os incentivos de um Devedor ao optar pela assunção de dívida, quando diante de um *executory contract*.

Como já esclarecido anteriormente, um contrato bilateral será, para o Devedor, ao mesmo tempo, um passivo e um ativo. Assim, 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 resolução.⁴⁸ A opção pela assunção de dívida, sem dúvida, traz ao Devedor obrigações para com um credor específico. Sobre tal escolha, FRIED esclarece:

If the trustee "assumes" the contract, Section 365 binds the bankruptcy estate to the contract, permitting the estate to seek performance from the other party under the contract's original terms. Under U.S. bankruptcy law, obligations in connection with assumed contracts-including any damage claims against the estate for post-assumption breach-are treated as post-petition administration claims, which are paid first and usually in full. Thus, the effect of assumption is that the estate acquires all of the debtor's rights and obligations under the contract.

Portanto, a assunção de dívida, relativa a um *executory contract*, bem como a sua resolução unilateral, ou cessão, por parte do Devedor, poderá ser vantajosa ao concurso de credores quando maximizar o valor dos ativos para o pagamento do passivo concursal.

Feitas tais observações, é oportuno demonstrar a lógica que perpassa tal tomada de decisão, que resta evidente no caso *Chicago Board of Trade*. Nessa situação, o Devedor detinha um ativo, qual seja, um título de associação do *Chicago Board of Trade*, cujo valor de mercado era de U\$10.000,00. Porém, as regras do *Board of Trade* não permitiam a transmissão do título sem que fossem pagos os débitos do associado detentor deste mesmo título. Supondo que tais débitos totalizassem U\$6.000,00, o valor líquido desse ativo seria de U\$4.000,00. Assim, a

⁴⁸ KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: uma Análise Econômico- Jurídica. Revista Direito GV, v.2 n.1. p.037-054

assunção da dívida com o *Board* seria vantajoso ao concurso de credores. Se, no entanto o valor da dívida superasse o valor do título no mercado, não haveria razão para que o Devedor pagasse esse valor, causando indevido desfalque em seu patrimônio líquido.⁴⁹

Ressalta-se que, embora o caso do *Chicago Board of Trade* não trate de um *executory contract*, a lógica será, rigorosamente, a mesma. Assim, conforme JACKSON:

*The debtor's unperformed obligations are liabilities from the perspective of the debtor's other claimants, while the nonbankrupt party's unperformed obligations are an asset from their perspective. The question of how to treat these mixed contracts in bankruptcy would have been aided if bankruptcy law had traced out the consequences of recognizing any such contract as both an asset and a liability. Such an analysis would take the form of that used to resolve cases such as Chicago Board of Trade where an asset was coupled to a particular liability. In such cases one determines relative values and the residual value of the asset concurrently. This is accomplished by netting out the difference between the asset and the liability, and the holder of the liability is given a superior claim to extent of the value of the asset. There is conceptually no reason to treat executor contracts any differently.*⁵⁰

Dessa feita, é importante que as decisões acerca da assunção de dívida de um *executory contract* sejam tomadas levando em consideração os benefícios dessa escolha perante a valorização do *pool* de ativos.

Sobre a importância da *assumption of contract*, conveniente é o exemplo formulado por KIRSHBAUM⁵¹:

⁴⁹Na mesma direção, v. TRIANTIS: *The debtor may assume the contract if it cures its default, compensates for any actual pecuniary loss that has resulted from the default, and provides adequate assurance of its future performance under the contract.* "The obligations of an assumed contract enjoy the priority given to administration expenses during bankruptcy, which rank ahead of unsecured claims and are fully paid in most cases"

⁵⁰JACKSON, Thomas H. *ob.cit.* p.107

⁵¹ KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: uma Análise Econômico- Jurídica. Revista Direito GV, v.2 n.1. p.037-054

É preciso notar que, mesmo havendo ruptura contratual *com* ressarcimento, este dificilmente compensará a perda da prestação contratual numa situação crítica como a da insolvência. Para uma empresa em dificuldades econômico-financeiras, um crédito ilíquido (por perdas e danos) é bastante inferior ao benefício pelo cumprimento de uma obrigação de fornecimento de bem ou serviço relevante à sua atividade. Se um produtor “A” de material plástico interromper seu fornecimento a uma fábrica “B” de brinquedos (e “B” não sendo inadimplente perante “A”), “A” deve responder por perdas e danos a “B”. Ainda que “A” venha ressarcir “B”, seja pela dificuldade em conseguir substitutos perfeitos e tempestivos para determinados fornecedores – em situações de crise, a obtenção de fornecedores substitutos é praticamente inviável –, seja pela demora no ressarcimento, este dificilmente chega a compensar o dano.⁵²

Após as observações a respeito da *assumption* de um *executory contract*, avança-se agora no estudo da escolha mais sensível, quando se trata dos *executory contracts* de um Devedor: a opção do Devedor em resolver unilateralmente este tipo de contrato (*Rejection*).

Em negociações entre credores e devedores solventes, a regra é que as obrigações contratuais sejam respeitadas pelas partes. Fatores externos ao contrato não devem impedir a execução normal de um contrato. O simples arrependimento, ou desinteresse de uma das partes não é motivo para o descumprimento de um contrato por aquele que se arrependeu ou se desinteressou. Por exemplo, um lojista contrata com um fornecedor de cachecóis a compra de 300 peças. Porém, chegada a temporada de inverno o clima mantém-se ameno. Então, as expectativas de venda reduzem-se drasticamente, ora, tal motivo não dará a ele o direito de rescindir o contrato. Sem embargo, o Direito Concursal permite que, em alguns casos, o Devedor não cumpra com a sua parte na avença, resolvendo unilateralmente o contrato.

Assim, é preciso ter bastante cautela nos parâmetros de Resolução do contrato pelo Devedor. É na tomada de decisão pela *rejection* de um contrato que a

⁵² Este exemplo demonstra como podem ser prejudiciais ao Devedor e a todo *pool* de ativos e credores os efeitos das cláusulas *ipso facto* da insolvência, àquelas que permitem a resolução unilateral de contratos quando uma das partes se torna insolvente (ajuíza pedido de Recuperação Judicial ou tem a falência decretada). Partilhamos o entendimento de Kirshbaum, pela invalidade da cláusula., cf. se tratará adiante.

atenção do intérprete deve estar redobrada para evitar que empresários de má-fé utilizem-se do Direito Concursal para livrar-se de seus deveres contratuais.

No âmbito do direito comum, a violação no cumprimento de um contrato bilateral, a não ser que estejamos diante de contratos que exijam o cumprimento de uma obrigação específica, em regra, faz nascer um pleito de caráter indenizatório. Nesse sentido, muitos contratos terão cláusulas que estipulam indenizações diante de uma violação contratual.

Por exemplo⁵³, suponha que o Devedor firmou um contrato no qual se comprometeu a comprar uma tonelada de trigo pelo preço de R\$ 4 reais por quilo. Ocorre que, se, devido a questões mercadológicas, o preço do quilo do trigo decrescer para R\$ 3 reais. Em princípio, o cumprimento desse contrato não seria mais interessante do ponto de vista do Devedor. Porém, no contrato firmado há uma cláusula que fixa uma indenização de R\$1.000,00, em caso de resolução unilateral, por parte do Devedor.

Fora do cenário de insolvência, a resolução unilateral desse contrato não será vantajosa ao Devedor, que terá de arcar com o pagamento da indenização. Do contrário, se o Devedor é insolvente, a rejeição do contrato dará ao vendedor de trigo um crédito quirografário de R\$1.000,00. Portanto, considerando que tal valor, dada a condição de insolvência do devedor, não será pago integralmente, a resolução unilateral deste contrato, para o conjunto de credores, revelar-se-à vantajosa.

Assim, sobre o parâmetro pela escolha da *rejection* de um *executory contract*, aduz JACKSON :

*There is no reason Creditor should have its claim paid in full (by requires adherence to contract) when all other unsecured creditors are getting only a few cents on the dollar. Rejection, then, provides a way of equalizing things among of the asset represented by a contract*⁵⁴

⁵³ JACKSON, Thomas H. *ob cit.* p.108/109

⁵⁴ JACKSON, Thomas H. *ibidem.* p.109

Então, os contratos cuja manutenção for onerosa para o Devedor serão resolvidos unilateralmente, em benefício da valorização do conjunto dos ativos. Portanto, convenientes são as observações de TRIANTIS:

Rejection of a contract is either a decision to breach or repudiate a contract, or a decision not to cure an existing default by assuming the contract. If the court approves the decision to reject, the only remedy available to the non-breaching party is an award of damages, which has the same priority as if it had arisen before the date of the bankruptcy petition." It is an unsecured claim against the assets of the debtor. The bankruptcy court has broad powers to estimate this claim without many of the state law constraints on the estimation of contingent, unliquidated or speculative claims.²⁰ Two objectives are commonly used to explain the right of the corporate debtor to reject a contract in bankruptcy and thereby reduce the other party's contractual rights to an unsecured claim against the estate. First, in the case of reorganizing corporations, it enhances the prospects of successful rehabilitation of the debtor firm by relieving it of burdensome contracts, in the same way as another provision in the Code permits the debtor to abandon any property that is burdensome to the estate." Second, the rule is consistent with the bankruptcy norm of equality of distribution among parties who had pre-bankruptcy dealings with the debtor. Thus, the promisee under an executory contract shares pro rata with unsecured pre-bankruptcy creditors⁵⁵

É essencial, antes de prosseguir, ressaltar algumas questões importantes no equilíbrio das tensões entre direito Concursal e material que surgem da possibilidade do Devedor em *reject* um *executory contract*.

Para evitar o excesso de resoluções unilaterais injustificadas, JACKSON propôs um método um tanto quanto eficaz na mitigação das tensões entre o Direito Concursal e o Direito Material. Conforme assevera o autor, para resolver a maioria dos casos é preciso apenas levar em consideração duas premissas relativas aos *executory contracts*:

⁵⁵ TRIANTIS, *The Effects of Insolvency and Bankruptcy on Contract Performance and Adjustment* *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 43, No. 3, Special Issue on Corporate Stakeholder Debate: The Classical Theory and Its Critics (Summer, 1993), pp. 679-710

The point of this discussion is twofold. First, in most cases the power to reject in section 365 should be viewed as no more than stating the obvious: that contracts can be breached, converting the other party into the holder of a damage claim (which may or may not be secured). Second, the nonbankruptcy limitations of the power to reject-must also be recognized. Many nonbankruptcy rights, although created pursuant to a contract, take on a life of their own once created and become effective not only against the debtor but also against others (such as creditors) claiming through the debtor. Nothing in bankruptcy's collectivization principle calls for a different allocative outcome in bankruptcy. Many of the most troublesome problems created by automatic application of the ability to reject contracts in bankruptcy could have been avoided had this simple relation between bankruptcy law and nonbankruptcy attributes been kept in mind.⁵⁶

Portanto, na análise da aplicabilidade do Direito material em situações envolvendo Devedores, levar-se-ão em consideração as características das obrigações contratuais que estiverem sendo debatidas no caso concreto. Explica-se, quando o descumprimento de um contrato, fora do cenário da insolvência, acarretar em uma indenização em perdas e danos, a sua resolução gerará um crédito quirografário à contraparte do Devedor. Nessa situação, a resolução unilateral do contrato é reflexo da impossibilidade de pagamento do Devedor. Ressalta-se que, mesmo em situações de solvência, o descumprimento contratual geraria a mesma penalidade, a diferença será na capacidade de pagamento da indenização obtida.

Porém, para evitar injustiças, ainda que a resolução acarrete em saldo positivo a integrar o *pool* de ativos do Devedor, há contratos cujo descumprimento não se resolvem em perdas e danos e as características das suas obrigações impedem que o Devedor aplique o instituto da *rejection*.

Por exemplo, em casos nos quais o direito da contraparte for um direito real como o direito de posse, derivado de um contrato de aluguel, não poderá o Devedor,

se locador, resolver o contrato, expulsando o locatário do imóvel, sem que isso seja autorizado pelo direito material⁵⁷. É o que se vê da análise realizada por JACKSON:

Sometimes, however, analysis of the applicable non bankruptcy attributes suggests that specific performance would apply even when analyzing the issue as one of relative rankings among creditors. Consider the following. Debtor owns Blackacre and has leased it to Lessee. Under applicable nonbankruptcy law, even when Debtor breaches its obligations under the lease, Lessee (because it has a possessory property interest in Blackacre) cannot be deprived of its possession without its consent. This right, moreover, because it is possessory, is effective against creditors of Debtor. To the extent that this is so, Debtor should not be able to regain possession of Blackacre, over Lessee's objection, by rejecting the lease in bankruptcy.

No mesmo sentido, quando o Devedor for o Locatário este deve poder optar entre a assunção de dívida e a denúncia do contrato, nesse caso o Devedor desocuparia o imóvel. Não há refúgio na Lei para que o Devedor Locatário permaneça no imóvel da contraparte sem pagar os alugueres. Tal solução seria abusiva, em qualquer circunstância, pois, a possibilidade de resolução deste contrato dá ao locador, não o direito a um pleito indenizatório, mas, o direito de despejar o locatário inadimplente.

⁵⁷ Importante ressaltar que, assim como a L.11.101/2005 tem dispositivo específico acerca do contrato de locação o *Bankruptcy Code* tem uma seção acerca desse contrato. No entanto, o estudo proposto por este trabalho não é uma avaliação de direito comparado. Esta observação tem o objetivo, sim de verificar as questões pertinentes a análise econômica do direito aplicável a insolvência empresarial, porém, pouco tem sido escrito na nossa doutrina, daí a necessidade de se buscar o auxílio de escritores estrangeiros.

CAPÍTULO III – O TRATAMENTO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL DE DEVEDORES FALIDOS E EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL-

Inicia-se, a partir das próximas linhas, o último capítulo de desenvolvimento desta monografia. Esta fase do trabalho tem como objetivo precípuo averiguar qual tratamento vem sendo dado aos contratos de locação comercial de Devedor em Recuperação Judicial. Trata-se, portanto, de um relato acerca da questão, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Assim, para que este capítulo alcance suas pretensões, as próximas linhas dedicar-se-ão: (i) as considerações introdutórias sobre os arts. 117 e 119, VII da L.11.101/05, que tratam dos contratos bilaterais do Devedor Locatário for Falido; (ii) a abordagem conferida, por doutrina e jurisprudência brasileiras, aos contratos de locação do Devedor Locatário em Recuperação Judicial.

3.1 Considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre os arts. 117 e 119, VII da L.11.101/05

Conforme, exhaustivamente, abordado ao longo desta monografia, a realidade impõe que empresas celebrem contratos. Sendo assim, por motivos outros que não são objeto deste estudo, constata-se que, a empresa, no mais das vezes, exerce suas atividades em imóveis locados. Observa-se que, em muitos casos, o imóvel, objeto do contrato da locação comercial, representa papel indissociável da atividade do empresário. Tanto é assim que, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao locatário, preenchidos os requisitos legais⁵⁸, o direito de renovação do contrato de locação.

Isto posto, é importante compreender o tratamento dado a este contrato, no momento que a empresa se torna insolvente.

Portanto, conhecidas as características dos contratos bilaterais, logo se percebe que o contrato de locação pode ser classificado como tal. Neste contrato, a obrigação do locador, em dar ao locatário a posse do imóvel, corresponde a

⁵⁸Ver art. 51 da L.8.245/91

obrigação do locatário de pagar os alugueres. Daí justifica-se a exegese dos dispositivos legais que regulam esse gênero de contratos na Falência e na Recuperação Judicial.

Sobre os contratos bilaterais, o Del.7.661/45 já determinava que estes “não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.⁵⁹” Logo, percebe-se que, a L.11.101/2005 pouco inovou eis que o art. 117⁶⁰ goza de quase igual redação.

Então, os comentários dos estudiosos da lei antiga ainda são úteis na interpretação da legislação vigente. Senão, vejamos as palavras de MIRANDA VALVERDE:

Quanto aos negócios jurídicos patrimoniais bilaterais (contratos em sentido estrito), ainda não cumpridos no todo, ou em parte, pelos contraentes, é ponto firmado na doutrina e assinalado pela nossa lei, que eles, em princípio, não se resolvem com a falência de qualquer dos contraentes.

A falência, entretanto, influi na execução dos contratos bilaterais. A lei, com efeito, concede ao síndico o direito de os executar, ou não conforme lhe parecer mais conveniente aos interesses da massa falida. Optando o síndico pela resolução do contrato, faculta, por sua vez. A lei ao contraente in *bonis* o direito de exigir na falência perdas e danos.⁶¹

Portanto, doutrina e jurisprudência⁶², ao interpretar a legislação concursal pátria, parecem ter a mesma preocupação que o *Bankruptcy Code*, qual seja, valorizar o *common pool assets*. Nesse sentido, a execução de um contrato é condicionada aos interesses da massa falida.

⁵⁹ Art.43 L.11.101/45

⁶⁰ Art.117 da L. 11.101/2005

⁶¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. Rio de Janeiro. Forense 2001,p.299

⁶² Sobre o art. 117 da L.11.101/2005 ver TJSP, AI n.0147385-35.2012.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Craken, j.29/01/2013;STJ REsp 1260409/SP, Terceira Turma ,Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j 09/08/2011

Em conseqüência disso, seguindo o método da AED, observado o objetivo de valorização do *common pool*, presentes estarão as tensões com o direito material pertinentes a cada contrato bilateral do falido.

Não por outras razões, a própria L.11.101/2005 já dispõe de mecanismos para equalizar os interesses em voga, como se observa no parágrafo 1º do art.117 ao definir que: “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.”

Com efeito, à legislação brasileira é perfeitamente aplicável a lógica assinalada por JACKSON que identifica os contratos bilaterais como um combinação de *assets* e *liabilities*. Assim, quando a manutenção do contrato não representar ganhos para a massa, ou seja, o valor das *liabilities* excederem as compensações proporcionadas pelos *assets*, o Administrador Judicial poderá resolver tal contrato.

Por conseguinte, também se verifica, em nosso sistema, a veracidade da máxima de Jackson, segundo a qual “os contratos podem ser descumpridos o que gera ao contratante um direito de indenização (que pode ser quirografário ou não)”⁶³ É, ao menos, o que indica o § 2º do art. 117 da L.11.101/2005, *in verbis*, “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.”

Em vista disso, sábios são os comentários de BEZEERA FILHO⁶⁴, que aduz: “Aquele que estabeleceu um contrato bilateral com a massa não pode ficar indefinidamente esperando que o administrador judicial cumpra, ou deixe de cumprir o contrato”

⁶³Tradução Livre do seguinte trecho do livro de JACKSON: “contracts can be breached, converting the other party into the holder of a damage claim (which may or may not be secured)” JACKSON, *op. cit*, p.110

⁶⁴ BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência, L. 11.101/2005, Comentada artigo por artigo. RT, São Paulo, 8ª Edição 2013, pp.271

Nesse sentido, os interesses do Devedor Falido, na condição de locatário, contrastam com as pretensões do locador em receber as prestações devidas a título de aluguel. Assim, a Lei 11.101/2005, preocupou-se com essa questão, como se observa no seu artigo 119,VII *in verbis*:

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

VII – a falência do locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato;

Do exposto percebe-se que, o Devedor falido terá a opção de manter o contrato e permanecer no imóvel, o que, certamente, o obriga as condições desse contrato. No mesmo sentido, pode o Devedor resolver o contrato unilateralmente sendo obrigado, então, a restituir o imóvel ao locador, nos termos da lei de locações. Portanto, a Lei se preocupou com a manutenção das regras de direito material aplicáveis a essa relação. Sobre o tema, esclarecedores são os comentários de ULHOA COELHO:

A falência por si só não resolve o contrato de locação. (...) Se, por outro lado, era locatário o falido, caberá ao Administrador Judicial avaliar se convém ou não permanecer locando o bem. Se optar por manter a locação, por considerar essa a alternativa mais interessante para a massa, deverá evidentemente continuar a pagar o aluguel e cumprir as demais obrigações do contrato(...) O mais corriqueiro, porém- e, no geral, mais interessante para todos -, é o administrador judicial denunciar o contrato e restituir o quanto antes o imóvel, totalmente desocupado dos bens do estabelecimento empresarial.⁶⁵

Com efeito, segundo a AED, parece congruente a assertiva de que o locatário falido deve desocupar o imóvel na primeira oportunidade. Dessa forma, são criados incentivos que promovem a eficiência do processo e equilibram tensões. Nesse caso, o locatário falido poupa a massa do pagamento de prestações

⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011, p.411 a 423. CAMPINHO, por sua vez, entende que: “Sendo o locatário o falido, a regulação já se altera, conferindo –se ao administrador judicial a faculdade de, a qualquer tempo, denunciar o contrato, sem ter que pagar multa ou qualquer outro consectário.” CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresas: O novo regime da insolvência empresarial . 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

desnecessárias. Da mesma forma, o Locador não tem obstado seu direito de usufruir de seu imóvel.

Assim sendo, antes de verificar o tratamento dado ao contrato de locação do Devedor locatário, submetido ao processo de Recuperação Judicial, importante abordar uma última questão acerca dos arts. 117/119, VII da L. 11.101/2005: as cláusulas *ipso facto* da insolvência.

3.1.1 A (in) validade das cláusulas Ipso Facto da Insolvência

Muito comum, em diversos contratos, em especial, naqueles de execução continuada, são as chamadas cláusulas *ipso facto* da insolvência. Cuida-se de disposição contratual que determina a resolução automática e imediata do contrato, quando, a uma das partes, sobrevier um evento que caracterize a sua insolvência empresarial, (p. ex. decretação da falência ou ajuizamento de pedido de Recuperação Judicial).

Nesse pano de fundo, surge, diante da redação dos artigos 117 e 119 e incisos da L.11.101/2005, dúvida acerca da (in) validade desse tipo de cláusula.

Assim sendo, parte da doutrina entende que a cláusula resolutiva expressa representa a vontade das partes em romper uma relação jurídica quando observada uma dada condição. Nesse sentido, o art.117 da L.11.101/2005, não teria caráter cogente e, portanto, sua aplicação poderia ser afastada, pelo desejo dos contratantes. Essa corrente da doutrina é representada por importantes doutrinadores, dentre os quais, podemos destacar CAMPINHO, que defende a validade da *ipso facto* da insolvência, conforme já fazia CARVALHO MENDONÇA, o que pode se perceber do trecho que abaixo se colaciona:

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. O direito da massa, agindo esta como representante do falido, mede-se pelo direito deste. Então, o contrato não continuará com a massa. 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; não seria lícito, entretanto, ao co-contratante reclamar preferências ou privilégios fundados nesse pacto, salvo o seu direito de concorrer na falência⁶⁶

Nesse sentido, pugnando pela validade da cláusula *ipso facto*, também se destaca o posicionamento de Fabio Ulhoa Coelho⁶⁷, Rubens Requião⁶⁸, J. Penalva Santos⁶⁹ e Trajando de Miranda Valverde⁷⁰. Realmente, a Jurisprudência Brasileira⁷¹ já se posicionou corroborando tal entendimento, como se pode perceber:

Validade parcial da cláusula contratual de nº 10 do contrato padrão, na parte em que, em caso de falência ou concordata do devedor, protesto de título ou não pagamento de qualquer prestação no vencimento, considera em mora o devedor e automaticamente rescindido o contrato, com o vencimento antecipado de todas as parcelas, com a ressalva de que a rescisão contratual dependerá, necessariamente, de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, para constituição do devedor em mora. Tal raciocínio se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que já se solidificou no sentido que, em contratos em que haja a alienação fiduciária de bem para a garantia do contrato, como no caso do contrato padrão em exame, "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente", nos exatos termos da Súmula de nº 72/STJ.- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.(REsp 274.264/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002,)

Observa-se que, muito embora, a validade da cláusula *ipso facto* tenha tido alguma aceitação por importantes nomes da doutrina e pela jurisprudência, hoje a corrente dominante é, pois, a contrária. Dentre àqueles que entendem pela invalidade desse tipo de disposição contratual é possível citar relevantes estudiosos⁷² do Direito Concursal.

⁶⁶ CARVALHO MENDOÇA *apud* CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresas: O novo regime da insolvência empresarial . 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011. Pp.411 a 423

⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo, 1998, Saraiva, p 192

⁶⁹ PENALVA, J.A, Obrigações e Contratos na Falência. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 21.

⁷⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. Rio de Janeiro. Forense 2001, p.299

⁷¹ Nesse sentido, observa MIRANDA VALVERDE: "É comum, entretanto, as partes pactuarem a rescisão do contrato em caso de falência de um dos contraentes, A cláusula encontra-se, geralmente nos contratos de locação conitnuada, como no de locação de coisas. A sua validade é, em princípio, aceita, tanto pela doutrina, como pela nossa Jurisprudência. VALVERDE. Ob.cit. p.298

⁷² Dentre os que entendem pela invalidade da ipso facto destacam-se: Manoel Justino Bezerra Filho, Ricardo Tepedino, Júlio Kahan Mandel, Paulo Salvador Frontini, Deborah Kirshbaum, entre outros.

A invalidade da *cláusula ipso facto* da insolvência é facilmente compreendida, se analisados seus impactos econômicos. Conforme visto no capítulo 1 deste trabalho, o cenário da insolvência empresarial gera, entre os credores de um Devedor, interesses conflitantes. Assim, o receio de não receber o que é devido causa incentivos para o rompimento injustificado de relações contratuais com partes insolventes. Porém, essa atitude pode ser especialmente prejudicial a valorização do *common pool assets*. Com efeito, se um contrato é importante e sua execução é proveitosa à massa, este não deverá ser resolvido. Quando a contraparte do Devedor resolve unilateralmente o contrato, por meio desse tipo de cláusula, todos os credores são prejudicados. Assim, para representar essa linha de pensamento, interessantes são as lições de KIRSHBAUM, que nos ensina o motivo da invalidade da cláusula, segundo os contornos dados pela AED. Senão, vejamos:

A cláusula *ipso facto* corresponde à transferência de um ativo (sem a devida contrapartida) que pode ser considerado relevante para a recuperação da empresa ou para a maximização do valor de seus ativos. Atos praticados pelo gestor da empresa que possam ser caracterizados como facilitadores deliberados da perda de valor da empresa são vedados pelo direito já no contexto da solvência. Na insolvência, há razão ainda maior e meios (já que conta com um procedimento controlado por agentes externos à empresa) para impedir a prática ou produção de efeitos de atos que dissipam valor da empresa. 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 topo 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. (...) 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. Pelos argumentos apresentados, explicitou-se o significado econômico da afirmação de que o curso dos contratos empresariais diz respeito a interesses não redutíveis apenas ao das partes contratantes. Na medida em que o inadimplemento do contrato empresarial de execução continuada possa acarretar a liberação de uma das partes do vínculo contratual, a resolução do contrato deve ser avaliada em termos dos efeitos econômicos que produz sobre a organização da atividade empresarial ou sobre o valor da empresa.⁷³

⁷³ KIRSHBAUM, *ibidem* p.39

Assim sendo, é fácil concluir que as cláusulas *ipso facto* da insolvência não tem sua validade reconhecida, perante a racionalidade econômica do Direito Concursal⁷⁴. Nesse sentido, a jurisprudência também tem censurado os seus efeitos, senão vejamos:

Embora não se possa deixar de reconhecer o valor da interpretação do art.117, caput, da NLF como sendo uma norma dispositiva e não cogente, tese sustentada por nomes da mais alta envergadura dentro dos melhores comercialistas brasileiros, a interpretação contrária se impõe. Em primeiro lugar, há de se considerar que a legislação falimentar tem função importantíssima na regulação das relações jurídicas do devedor insolvente com seus credores, preponderando, em sua ótica, a prevalência do bem comum sobre os interesses particulares.(TJSP,Ap. Cív. N. 577.263.4/8-00, rel. Des. Lino Machado, j. 9/06/2009)⁷⁵

Portanto, assim como o Devedor, conforme visto no estudo dos *executory contracts*, não tem direito a resoluções contratuais desmedidas, também as suas contrapartes devem respeitar as regras que pugnam pela continuidade dos contratos.

3.2 O tratamento do contrato de Locação Comercial na Recuperação Judicial- Ação de Despejo por Falta de Pagamento

Primeiramente, cabe ressaltar que a Recuperação Judicial do Devedor tem como primordial objetivo a reestruturação do capital de empresas em dificuldades financeiras para que estas possam renegociar e saldar seu passivo concursal, respeitando, ao máximo as condições pactuadas. Sendo assim, conforme a AED, o princípio da preservação da empresa não é um fim em si mesmo, mas uma forma de proporcionar a Recuperação Judicial de empresas viáveis.

Feitas tais considerações, cuida-se das divergências jurisprudenciais acerca do tratamento dos contratos de locação das empresas em Recuperação Judicial.

⁷⁴ Tomas H. JACKSON corrobora o mesmo entendimento. JACKSON, *ibidem*. P.118

⁷⁵ No mesmo sentido: II TACSP, 10 Câmara Cível, Ap. c/Ver. N. 604.690-00/9, rel. Juiz Irineu Pedroti, j.08/08/2011; TJRS, 6 Câmara., Ap. Cível n 70.001.735.711, rel Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 15.08.2011; TJRS, 6 Câmara. Ap. Cível 591.032.032, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 28.04.1992

Conforme visto, os artigos 117 e 119, VII da L.11.101/2005 são endereçados a mitigar tensões entre o Direito Concursal e o direito material, especificamente sobre o contrato de locação comercial. Porém, tais dispositivos não fazem menção ao Devedor em Recuperação Judicial, mas, tão somente, ao Devedor falido.

Muito embora, como abordado no capítulo 1, os procedimentos concursais tenham objetivos semelhantes, a jurisprudência brasileira não tem se utilizado dos dispositivos pertinentes a falência para resolver questões respectivas ao processo de Recuperação Judicial, conforme se verá a seguir.

3.2.1- Apresentação das questões controvertidas

Observou-se que, a divergência jurisprudencial, que se instaurou diante do tratamento dos contratos de locação, tem sido travada em volta de duas questões principais: (a) a aplicação do princípio da preservação da empresa, presente no art. 47. da L.11.101/2005 (b) (i) liquidez da ação de despejo por falta de pagamento para fins do artigo 6 da mesma lei.

O art. 6º da L. 11.101/2005⁷⁶ pugna pela suspensão das ações execuções contra o devedor pelo período de 180 dias, conhecido como *automatic stay*. No entanto, o parágrafo 1º do próprio art. 6º, excepciona, da regra do caput, àquelas demandas ilíquidas, que terão prosseguimento no juízo no qual estiverem tramitando.

Nesse sentido, algumas decisões judiciais têm sido proferidas obstando o despejo de Devedor locatário, em Recuperação Judicial. A justificativa, pois, de tal suspensão, se divide em dois argumentos, um de cunho meramente processual, e outro de Direito Concursal.

⁷⁶ Na íntegra: Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

Primeiramente, a discussão de direito processual recai sobre a natureza jurídica da ação de despejo, no que se refere à liquidez da demanda. Dessa forma, sendo líquida a demanda de desalijo, sobre ela recairiam os efeitos do art. 6º *caput* da Lei 11.101/2005. Do contrário, a ação teria seu prosseguimento inabalado pelo deferimento da Recuperação Judicial do Devedor, em conformidade com o art. 6º § 1º, da mesma lei.

No que diz respeito ao Direito Concursal, a controvérsia gravita em torno do princípio da preservação da empresa. Nesse sentido, a ação de despejo é suspensa para evitar que o Devedor tenha a sua Recuperação Judicial convolada em falência no intuito de “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”.⁷⁷

3.2.1.1 Decisões pró Devedor em Recuperação Judicial- Preservação da Empresa e Liquidez da Demanda de Desalijo

Na pesquisa de jurisprudência, restou verificado que as decisões pró-Devedor encontram fundamento no Conflito de Competência nº 119.949, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, assim ementado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DESPEJO E COBRANÇA. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ART. 47 DA LEI N.11.101/05.

1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-lei 7.661/45 teve sua redação alterada com o advento da Lei nº 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos efeitos da falência/recuperação. Assim, apenas as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas, excluídas aquelas relativas à coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

2. No caso, busca-se a restituição de coisa certa (despejo) e a cobrança de quantia líquida (aluguéis), cujo aferimento depende de simples cálculo aritmético. As medidas adotadas no âmbito da ação originária de despejo cumulada com

⁷⁷ Art.47 da L.11.101/2005

rescisão contratual e cobrança poderão impedir o cumprimento do plano de recuperação judicial homologado e aprovado, acarretando, eventualmente, a convalidação da recuperação judicial em falência.(...)

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto/SP.

(STJ. CC 119.949/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/09/2012)

Com efeito, muitos outros julgados⁷⁸ foram proferidos em igual sentido. Nestes casos, verifica-se a falta de preocupação com as tensões existentes, reconhecidas pela AED, entre as normas de Direito Concursal e Direito Material. É o que se observa da ementa do acórdão relatado pelo Des. CARLOS JOSE MARTINS GOMES:

Ementa: Agravo de instrumento. Ação despejo. Parte ré que se encontra em processo de recuperação judicial. Artigo 6º da Lei 11.101/2005 (lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária) que dispõe que "a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário". Grifei. Nada obstante, pela decisão agravada, o Juízo *a quo* indeferiu a postulação de suspensão da execução da ação de despejo, movida pela agravada em face da agravante, porque entendeu que "a suspensão das ações e execuções prevista na Lei nº 11.101/05 deve ser aplicada apenas nos casos em que há valores a pagar pela recuperanda, não sendo o caso dos autos, que cuida apenas de despejo por falta de pagamento sem a cumulação com cobrança de aluguéis e encargos". Contudo, data venia ao entendimento em contrário, entendo que a execução da ação despejo, independentemente de ser ou não cumulada com cobrança, não se inclui na exceção do § 1º do citado dispositivo, que autoriza o processamento das ações que demandar quantia ilíquida. Isso porque

⁷⁸Nesse sentido, destaca-se: TJRJ, Decima Sexta Câmara Cível, AI nº. 0004293-57.2013.8.19.0000, Des. Carlos Jose Martins Gomes – J.: 16/04/2013; TJRJ, Quinta Câmara Cível, AI nº 0031352-20.2013.8.19.0000, Rel. Des.. Milton Fernandes de Souza, j. 23/07/2013; TJRJ AI nº. 0006607-73.2013.8.19.0000, Décima Primeira Câmara Cível Rel. Des. CLAUDIO DE MELLO TAVARES – J.: 05/06/2013 -; TJRJ, Decima Sexta Câmara Cível; TJRJ, AI nº 0004293-57.2013.8.19.0000, DES. CARLOS JOSE MARTINS GOMES - J 16/04/2013 -; TJRJ AI nº 0007989-38.2012.8.19.0000, Des. Jessé Torres, j. 28.03.2012 TJRJ

a ação de despejo não demanda quantia ilíquida, mas tem por objeto a restituição de coisa certa, ou seja, o imóvel locado. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça apreciou a questão, restando asseverado que a ação de despejo tem por objeto a restituição de coisa certa, ou seja, o bem imóvel locado, e que "apenas as demandas relativas à quantia ilíquida continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processada, excluídas aquelas relativas à coisa certa, prestação ou abstenção de fato". Ademais, o prosseguimento da ação de despejo em face da empresa em processo de recuperação judicial vai de encontro ao objetivo do referido instituto, que é de possibilitar a reestruturação de empresas economicamente viáveis e que estejam passando por dificuldades momentâneas (Art. 47 da Lei 11.101/2005). Evidentemente, o despejo da empresa que está em processo de recuperação judicial praticamente extinguirá as suas possibilidades de soerguimento, indo tal medida na contramão do princípio da preservação da empresa. Provimento do recurso. (TJRJ AI nº 0004293-57.2013.8.19.0000, Decima Sexta Câmara Cível Rel. Des.. CARLOS JOSE MARTINS GOMES – J.16/04/2013

Denota-se, do julgado acima, que o contrato bilateral de locação não é encarado como uma combinação de *assets* e *liabilities*. Nesse sentido, o ativo dessa transação seria a posse do imóvel locado, enquanto que o passivo seria o pagamento do aluguel. Portanto, se o resultado dessa equação for positivo para o Devedor, e importante para a preservação do *going concern* da empresa, este contrato deveria ser mantido. Tal opção não é, senão uma violação, mas uma promoção do princípio da *pars conditio creditorum*, eis que, o cumprimento do contrato é benéfico a todo concurso. Porém, ao permitir que o Devedor permaneça em imóvel locado, sem cumprir com a sua parte no contrato, as *nonbankruptcy limitations* aplicáveis ao caso são desconsideradas. Portanto, impõe-se ao locador um desproporcional encargo na função de recuperação do Devedor. Com efeito, se o objetivo da Recuperação Judicial é o soerguimento de empresas viáveis o esforço em manter o contrato deve ser empreendido, com vistas a atingir tal objetivo.

Assim, percebe-se que, o efeito prático de impedir o despejo do Devedor, nos termos relatados, é a concessão do direito de Resolução Contratual ao Devedor sem aplicar a consequência natural dessa resolução. O contrato examinado não é do tipo que a resolução origina um direito de indenização por perdas e danos. Conforme observado no capítulo 2, permitir esse tipo de situação causa efeitos indesejáveis, frente aos objetivos do Direito Concursal.

Portanto, se o Devedor não tem condições para manter os contratos que não podem ser resolvidos, talvez a solução dessa empresa seja, realmente, a opção pela falência. A partir do próximo tópico, para melhor debater essas questões, analisaremos as decisões judiciais em sentido oposto àquelas vistas até aqui.

3.2.1.2 Decisões pró Locador- Impossibilidade de Suspensão da Ação de do Despejo-

Compreendidas as razões colocadas pela jurisprudência, acerca da impossibilidade do despejo do Devedor locatário, passa-se ao estudo da corrente contrária. É interessante ressaltar que, o conflito de competência, que embasa as decisões dos TJ estaduais, pelo prosseguimento das ações de despejo de Devedor Locatário em Recuperação Judicial é, também, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo teor segue abaixo, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES QUE VERSAM SOBRE OBJETOS DISTINTOS. LEI Nº 8.245/91. LEI Nº 11.101/05. NÃO OCORRÊNCIA DE CONFLITO. ART. 115 DA CPC. AÇÃO DE DESPEJO COM LIMINAR DEFERIDA PELO JUÍZO SUSCITADO. DEMANDA ILÍQUIDA. ART. 6º, CAPUT E § 1º DA LEI 11.101/05. NÃO ATRAÇÃO DO JUÍZO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. UTILIZAÇÃO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. FATOS GRAVES NARRADOS NA CONDUÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPERIOSA APURAÇÃO. PLEITO MINISTERIAL PARA EXTRAÇÃO DE CÓPIAS E RESPECTIVO ENVIO À CORREGEDORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS E AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

1. No caso, não se vislumbra a ocorrência de conflito de competência, eis que a decisão proferida pelo Juízo suscitado na ação de despejo possui interferência meramente reflexa na atividade desenvolvida perante o Juízo suscitante onde se processa a recuperação judicial. Ademais, a ação de despejo fora proposta antes do deferimento do pedido de recuperação judicial.

2. Os fatos apontados por Xinguará Indústria e Comércio S/A são graves e ensejam a devida apuração, razão pela qual impõe-se a extração de cópias dos autos para envio à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e ao Conselho Nacional de Justiça, para a devida apuração.

3. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ AgRg no CC 103.012/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, j. 23/04/2014)

Observa-se que, nesse caso, o tema da preservação da empresa não foi contrastado com o direito material, que permite ao locador despejar o Devedor locatário. Assim, muitas das vezes, a discussão empreendida pela jurisprudência, restringe-se ao âmbito processual da discussão. Porém, há uma série de outros acórdãos do TJRJ⁷⁹, que tratam da questão indo além de seus aspectos processuais. Nesse sentido, convenientes e oportunas são as palavras da Des. Rel. MARIA REGINA NOVA em voto proferido nos autos da Apelação Cível Nº 0205635-24.2010.8.19.0001, senão, vejamos:

Ademais, a função social da Empresa, em que pese ser imprescindível para o bom desenvolvimento da sociedade, deve ser avaliada com temperamentos, e não em um compartimento estanque, sob pena de se tornar um subterfúgio para os maus pagadores em detrimento daqueles que se esforçam para manter as suas contas em dia, apesar de todas as dificuldades.

No caso em tela, o que pretende o Apelado é apenas a rescisão da locação e o despejo da Apelante, desacompanhado de cobrança de aluguéis, e negar-lhe tal direito seria esvaziar as características inerentes à propriedade sobre o bem que está sendo ocupado por quem não lhe confere qualquer contraprestação.

Repita-se que a Ré/Apelante em nenhum momento nega ser devedora dos aluguéis referentes ao imóvel descrito na inicial, e cujo locador é o Autor/Apelado. (TJRJ Apelação Cível Nº 0205635-24.2010.8.19.0001, Des. Maria Regina Nova Alves - Julgamento: 23/01/2012 - Quinta Câmara Cível)

Até aqui, foram demonstrados os principais posicionamentos acerca do tratamento do contrato de locação de Devedor em Recuperação Judicial, no que diz respeito a possibilidade de prosseguimento da ação de despejo frente ao descumprimento contratual, nos termos da lei de Locações. Porém, não só nos antagonismos liquidez vs iliquidez da demanda e preservação da empresa vs direito da propriedade do locador⁸⁰ é que a questão pode ser analisada.

⁷⁹ : TJRJ Vigésima Câmara Cível AI 0050457-17.2012.8.19.0000, Rel. Des. Flavia Romano de Rezende – J. 27/02/2013 – TJRJ Vigésima Câmara Cível AI n.º 0016377-61.2011.8.19.0000- Des. Conceicao Mousnier – J. 22/06/2011; TJRJ Terceira câmara Cível, Ai 0007376-86.2010.8.19.0000 – Rel. DES. Mario Assis Goncalves - Julgamento: 21/09/2010

⁸⁰ Nesse sentido ver o artigo de SAADI, GUSTAVO DINIZ: “Suspensão de Ação de Despejo de Locatário em Recuperação Judicial” Revista dos Tribunais

Vale ressaltar que, alguns julgados levam em consideração outros aspectos na avaliação da concessão do pedido de desalijo feito em face do Devedor Locatário. Dentre estes, vale a pena ressaltar acórdão do TJSP, que reconheceu na Recuperação Judicial a possibilidade de aplicação daquelas regras pertinentes a falência, no que diz respeito aos contratos bilaterais, o que parece ser ignorado no mais das vezes. Assim, conveniente a leitura do trecho do voto do Relator ROMEU RICUPERO, na Apelação Civil nº 0000488-65.2010.8.26.0531, *in verbis*:

Por fim, embora não se possa desprezar ou amesquinhar a função social do contrato e a função social da empresa, bem como a necessidade de manutenção dos contratos, em geral, para sobrevivência da empresa, é fora de qualquer dúvida de que isso não dá à empresa contratante, ainda que em regime de recuperação judicial, imunidade para romper os contratos ou para não cumpri-los, na forma acordada.

Não se pode, só porque um dos contratantes está em recuperação judicial, prejudicar o outro contratante, quando está demonstrado nos autos que o não cumprimento da avença se deveu a fato imputável exclusivamente à apelante.(TJSP,36ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Romeu Ricupero, j. 07.05.2012)

De qualquer forma, não se pode imputar daí, que a relação entre os artigos 117 e 119, VII e o procedimento da Recuperação Judicial é usualmente utilizada pela jurisprudência. Com efeito, o mais importante na nossa análise é reconhecer que, no cerne da divergência, as questões primordiais na interpretação do Direito Concursal não encontram espaço. Percebe-se que, o exegeta utiliza pouco as possibilidades conferidas pela AED para outorgar efetividade e segurança jurídica ao procedimento da Recuperação Judicial, em consonância com as regras de direito material pertinentes ao contrato de locação comercial.

CONCLUSÃO

Após feitas as últimas considerações acerca do tratamento dos contratos de locação comercial do Devedor em Recuperação Judicial, são apresentadas as conclusões alcançadas com esse estudo.

Portanto, à guisa de conclusão, recordaremos o problema, a hipótese e a metodologia que nortearam esse trabalho.

Primeiramente, observa-se na L.11.101/2005 uma lacuna no que diz respeito ao tratamento de contratos bilaterais, em especial do contrato de Locação Comercial, firmados por Devedores em Recuperação Judicial. Sem embargo, empresas que locam imóveis realizam pedidos de Recuperação Judicial. É nesse ponto que se identifica o problema: há um fato corriqueiro, no ambiente empresarial, e não há norma de subsunção. Então, nasce a hipótese: os contratos de locação comercial devem ter, na Recuperação Judicial, o mesmo tratamento conferido na Falência pelos arts. 117/119, VII da L. 11.101/2005.

Então, para verificar a aplicabilidade da hipótese formulada faz-se necessário a adoção de uma metodologia de interpretação normativa. Nesse sentido, optou-se por avaliar a lei em consonância com seus objetivos, suas finalidade, ou seja, via a sua teleologia. Na busca dos fins da legislação estudada, a acepção escolhida foi àquela proporcionada pelo método da Análise Econômica do Direito, em especial, pelos ensinamento do doutrinador norte americano THOMAS H. JACKSON.

Assim, tendo em vista os conceitos de eficiência, trazidos pela teoria microeconômica, compreendeu-se que o objetivo primordial da lei é diminuir assimetria de informações e custos, proporcionando aos credores um ambiente favorável de negociação para que o *common pool assets* do Devedor seja utilizado da melhor forma no saneamento do passivo concursal.

Nesse sentido, os contratos devem ser avaliados como uma combinação de *assets* e *liabilities* derivados de uma mesma transação. Portanto, verificado pelo

Devedor ou pelo Administrador Judicial, que os *assets* representam mais vantagens do que as *liabilities*, impostas pelo contrato, esta relação deverá ser mantida em benefício da valorização do *common pool*.

Com efeito, da faculdade do Devedor de escolher se dá continuidade, ou não, a um contrato bilateral, nasce uma tensão entre o direito material decorrente da relação contratual e o Direito Concursal.

Então, os contratos sinalagmáticos, cujas violações contratuais de direito material originem um pleito indenizatório por perdas e danos, poderão deixar de ser cumpridos em benefício da valorização do *common pool*. O crédito nascido dessa indenização será quirografário, nos termos da legislação concursal.

Porém, as relações contratuais, que envolvem direito material oponível *erga omnes*, não podem ser rompidas imotivadamente pelo Devedor. Neste caso, as consequências dessa ruptura, conforme o direito material, serão impostas ao Devedor.

O motivo da limitação, do direito à resolução unilateral, é evitar incentivos que levem empresas sadias a recorrerem ao instituto da Recuperação Judicial como forma de descumprir obrigações contratuais. Assim, esse instituto, tal qual definido por sua análise econômica, deverá servir para que empresas que passam por crises financeiras e passageiras tenham fôlego para reestruturar seu capital.

Após ter identificado os nortes interpretativos, objetivos e limites do Direito Concursal a preocupação do trabalho passa ao tratamento dos contratos bilaterais, conforme a aplicação do art. 117 e 119, VII da L. 11.101/2005. Do estudo doutrinário, extrai-se que a função destes dispositivos em muito se assemelha com àquela proporcionada pela disciplina dos *executory contracts*.

Então, após realizada a análise do *dever ser*, aplicável as relações entre Devedor locatário, em recuperação judicial, e Locador, verificou-se qual é, de fato, o tratamento empreendido. Assim, a pesquisa jurisprudencial demonstrou que há uma divisão acerca do do tema, no que tange a possibilidade de despejo de Devedor

Locatário, em Recuperação Judicial, devido a inteligência do artigo 6º da L. 11.101/2005 e do art. 47 da mesma lei. A controvérsia gira em torno de dois pontos (a) a (i)liquidez da demanda de despejo e (b) o princípio da preservação da empresa. Observou-se que a jurisprudência ainda não se posicionou definitivamente sobre o tema, havendo decisões para ambos os lados.

Sobre a aplicabilidade dos arts.117 e 119,VII. aos contratos de Locação de Devedor em Recuperação Judicial, a Jurisprudência demonstrou-se silente ou, ainda, lacônica. Assim, a hipótese formulada para o problema identificado é perfeitamente cabível, quando considerada a Análise Econômica do Direito aplicável aos objetivos do direito concursal. Porém, não parece ser essa a interpretação efetivamente empregada pelos Tribunais Brasileiros.

Por fim, acredita-se que, há uma distorção nos princípios e limites do Direito Concursal, devido a falsa impressão de que a preservação da empresa é um objetivo a ser alcançado a qualquer custo. Assim, percebe-se que o método da AED vem sendo deixado de lado. Tal situação, portanto, pode promover o sacrifício desproporcional de alguns credores em virtude de um senso de justiça, que não cumpre seu papel, eis que , alheio a realidade econômica.

Conclui-se que, em um mundo no qual as pessoas reagem a incentivos para maximizar interesses, é essencial que os formuladores de políticas públicas e os intérpretes da lei estejam atentos aos reflexos de suas decisões. Nesse sentido, parece que o intérprete tem falhado no intento de conferir eficiência econômica às normas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresas: O novo regime da insolvência empresarial . 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

CEREZETTI, Sheila Neder. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações. São Paulo, Malheiros, 2012.

COASE, R.H. *The Nature of the Firm*. *Economica*, new series, vol. 4, n.16, (nov.1937), pp.386-405

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2011.

COOK, MICHAEL L. *Judicial Standards for Rejection in Bankruptcy Code Reorganization Cases*. 1980 Ann. Surv. Am. L. 689 1980

COROTTO, Susana. Modelos de Reorganização Empresarial Brasileiro e Alemão. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2009

COUNTRYMAN, Vern *Executory Contracts in Bankruptcy* , 57 Minn. L Rev. 439,460 (1973)

EISEMBERG, Theodore. *Bankruptcy and Debtor- Creditor Law*. Foundation Press.2004, New York.

FRIED, JESSE M. *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*. *Duke Law Journal*, Vol. 46, nº 3 (Dec. 1996)

FRIEDMAN, Alan E. *The Economic of the Common Pool: Property Rights in Exhaustible Recourses*. 18 UCLA L. Rev. 855 (1970-1971)

FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando Contratos, 23ª Ed, atual. Rio de Janeiro, Forense, 2001

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. Science, New Series, Vol. 162, N. 3859. (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248

JACKSON, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Washington, D.C: Beard Books,1986 [reimpressão de 2001]

KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: uma Análise Econômico- Jurídica. Revista Direito GV, v.2 n.1. p.037-054

KORDANA, Kevin ,POSNER, Eric A.; A. *A Positive Theory of Chapter 11*. Jonh M. Olin & Economics Working Paper nº61. (2nd Series) disponível no endereço:<http://www.law.uchicago.edu/files/files/61.Eposner.Chpt11.complete.pdf> face sso em 29.09.2014

MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Thomson Learning, 2006.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Análise Econômica da Recuperação Judicial de Empresas

PENALVA, J.A, Obrigações e Contratos na Falência. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PUGLIESI, Adriana Valéria. Direito Falimentar e Preservação da Empresa. São Paulo, Quartier Latin, 2013.

RAMUNSSSEN, Robert K.; SKEEL JR, David A. *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*. ABI Law Review, Vol 3:85

REICH, CHARLES A. *The New Property*. in The Yale Law Journal, Vol. 73, n. 5, Abril de 1964, PP. 733-787.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo, 1998, Saraiva

ROPPO, Vincenzo. O Contrato. Almedina, Lisboa, 2009

TRIANIS, The Effects of Insolvency and Bankruptcy on Contract Performance and Adjustment The University of Toronto Law Journal, Vol. 43, No. 3, Special Issue on Corporate Stakeholder Debate: The Classical Theory and Its Critics (Summer, 1993), pp. 679-710

WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World*. Michigan Law Review, vol. 92, n. 2 (Nov., 1993),

WEISTART, Jonh c. ***The Costs of Bankruptcy***.In Law and Contemporary Problems.Vol. 41. N.4, Autumm 1977

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. Rio de Janeiro. Forense ,2001.

JURISPRUDÊNCIA:

TJSP, AI n.0147385-35.2012.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Craken, j.29/01/2013;

STJ REsp 1260409/SP, Terceira Turma ,Rel. Ministra Nancy Andrighi, j 09/08/2011

STJ REsp 274.264/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 20/05/2002

TJSP,Ap. Cív. N. 577.263.4/8-00, rel. Des. Lino Machado, j. 9/06/2009

TACSP, 10 Câmara Cível, Ap. c/Ver. N. 604.690-00/9, rel. Juiz Irineu Pedroti, j.08/08/2011;

TJRS, 6 Câmara., Ap. Cível n 70.001.735.711, rel Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 15.08.2011;

TJRS, 6 Câmara. Ap. Cível 591.032.032, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 28.04.1992
STJ. CC 119.949/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO,
julgado em 12/09/2012

TJRJ, Decima Sexta Câmara Cível, AI nº. 0004293-57.2013.8.19.0000, Des. Carlos
Jose Martins Gomes – J.: 16/04/2013;

TJRJ, Quinta Câmara Cível, AI nº 0031352-20.2013.8.19.0000, Rel. Des.. Milton
Fernandes de Souza, j. 23/07/2013;

TJRJ AI nº. 0006607-73.2013.8.19.0000, Décima Primeira Câmara Cível Rel. Des.
CLAUDIO DE MELLO TAVARES – J.: 05/06/2013 -;

TJRJ, Decima Sexta Câmara Cível; TJRJ, AI nº 0004293-57.2013.8.19.0000, DES.
CARLOS JOSE MARTINS GOMES - J 16/04/2013 -;

TJRJ AI nº 0007989-38.2012.8.19.0000, Des. Jessé Torres, j. 28.03.2012 TJRJ

STJ AgRg no CC 103.012/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA
SEÇÃO, j. 23/04/2014)

TJRJ Apelação Cível Nº 0205635-24.2010.8.19.0001, Des. Maria Regina Nova Alves
- Julgamento: 23/01/2012 - Quinta Câmara Cível

TJRJ, Decima Sexta Câmara Cível, AI nº. 0004293-57.2013.8.19.0000, Des. Carlos
Jose Martins Gomes – J.: 16/04/2013;

TJRJ, Quinta Câmara Cível, AI nº 0031352-20.2013.8.19.0000, Rel. Des.. Milton
Fernandes de Souza, j. 23/07/2013;

TJSP, 36ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Romeu Ricupero, j. 07.05.2012

TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, **ANA CAROLINA BARCELLOS MELMAN, brasileira, solteira, portadora da identidade 21.281.785-2- DETRAN RJ, na qualidade de aluna da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO**, na qualidade de aluna da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado e orientado a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O Professor responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o documento em anexo para apreciação da Fundação Getúlio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Ana Carolina Barcellos Melman