

LIVIA MARIA DE SOUZA CREPALDI WOLF

**O IMPACTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS
INTEREMPRESARIAIS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – SP

2021

LIVIA MARIA DE SOUZA CREPALDI WOLF

**O IMPACTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS
INTEREMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – SP

2021

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Crepaldi-Wolf, Livia Maria de Souza.

O impacto da recuperação judicial nos contratos interempresariais; Livia Maria de Souza Crepaldi Wolf;

orientador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo – São Paulo, 2021.

199 f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Contratos empresariais. 2. Insolvência. 3. Recuperação Judicial. I. Toledo, Paulo Fernando Campos Salles de, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Foram tantas as pessoas que cruzaram meu caminho na jornada de escrever esta dissertação, que corro o risco de cometer uma injustiça e deixar de mencionar algumas delas aqui. No entanto, não poderia deixar de aproveitar este espaço para homenagear, ainda que brevemente, algumas das pessoas sem as quais este trabalho teria sido impossível.

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, pela confiança no meu projeto, pelo seu incansável apoio e disposição, pela oportunidade de acompanhar de perto suas aulas na graduação e de poder contar com suas valiosíssimas contribuições acadêmicas nesses últimos anos.

Sou também imensamente grata ao meu marido, Victor, pelo suporte nas muitas horas que gastei trabalhando nesta dissertação, e pelas muitas horas que ele mesmo dedicou desenvolvendo um programa para facilitar as minhas pesquisas jurisprudenciais. Sem o seu carinho, paciência e apoio incondicional teria sido muito mais difícil chegar até aqui.

Agradeço às Professoras Paula Forgioni e Adriana Pugliesi pelas valiosíssimas sugestões durante a minha banca de qualificação, essenciais para que este trabalho tomasse a forma sob a qual se encontra hoje. Também agradeço a todos que foram gentis o suficiente para compartilhar materiais de estudo comigo, tornando assim possível a finalização deste trabalho à distância: Adriana Dias de Oliveira, Luciana Celidonio, Fernanda Coutinho, José Carlos Novais, Hugo Tubone Yamashita, Marina Maciel de Barros, Alfredo Cabrini, Bruno Roma, Professores Leonardo Dias, Rodrigo Mendes e Adriana Pugliesi, entre muitos outros.

Agradeço ainda aos muitos amigos e colegas que contribuíram das mais diferentes formas para este trabalho: Ligia Oliveira, pelas (muitas) revisões; meus colegas do Lobo de Rizzo Advogados, que foram minha principal inspiração e suporte para iniciar essa aventura acadêmica, e com quem pude contar mesmo depois de deixar o escritório; meus colegas de monitoria, em especial Karina Deorio, pelas angústias e conhecimentos compartilhados, que fizeram a conclusão desta dissertação parecer factível.

Por fim, sou grata aos meus pais por terem me ensinado desde muito cedo a não ter medo de encarar desafios. Concluir este trabalho foi decerto um dos maiores com que me deparei até agora.

RESUMO

CREPALDI-WOLF, Livia Maria de Souza. **O impacto da recuperação judicial nos contratos interempresariais**. 2021. 199 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A presente dissertação tem por objetivo analisar os impactos da recuperação judicial sobre os contratos celebrados entre o devedor e outros agentes econômicos, bem como propor formas de mitigação desses impactos, de maneira a facilitar a manutenção dos contratos interempresariais relevantes para a reestruturação das atividades da empresa em crise, sem sacrificar além do necessário os interesses da parte contrária. O primeiro capítulo tece considerações sobre o processo de formação e desenvolvimento dos contratos interempresariais, examinando as condições necessárias para o surgimento da confiança dos envolvidos nas promessas recíprocas, bem como a importância do texto contratual e do ordenamento jurídico para o resguardo das legítimas expectativas construídas em torno da relação negocial. Analisa também os efeitos da recuperação judicial sobre essa dinâmica e algumas formas pelas quais o próprio devedor poderia recuperar a confiança daqueles que com ele contratam, mesmo na ausência de intervenção legal. O segundo capítulo examina o regime indiretamente estabelecido pela lei concursal brasileira para regência dos contratos do devedor em recuperação judicial, escrutinizando os dispositivos que tangenciam o tema e a aptidão destes para preservar e retomar a confiança nas relações negociais da empresa em crise. Ainda, analisa o entendimento dos tribunais pátrios sobre o tema dos contratos interempresariais do devedor em recuperação judicial, a fim de averiguar se o Poder Judiciário tem logrado compatibilizar adequadamente a força obrigatória dos contratos e o princípio da preservação da empresa. O terceiro e último capítulo dedica-se a investigar se uma regulação mais direta dos contratos do devedor em recuperação judicial poderia ter efeitos positivos na harmonização dessas diferentes ordens de valores, preservando, a um só tempo, a empresa viável e a segurança e a previsibilidade necessárias ao bom funcionamento do mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; Insolvência; Recuperação judicial; Princípio da preservação da empresa; Força obrigatória dos contratos.

ABSTRACT

CREPALDI-WOLF, Livia Maria de Souza. **The impact of reorganization proceedings on commercial contracts**. 2021. 199 pages. Thesis (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

This dissertation aims to analyze the impacts of reorganization proceedings on commercial contracts and proposes ways to mitigate such impacts, thereby facilitating the retention of contracts relevant to the economic recovery of the debtor, while avoiding undue jeopardy to the interests of the counterparty. The first chapter investigates the formation and performance of commercial contracts, analyzing how trust in reciprocal promises emerges, and the role played by the contractual instrument and the legal framework in safeguarding the lawful expectations created around the business relationship. Furthermore, the first chapter examines how reorganization proceedings affect these dynamics and how the debtor could regain the counterparty's trust, even in the absence of legal intervention. The second chapter analyzes the indirect regime set forth in the Brazilian insolvency law for the contracts of the debtor, scrutinizing the sections that somehow relate to the matter and assessing their ability to preserve and reinstate trust in the commercial relationships of the debtor. Moreover, this chapter examines how Brazilian courts interpret commercial contractual matters in the context of reorganization proceedings, in order to assess whether they succeed in reconciling the principles of the *pacta sunt servanda* and the preservation of the debtor's going concern value. The third and last chapter is devoted to investigating whether a direct regulation of the contracts of the debtor could facilitate the reconciliation of these principles, thus upholding not only the continuation of viable businesses but also the certainty and predictability that are required for markets to operate at their best.

KEY WORDS: Commercial contracts; Insolvency; Reorganization; Preservation of the going concern value; *Pacta sunt servanda*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR	19
1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR .	19
1.2. A COOPERAÇÃO NAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS	25
1.2.1. A operação econômica subjacente ao contrato e as suas possíveis formas	25
1.2.2. Os pilares da confiança e da cooperação	30
1.2.3. A importância do contrato no desenvolvimento do vínculo entre empresas	36
1.2.4. A tutela da confiança pelo ordenamento	43
1.3. O IMPACTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS.....	52
1.3.1. Existe uma obrigação de manter-se solvente?.....	52
1.3.2. Relações negociais anteriores ao pedido de recuperação judicial: o compartilhamento dos efeitos da crise.....	58
1.3.3. Relações negociais posteriores ao pedido de recuperação judicial: a (re)instauração da confiança.....	61
2. A MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR NA AUSÊNCIA DE UMA DISCIPLINA ESPECÍFICA.....	64
2.1. AS DISPOSIÇÕES DA LRE E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS CELEBRADOS PELO DEVEDOR.....	64
2.1.1. O tratamento privilegiado conferido a determinados créditos.....	64
2.1.1.1. A extraconcursalidade dos créditos constituídos após o pedido de recuperação	64
2.1.1.2. O tratamento privilegiado dos fornecedores que continuarem negociando com o devedor.....	71
2.1.2. A obrigatória disponibilização de informações e documentos acerca das condições econômico-financeiras do devedor.....	74
2.1.3. Os limites ao poder de negociação do devedor.....	77
2.1.4. O plano de recuperação judicial: instrumento de incentivo à cooperação?.....	80
2.1.5. O regime dos contratos na falência	87
2.2. O TRATAMENTO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR PELA JURISPRUDÊNCIA.....	92

2.2.1. Os desafios que a ausência de disciplina específica dos contratos do devedor impõe à atividade do intérprete	92
2.2.2. Premissas da pesquisa realizada.....	96
2.2.3. Resultados observados.....	99
2.2.3.1. Questões relacionadas ao plano de recuperação judicial.....	99
2.2.3.2. Invocação da recuperação judicial como razão para inadimplemento ou nulidade do negócio	104
2.2.3.3. Recuperação judicial como causa do fim do contrato	107
3. ALTERNATIVAS PARA UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS EXTENSA DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	115
3.1. EXISTE UTILIDADE EM UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS ABRANGENTE?.....	115
3.2. AS RECOMENDAÇÕES DO <i>ICR STANDARD</i>	118
3.3. PROPOSTAS PARA UMA DISCIPLINA DOS CONTRATOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	126
3.3.1. Premissa: os contratos sujeitos à disciplina específica da lei concursal.....	126
3.3.2. Regra geral de manutenção dos contratos e invalidade da cláusula resolutiva expressa por insolvência	132
3.3.3. Imposição de ônus ao devedor como decorrência da manutenção do contrato	142
3.3.4. Atribuição da faculdade de interrupção do contrato ao devedor	146
3.3.5. Clareza quanto à forma e prazo para exercício da opção do devedor quanto à manutenção do contrato	152
CONCLUSÕES	157
BIBLIOGRAFIA	162
ANEXO I – RESULTADO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA.....	178

INTRODUÇÃO

O direito é um dos mecanismos de que os seres humanos se valem para reduzir a incerteza que os rodeia. À medida que a sociedade se torna mais complexa, as opções disponíveis para os indivíduos se tornam quase infinitas, reclamando instrumentos que lhes ajudem a colocar alguma ordem no caos. Assim, instituições (entre elas, as normas formais a que se costuma denominar direito) são criadas para modelar as interações entre os indivíduos, definindo quais comportamentos são admissíveis e qual a sanção é cabível para aqueles que não o sejam¹.

Em outros termos, o objetivo da criação de tais normas é incentivar determinados comportamentos e desincentivar outros. Definem-se quais são os valores dignos de proteção e, a partir daí, determinam-se as regras e mecanismos entendidos como aptos a resguardá-los.

O mercado é um bom exemplo de como esses incentivos operam, já que o seu adequado funcionamento pressupõe a existência de incentivos para a atividade econômica. Assentada a premissa de que as trocas entre agentes econômicos são desejáveis, por gerarem benefícios para a coletividade, faz-se necessário divisar incentivos para essa atividade e desincentivos para as práticas que a tornam menos eficiente². Essa é a lógica subjacente a algumas máximas do direito comercial, como a força obrigatória dos

¹ North define as instituições como qualquer forma de restrição voltada para modular as interações humanas, definindo quais comportamentos são proibidos e estabelecendo sob quais condições determinados comportamentos são admissíveis. Nesse sentido, elas constituem a moldura dentro da qual as interações humanas acontecem, incumbindo-lhes avaliar o custo envolvido para apurar eventuais violações e definir o rigor da punição aplicável (NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, E-book Kindle, Capítulo 1, Item I, paginação irregular). No original: “Institutions include any form of constraint that human beings devise to shape human interaction [...] Institutional constraints include both what individuals are prohibited from doing, and, sometimes, under what conditions some individuals are permitted to undertake certain activities. As defined here, they therefore are the framework within which human interactions take place [...] the rules and informal codes are sometimes violated and punishment is enacted. Therefore, an essential part of the functioning of institutions is the costliness of ascertaining violations and the severity of punishment”.

² Rachel Sztajn define o mercado como uma instituição cuja função é “ordenar ou regular a troca econômica, tornar eficiente a circulação dos bens na economia. Ao facilitar a circulação da riqueza, a partir de uma dada e prévia atribuição de propriedade, que resulta das normas jurídicas, mercados, ao tornarem o sistema de trocas mais eficiente, permitem melhorar a alocação da riqueza, vale dizer, a destinação da riqueza e a melhor distribuição dos bens disponíveis entre agentes econômicos, a par de políticas públicas, deve estar refletida no ordenamento jurídico, portanto nas regras de funcionamento dos mercados” (SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21).

contratos: a perseguição dos próprios interesses, embora em regra legítima, não pode minar a confiança necessária ao bom funcionamento do mercado³.

Eventualmente, porém, pode acontecer de o direito reconhecer também outras ordens de valores conflitantes com essa máxima, como o princípio da preservação da empresa. De fato, o progressivo reconhecimento dos benefícios gerados pela entidade empresarial conduziu ao desenvolvimento de mecanismos voltados para a recuperação da empresa em crise, em cujo âmbito se admite uma certa medida de sacrifício dos interesses daqueles que com ela contratam, desde que necessário para assegurar a continuidade de empresa viável.

Chega-se, assim, a um cenário em que o direito reconhece, simultaneamente, a necessidade de que os contratos sejam cumpridos da forma avençada e aquela de preservar a empresa viável, sendo que a última admite algum grau de relativização da primeira.

Os contratos do mundo real têm de conviver com essa contradição, agravada, ainda, pelo fato de que a preservação da empresa não prescinde da riqueza gerada pela interação entre agentes econômicos. Em outros termos, a recuperação da empresa em crise exige, a um só tempo, (i) a possibilidade de frustrar as expectativas da contraparte acerca do cumprimento do contrato na forma avençada, e (ii) manter a contraparte engajada na produção dos benefícios que a relação contratual gera ao devedor. Está, claramente, configurado um paradoxo.

A proposta deste trabalho é examinar os diferentes eixos deste paradoxo, a fim de compreender se seria possível compatibilizá-los, tomando como ponto de partida o fato de que o direito brasileiro não regula diretamente os efeitos da recuperação judicial sobre os contratos.

Para tanto, afigura-se necessário, antes de tudo, compreender a forma como a recuperação judicial impacta os contratos interempresariais do devedor. Assim, o primeiro capítulo investiga (i) como as relações interempresariais surgem e se desenvolvem,

³ Paula Forgioni observa que “os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados nos quais os agentes econômicos *confiam* no comportamento dos outros, ou seja, em que se pode legitimamente esperar/prever a adoção de determinadas atitudes pelos parceiros comerciais” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130). (Nesta e nas demais citações deste trabalho as ênfases são do original.)

destrinchando, especialmente, os fatores que influenciam a disposição das partes para cooperar reciprocamente; e, ato contínuo, (ii) como a crise empresarial afeta o atendimento das expectativas erigidas em torno da relação e a disposição das partes (em especial a daquela que não está em recuperação judicial) para colaborar. Ainda, esse capítulo examina alternativas para a retomada da confiança nas relações interempresariais do devedor, mesmo na ausência de intervenção estatal.

O segundo capítulo avalia a aptidão da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei n. 11.101/2005 – LRE) para (r)estabelecer a confiança necessária ao prosseguimento das relações interempresariais do devedor. Diante da ausência de uma seção voltada especificamente para a regulamentação dos contratos do devedor em recuperação judicial, examinam-se os dispositivos que resvalam o tema, incentivando ou desincentivando a cooperação das partes envolvidas.

Ademais, o segundo capítulo examina a forma como os tribunais pátrios se posicionam no dilema entre a força obrigatória dos contratos e a preservação da empresa, especialmente no contexto de relações interempresariais. Essa análise pretende identificar eventuais temas em que a ausência de regulação específica dificulta o atingimento de soluções compatíveis com os princípios que regem tanto o direito contratual, quanto o direito concursal.

Por fim, o terceiro capítulo avalia se uma regulação mais direta dos contratos do devedor em recuperação judicial poderia facilitar a compatibilização dessas diferentes ordens de valores, elencando os temas em que uma disciplina específica seria mais proveitosa e indicando os seus aspectos essenciais, a fim de que as soluções propostas sejam aptas a proteger os interesses da empresa em recuperação judicial, sem ignorar completamente os do outro contratante.

Antes de adentrar os itens acima, contudo, cumpre tecer duas breves considerações sobre a delimitação do tema desta dissertação.

A primeira diz respeito ao fato de que a análise aqui realizada é voltada para os contratos celebrados entre a empresa em crise e outras empresas, embora não se

desconheça que o advento da recuperação judicial afeta contratos das mais diversas naturezas, nem que a conservação desses diferentes tipos de contrato (incluindo aqueles celebrados com consumidores, com empregados, entre outros) é relevante para a superação da crise.

Tal foco se justifica na medida em que o presente trabalho pretende analisar a dinâmica das interações da empresa em crise em mercado, à luz da necessidade de garantir segurança às transações interempresariais, a fim de que se viabilize o bom fluxo das relações econômicas. Cabe ressaltar que muitos dos materiais de estudo que embasam esta dissertação não necessariamente fazem essa distinção, razão pela qual serão utilizados se e na medida em que se afigurem compatíveis com as especificidades dos contratos interempresariais.

Igualmente, ficarão excluídos da presente análise os contratos bancários, não só pelo fato de consubstanciarem categoria autônoma do ponto de vista científico⁴, mas principalmente por causa das especificidades regulatórias da matéria, decorrentes da necessidade de proteção do interesse público envolvido no exercício da atividade das instituições financeiras⁵, com impactos próprios sobre a tutela do crédito bancário⁶.

⁴ Eduardo Salomão Neto propõe a definição de uma teoria geral dos contratos e operações bancárias, pautada não em uma disciplina específica para os contratos bancários (inexistente no ordenamento jurídico brasileiro), e sim “na formação de um termo genérico que pode ser usado como centro de imputação de normas e observações sobre negócios que, se não partilham a subsunção em uma definição positivada pela lei, têm certamente algo em comum” (SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183).

⁵ Ivo Waisberg e Gilberto Gornati observam que os bancos são os responsáveis por intermediar o crédito na sociedade, alocando recursos da porção superavitária e emprestando-o para a porção deficitária, papel de extrema relevância para a consecução do processo econômico. Nessa medida, o controle do mercado financeiro equivaleria a um “meio eficaz de condução da política econômica” – e, como tal, as atividades exercidas pelas instituições financeiras se qualificariam como de interesse geral. Segundo os autores, “o interesse tutelado pela regulamentação e fiscalização da atividade bancária é tanto o interesse público, ou geral, pois uma crise afetaria diretamente o Estado e o cidadão, como os interesses difusos do contingente indefinido de pessoas, que seriam prejudicados por um eventual colapso no sistema” (WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário: contratos e operações bancárias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 44-52).

⁶ Mencione-se, a título de exemplo, os impactos da Resolução nº 2682/99 do Conselho Monetário Nacional sobre a concessão de empréstimos a empresas em recuperação judicial. A referida resolução estabelece que as instituições financeiras deverão classificar operações de crédito em ordem crescente de risco, sendo que créditos com atraso superior a 180 dias deverão ser provisionados em sua integralidade. Ademais, a classificação de operações de crédito para um mesmo cliente ou grupo econômico deve ser definida com base naquela que apresenta maior risco. Ou seja, um banco que tenha crédito inscrito na recuperação judicial de uma determinada empresa e venha, eventualmente, a lhe conceder um novo financiamento terá de provisionar esse novo empréstimo em sua integralidade, sendo indiferente, nesse tocante, o caráter extraconcursal do novo crédito ou mesmo o oferecimento de garantia pelo devedor. A esse respeito: REIS, Renato Azevedo Dantés. O Financiamento a Empresas em Recuperação Judicial. In ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 Anos da**

A segunda consideração refere-se ao fato de que a análise ficará voltada para os efeitos da recuperação judicial, e não dos demais institutos regulamentados pela LRE, sobre os contratos interempresariais do devedor.

Os contratos do falido não serão examinados, porque a falência é regida por lógica própria, de cunho liquidatório-solutório, ainda que a LRE tenha buscado prestigiar a preservação da empresa também no processo falimentar⁷. Não há a necessidade de retomar a confiança na empresa em crise, como acontece na recuperação judicial. Não obstante, as soluções que a LRE confere aos contratos do falido poderão ser examinadas na medida em que possam oferecer contribuições relevantes para a adequada compreensão do tema sob estudo.

No que diz respeito à recuperação extrajudicial, a regulamentação que a LRE conferiu ao instituto foi parca, havendo insegurança acerca da aplicabilidade de regras expressamente previstas para a recuperação judicial e, por conseguinte, um número reduzido de procedimentos dessa natureza que pudessem servir de base para estudo⁸. De toda forma, não se vê prejuízo na extensão das conclusões extraídas nesta dissertação aos contratos interempresariais da empresa em recuperação extrajudicial, naquilo que for compatível com a recuperação judicial.

Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 399-409; MENDES, Luis Carlos Montoro. Rating Bancário em Operações Celebradas com Empresas em Recuperação Judicial: a necessidade de reclassificação do enquadramento de risco das empresas em recuperação judicial que tenham obtido a aprovação de seu plano junto a seus credores. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise:** Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 213-227.

⁷ A esse respeito: TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). **Direito Recuperacional:** Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁸ Desde o início da vigência da LRE, a precariedade da regulamentação conferida à recuperação extrajudicial é objeto de crítica na doutrina, notadamente no tocante à incerteza quanto à aplicabilidade de regras previstas para a recuperação judicial. Sobre o assunto, ver: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência:** Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 532-535; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Recuperação extrajudicial:** o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise:** Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Alguns problemas, como a exclusão dos créditos trabalhistas do procedimento e a incerteza quanto à suspensão das ações e execuções contra o devedor, foram remediados na reforma recente da LRE, por intermédio da Lei n. 14.112/2020. Não obstante, ainda é cedo para saber se as alterações levadas a cabo bastarão para tornar mais usual a utilização do instituto.

Feitas essas ressalvas, passa-se, efetivamente, à análise do impacto da recuperação judicial sobre os contratos e as possíveis formas de sua mitigação.

1. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR

1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR

De todos os dispositivos da LRE, o artigo 47 é certamente um dos mais comentados. Ele dispõe que a recuperação judicial é procedimento destinado a “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, com o fito de promover “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Consagrou-se, assim, a inserção do princípio da preservação da empresa no direito concursal brasileiro.

A introdução do regime da recuperação judicial (instrumento máximo do princípio da preservação da empresa) consistiu na principal inovação da LRE⁹. Nenhum dos regimes concursais anteriores se propunha a fornecer à empresa em dificuldades mecanismos que efetivamente viabilizassem a superação da crise. Admitia-se, quando muito, uma moratória ou uma concordata¹⁰, instrumentos que, como observam Paulo Fernando Campos Salles de

⁹ A esse respeito, confira-se: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial: a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. **Revista do Advogado**, n. 83, São Paulo: AASP, 2005.

¹⁰ Tais institutos estavam, em diferentes formatos, presentes em todas as quatro fases que Trajano de Miranda Valverde identificou na evolução do direito concursal brasileiro (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, vol. I-III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 9-11). No Código Comercial de 1850, a concordata tinha alcance sobremaneira limitado, existindo apenas na modalidade suspensiva e condicionada à aprovação da maioria absoluta dos credores (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, p. 170). O Decreto nº 917/1890, promulgado após a proclamação da República, inovou ao oferecer ao devedor diversos mecanismos alternativos à decretação da falência, como o acordo extrajudicial com os credores, a cessão de bens aos credores, a concordata preventiva e a concordata por abandono (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações**: o Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 65-68). A Lei nº 2.024/1908 eliminou essa multiplicidade de opções, mantendo apenas a concordata preventiva e suspensiva (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulos I a VII. In CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, vol. V: Recuperação Empresarial e Falência. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 85), cuja regulamentação foi enrijecida por ocasião da promulgação do Decreto nº 5.746/1929, que regulou no detalhe as propostas que poderiam ser apresentadas pelo devedor (CEREZETTI, **A Recuperação Judicial de Sociedade...**, p. 75). Por último, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 atribuiu ao juiz o poder de concessão da concordata, restringindo, por outro lado, os mecanismos de que o devedor poderia se valer para o seu seerguimento, limitados à moratória, remissão de pagamentos ou uma combinação de ambos.

Toledo e Adriana Pugliesi, visavam à continuidade da empresa, e não à sua preservação, na medida em que não se indagava sobre as causas da crise¹¹⁻¹².

A recuperação judicial, por outro lado, privilegia a construção de soluções individualizadas que permitam à empresa viável sobreviver a períodos de adversidade, ressignificando a assunção de risco pelo empresário.

O risco é indissociável do exercício de qualquer atividade empresarial¹³. O fim precípua da atuação do empresário é a busca do lucro¹⁴; e, ao perseguir esse fim, ele emprega as estratégias que, a seu ver, são mais aptas a alcançá-lo. Mas essas estratégias são baseadas em suposições, não em certezas¹⁵. Não raro, o futuro antecipado pelo empresário não se concretiza – cenário em que ele pode não ter lucro algum e ainda assim se ver obrigado a fazer frente a suas obrigações perante terceiros.

¹¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulos I a VII. In CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, vol. V: Recuperação Empresarial e Falência. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 60.

¹² Cabe notar que, ainda na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, a doutrina brasileira passou a criticar a incapacidade daquele diploma de oferecer soluções adequadas à crise empresarial. Fábio Konder Comparato afirmava que o único interesse protegido pela concordata do Decreto-Lei nº 7.661/1945 era “o interesse pessoal do devedor de continuar o seu negócio”, mostrando-se o instituto totalmente inapto a “propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia” (COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970, pp. 101-102). Igualmente, Rubens Requião criticava a opção desse diploma de sequer indagar sobre “as verdadeiras causas da insolvência do devedor” ou sobre a existência de “um plano viável para a reorganização” da empresa em crise (REQUIÃO, Rubens. *A crise do direito falimentar brasileiro: reforma da Lei de Falências*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 14, Ano XIII, 1974, p. 28).

¹³ Na dicção de Romano Cristiano, “onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante” (CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 94).

¹⁴ Como observa Hugo Tubone Yamashita, “o escopo de lucro é traço fundamental na atividade empresarial, sem o qual não haverá ato comercial. Essa conclusão pode ser extraída da redação do art. 966 do Código Civil, o qual vincula a qualidade de empresário àquele que ‘*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*’ [...] A finalidade lucrativa considerada para fins da atividade empresarial é aquela de sentido objetivo, i.e, pouco importa a intenção subjetiva dos sócios na obtenção de lucros (que, posteriormente, por exemplo, poderão doar para instituições de caridade todos os dividendos, eventualmente, recebidos), ou ainda se a empresa, efetivamente, tem aptidão para gerar lucros. O que se exige para que fique caracterizada a atividade empresarial é que esta seja, abstratamente, lucrativa” (YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: Alteração Superveniente das Circunstâncias Fáticas e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, pp. 46-47).

¹⁵ Afinal, como observado por Arrow, os seres humanos são incapazes de, em um dado momento, saber qual, dentre a infinidade de cenários possíveis para o futuro, se mostrará o verdadeiro (ARROW, Kenneth J. **The Limits of Organization**. New York: Norton, 1974, E-book Kindle, Capítulo 2, paginação irregular). No original: “Uncertainty means that we do not have a complete description of the world which we fully believe to be true. Instead, we consider the world to be in one or another of a range of states. Each state of the world is a description which is complete for all relevant purposes. Our uncertainty consists in not knowing which state is the true one”. Esse ponto será retomado mais adiante, no tópico da alocação de riscos por intermédio do contrato.

Se o empresário não dispuser de recursos para tanto, está caracterizado um problema de liquidez. Se mesmo a totalidade dos seus ativos não bastar para a quitação de suas obrigações, caracteriza-se um problema de solvência. A lei concursal distingue entre essas duas situações, permitindo que, nos casos em que haja descompasso patrimonial, mas viabilidade econômica, seja assegurada ao devedor uma nova oportunidade de continuar operando em mercado¹⁶. Daniel Carnio Costa considera que a recuperação judicial é o instrumento criado pelo Estado para possibilitar o soerguimento de empresas viáveis que não sejam capazes de encontrar solução de mercado para a crise¹⁷.

Essa opção legislativa é largamente fundada na percepção de que a entidade empresarial congrega uma diversidade de interesses dignos de proteção, que justificam o prosseguimento das suas atividades¹⁸. Também tem a vantagem de incentivar a experimentação de novas estratégias, impulsionando o desenvolvimento da economia¹⁹ e

¹⁶ Rachel Sztajn elucida as diferenças entre essas duas situações: “Porque organização que opera em mercados, está implícito, no exercício da empresa, que as operações não ficam blindadas contra riscos de qualquer tipo, particularmente, os econômico-financeiros. São esses os contemplados na lei porque podem ser fonte de crises, sejam elas relacionadas à liquidez, sejam relativas à solvência. Liquidez é a aptidão de transformar facilmente e sem perda, ativos não monetários em moeda. Solvência é a aptidão para, no plano patrimonial, solver todas as obrigações, o que significa que o total do ativo é, no mínimo, igual ao total do passivo.

Crise financeira implica iliquidez, incapacidade de, momentaneamente, adimplir, que não tem como causa desequilíbrio patrimonial negativo ou adverso. Daí que a concessão ou ampliação do prazo para adimplir permite liquidar alguns ativos que, transformados em moeda, servirão para pagar o passivo sem que isso afete a solvência futura do devedor.

O receituário não serve para a hipótese de o total do ativo ser inferior ao total do passivo de vez que aqui a crise se manifesta como impossibilidade de satisfazer à totalidade das obrigações mesmo com a liquidação de todo o ativo. Curial que a legislação preveja, para tal evento, o rateio do montante arrecadado com a liquidação do ativo para pagamento dos credores, que receberão proporcionalmente ao total dos créditos e às garantias e prioridades de que sejam titulares. Tais regras, deduzidas quando da falência de sociedades empresárias ou empresários individuais, levam à extinção da empresa” (SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 54. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 219).

¹⁷ CARNIO COSTA, Daniel. A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa. In LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 52.

¹⁸ Calixto Salomão Filho entende que “os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na ideia da preservação da empresa, verdadeiro ponto comum de encontro desses interesses”, reconhecendo-se materialmente na LRE “a imanência entre recuperação da empresa e a ideia institucionalista de preservação da empresa” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.50). Sheila Cerezetti considera que o intuito de preservação da empresa estaria vinculado ao resguardo de uma organização, que abrange inúmeros interesses e cujo fundamento de existência refere-se exatamente ao respeito a esses mesmos interesses. Em outras palavras, “a preservação da empresa é alcançada por meio de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados” (**A Recuperação Judicial de Sociedade...**, pp. 214-215).

¹⁹ North, analisando o processo de evolução das instituições ao longo do tempo, anota a relação entre a experimentação de diferentes estratégias e o crescimento econômico, bem como o papel das instituições

tornando-a mais resiliente²⁰. Em vez de condenar o empresário a ver todos os seus esforços desperdiçados, mesmo quando a atividade poderia ser eficientemente reorganizada, o sistema acolhe o fracasso e permite que, cumpridas as condições da lei concursal, a empresa possa retornar ao mercado²¹. Implícita está a presunção de que o prosseguimento das atividades gerará mais valor que a liquidação dos ativos²².

A preocupação do ordenamento concursal com a proteção de interesses diversos e com o estímulo à atividade econômica parece perfeitamente louvável. Mas não se pode

(inclusive de um sistema de insolvência) nesse processo: “Adaptative efficiency, on the other hand, is concerned with the kinds of rules that shape the way an economy evolves through time. It is also concerned with the willingness of a society to acquire knowledge and learning, to induce innovation, to undertake risk and creative activity of all sorts, as well as to resolve problems and bottlenecks of the society through time. We are far from knowing all the aspects of what makes for adaptative efficiency, but clearly the overall institutional structure plays the key role in the degree that society and the economy will encourage the trials, experiments, and innovations that we can characterize as adaptively efficient” (**Institutions, institutional change...**, Capítulo 9, item IV, paginação irregular). Em tradução livre: “A eficiência adaptativa, por outro lado, ocupa-se das regras que modulam o desenvolvimento da economia ao longo do tempo. Ocupa-se também da disposição da sociedade para adquirir conhecimento e aprendizado, para induzir inovação, para assumir riscos e atividades criativas de toda forma, bem como para resolver problemas e gargalos da sociedade no curso do tempo. Estamos longe de conhecer todos os aspectos que conduzem à eficiência adaptativa, mas claramente a estrutura institucional geral desempenha um papel crucial no nível em que aquela sociedade e a economia encorajarão tentativas, experimentos e inovações que podemos caracterizar como eficientes do ponto de vista adaptativo”.

²⁰ Gilson considera que a sofisticação do modelo de recuperação de empresas norte-americano é um elemento importante da competitividade das empresas norte-americanas, tendo se mostrado crucial para que os Estados Unidos se recuperassem com relativa rapidez da crise econômica mundial de 2008 (GILSON, Stuart. *Coming Through in a Crisis: How Chapter 11 and the Debt Restructuring Industry Are Helping to Revive the U.S. Economy. Journal of Applied Corporate Finance*, v. 24, n. 4, 2012, p. 35).

²¹ Rachel Sztajn observa a importância de diferenciar entre a assunção de riscos “imprudentes” e a assunção dos riscos necessários ao exercício da atividade empresarial: “A disciplina da criação de dívidas e o fato de que as decisões devem ter foco no seu adimplemento e na observância dos interesses dos credores consideram que as obrigações vincendas contêm o risco de inadimplemento, e que a imposição de medidas judiciais visa a constranger os devedores a agirem de forma prudente. De outro lado, a regra de prudência não deve impedi-los de se engajarem em atividades cujo nível de risco seja ótimo ou impedir tomem iniciativas próprias à atividade econômica empresarial [...] Encontrar forma de, reconhecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, permita, havendo viabilidade econômica, manter a atividade, mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, na esteira do que fizeram outros países, como decisão de política legislativa, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja mediante sua divisão para alienar blocos, seja, ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la. Se a crise for transitória, de liquidez ou de pequeno desequilíbrio patrimonial, evita-se destruir a atividade. Se, de outro lado, a crise for grave, sendo inviável a recomposição da organização, melhor tratar de desfazê-la o mais rapidamente possível evitando a propagação dos danos e enviando claros sinais de que não serão feitas concessões a empresários ou empresas cuja continuidade não se justifique no plano econômico” (SZTAJN, Rachel. *Comentários aos artigos 47 a 54. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 220-221).*

²² Scalzilli, Spinelli e Tellechea afirmam que a LRE, “ao regrar os institutos recuperatórios e a própria falência, reconhece que, em regra, a empresa tem maior valor quando está em atividade (*going concern*) do que liquidada, porque a organização dos fatores de produção agrega utilidade aos bens que, somados, constituem seus ativos” (**História do direito falimentar...**, p. 227).

ignorar que a possibilidade de o devedor continuar operando em mercado será, não raro, obtida às custas dos credores, que não terão seus créditos pagos no prazo e no valor originalmente avençados. Essa constatação parece se chocar diretamente com as premissas de bom funcionamento do mercado, notadamente quanto ao princípio do *pacta sunt servanda*²³.

Jorge Lobo considera ser a recuperação judicial um procedimento de sacrifício, no qual “a lógica de mercado, apanágio do sistema capitalista e da teoria de maximização dos lucros, deve ceder diante da ética da solidariedade”²⁴, sendo de suma importância a busca de soluções cooperativas entre o devedor e seus credores²⁵. De fato, a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, inicia-se o chamado *stay period*, intervalo em que os credores ficam impedidos de perseguir seus respectivos créditos individualmente.

Evita-se, assim, que as execuções e cobranças individuais desmantelem os ativos do devedor, comprometendo o prosseguimento da atividade empresarial; e concentra-se o pagamento de todos os créditos (ou, ao menos, da maioria deles) em um procedimento único, criando um ambiente favorável para que o devedor e seus credores negociem um plano que compatibilize o pagamento do passivo com a manutenção da atividade empresarial²⁶.

²³ Paula Forgioni destaca a importância do princípio da força obrigatória dos contratos, em cuja ausência “seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada e o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. O princípio do *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos” (**Contratos Empresariais...**, p. 109).

²⁴ LOBO, Jorge. Comentários ao artigo 47. In TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 182.

²⁵ “Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e seus credores, impõe-se a cooperação; ao invés do litígio, a conciliação; ao invés da apologia dos direitos pessoais, a luta para a realização dos fins comuns; ao invés da defesa egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão de obra, produtora e distribuidora de bens e de serviços, criadora de riquezas e prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e interesses dos credores” (LOBO, 2016, p. 183).

²⁶ Daniel Carnio Costa considera ser o *stay period* “um dos principais motivos que fazem com que os credores passem a considerar a negociação como uma alternativa viável para a superação da situação de crise, já que ficam sujeitos aos efeitos do processo de recuperação judicial e não podem, de forma individual, buscar a realização de seus créditos, ao menos durante o período em que a medida estiver vigente (180 dias)” (A divisão equilibrada de ônus..., p. 56).

Aos detentores de crédito em face da recuperanda é, em contrapartida, concedido o poder de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial. Assim, são os credores que avaliam se a manutenção das atividades da empresa é viável; são eles que decidem se a empresa gera mais valor continuando a operar, ou liquidando seus ativos e rateando o produto entre os diversos titulares de crédito²⁷.

Propõe-se, aqui, distinguir duas dimensões da percepção do credor sobre o valor gerado pela manutenção das atividades do devedor, o que assume um valor especial quando se trata de credores que, como o devedor, são agentes econômicos atuantes em mercado. Uma delas se relaciona com a probabilidade de pagamento do crédito sujeito ao procedimento, de minimização das perdas decorrentes de uma “aposta” feita no passado quanto ao recebimento daquele valor. A outra refere-se ao valor gerado pela reinserção do devedor no mercado: o valor que a empresa em crise tem como um parceiro comercial no presente e no futuro. O voto do credor pode se basear em uma dessas dimensões, ou em ambas.

Examine-se mais atentamente a segunda delas. Quando se fala em preservação da empresa, o objetivo não pode ser salvaguardar apenas a atividade produtiva²⁸. A capacidade da entidade empresarial de (re)construir vínculos com outras empresas é um passo fundamental nesse processo. Por maior que seja a relevância da produção, boa parte da riqueza gerada pela empresa surge da sua interação com outros agentes econômicos,

²⁷ Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que, na LRE, os credores “subiram na escala dos sujeitos processuais da recuperação de empresas (judicial ou extrajudicial) e das falências. De meros expectadores, que na antiga concordata não chegavam a manifestar sua concordância, passam a protagonistas da história da empresa em crise, decidindo, no ato final, se ela poderá sobreviver ou se irá quebrar” (Recuperação judicial: a principal inovação..., p. 103).

²⁸ Paula Forgioni entende que a doutrina brasileira, ao comentar o conceito de empresa, confere pouca importância às interações entre diferentes entidades empresariais: “É recorrente, na doutrina comercialista, a referência à ‘atividade’. Esta menção não visa a destacar a *interação* da empresa com outras e sim desdobramento da série de atos praticados pelo *empresário* na organização dos fatores de produção. A própria definição de atividade, amplamente acolhida, propugna que ela constitui uma ‘série de *atos* [praticados pela empresa] unificados por um escopo comum’. Com isso, o ponto cardeal acaba voltado para o ente [que pratica atos], e não para suas relações com terceiros [celebração de contratos]. Se à época em que foi talhada, essa visão era justificável pelo destaque à figura do *empresário* [= aquele que organiza], hoje pode ser considerada reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo” (**Contratos Empresariais...**, p. 25). Não parece improvável, assim, que o mesmo problema seja enfrentado em matéria de direito concursal, focando-se a ideia de preservação da empresa apenas na atividade produtiva, sem que se confira a devida atenção aos contratos do devedor.

aperfeiçoada, essencialmente, por meio de contratos²⁹, instrumentos fundamentais no desenvolvimento “profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada”, como definido por Roppo³⁰.

Se a empresa só pode ser adequadamente compreendida a partir de suas interações em mercado, preservar a empresa equivale, necessariamente, a preservar tais interações, permitindo-se que ela conte com as condições necessárias para desenvolver novos liames jurídicos e lograr a consecução daqueles já existentes, sem grandes perturbações. Trata-se, naturalmente, de tarefa complexa, que se desdobra na compreensão do papel que o ordenamento jurídico assume (ou pode assumir) nesse processo.

Este primeiro capítulo cuida, porém, de um passo anterior, qual seja, delinear os contornos do problema cujas possíveis soluções serão examinadas mais adiante. O objetivo é entender a mecânica por trás da formação e desenvolvimento dos contratos interempresariais; e a maneira pela qual a crise interfere nessa dinâmica. É o que se passa a examinar.

1.2. A COOPERAÇÃO NAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS

1.2.1. A operação econômica subjacente ao contrato e as suas possíveis formas

Para que se compreenda a formação de um vínculo entre empresas, é preciso que se tenha em vista, antes de mais nada, que o contrato consubstancia uma operação econômica. Cada uma das partes, na perseguição de seu objetivo de lucro, pode escolher entre realizar uma determinada transação internamente à organização ou buscá-la em mercado. A escolha dependerá dos custos relativos de cada uma das opções.

²⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da Mercancia ao Mercado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 94-95. A autora aduz que o conceito de empresa só se reveste de utilidade quando esta é enxergada como “instituição social”, “superando as limitações formais que imobilizam aqueles que não a apreendem como *agente econômico*. Se assim for feito, concluir-se-á que, sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele está aí para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas no mercado” (**A Evolução do Direito Comercial...**, p. 91).

³⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 62.

Coase, indagando sobre as razões pelas quais as empresas são constituídas, identificou a existência de custos para utilização do mecanismo de preços. Tratava-se de uma ordem de custos estranhos ao processo produtivo, como aqueles envolvidos na descoberta do preço relevante de um determinado produto ou serviço, ou na negociação de um contrato individual para cada transação a ser concluída pela empresa. Se tais custos (denominados custos de transação) forem suficientemente altos, passa a ser eficiente internalizar as transações dentro de uma organização hierárquica, reduzindo o número de contratos celebrados pela empresa e conferindo ao empresário o poder de direcionar os fatores de produção³¹.

Por outro lado, a eficiência obtida na coordenação de transações internamente à empresa não é infinita, porque também existem custos envolvidos na coordenação de transações pelo empresário. Quanto mais transações são concentradas na firma, maior o custo incorrido para organizá-las, sem que o retorno envolvido para o empresário cresça, necessariamente, na mesma proporção. Em algum momento, o custo de organizar transações adicionais internamente alcança, ou supera, o de organizá-las em mercado³². Logo, a empresa acaba, inexoravelmente, conduzindo uma parte de suas transações fora dos limites da organização (leia-se, com outros agentes de mercado).

Imagine-se que uma determinada empresa encontrou um parceiro que lhe oferece condições aparentemente vantajosas para o fornecimento de um certo produto ou serviço. Que aspectos influenciarão a sua decisão sobre levar ou não essa relação adiante? Ou, em outros termos, que fatores hão de ser levados em conta para avaliar se estabelecer esse vínculo comercial é mais interessante que produzir o mesmo produto ou serviço internamente?

Williamson propõe que os custos relativos de cada uma dessas opções dependem de determinadas características da transação subjacente, dentre as quais se destacam: (i) o seu caráter recorrente ou unitário; (ii) o grau de incerteza que a rodeia; e, especialmente, (iii) a existência ou não de investimentos específicos (idiossincráticos) para aquela transação por

³¹ COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16 (nov. 1937), pp. 391-392. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Último acesso em 15.4.2021.

³²COASE, The nature of the firm..., pp. 394-395.

alguma das partes. De maneira geral, quanto maior a monta dos investimentos específicos, e quanto mais a relação se prolonga no tempo, maior a probabilidade de que o mercado seja suplantado por uma solução hierárquica na coordenação dessa transação, por conta do risco de comportamento oportunista do outro contratante³³.

Presume-se, nessa lógica, que as partes, cada qual buscando maximizar seus próprios lucros, dificilmente adotarão, de maneira espontânea, um comportamento cooperativo com a contraparte, ainda mais se isso colocar seus próprios interesses em xeque³⁴. Ademais, a percepção dos contratantes sobre o benefício decorrente do negócio pode mudar ao longo do tempo, em face de novos acontecimentos³⁵. Assegurar a estabilidade do vínculo passa por divisar mecanismos que facilitem a adaptação da relação em face de novas circunstâncias.

A hierarquia tem a vantagem de assegurar o controle administrativo sobre a transação, facilitando a solução de problemas que demandem uma resposta coordenada entre os diversos envolvidos. Por outro lado, demanda que se renuncie, em grande parte,

³³ “Nonmarketability problems arise when the specific identity of the parties has important cost-bearing consequences. Transactions of this kind will be referred to as idiosyncratic [...] Although the requisite incentives might be provided if long-term contracts were negotiated, such contracts are necessarily incomplete (by reason of bounded rationality). Appropriate state-contingent adaptations thus go unspecified. Intertemporal efficiency nevertheless requires that adaptations to changing market circumstances be made [...] joined as they are in an idiosyncratic condition of bilateral monopoly, both buyer and seller are strategically situated to bargain over the disposition of any incremental gain whenever a proposal to adapt is made by the other party [...] The general argument of this paper is that special governance structures supplant standard market-cum-classical contract exchange when transaction-specific values are great” (WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **The Journal of Law and Economics**, V. 22, No. 2 (Oct. 1979), pp. 239-245. Disponível em https://www.business.illinois.edu/josephm/BA549_Fall%202010/Session%203/Williamson%20%281979%29.pdf. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “Dificuldades de recorrer a soluções de mercado surgem quando a identidade das partes tem consequências relevantes da perspectiva de assunção de custos. Transações dessa natureza serão referidas como idiossincráticas [...] Ainda que os incentivos necessários pudessem ser providenciados por intermédio de contratos de longo prazo, tais contratos são necessariamente incompletos (por razões de racionalidade limitada). Adaptações adequadas a situações concretas não são, assim, especificadas no instrumento. Doutra parte, a eficiência intertemporal demanda que haja adaptações a circunstâncias de mercado em constante evolução [...] atados nessa situação idiossincrática de monopólio bilateral, tanto vendedor quanto comprador estão estrategicamente posicionados para barganhar qualquer possibilidade de ganho incremental toda vez que houver uma proposta de adaptação efetuada pela parte contrária [...] O argumento geral deste artigo é que determinadas estruturas de governança suplantam a clássica transação de mercado quando os valores específicos para aquela transação são consideráveis”.

³⁴ Paula Forgioni adverte que “os atos de liberalidade são estranhos ao tráfico mercantil. Por ser empresa, entende-se que o ente perseguirá seus interesses em primeiro lugar; o agente econômico é naturalmente egoísta. Sem prejuízo da possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é de assumir que, se houver chance e for economicamente vantajoso, cada qual situará o seu escopo adiante daquele do parceiro” (**Contratos Empresariais...**, p. 159).

³⁵ Essa é, segundo Paula Forgioni, uma das razões pelas quais o princípio da força obrigatória dos contratos é imprescindível para assegurar o bom funcionamento do mercado (**Contratos Empresariais...**, p. 109).

aos incentivos próprios do mecanismo de preços e da flexibilidade que os acompanha³⁶. Parece, assim, haver um embate permanente entre a necessidade de controle sobre a transação e a de preservação da maleabilidade desta.

Mas essas facetas da transação não precisam ser necessariamente excludentes. Existem estruturas intermediárias (híbridas) entre mercados e hierarquias, pautadas em contratos de maior complexidade, aptos a modular incentivos contra o oportunismo e a favor da adaptação da relação ao longo do tempo, sem se sujeitar à rigidez das hierarquias.

Esses “híbridos” conferem às partes um grau maior de controle sobre a transação (comparativamente àquele existente nas transações conduzidas em mercado), com base na alocação de direitos e obrigação entre as partes, balizada pelo instrumento contratual. A distribuição de poderes e ônus contratuais também facilita a adaptação da relação em face de acontecimentos futuros, especialmente quando configuradas circunstâncias que exijam uma resposta coordenada entre os contratantes³⁷.

Como se verá mais adiante, o contrato, nessa acepção, disciplina não só a prestação em si, mas também (ou principalmente) a relação entre as partes, que conduz à consecução

³⁶ Williamson diferencia entre dois tipos de adaptação: uma dita “autônoma”, implementada por meio do mecanismo de preços, e uma “coordenada”, levada a cabo por intermédio de esforços coordenados entre as partes envolvidas (WILLIAMSON, Oliver E. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. **Administrative Science Quarterly**, vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), pp. 277-279. Disponível em <http://links.jstor.org/sici?sici=0001-8392%28199106%2936%3A2%3C269%3ACEOTAO%3E2.0.CO%3B2-Q>. Último acesso em 15.4.2021).

³⁷ Williamson analisa diversas dimensões das diferentes estruturas organizativas, que as tornam mais ou menos aptas a regular determinados tipos de transação. Os híbridos apresentam valores intermediários em todas as variáveis analisadas: “The hybrid mode displays intermediate values in all four features. It preserves ownership autonomy, which elicits strong incentives and encourages adaptation to type A disturbances (those to which one party can respond efficiently without consulting the other). Because there is bilateral dependency, however, long-term contracts are supported by added contractual safeguards and administrative apparatus (information disclosure, dispute-settlement machinery). These facilitate adaptations of type C but come at the cost of incentive attenuation. Concerns for ‘equity’ intrude [...] Summarizing, the hybrid mode is characterized by semistrong incentives, an intermediate degree of administrative apparatus, displays semi-strong adaptations of both kinds, and works out of a semi-legalistic contract law regime” (Comparative Economic Organization..., pp. 280-281). Em tradução livre: “O híbrido conta com valores intermediários para todas as quatro características. Ele preserva a autonomia da propriedade, criando incentivos robustos e encorajando a adaptação a interferências do tipo A (aquelas a que a parte pode reagir eficientemente sem consulta à parte contrária). No entanto, como existe dependência bilateral, os contratos de longo prazo contam com outras formas de resguardo contratual e mecanismos administrativos (compartilhamento de informações, mecanismos de solução de disputas). Esses facilitam adaptações do tipo C, mas ao custo de atenuar os incentivos de mercado. Preocupações com ‘equidade’ surgem [...] Em síntese, os híbridos são caracterizados por incentivos de média intensidade, um grau intermediário de controle administrativo, graus intermediários de adaptações de ambos os tipos e se sustentam em um regime contratual parcialmente legalista”.

desta. A típica transação de mercado se esgota com o cumprimento da prestação. O híbrido usualmente a transcende. É nesse sentido que Paula Forgioni se refere ao contrato interempresarial como uma “sucessão de estados que evoluem impulsionados pelo comportamento das partes, tendo em vista a consecução do seu objeto, ligado à operação econômica pretendida”³⁸.

Assim, diferentes operações econômicas podem ser organizadas em diferentes estruturas com base em suas características peculiares. Elas podem ser organizadas em uma estrutura hierárquica, ou buscadas em mercado, caso em que podem ser regulamentadas por estruturas unitárias ou de duração prolongada, menos ou mais complexas. Essas últimas – a que aludiremos indistintamente como “híbridos” ou “contratos de colaboração” – interessam-nos especialmente para os fins desta dissertação, pela relevância que o dever de cooperação entre diferentes entidades empresariais assume no seu contexto.

As principais vantagens dos contratos de colaboração (em comparação com o mercado e com hierarquias) parecem claras: eles, a um só tempo, evitam os custos de transação que seriam incorridos na celebração de uma sequência de contratos individualizados e escapam da rigidez característica dos esquemas societários³⁹⁻⁴⁰. Mas tais vantagens só serão aperfeiçoadas se o contrato for efetivamente cumprido. O risco de que uma das partes falhe em cumprir a parcela que lhe incumbe no acordo sempre paira sobre o contrato. Logo, a decisão da parte sobre celebrar ou não um negócio desse tipo depende do peso atribuído a esse risco.

Hugh Collins considera que a forma como as partes sopesam o risco de descumprimento do contrato depende, essencialmente, (i) do valor dos benefícios que se

³⁸ **Contratos Empresariais...**, p. 21.

³⁹ FORGIONI, **Contratos Empresariais...**, p. 192.

⁴⁰ George Geis, analisando o contrato de *outsourcing* a partir dos componentes individuais que tornam os híbridos uma opção atraente, observa que essa forma de contratação pode não ser a opção mais vantajosa em nenhum componente individual dos custos que devem ser considerados pela empresa (como o preço dos fatores de produção, estrutura de capital ou proteção contra o oportunismo), mas pode se mostrar mais benéfica quando todos os fatores são considerados em conjunto (GEIS, George S. The space between markets and hierarchies. **Virginia Law Review**, vol. 95, No. 1 (Feb. 2009), p. 132. Disponível em <https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/99.pdf>. Último acesso em 15.4.2021). No original: “As is so often the case, however, compromise is unlikely to offer the best solution along any single dimension. It will almost never lead to the cheapest possible input prices, the ideal capital structure, or a foolproof shield against opportunistic renegotiation. But, taking all of the relevant variables into account, an intermediate approach will sometimes be better than pursuing more extreme strategies of firm ownership or simple contracting”.

espera obter por meio da contratação; (ii) da confiança que se tem na intenção e na capacidade da parte contrária de cumprir os termos da avença; e (iii) das sanções existentes para a hipótese de descumprimento⁴¹, que podem derivar do contrato ou do ordenamento jurídico (sanções legais), ou consubstanciar formas de punição que dispensam a intervenção do direito (sanções extralegais)⁴². Segundo o autor, a combinação entre confiança e sanções leva o risco de desapontamento a um nível controlado, viabilizando o prosseguimento da transação⁴³.

Passa-se, dessa forma, a examinar os diferentes fatores que influenciam o surgimento e a manutenção da confiança, além dos diferentes tipos de sanções de que as partes se podem valer, com o objetivo de assegurar o cumprimento das promessas trocadas entre si.

1.2.2. Os pilares da confiança e da cooperação

Imagine-se que, no curso de uma relação comercial entre duas empresas, uma delas se depara com algo (uma cláusula contratual com sentido dúbio, por exemplo) que lhe daria, em tese, uma boa oportunidade de tentar incrementar sua margem de lucro às custas da parte contrária. O que explica a disposição da sua parte para deixar de fazê-lo, isto é, para adotar um comportamento cooperativo em face da parte contrária?

Excluam-se, por ora, as sanções que o contrato ou o ordenamento jurídico poderiam, eventualmente, impor a esse comportamento. Examine-se a cooperação estritamente a partir da perspectiva do agente. Se presumirmos que o interesse primordial do agente econômico é a salvaguarda de seus próprios interesses, como já se mencionou anteriormente, seria de esperar que ele sempre atuasse no sentido de maximizar os retornos para si, adotando comportamento não cooperativo frente à contraparte.

Contudo, como ressaltado por Collins, o interesse econômico imediato nem sempre é a melhor medida para análise da racionalidade do comportamento das partes. A conduta do agente econômico se pauta, simultaneamente, por três dimensões, que se entremeiam: (i) a relação negocial, que antecede a transação específica, persiste após o encerramento desta, e

⁴¹ COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 98-99.

⁴² **Regulating Contracts...**, p. 101.

⁴³ **Regulating Contracts...**, p. 102.

é orientada para a preservação e o desenvolvimento da confiança; (ii) o negócio em si, orientado pelo cálculo dos benefícios de curto e longo prazo; e (iii) o contrato, orientado pelos incentivos e desincentivos que a autorregulação das partes estabeleceu para determinados comportamentos⁴⁴. A depender das circunstâncias, uma dessas dimensões se mostrará prevalente. Um determinado comportamento pode parecer irracional com base em uma dessas dimensões, mas perfeitamente lógico com base em outra⁴⁵.

A distinção apontada por Collins é útil para discernir que a confiança e a disposição para colaborar não estão necessariamente no mesmo plano que o contrato, embora os mecanismos oferecidos por cada um possam se apoiar reciprocamente. O contrato é construído em cima de uma lógica legalista, que avalia a licitude ou ilicitude da conduta das partes à luz apenas dos direitos e obrigações nele consubstanciados⁴⁶. A confiança é mais abrangente. Seu intuito fundamental é evitar o desapontamento da parte contrária, o que abarca perseguir o objetivo do contrato da forma que melhor atenda às legítimas expectativas de todos os envolvidos, estejam elas ou não expressamente tuteladas pelo texto do instrumento⁴⁷.

Existe, assim, um benefício concreto no fomento de relações baseadas na confiança, para o qual o contrato, isoladamente considerado, em geral não é capaz de oferecer suporte adequado. Cumpre indagar, assim, quais elementos viabilizam o surgimento e a manutenção de relações baseadas na confiança e na cooperação recíprocas.

Robert Axelrod analisou, em obra datada de 1984, o sucesso de diferentes estratégias baseadas em comportamento cooperativo e não cooperativo, aplicadas a circunstâncias que caracterizavam um dilema do prisioneiro: uma situação em que, a princípio, não cooperar resulta em uma recompensa maior que cooperar, mas em que, se ambas as partes não cooperarem, ambas obtêm um resultado pior que se ambas tivessem colaborado⁴⁸. Dois

⁴⁴ **Regulating Contracts...**, pp. 129-132.

⁴⁵ **Regulating Contracts...**, p. 134.

⁴⁶ COLLINS, **Regulating Contracts...**, p. 132.

⁴⁷ COLLINS, **Regulating Contracts...**, pp. 98-99.

⁴⁸ A base do trabalho de Axelrod são os resultados de dois torneios de programas de computador criados justamente para testar a eficácia de diferentes estratégias empregadas em uma situação de dilema do prisioneiro. Os parâmetros e resultados dos torneios são narrados no capítulo 2 da obra (AXELROD, Robert M. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984, E-book Kindle, paginação irregular).

aspectos observados pelo autor parecem especialmente úteis para a compreensão dos mecanismos da cooperação, inclusive no âmbito das relações interempresariais.

O primeiro tem a ver com a percepção da parte sobre a duração da relação. Em uma interação isolada, a não cooperação sempre pareceria uma opção mais interessante. Se o jogador espera que a contraparte colabore, não cooperar maximizaria seus lucros; e se suspeita que a parte contrária não colaborará, não cooperar limitaria suas perdas. Axelrod propõe que apenas quando a relação se estende no tempo o ganho marginal decorrente do comportamento cooperativo é realizado, na medida em que o oportunismo presente gera o risco de retaliação futura. Essa “sombra do futuro” aumenta o custo relativo de um comportamento não cooperativo no presente⁴⁹⁻⁵⁰.

O segundo diz respeito ao fato de que estratégias de comportamento de uma parte dependem intrinsecamente de suas impressões sobre a probabilidade de que o outro jogador se porte de maneira leal⁵¹. Tem-se, assim, que as projeções das partes quanto à continuidade da relação e à reciprocidade são fundamentais para que a cooperação possa se estabelecer.

Essas projeções, por sua vez, são construídas com base naquilo que se conhece a respeito da parte contrária⁵². O comportamento futuro é inferido a partir dos dados que se

⁴⁹ “What makes it possible for cooperation to emerge is the fact that the players might meet again. This possibility means that the choices made today not only determine the outcome of this move, but can also influence the later choice of the players. The future can therefore cast a shadow back upon the present and thereby affect the current strategic situation” (AXELROD, **The Evolution of Cooperation...**, Capítulo 1, paginação irregular). Em tradução livre: “O que torna o surgimento da cooperação possível é a possibilidade de os jogadores voltarem a se encontrar. Essa possibilidade faz com que as escolhas feitas hoje determinem o resultado não apenas desta jogada, mas também de jogadas futuras das partes. Assim, o futuro pode lançar uma sombra sobre o presente e afetar as estratégias atuais”.

⁵⁰ Na mesma linha, David Good afirma que a cooperação encontra condições mais favoráveis para florescer em situações em que os interesses de longo prazo das partes são relevantes, porque os ganhos envolvidos para as partes pelo comportamento cooperativo são crescentes (GOOD, David. *Individuals, Interpersonal Relations and Trust*. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990, p. 37. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf. Último acesso em 15.4.2021).

⁵¹ Analisando os passos necessários para a instauração e estabilização da cooperação em um determinado ambiente, Axelrod destaca o papel desempenhado pela reciprocidade, assinalando, porém, que ela deixa de ser estável quando configurada a possibilidade de um determinado jogador não permanecer no jogo por muito tempo (AXELROD, **The Evolution of Cooperation...**, Capítulo 3, paginação irregular). Esse ponto será retomado mais adiante.

⁵² David Good afirma que a confiança depende da percepção de um indivíduo sobre como outro se comportará, em função de pretensões (*claims*) passadas ou presentes, explícitas ou implícitas (Individuals, Interpersonal Relations..., p. 33).

tem no presente, e as percepções do indivíduo podem mudar sob influência de novas informações⁵³.

Nesse sentido, as interações passadas entre os contratantes têm papel fundamental na construção de expectativas para o futuro. Collins afirma que a confiança é construída mediante interação social, sendo os negócios passados e a experiência as suas fontes mais promissoras⁵⁴. Cada encontro entre as partes disponibiliza novas informações sobre um determinado contratante; e, à luz desses dados, as opiniões e percepções dos jogadores vão sendo continuamente revistas, de forma que o comportamento cooperativo presente fomenta a expectativa de cooperação futura.

Dados externos à relação também são relevantes, especialmente quando o vínculo entre as partes ainda é tênue. Um desses dados é a reputação do outro contratante. Axelrod define a reputação como as crenças que se tem sobre o comportamento de um determinado jogador, construídas a partir das interações deste com terceiros, e que permitem que se saiba algo sobre a estratégia da contraparte antes mesmo de a interação se iniciar⁵⁵. Uma boa reputação sinaliza que aquele sujeito, no passado, abriu mão de vantagens imediatas em prol dos ganhos mútuos que emergem da cooperação⁵⁶. A reciprocidade construída em determinadas relações se irradia, assim, para as interações do agente com novos contratantes.

Na mesma linha, o pertencimento de uma das partes, ou ambas, a um determinado grupo ou associação de comerciantes, ou equivalente, também pode servir para conferir aos

⁵³ Bernard Williams assevera que as preferências do indivíduo em matéria de cooperação podem mudar ao longo do tempo, especialmente se houver influência de informações sobre a confiabilidade de determinados tipos de garantia (*assurance*) sobre o cumprimento da obrigação (WILLIAMS, Bernard. *Formal Structures and Social Reality*. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990, pp. 5-6. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf).

⁵⁴ **Regulating Contracts...**, pp.110-111.

⁵⁵ No original: “A player’s reputation is embodied in the beliefs of others about the strategy the player will use. A reputation is typically established through observing the actions of that player when interacting with other players [...] Knowing people’s reputation allows you to know something about what strategy they use even before you have to make your first choice” (**The Evolution of Cooperation...**, Capítulo 8, paginação irregular).

⁵⁶ Partha Dasgupta afirma que a construção da reputação demanda investimento de recursos, consistentes na renúncia dos interesses de curto prazo da parte (DASGUPTA, Partha. *Trust as a Commodity*. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990, p. 70. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf. Último acesso em 15.4.2021).

novos contratantes o conforto necessário para estabelecer uma interação, mesmo na ausência de vínculos anteriores⁵⁷.

Ainda, Collins aponta que, na ausência de interações anteriores, a confiança pode ser atingida por meio da concordância da parte em pagar um preço mais alto nas primeiras interações, ou executar sua parte da avença primeiro⁵⁸. A disposição da parte para se colocar em situação de vulnerabilidade sinaliza para o outro contratante a existência de uma intenção real de construir vínculos baseados na confiança.

No mais, quaisquer outras informações que o agente puder angariar ajudarão a balizar sua decisão sobre confiar ou não no outro contratante. Dados, por exemplo, sobre a relevância que a relação possui para os negócios da contraparte; sobre as condições (estruturais, econômico-financeiras, entre outras) que a parte contrária possui de, efetivamente, cumprir o combinado; sobre as opções que a parte contrária tem à sua disposição e suas respectivas consequências⁵⁹.

Esses e outros dados servem para informar o cálculo do contratante sobre a probabilidade de seu parceiro se portar de maneira leal no curso da relação. Cabe notar, porém, que nem sempre tais informações são de fácil acesso. Além da confiança no cumprimento do contrato, as partes têm de acreditar que seus parceiros compartilharão as informações relevantes para orientar suas escolhas⁶⁰. Incumbe à contraparte a prudência de

⁵⁷ COLLINS, *Regulating Contracts...*, pp. 99-100.

⁵⁸ *Regulating Contracts...*, pp. 112-114.

⁵⁹ Partha Dasgupta diferencia a confiança da “confiança cega”, sendo a primeira pautada em fatores objetivos que levem a parte a confiar que o parceiro optará por se portar de maneira leal: “[...] you do not trust a person (or an agency) to do something merely because he says he will do it. You trust him only because, knowing what you know of his disposition, his available options and consequences, his ability and so forth, you expect that he will *choose* to do it. His promise must be credible. That is why we like to distinguish ‘trusting someone’ from ‘trusting someone blindly’, and think the latter to be ill-advised” (Trust as a Commodity..., pp. 50-51). Em tradução livre: “[...] não se confia que uma pessoa (ou uma entidade) fará algo apenas porque ela disse que o faria. Confia-se nela porque, sabendo o que se sabe sobre suas predisposições, sobre as opções que ela tem à sua disposição e respectivas consequências, sobre suas capacidades e assim por diante, espera-se que ela *escolherá* fazê-lo. A promessa tem de ser crível. É por isso que diferenciamos entre ‘confiar em alguém’ e ‘confiar cegamente em alguém’, sendo esse último desaconselhável”.

⁶⁰ Aqui, novamente, Partha Dasgupta diferencia entre duas concepções de confiança: aquela envolvendo as ações futuras de outros indivíduos e aquela que diz respeito às informações que as partes compartilham entre si: “I have so far, in defining one’s trust in others, talked of the significance of others’ observable *actions* for choosing one’s own course of action. But there is another important class of cases where trust, in the sense that I wish to use the term, comes into play. This is when others *know* something about themselves or the world which I do not, and when what I ought to do depends on the extent of my ignorance of these matters. An agreement between myself and such other people may call upon them to disclose their information. But can I trust them to be truthful; that is, can I trust them to send me the correct signals, those they would send if

confirmar, na medida do possível, a veracidade dessas informações⁶¹, mas exige-se um grau mínimo de confiança na palavra do outro contratante. Contratantes que já interagem há muito tempo tenderão a confiar muito mais na palavra um do outro, por exemplo.

Tem-se, assim, que a confiança orienta a seleção do parceiro e viabiliza o início da relação, oferecendo algum conforto à parte que se coloca em situação de vulnerabilidade, concordando em dar o primeiro passo. Abre-se caminho para que a relação possa surgir e as partes possam experimentar todos os benefícios que advêm de uma relação pautada na cooperação. Mas o que assegura que esses parâmetros serão mantidos no curso das interações entre as partes?

Axelrod entende que, na presença de reciprocidade e da “sombra do futuro”, a cooperação é estável⁶². Assim, havendo perspectiva de que a relação se estenda no tempo, deixar de cooperar é desvantajoso, pois eventual retaliação privaria as partes dos ganhos advindos do comportamento mutuamente colaborativo. De fato, a quebra da confiança é usualmente punida por um conjunto de sanções extralegais, que atuam eliminando a possibilidade de a parte violadora obter ganhos futuros em transações com a mesma contraparte – ou até com outras, na medida em que um comportamento desleal sinaliza para outros contratantes que o risco de desapontamento na interação com aquela parte é grande, consubstanciando prejuízo para a reputação do agente⁶³.

they were truly trustworthy?” (Trust as a Commodity..., pp. 51-52). Em tradução livre: “Até aqui, minhas definições de confiança abordaram a importância das ações observáveis de outros indivíduos na escolha das atitudes que um determinado indivíduo optará por tomar. Mas há uma outra categoria de casos em que a confiança, no sentido que atribuo ao termo, entra em cena. Trata-se dos casos em que os outros sabem algo que eu não sei sobre si mesmos ou sobre o mundo, sendo que as minhas escolhas estão diretamente relacionadas à minha ignorância sobre esses assuntos. Um acordo entre mim e esses indivíduos pode demandar que eles revelem tais informações. Mas eu poderei confiar neles? Isto é, eu poderei confiar que as informações compartilhadas são as mesmas que seriam reveladas se eles fossem verdadeiramente confiáveis?”.

⁶¹ Judith Martins-Costa salienta que, nos contratos interempresariais, o dever de informação sempre convive com o ônus da autoinformação, que, por sua vez, configura uma “manifestação do dever geral de diligência para com os próprios interesses, que a todos incumbe” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, E-book Kindle, Capítulo Sétimo, § 63, Item 9, paginação irregular).

⁶² **The Evolution of Cooperation...**, Capítulo 3, paginação irregular.

⁶³ COLLINS, **Regulating Contracts...**, pp. 114-117. Vale mencionar que, para o autor, as sanções extralegais são mais importantes que as legais no objetivo de assegurar o funcionamento do mercado. Collins considera que, na presença de sanções extralegais efetivas, aquelas de natureza legal se tornam praticamente despidiendas.

Logo, o valor que a confiança agrega à relação entre as partes, somado aos pilares da reciprocidade e da duração do vínculo no tempo, deveria, ao menos em tese, bastar para que a relação se desenrolasse de maneira harmoniosa ao longo do tempo. O receio das partes de se verem privadas dos benefícios decorrentes da confiança recíproca geraria alguma forma de dependência bilateral, que deveria (novamente, ao menos em tese) ser suficiente para viabilizar a adaptação da relação frente a novas circunstâncias.

O que acontece, porém, se essas novas circunstâncias modificarem as próprias preferências das partes em matéria de cooperação? Novos acontecimentos que diminuam o valor que os contratantes identificam na relação podem atingir diretamente os pilares da confiança.

Acrescentando-se essa variável à análise, assegurar a estabilidade do vínculo ao longo do tempo demandará mecanismos de outra natureza. É aqui que o contrato entra em cena, não como um substituto da confiança, mas como seu aliado. O contrato incrementa a confiança nas promessas feitas, colocando sanções legais à disposição das partes e conferindo maior clareza às suas expectativas quanto ao conteúdo do negócio. Cumpre, assim, examinar a forma pela qual o contrato impacta o desenvolvimento da relação entre as partes.

1.2.3. A importância do contrato no desenvolvimento do vínculo entre empresas

Karl Llewellyn afirma que o contrato não é, em si mesmo, essencial para o surgimento de vínculo entre dois sujeitos de direito. A existência de promessas, por si só, é extralegal. O contrato, na qualidade de instrumento jurídico apto a regulamentá-las, só adquire importância substancial quando existe projeção de problemas para o futuro⁶⁴.

De fato, uma relação que se desdobra no tempo irá, inevitavelmente, enfrentar a ocorrência de novos acontecimentos, que podem mudar, entre outros aspectos, o valor que as partes atribuem ao prosseguimento da relação. O contrato nasce da percepção de que nem sempre é possível confiar que as partes serão capazes de chegar a um acordo frente a

⁶⁴ LLEWELLYN, Karl N. What Price Contract? An Essay in Perspective. *Yale Law Journal*, V. 40, 1931, p. 724. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3470&context=yjlj>. Último acesso em 15.4.2021.

eventos futuros; ou, mesmo que o sejam, o processo de negociação necessário para tanto pode ser excessivamente custoso. Assim, se as partes desejarem que a relação se estenda no tempo de forma razoavelmente estável, fazem-se necessários mecanismos que tornem o acordo futuro prescindível, em alguma medida.

Assim, é vantajoso para as partes antecipar possíveis acontecimentos e definir suas respectivas consequências no contrato. No momento da assinatura, o futuro é incerto e traz riscos para ambas as partes, os quais elas alocam entre si por intermédio do contrato⁶⁵. Os contratantes assumem obrigações que restringem a sua liberdade futura, mas, em contrapartida, têm resguardado seu direito de demandar o cumprimento das obrigações assumidas pela parte contrária.

Idealmente, os agentes econômicos, ao avaliar uma possibilidade de negócios, deveriam ser capazes de obter e analisar detidamente todas as informações capazes de impactar de qualquer forma o futuro da relação. Poderiam então calcular com precisão todos os riscos a que estariam expostos e alocá-los entre si por intermédio do instrumento contratual, redigido em linguagem clara e precisa. Nesse cenário, não haveria situação da vida para a qual o contrato não fornecesse resposta; e o intérprete, se chamado a intervir, não encontraria grandes dificuldades no desempenho de suas atribuições. Essas são as premissas em que se baseia o modelo de racionalidade plena da economia clássica⁶⁶.

⁶⁵ Paula Forgioni afirma que as incertezas trazidas pelo futuro “podem ser reduzidas se outras pessoas adotarem determinados comportamentos [ou deixarem de adotá-los]. Nessa medida, o contrato costuma ser uma distribuição recíproca de riscos; um sistema eficiente de disciplina dos contratos deve apoiar essa divisão, mantendo a alocação realizada pelo negócio” (**Contratos Empresariais...**, pp. 145-146).

⁶⁶ Na descrição de Simon: “Traditional economic theory postulates an ‘economic man’, who, in the course of being ‘economic’ is also ‘rational’. This man is assumed to have knowledge of the relevant aspects of his environment which, if not absolutely complete, is at least impressively clear and voluminous. He is assumed also to have a well-organized and stable system of preferences, and a skill in computation that enables him to calculate, for the alternative courses of action that are available to him, which of these will permit him to reach the highest attainable point on his preference scale” (SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1 (Feb. 1955), p. 99. Disponível em https://www.jstor.org/stable/1884852?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “A teoria econômica tradicional postula a existência de um ‘homem econômico’, que, sendo ‘econômico’, é também ‘racional’. Presume-se que esse homem possui conhecimento sobre todos os aspectos relevantes do ambiente que o rodeia, conhecimento esse que, se não absolutamente completo, é ao menos impressionantemente claro e volumoso. Presume-se também que tem um sistema de preferências bem organizado e estável, e a habilidade de computar esses dados de uma forma que lhe permita calcular, entre os cursos de ação à sua disposição, aquele que lhe permita atingir o maior resultado possível em sua escala de preferências”.

No entanto, diversos fatores relativizam a capacidade do contrato de regular o futuro de maneira integral. O mais evidente deles refere-se à existência dos já comentados custos de transação, que englobam aqueles necessários para a obtenção e processamento de informações⁶⁷⁻⁶⁸, bem como para a negociação e redação dos contratos⁶⁹.

Decerto que, até um certo ponto, incorrer nesses custos é vantajoso para o agente, na medida em, quanto mais circunstâncias forem disciplinadas pelo contrato, menos margem haverá para as partes se comportarem de maneira oportunista quando da ocorrência de eventos (contingências) imprevistos⁷⁰. Quando as obrigações e direitos das partes não estão definidos com clareza, o oportunismo encontra uma brecha para se instalar. Cada situação sem resposta clara é uma oportunidade para que as partes tentem aumentar a margem reservada para seus próprios interesses.

Por outro lado, se os custos necessários para antecipar contingências futuras e discipliná-las no contrato forem excessivamente elevados, a própria contratação deixa de ser vantajosa⁷¹⁻⁷². Assim, os contratos do mundo real nunca antecipam a totalidade das

⁶⁷ Na síntese de Arrow, o problema dos custos da informação decorre, essencialmente, do fato de que tais custos (i) são sempre crescentes, pois a capacidade do indivíduo de processar informações é um fator fixo, que não acompanha o crescimento no volume de dados processados; (ii) são tipicamente irreversíveis, pois se o tempo e os recursos investidos na investigação de dados que se provem inúteis não necessariamente podem ser aproveitados de outra forma; e (iii) variam em diferentes direções, pois cada indivíduo possui seu próprio emaranhado de informações acumuladas e tenderá a priorizar os canais de informação relacionados aos dados que já domina (**The Limits of Organization...**, Capítulo 2, paginação irregular).

⁶⁸ Transcende o escopo deste trabalho analisar as dificuldades surgidas da existência de assimetrias informacionais entre as partes, embora o reconhecimento desse fenômeno seja, nos termos postos por Elizabeth Farina, também uma decorrência do “relaxamento do pressuposto da informação perfeita”. A autora comenta que esse relaxamento “possibilitou à ortodoxia econômica o desenvolvimento de conceitos e a explicação de fenômenos até então à margem da análise econômica”, como os de risco moral (*moral hazard*) e seleção adversa (*adverse selection*) (FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: mercado, estados e organizações**. São Paulo: Singular, 1997, pp. 38-41).

⁶⁹ Contribui para a compreensão desses riscos o conceito de racionalidade limitada, que tem em Simon seu principal precursor. Simon desenvolveu um modelo de escolha racional mais próximo do comportamento dos indivíduos, compatível com o acesso destes às informações e com a sua capacidade efetiva de processá-las (A behavioral model of rational..., p. 99), no intuito de reduzir a lacuna entre o modelo tradicional de escolha racional e o comportamento dos indivíduos em um contexto organizacional (A behavioral model of rational..., p. 114).

⁷⁰ Schepker et al. apontam que, para a Economia dos Custos de Transação, o risco de oportunismo e as dificuldades de adaptação justificam os custos incorridos na elaboração e monitoramento dos contratos. Assim, quanto mais complexa a transação em suas dimensões, mais sofisticados devem ser os contratos (SCHEPKER, Donald J.; OH, Won-Yong; MARTYNOV, Aleksey et al. The Many Futures of Contracts: Moving Beyond Structure and Safeguarding to Coordination and Adaptation. **Journal of Management**, Vol. 40, No. 1 (Jan. 2014), p. 195. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/277392220_The_Many_Futures_of_Contracts. Último acesso em 15.4.2021).

⁷¹ Robert Scott e George Triantis explicam a incompletude contratual a partir dos custos envolvidos na elaboração e execução do contrato: “Contract theorists have identified two primary reasons for why parties

contingências que podem vir a impactar o futuro do negócio. A incompletude é uma característica própria dos contratos empresariais, e não uma vicissitude, como observa Paula Forgioni⁷³.

Por essas razões, o grande desafio envolvido na elaboração do contrato consiste em equilibrar dois objetivos que estão em constante tensão: a redução dos custos envolvidos na obtenção de informações e redação do contrato e a salvaguarda da transação contra os efeitos do oportunismo⁷⁴.

may agree to contracts that fail to provide for the optimal obligations in each contingency (or state of the world) that might materialize during the term of the contract. First, the front-end transaction costs of anticipating all future states of the world, calculating the efficient outcome in each state, and providing specifically for low-probability states may exceed the resulting gains in contractual surplus. Second, the back-end costs of enforcing contracts may exceed all gains, owing to the difficulty of observing and then verifying to a court private information known only to the parties” (SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 816. Disponível em https://www.yalelawjournal.org/pdf/339_a5pzok3k.pdf. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “Os adeptos da teoria dos contratos identificam duas principais razões pelas quais as partes concordam em assinar contratos que não assinalam obrigações ideais para cada contingência (ou estado das coisas) que pode vir a se materializar durante a duração do contrato. Em primeiro lugar, os custos de transação necessários para antecipar todas as possíveis situações futuras da vida, calcular a solução ótima para cada uma delas e estabelecer disposições específicas mesmo para circunstâncias improváveis podem acabar superando os ganhos advindos da contratação. Em segundo lugar, os custos de execução dos contratos podem superar todos os ganhos que deles advêm, devido à dificuldade em se observar e verificar informações de conhecimento privativo das partes perante um tribunal”.

⁷² Jean Tirole comenta que a doutrina dos contratos incompletos reconhece, além da existência de custos para redação e execução dos contratos, a existência de contingências que não podem ser previstas pelas partes no momento da assinatura. O autor desafia essa premissa, diferenciando entre a imprevisibilidade e a indescritibilidade das contingências (TIROLE, Jean. Incomplete Contracts: where do we stand?. *Econometrica*, Vol. 67, No. 4 (Jul. 1999), pp. 743-744. Disponível em [http://darp.lse.ac.uk/PapersDB/Tirole_\(Ecm99\).pdf](http://darp.lse.ac.uk/PapersDB/Tirole_(Ecm99).pdf). Último acesso em 15.4.2021). Para os fins deste trabalho, considerar-se-á que a imprevisibilidade está englobada pelos custos de transação, na medida em que antecipar eventos improváveis ou com diversos resultados possíveis implicaria dispêndio significativo de recursos.

⁷³ *Contratos Empresariais...*, p. 61.

⁷⁴ Williamson comenta a tensão entre essas duas forças à luz da escolha da estrutura organizativa de uma determinada transação: “The criterion for organizing commercial transactions is assumed to be the strictly instrumental one of cost economizing. Essentially this takes two parts: economizing on production expense and economizing on transaction cost [...] To the degree production-cost economies of external procurement are small and/or the transaction costs associated with external procurement are great, alternative supply arrangements deserve serious consideration. Economizing on transaction costs essentially reduces to economizing on bounded rationality while simultaneously safeguarding the transactions in question against the hazards of opportunism. Holding the governance structure constant, these two objectives are in tension, since a reduction in one commonly results in an increase in the other. Governance structures, however, are properly regarded as part of the optimization problem. For some transactions, a shift from one structure to another may permit a simultaneous reduction in both the expense of writing a complex contract (which economizes on bounded rationality) and the expense of executing it effectively in an adaptive, sequential way (by attenuating opportunism). Indeed, this is precisely the attraction of internal procurement for transactions of a recurrent, idiosyncratic kind” (Transaction-cost economics..., pp. 245-246). Em tradução livre: “Presume-se que a organização de transações comerciais é feita com base no critério instrumental de economia de custos. Isso envolve duas espécies diferentes de economia: quanto aos gastos com a produção e com custos de transação [...] Se a aquisição externa de produtos implicar baixa economia de custos de produção e elevados custos de transação, arranjos alternativos de fornecimento devem ser considerados.

Esse equilíbrio é tênue e pode, às vezes, explicar a opção das partes por não disciplinar determinadas matérias em detalhe, mesmo quando isso seria, em tese, possível. É comum, por exemplo, que as partes se valham propositalmente de linguagem vaga ou dúbia no contrato. Como antecipar e regular contingências é um processo custoso, pode ser vantajoso para as partes deixar a solução de algumas delas em aberto, até para evitar a discussão de pontos controvertidos que poderiam comprometer o fechamento do negócio⁷⁵. Decerto que essa opção cria custos potenciais de outra natureza, relacionados a eventual litígio, no qual o alcance exato dos termos contratuais entre em discussão⁷⁶. Mas esses custos só serão incorridos se tal contingência vier a se materializar e as partes não conseguirem chegar a uma solução mutuamente satisfatória⁷⁷.

Outra variável de relevância ímpar na definição desse equilíbrio é o grau de confiança existente entre as partes. Aqui as diferentes dimensões do relacionamento entre as partes se cruzam, com uma infinidade de desdobramentos possíveis. De um lado, a

Economizar em custos de transação significa, essencialmente, reduzir os custos decorrentes da racionalidade limitada e, ao mesmo tempo, salvaguardar a transação dos perigos do oportunismo. Mantendo-se constante a estrutura de governança, esses dois objetivos estão em tensão, já que a redução em um deles implica um acréscimo no outro. Contudo, as estruturas de governança são consideradas uma parte da solução do problema de otimização. Para determinadas transações, optar por uma estrutura diferente permite reduzir os custos envolvidos na redação de um contrato complexo (economizando, assim, os custos da racionalidade limitada), bem como os custos para executá-lo de maneira eficiente, favorável à adaptação (por meio da atenuação do oportunismo). Essa é, inclusive, a vantagem que a aquisição interna representa para transações de natureza recorrente e idiossincrática”.

⁷⁵ Stewart Macaulay comenta que as partes têm razões estratégicas para evitar a discussão de pontos sensíveis: “If I want a clause that says if event X takes place, then consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place” (MACAULAY, Stewart. *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. The Modern Law Review Limited*, Vol. 66, No. 1 (2003), p. 46. Disponível em https://law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/real_paper.pdf. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “Se eu propuser uma cláusula estabelecendo a consequência Y para o evento X, você pode requerer algo que eu não pretendo dar. Se eu antecipo isso, pode ser mais vantajoso evitar abordar a questão nas negociações e torcer para que a questão seja solucionada se o evento X vier a acontecer no futuro”. Paula Forgioni afirma que essa resistência ao enfrentamento de pontos controvertidos durante a negociação é fruto do excessivo otimismo das partes, “que, visando à realização da transação, evitam enfrentar aspectos que poderiam ameaçá-la” (*Contratos Empresariais...*, p. 86).

⁷⁶ Scott e Triantis incluem nessa categoria os custos necessários para formar o convencimento do julgador sobre o alcance dos termos vagos, além dos custos decorrentes da incerteza quanto ao resultado e de eventuais erros do intérprete (*Anticipating Litigation in Contract...*, pp. 831-832).

⁷⁷ Scott e Triantis aduzem que as partes de um contrato optam por alocar custos no momento da assinatura (*front-end*) ou no momento de eventual litígio (*back-end*) a partir de um sopesamento dos incentivos e custos relativos de cada uma dessas soluções. Espera-se que as partes invistam na redação do contrato até o momento em que o custo de investimentos adicionais exceda o benefício esperado dos respectivos incentivos. No original: “The goal of contracting parties is to maximize the incentive bang for the contracting-cost buck [...] Accordingly, the parties should continue to invest in contracting costs until the marginal cost of further investment exceeds the marginal benefit in incentive gains” (*Anticipating Litigation in Contract...*, p. 823).

confiança, regida por uma lógica ampla de consideração para com os interesses da contraparte, torna mais fluidos os deveres de cada um dos envolvidos. De outro, o contrato, regido por uma lógica que trata as obrigações em termos absolutos⁷⁸, com base naquilo que restou expressamente pactuado no instrumento, torna esses deveres mais rígidos.

Se o grau de confiança entre as partes é baixo e as sanções (legais) estabelecidas por meio do contrato são o principal elemento a fomentar a credibilidade do cumprimento das obrigações assumidas, é de se esperar que as partes sejam mais cuidadosas na redação do contrato. Por outro lado, partes que já desfrutam de uma relação de confiança sabem que o vínculo entre elas é sustentado por algo mais que o instrumento contratual. A credibilidade das promessas feitas não é estritamente dependente do contrato. Collins chega a afirmar que a confiança serve como um antídoto para os custos de transação, na medida em que ela incentiva as partes a acreditar nas intenções da contraparte de dar cumprimento às expectativas construídas em torno da relação negocial⁷⁹⁻⁸⁰.

Stewart Macaulay vai ainda mais adiante, examinando formas pelas quais o apego ao contrato pode acabar prejudicando a relação de confiança. O autor afirma que, em determinados contextos, o zelo excessivo nas negociações e na redação do contrato pode denotar desconfiança em face da parte contrária e minar a relação de mútua cooperação entre elas. Nesse sentido, partes que antecipam a criação de vínculos profundos entre si

⁷⁸ Nos termos utilizados por Collins, o sistema dos contratos trata as obrigações das partes sob o prisma de “absolute undertakings” e “firm commitments” (**Regulating Contracts...**, p. 132).

⁷⁹ **Regulating Contracts...**, p. 101.

⁸⁰ Isso se aplica, inclusive, à confiança na possibilidade de renegociação futura do contrato. Barron et al., analisando dados obtidos no contexto de contratos de partilha de receita (*revenue sharing contracts*) envolvendo produtoras cinematográficas e as redes de cinema que exibem suas obras, observam que a confiança na possibilidade de ajustes de preço futuros incrementa a eficiência das decisões do exibidor no momento da execução do contrato, melhorando os resultados (*payoffs*) conjuntos. Nessa espécie contratual, os instrumentos contratuais são assinados muito antes de as partes conhecerem os *payoffs* envolvidos na exibição do filme (isto é, muito antes de o exibidor conhecer o custo de oportunidade envolvido na exibição daquele filme em detrimento de outro). Logo, se o percentual atribuído ao exibidor fosse fixo, ele provavelmente privilegiaria a exibição de filmes mais visados pelo público, maximizando os valores por ele recebidos, em detrimento do interesse das produtoras de filmes que se provem menos atraentes para o público. A possibilidade de ajuste *a posteriori* do percentual atribuído ao exibidor incentiva a manutenção desses últimos filmes em cartaz. Vale observar que os ajustes comentados pelos autores são efetuados só depois de o filme já ter saído de cartaz, de forma que a decisão dos exibidores em manter o filme em suas redes de cinema baseia-se na confiança em um ajuste futuro que “remunere” adequadamente o seu esforço em incrementar os *payoffs* envolvidos para a produtora. Ademais, o fato de a renegociação acontecer quando o (in)sucesso do filme já é conhecido dispensa as partes de ter de antecipar, no momento da celebração do contrato, a melhor forma de incrementar os *payoffs* envolvidos (BARRON, Daniel; GIBBONS, Robert; GIL, Ricard; et. al. Relational Adaptation Under Reel Authority. **Management Science**, Vol. 66, No. 5 (2019). Disponível em <https://pubsonline.informs.org/doi/pdf/10.1287/mnsc.2019.3292>. Último acesso em 15.4.2021).

tenderiam a se preocupar menos com os termos do contrato⁸¹. Ainda, Macaulay assevera que, entre partes com laços estreitos, o exercício literal de prerrogativas contratuais pode ser visto como um obstáculo ao cumprimento eficaz da avença. Existem expectativas implícitas de que as partes cooperem rumo a objetivos comuns, apoiando-se mutuamente em tempos difíceis⁸²⁻⁸³.

Decerto que não só de antagonismos vive a interação entre o contrato e a confiança. Collins considera que o contrato pode ajudar a eliminar obstáculos ao desenvolvimento harmonioso da relação, conferindo maior precisão ao conteúdo das obrigações e riscos assumidos por cada uma das partes e prevendo mecanismos para a solução de eventuais disputas que venham a surgir⁸⁴. É comum, inclusive, que as partes definam no contrato não só soluções fechadas para problemas futuros, mas também os processos que hão de ser empregados para resolvê-los, mediante previsão de deveres de cooperação, mecanismos de ajuste e de solução de disputas. Nessa acepção, o contrato proporciona um incremento à relação de confiança, partilhando os riscos entre as partes, em vez de alocá-los em desfavor de uma delas⁸⁵⁻⁸⁶.

⁸¹ The real and the paper deal..., p. 46.

⁸² The real and the paper deal..., p. 65.

⁸³ Na mesma linha, Collins afirma que a ameaça de uma das partes de recorrer aos tribunais para a solução de uma determinada controvérsia pode minar irremediavelmente a relação de confiança: “The empirical studies of business practice invariably observe, however, that normally the parties will prefer not to invoke the legal documents for fear of souring the business relation and creating an additional obstruction to the completion of the deal, so this careful planning may not be referred to at all when the business are seeking a solution to their dispute” (**Regulating Contracts...**, p. 151).

⁸⁴ O autor aponta, entre os papéis desempenhados pelo contrato, os de (i) resolver ambiguidades sobre o conteúdo econômico do negócio; (ii) alocar riscos decorrentes de contingências previsíveis e imprevisíveis; (iii) construir sanções extralegais ou autoexecutáveis (garantias); e (iv) prever meios de solução de disputas (**Regulating Contracts...**, p. 151).

⁸⁵ Richard Speidel, tratando dos desafios trazidos pelos contratos relacionais (que o autor define pela sua extensa duração no tempo, pela sua acentuada incompletude e pelo elevado grau de interdependência entre as partes), assevera que, como consequência da longa duração desses contratos, as partes não antecipam todas as contingências futuras no instrumento, já que isso poderia vir a contrariar seus próprios interesses. Em vez disso, as partes preveem processos para integração do contrato à luz de eventos futuros. Para o autor, tais processos consubstanciam uma forma de partilhar os riscos do futuro entre as partes, em vez de alocá-los em desfavor de alguma delas (SPEIDEL, Richard E. The characteristics and challenges of relational contracts. **Northwestern University Law Review**, V. 94, No. 3 (2000), pp. 828-829).

⁸⁶ Em análise dos resultados de diferentes estudos empíricos, Schepker et al. anotam que se tem observado que os contratos desempenham não apenas o papel de salvaguardar o interesse das partes (i.e., de antecipação de contingências e alocação de riscos), mas também o de facilitar a coordenação e adaptação da avença frente a eventos futuros (The Many Futures of Contracts..., pp. 205-213). Na mesma linha, Cannon et al. observam que a presença concomitante de um contrato escrito e de normas relacionais (compreendidas como as expectativas comuns das partes acerca do cumprimento do combinado) resulta em um incremento da performance contratual, especialmente na presença de um nível considerável de incerteza (CANNON, Joseph P.; ACHROL, Ravi S.; GUNDLACH, Gregory T. Contracts, Norms, and Plural Form Governance. **Journal of the Academy of Marketing Science**, Vol. 28, No. 2 (2000), p. 191. Disponível em

Como se vê, examinar o vínculo entre as partes apenas a partir do texto do contrato equivaleria a deixar de fora uma série de importantes nuances da relação. A crença no cumprimento das obrigações assumidas e o desenvolvimento harmonioso da relação ao longo do tempo são fruto, simultaneamente, da clareza e segurança trazidas pelo contrato, da intensidade da disposição das partes para cooperar uma com a outra e da forma como essas variáveis são impactadas por novos acontecimentos.

A elasticidade dessa complexa dinâmica não é, contudo, infinita. Se a colaboração entre as partes deixar de ser autossustentável e elas se virem confrontadas com uma situação que não consigam resolver por si mesmas, uma autoridade será chamada a intervir e solucionar a disputa. Interessa, assim, indagar sobre o papel do ordenamento e dos tribunais em assegurar o cumprimento das obrigações assumidas e a proteção das legítimas expectativas, contempladas ou não pelo contrato.

1.2.4. A tutela da confiança pelo ordenamento

Comentou-se anteriormente que assegurar a eficiência das operações econômicas passa por alocar determinados tipos de transação às estruturas organizativas mais aptas a regulamentá-las, à luz das características da transação em referência e dos custos relativos de cada uma das estruturas de governança disponíveis.

Todavia, para que esse cálculo possa ser realizado de maneira eficaz, pressupõe-se a existência de um grau mínimo de calculabilidade no que toca aos desdobramentos possíveis para cada uma das opções examinadas. Por exemplo, decidir (eficientemente) entre organizar uma determinada transação dentro de uma estrutura hierárquica ou por intermédio de um contrato com um parceiro comercial só é viável quando se conhecem as consequências prováveis de eventual descumprimento contratual.

Assim, um ordenamento que pretenda assegurar o bom funcionamento do mercado tem de conferir a segurança e a previsibilidade necessárias para que os agentes econômicos possam tomar decisões racionais. Paula Forgioni, comentando a lição de Natalino Irti,

https://www.researchgate.net/publication/225573012_Contracts_Norms_and_Plural_Form_Governance.
Último acesso em 15.4.2021).

afirma que o mercado é uma ordem, “no sentido de regularidade e previsibilidade de agir”, na medida em que “os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes”⁸⁷.

Frise-se que o objetivo dessa segurança e previsibilidade não é o de eliminar o risco inerente à atuação dos agentes econômicos, o que seria totalmente incompatível com os princípios da livre iniciativa e livre concorrência (também pilares do bom funcionamento do mercado)⁸⁸. Prestam-se elas, apenas e tão somente, a definir uma moldura que permita a esses agentes calcular minimamente as margens dos riscos a que estão expostos. Afinal, esses agentes (lembre-se, racionais) dificilmente mostrariam disposição de assumir riscos que sequer são capazes de estimar.

Nesse mesmo sentido, é papel do ordenamento definir limites ao natural egoísmo dos agentes econômicos, coibindo as manifestações de oportunismo que venham a contaminar o bom desenrolar das relações contratuais no âmbito do mercado. Na ausência de um padrão de conduta baseado na probidade, as interações em mercado seriam inviáveis, na medida em que cada uma das partes se veria totalmente à mercê da parte contrária⁸⁹.

O direito não é o único mecanismo apto a resguardar esse padrão de conduta. Como bem pontuado por Collins, as sanções extralegais são de suma importância nesse processo, podendo, inclusive, tornar a atuação do Estado praticamente despicienda⁹⁰. Mas, uma vez

⁸⁷ **Contratos Empresariais...**, pp. 117-118.

⁸⁸ Paula Forgioni comenta que os enganos dos agentes econômicos “são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial [...] Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos [uns melhores, outros piores] que dá vida a um ambiente de competição [porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente]” (**Contratos Empresariais...**, pp. 147-148).

⁸⁹ Paula Forgioni observa que “a admissão de comportamentos oportunistas que não servem ao tráfico mercantil teria por efeito o aumento dos custos das transações; em ambiente hostil, cada negócio requer que uma parte procure se proteger contra o comportamento inadequado da outra” (**Contratos Empresariais...**, p. 160).

⁹⁰ Como já se mencionou, Collins entende que os elementos essenciais para o estabelecimento de um mercado são a confiança e as sanções, que não precisam necessariamente ter natureza legal. O autor apresenta diversos casos em que um mercado se configurou a despeito da ausência do Estado, com o fito de comprovar a tese de que o valor da lei na construção de mercados é reduzido (**Regulating Contracts...**, pp. 102-110). Ainda, North entende que as instituições que modulam a estrutura das trocas podem ser formais (*formal constraints*) ou informais (*informal constraints*). Essas últimas seriam parte da cultura, envolvendo informações transmitidas social e intergeracionalmente, e, sobretudo em sociedades menos complexas, podem bastar para conferir alguma estrutura às interações sociais (**Institutions, institutional change...**, Capítulo 5, página irregular).

que haja um ordenamento jurídico que se proponha a contribuir para o adequado funcionamento do mercado, é imperioso que o faça eliminando comportamentos disfuncionais e facilitando as trocas.

Logo, o ordenamento (e os responsáveis pela sua aplicação) fica encarregado de possibilitar que qualquer agente operando em mercado tenha condições de mensurar com um grau adequado de segurança os riscos assumidos e respectivos desdobramentos. Se o empresário acredita que existe a possibilidade de seu parceiro comercial descumprir os termos da avença entre eles celebrada, deve haver alguma clareza quanto às possíveis consequências para esse comportamento.

Assentada essa premissa, cumpre indagar o significado que a segurança e a previsibilidade assumem frente às diferentes dimensões da relação contratual. Viu-se até aqui que o texto do contrato e a confiança são pautados por lógicas peculiares e dão azo a conjuntos próprios (ainda que inter-relacionados) de expectativas construídas em torno da transação. De que forma cada uma dessas dimensões é tutelada pelo ordenamento e na atividade do intérprete?

Examinem-se primeiro as expectativas que emanam do contrato em si. Já vimos que o contrato entra em cena quando a credibilidade das promessas feitas depende, em maior ou menor grau, do estabelecimento de sanções legais para a hipótese de descumprimento. Além disso, o contrato se presta a eliminar dubiedades quanto ao conteúdo das obrigações e riscos assumidos pelas partes. Essas e outras preocupações justificam os recursos investidos pelas partes na negociação e redação do instrumento.

Nada mais natural, assim, que as partes esperem que os termos da avença sejam devidamente observados. Se a parte contrária falhar no adimplemento, espera-se que o intérprete chamado a solucionar a questão salvguarde o que restou disposto no instrumento. O contrato é a manifestação mais essencial da autonomia privada, do poder de autorregulação das partes, exercido com a intenção de que aquele instrumento produza efeitos no mundo do direito⁹¹. Ignorar os seus termos equivaleria a subverter toda essa

⁹¹ Judith Martins-Costa afirma que as declarações negociais são o meio de exercício da autonomia privada, servindo como ato de determinação de deveres e de comunicação sobre a própria conduta e, nesse sentido, como “fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis” na contraparte (**A boa-fé no direito**

lógica. No mais, o instrumento contratual consubstancia prova do que as partes avençaram⁹², fornecendo, assim, uma base sólida para que o intérprete compreenda com maior precisão o alcance das obrigações pactuadas.

Nem sempre, porém, os problemas encontrarão solução clara no contrato. Como já se mencionou, o instrumento contratual é inevitavelmente incompleto; diversos fatores, inclusive a confiança que as partes depositam uma na outra, podem ocasionar discrepâncias entre o texto do contrato e a sua execução. Haverá casos em que o instrumento corresponde apenas a uma parte ínfima da forma como a relação se desenvolve. Essa possibilidade conduz à indagação sobre se e em que medida o julgador deve se aventurar na tutela das expectativas das partes que transcendam o texto do contrato.

Sob o prisma da segurança e previsibilidade, integrar essa dimensão do negócio à atividade jurisdicional pode ser desafiador. As expectativas construídas em torno da relação de confiança são produto de uma série de elementos que se acumulam ao longo do tempo e cuja valoração exata (da perspectiva das partes) não necessariamente pode ser comunicada com facilidade ao julgador, especialmente se este não estiver familiarizado com as peculiaridades do setor de atuação das partes⁹³. Daí resulta um risco de erro pelo julgador, erro na aceção de proferimento de uma decisão que frustra a legítima expectativa das

privado..., Capítulo Terceiro, § 21, Item 3, paginação irregular). Daí porque a interpretação contratual nunca pode prescindir de “um juízo de respeito e atenção ao manifestado pelas partes (então subjazendo os princípios da autonomia privada e da confiança)” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Sexto, § 50, Item 2, paginação irregular).

⁹² FORGIONI, **Contratos Empresariais...**, p. 235.

⁹³ No direito norte-americano, o tema da conveniência de incursão do julgador em temas estranhos ao texto do contrato surge nas discussões doutrinárias sobre as abordagens textualista e contextualista do direito dos contratos. Para as doutrinas textualistas, o contrato é celebrado entre partes plenamente informadas e competentes, capazes de desenhar *ex ante* contratos que garantem seus interesses em quaisquer possíveis cenários futuros. Assim, o julgador é menos apto que as partes para incorporar contexto ao contrato, sendo seu papel, apenas, ater-se ao texto elaborado pelas partes. Por outro lado, as doutrinas contextualistas consideram que o custo de antecipar contingências é excessivamente elevado, sendo mais vantajoso deixar a critério do julgador tomar uma decisão consistente com a intenção das partes à luz de acontecimentos *ex post*. Gilson et al. entendem que órgãos não especializados em matérias de comércio (*generalist courts*) têm maior dificuldade em incorporar o contexto ao julgamento de maneira eficaz (GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design. **Cornell Law Review**, Vol. 100, No. 23 (2014). Disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/Gilson%20Sabel%20&%20Scott%20final.pdf>. Último acesso em 15.4.2021). Ainda tratando das discussões entre doutrinas textualistas e contextualistas (especificamente, defendendo um regime que privilegie uma abordagem estritamente formal dos contratos): KRAUS, Jody S.; SCOTT, Robert E. Contract Design and the Structure of Contractual Intent. **New York University Law Review**, Vol. 84, No. 1.023 (2009). Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=faculty_scholarship. Último acesso em 15.4.2021.

partes envolvidas, ao invés de produzir um desfecho que as partes sejam, desde antes, capazes de antecipar.

Seria recomendável, então, que o julgador se fiasse apenas aos termos do contrato, abstendo-se de adentrar o obscuro terreno das expectativas baseadas no todo da relação negocial? Stewart Macaulay argumenta que, para partes acostumadas com o mundo dos negócios e a construção de relações com base na confiança, assegurar a tutela dessas expectativas seria mais vantajoso que garantir uma (impossível) uniformidade das decisões judiciais⁹⁴. No mesmo sentido, Collins considera que a regulação dos mercados deveria priorizar a relação negocial⁹⁵, afirmando que a calculabilidade é alcançada mais satisfatoriamente por meio de um sistema que proteja as expectativas das partes contratantes, inclusive (ou principalmente) aquelas não abarcadas pelo contrato⁹⁶.

Assim, se o intuito é fomentar o desenvolvimento dos mercados, o ordenamento não deve ser indiferente à proteção da confiança, inclusive na parte que transcender o texto do contrato. O ordenamento jurídico brasileiro incorporou a proteção a essa ordem de expectativas, essencialmente, por meio do princípio da boa-fé, que implica um dever de consideração para com os interesses da parte contrária tanto “na conclusão do contrato, como em sua execução” (artigo 422 do Código Civil) – dever esse que será levado em conta inclusive para fins de interpretação do negócio (artigo 113 do Código Civil⁹⁷).

⁹⁴ Macaulay assevera que a (a seu ver, ilusórias) previsibilidade e a uniformidade baseadas no formalismo seriam conquistadas ao preço de deixar o negócio real (*real deal*) e as expectativas construídas ao seu redor sem qualquer proteção (The real and the paper deal..., p. 51).

⁹⁵ “My contention is that the type of law that best contributes to the construction of markets and a vibrant economy would be the one that avoids clear-cut entitlements based upon the contractual framework in favour of a more contextual examination of business expectations based upon the business relation and the business deal” (**Regulating Contracts...**, p. 176). Em tradução livre: “Meu argumento é que o direito que mais contribui para o desenvolvimento dos mercados e para uma economia pulsante é o que prioriza uma análise mais contextual das expectativas negociais derivadas da relação negocial e do negócio em si, em detrimento do reconhecimento de direitos claros e bem definidos com base na estrutura contratual”.

⁹⁶ **Regulating Contracts...**, p. 181.

⁹⁷ “Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

Definir o alcance e todas as nuances do princípio da boa-fé é tarefa que, naturalmente, transcende o escopo do presente trabalho, para cujos fins basta a compreensão da relação entre a boa-fé e a tutela da confiança. Para tanto, parece útil adentrar brevemente o conceito de obrigação como processo.

Clóvis do Couto e Silva propõe o entendimento do conceito de dever a partir de uma perspectiva dinâmica, “examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”⁹⁸. Nesta acepção, a obrigação corresponde ao “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”⁹⁹, fim a que os atos do devedor devem estar orientados; e o vínculo emerge como uma unidade de cooperação, que não se limita à soma dos elementos que a compõem¹⁰⁰.

Para que essa unidade de cooperação seja aperfeiçoada, não basta o cumprimento das obrigações nos estreitos limites do instrumento contratual. O adimplemento vem matizado por um dever de colaboração, que, nos termos postos por Judith Martins-Costa, o possibilita, mensura e qualifica, viabilizando a consecução da utilidade contratual¹⁰¹.

A boa-fé corporifica esse dever de cooperação, funcionando como o referencial para que se avalie se a conduta das partes está orientada para o adimplemento satisfatório e o cuidado com os interesses da contraparte. Nesse sentido, a boa-fé dá azo à sua própria série de deveres, que podem ser instrumentais ao cumprimento da prestação (deveres anexos)¹⁰²,

⁹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo** (reimp.). Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 17.

⁹⁹ **A obrigação como processo...**, p. 20.

¹⁰⁰ **A obrigação como processo...**, p. 19.

¹⁰¹ “A colaboração *possibilita* o adimplemento porque para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas, em vista do *interesse* contratual cuja realização o concretizará [...] De outra parte, a colaboração *mensura* e *qualifica* o adimplemento na medida em que, ‘se o Direito das Obrigações implica colaboração intersubjectiva, implica, dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, *um certo tipo de colaboração*: uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada’, dentro os quais estão o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé objetiva” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Terceiro, § 19, Item 5, paginação irregular).

¹⁰² Judith Martins-Costa conceitua os deveres anexos como aqueles “insertos também nos *interesses de prestação*, mas de forma *anexa* ao dever principal. Como sua denominação indica, atuam para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional. São deveres que não atinem ao ‘que’ prestar, mas ao ‘como’ prestar [...] São necessários para possibilitar o adimplemento satisfativo, o que ocorre por via das funções hermenêutica e integrativa da boa-fé” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Terceiro, § 20, Item 4, paginação irregular).

ou voltar-se para a proteção da parte contrária contra qualquer dano decorrente da relação obrigacional (deveres de proteção)¹⁰³.

A medida desses deveres, por sua vez, será ditada pelo fim do negócio jurídico¹⁰⁴, e variará conforme as especificidades de cada caso concreto. Esse ponto é de extrema importância, pois dele resulta que os contornos exatos dos deveres decorrentes da boa-fé não podem, em regra, ser definidos em abstrato¹⁰⁵. Judith Martins-Costa comenta que os deveres de informação, por exemplo, são sempre “questão de grau”, variando de intensidade conforme a fase da relação e os elementos subjetivos, normativos e fático-objetivos da situação subjacente¹⁰⁶.

Como se vê, a incidência do princípio da boa-fé aumenta sobremaneira o alcance dos deveres e obrigações contratuais. O contrato transforma-se em “um quadro em que as estipulações voluntárias constituem a parte central”¹⁰⁷, ao redor da qual existem “elementos básicos e fundamentais à estrutura, interpretação e execução das obrigações contratuais”¹⁰⁸, exigindo-se das partes que observem “os deveres de lealdade e boa-fé [...], expressão e pressuposto necessário do contrato como instrumento, não de antagonismo entre os contraentes, mas de cooperação entre ambos no sentido de que se efetivem, para a sua recíproca satisfação, as obrigações assumidas de um para com o outro, *no quadro da expectativa que lhes era comum quando entenderam de atar entre si a relação contratual de confiança, lealdade e boa-fé*”¹⁰⁹.

¹⁰³ Para Judith Martins-Costa, os deveres de proteção diferenciam-se dos deveres anexos, “pois o interesse que tutelam é outro: não o prestar, mas o interesse de proteção, para que, da relação obrigacional, e independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte [...] Seu escopo é a proteção contra danos causados em razão da relação obrigacional” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Terceiro, § 20, Item 5, paginação irregular).

¹⁰⁴ COUTO E SILVA, **A obrigação como processo...**, p. 41.

¹⁰⁵ Judith Martins-Costa assevera que, “em todas as situações em que invocável o princípio da boa-fé objetiva, também opera o *postulado fático-normativo da materialidade das situações subjacentes*, com o que hão de ser entrecruzados os critérios de aplicação com as específicas funções ensejadas pelo caso concreto, considerada, ainda, a fase da relação obrigacional concretamente examinada; consequentemente, a determinação da cláusula geral da boa-fé objetiva não há de ser procedida ao modo da aplicação de um princípio geral, mas há de ser procedida em vista da concreta *fattispecie* contratual e das circunstâncias de direito e de fato que a circundam” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, §85, paginação irregular).

¹⁰⁶ **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Sétimo, §63, Item 7, paginação irregular.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Quarto, § 38, Item 19, paginação irregular.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Quarto, § 38, Item 19, paginação irregular.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Quarto, § 38, Item 19, paginação irregular.

Aplicando-se os conceitos acima mais especificamente ao contexto dos contratos interempresariais, começa a tomar forma um dever das partes de pautar sua conduta por padrões de correção e probidade que levem em consideração os legítimos interesses da contraparte no negócio. O negócio entre empresas desponta como uma ordem de cooperação para além dos termos do contrato, tornando o direito permeável às expectativas construídas em torno da relação de confiança dos contratantes.

Os contornos dessa ordem de cooperação serão marcados pela função econômica que o negócio desempenha, relacionada, nos dizeres de Paula Forgioni, com “a necessidade econômica que [os contratos empresariais] buscam satisfazer”¹¹⁰, com a “justificação objetiva”¹¹¹ da contratação, e não aos interesses particulares dos contratantes. Calixto Salomão Filho afirma que esse objetivo comum facilita a identificação do objeto da cooperação entre as partes¹¹². A função econômica do negócio serve como um parâmetro confiável para que o intérprete defina os limites dos deveres que emanam da boa-fé, com menos risco de frustração das legítimas expectativas das partes, e em respeito à segurança e previsibilidade.

Igualmente, os usos e práticas de mercado ajudam a traçar os contornos dos deveres decorrentes da boa-fé de forma objetivada. Esses usos e práticas emanam de interações reiteradas entre comerciantes e empresários, que acabam por selecionar as práticas mais eficientes; e essas, por sua vez, passam a ser imitadas por outros agentes¹¹³. Isso dá ensejo à presunção de que as partes se comportarão de acordo com esses moldes¹¹⁴. Assim, os usos e costumes servem como um referencial confiável para o discernimento de expectativas legítimas construídas em torno da transação¹¹⁵.

¹¹⁰ **Contratos Empresariais...**, p. 117.

¹¹¹ **Contratos Empresariais...**, p. 116.

¹¹² “Essa identificação [do objetivo comum das partes ao realizarem o negócio] tem sentido, antes de tudo, lógico. Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum (permuta de mercadorias, compra e venda, etc.), é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução. Esse objetivo não pode e não deve se esgotar na conclusão do contrato. Nessa perspectiva, o princípio da força obrigatória dos contratos adquire uma outra função. Passa a ser instrumental não para a garantia dos interesses das partes, mas, sim para a persecução de seu objetivo comum” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. **Revista de Direito Mercantil**, v. 141, 2006, p. 15).

¹¹³ FORGIONI, **Contratos Empresariais...**, p. 135.

¹¹⁴ FORGIONI, **Contratos Empresariais...**, p. 136.

¹¹⁵ Nos termos postos por Judith Martins-Costa, os usos e práticas de mercado “auxiliam a perceber o que, naquele setor, é o legitimamente esperado. Por essa razão, tornam objetiva (ou objetivável), a expectativa do destinatário da manifestação negocial [...] De fato, a conexão entre a boa-fé e os usos e/ou as práticas auxilia

Assim, princípios como o da boa-fé incorporam a tutela da confiança ao ordenamento, sem se limitar ao texto do contrato. A função econômica do negócio e os usos e práticas de mercado ajudam o intérprete a aplicar o instituto sem prejuízo da segurança e previsibilidade. Pelo contrário: essas máximas são protegidas, pois a boa-fé impede que a letra do contrato seja utilizada como um escudo, uma justificativa para a prática de condutas oportunistas ou disfuncionais às relações de mercado¹¹⁶.

Por último, não se pode perder de vista que, por mais robusta que seja a atuação do julgador na preservação do texto do contrato, da boa-fé, da segurança e previsibilidade, fato é que a realidade dos negócios é tão engenhosamente complexa que haverá situações para as quais o intérprete dificilmente conseguirá proferir uma decisão sem frustrar de alguma forma as expectativas das partes. Macaulay aponta que os problemas apresentados

a minimizar a tensão entre a segurança jurídica e os traços acima destacados da informalidade e da atipicidade” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Quarto, § 28, Item 6, paginação irregular).

¹¹⁶ Williamson considera que o direito que pretenda dar suporte adequado às formas híbridas de contratação não deve ser indiferente aos casos em que a execução literal do contrato cria margem para o oportunismo. Esse é o fundamento por trás das chamadas *excuse doctrines*, o conjunto de doutrinas que admitem a possibilidade de desvio do texto literal do contrato em prol da limitação do oportunismo: “Such adaptability notwithstanding, neoclassical contracts are not indefinitely elastic. As disturbances become highly consequential, neoclassical contracts experience real strain, because the autonomous ownership status of the parties continuously poses an incentive to defect. The general proposition here is that when the “lawful” gains to be had by insistence upon literal enforcement exceed the discounted value of continuing the exchange relationship, defection from the spirit of the contract can be anticipated [...] From an economic point of view, the tradeoff that needs to be faced in excusing contract performance is between stronger incentives and reduced opportunism. If the state realization in question was unforeseen and unforeseeable (different in degree and/or especially in kind from the range of normal business experience), if strict enforcement would have truly punitive consequences, and especially if the resulting “injustice” is supported by (lawful) opportunism, then excuse can be seen mainly as a way of mitigating opportunism, ideally without adverse impact on incentives. If, however, excuse is granted routinely whenever adversity occurs, then incentives to think through contracts, choose technologies judiciously, share risks efficiently, and avert adversity will be impaired. Excuse doctrine should therefore be used sparingly—which it evidently is (Farnsworth, 1968: 885; Buxbaum, 1985)” (Comparative Economic Organization..., p. 273). Em tradução livre: “Sem prejuízo dessa adaptabilidade, os contratos neoclássicos não são infinitamente elásticos. À medida que as perturbações se tornam significativas, os contratos neoclássicos ficam sob grande pressão, porque a autonomia das partes é um incentivo constante à não colaboração. A proposição geral é de que, quando os ganhos ‘legais’ a serem obtidos mediante execução literal do contrato superam o valor futuro da manutenção da relação, é de se antecipar que haja desvios em relação ao espírito do contrato [...] Do ponto de vista econômico, o equilíbrio a ser observado na liberação dos efeitos de um contrato diz respeito ao fortalecimento dos incentivos e desencorajamento do oportunismo. Se a situação em questão era imprevisível e imprevisível (divergindo em grau e, principalmente, em espécie daquilo que se vê normalmente no mundo dos negócios), se a execução literal trouxe consequências verdadeiramente penosas, e em especial se a ‘injustiça’ daí decorrente conta com o suporte do oportunismo (lícito), a escusa ao cumprimento pode ser vista como uma forma de mitigar o oportunismo, idealmente sem efeitos adversos para os incentivos. Se, contudo, a escusa é admitida rotineiramente, toda vez que houver adversidade, então os incentivos para que se pense a relação a partir do contrato, escolhendo técnicas cuidadosamente, alocando riscos de maneira eficiente, e evitando adversidades ficam prejudicados. As doutrinas que admitem a escusa devem portanto ser usadas com parcimônia, o que corresponde, evidentemente, à realidade”.

no curso de contratos complexos de longa duração muitas vezes desafiam a própria capacidade do direito de fornecer respostas adequadas¹¹⁷; nesses casos, o acordo é inevitavelmente a melhor forma de manter os custos e o desfecho da disputa no controle das partes¹¹⁸.

Na mesma linha, Richard Speidel defende que cabe ao julgador encorajar as partes a encontrar uma solução comum, prestigiando o compartilhamento dos riscos, em vez de sua alocação em desfavor de uma das partes¹¹⁹. Assim, há de se acrescentar aos papéis desempenhados pelo direito o de facilitar as negociações e o acordo entre as partes, garantindo-se, também aí, a devida observância ao dever de cooperação.

1.3.O IMPACTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

1.3.1. Existe uma obrigação de manter-se solvente?

Assentadas as premissas anteriormente expostas, cumpre indagar onde a crise da empresa se posiciona nessa complexa dinâmica. Afinal, se a confiança nasce da crença na capacidade e na intenção do outro contratante de dar cumprimento àquilo que se avençou e a força obrigatória dos contratos é pedra fundamental do bom funcionamento do mercado,

¹¹⁷ The real and the paper deal..., p. 60. No mesmo sentido, Gilson et al. propõem que, na presença de um grau elevado de incerteza, tanto as partes (ao redigirem o contrato) quanto o julgador (ao proferir uma decisão) dispõem de poucos elementos para antecipar contingências com exatidão ou enfrentar contingência *ex post* sem grande risco de erro. É por isso que tais circunstâncias costumam dar azo a formas de contratação baseadas, fundamentalmente, na colaboração, cabendo ao intérprete apenas aferir o cumprimento do dever de colaborar (Text and Context..., pp. 45-48).

¹¹⁸ The real and the paper deal..., p. 77-79.

¹¹⁹ “This being said, how should the court implement these purposes? The answer is by providing incentives for parties still in a long-term relationship to commence or continue negotiations until there is either a disagreement in good faith or an agreement that terminates or modifies the contract. Given this objective, an expanded duty of good faith is essential. The purpose of expecting and occasionally requiring good faith negotiations is to facilitate agreement and dispute resolution. Good faith in this context facilitates private agreement. It complements the highly regarded values of dispute resolution in this country. The alleged costs of preserving a contract and imposing a duty to negotiate in good faith even though not required by the agreement are outweighed by the potential value of achieving real consent through bargaining after disruptive events for which the contract did not plan have occurred” (The characteristics and challenges..., p. 846). Em tradução livre: “Isso dito, de que forma o julgador pode implementar esse objetivo? Assegurando incentivos para que as partes em uma relação de longo prazo comecem a negociar ou continuem negociando até que haja um desentendimento em boa-fé ou consenso quanto à extinção ou modificação do contrato. À luz desse objetivo, a boa-fé assume papel essencial. O objetivo de esperar e eventualmente exigir negociações em boa-fé é facilitar o acordo e a resolução de disputas. Nesse contexto, a boa-fé facilita o acordo privado. Ela complementa os valores tidos em alta conta na resolução de disputas neste país. Os supostos custos de preservar um contrato e de exigir das partes que negociem de boa-fé mesmo que o contrato não preveja isso são superados pelo valor potencial de atingir um consenso verdadeiro mediante negociação posterior a eventos disruptivos não planejados pelo contrato”.

é de se esperar que a confessa inabilidade do devedor de fazer frente às suas obrigações estremeça suas relações negociais já existentes e a sua capacidade de encontrar novos parceiros comerciais.

Há de se entender, então, que de alguma forma as partes estão obrigadas a se manter sempre solventes, sob pena de sacrificar seus contratos presentes e futuros? Ou, em outros termos, a parte só cumpre integralmente seus deveres (explícitos e implícitos) frente ao parceiro comercial caso se mantenha distante de qualquer problema de solvência ou liquidez?

Considere-se que as obrigações e deveres da parte podem decorrer da lei, do contrato ou da aplicação do princípio da boa-fé. Do ponto de vista da lei, não parece haver muito sentido na ideia de uma “obrigação de solvência”, quando o próprio ordenamento se encarregou de definir que a crise empresarial não é, por si só, condenável.

A legislação concursal estabelece expressamente como diretriz a preservação da empresa, desde que viável – diferentemente do que ocorria no passado, quando a insolvência era tida como ato ilícito passível de punição¹²⁰. Apresentado um pedido de recuperação judicial, o devedor não tem mais de arcar com suas obrigações de pagamento no prazo avençado; a lei lhe confere proteção contra execuções individuais dos credores, dando-lhe condições para negociar com eles uma nova proposta de pagamento. Logo, existe, ao menos implicitamente, o reconhecimento de que a mera incapacidade da empresa de arcar pontualmente com suas obrigações não consubstancia uma ilicitude.

Se não há “proibição” à insolvência no plano da lei, cumpre indagar se às partes seria dado convencionar essa obrigação por meio do contrato, por exemplo, enquadrando o pedido de recuperação judicial como um ilícito contratual apto a ensejar a resolução da

¹²⁰ Em sua origem, no período medieval, o direito falimentar era predominantemente voltado para o pagamento dos credores, prevendo penalidades bastante severas em desfavor do devedor que deixasse de cumprir suas obrigações no prazo e na forma avençadas. O rigor da punição era decorrência da presunção de fraude (*decoctor ergo fraudator*) que acompanhava a condição de bancarrota. Conforme anota Fábio Konder Comparato, “a insolvabilidade de um mercador, nos estatutos corporativos medievais, não dava apenas ensejo à apuração de crimes praticados pelo falido. Ela era em si mesma um crime” (**Aspectos jurídicos da macro...**, p. 95). Jorge Lobo identifica no direito falimentar medieval a concepção de que o descumprimento das obrigações assumidas atentava contra o crédito público e, portanto, contra a coletividade (LOBO, Jorge. **Direito Concursal**: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4).

avença. Afinal, em uma primeira análise, o ordenamento jurídico brasileiro não contém restrição à pactuação desse tipo de cláusula.

Avaliando-se previsões dessa natureza apenas à luz dos objetivos do sistema concursal, a sua legitimidade parece dúbia. Cláusulas dessa natureza visariam a proteger os interesses do contratante no caso de a contraparte requerer recuperação judicial, blindando-o, em alguma medida, das consequências do procedimento. Mas, como já se expôs, a recuperação judicial pressupõe algum grau de sacrifício de todas as partes que interagem com o devedor, especialmente nos casos em que essas partes sejam titulares de crédito em face da empresa recuperanda. Assim, disposições desse tipo parecem estranhas ao princípio da preservação da empresa.

Por outro lado, viu-se que o contrato serve justamente ao objetivo de alocar riscos decorrentes de possíveis acontecimentos futuros entre as partes. Sendo o pedido de recuperação judicial um desses riscos (já que, como comentado, a crise é um risco indissociável do exercício de qualquer forma de atividade empresarial), e não havendo vedação direta no ordenamento, não haveria, a princípio, razão para que se impedissem os contratantes de regulamentar os efeitos desse evento por meio do instrumento contratual.

Vê-se, assim, que não há resposta clara quanto ao estabelecimento de consequências contratuais para a recuperação judicial. Definir a crise empresarial como um ilícito contratual dá azo a um conflito entre diferentes ordens de princípios: de um lado, a preservação da empresa e dos interesses que congrega; de outro, a liberdade de contratar e a força obrigatória dos contratos, cujo resguardo é de suma importância para o adequado funcionamento do mercado. Essas ordens de princípios terão, inexoravelmente, de ser compatibilizadas no caso concreto, à luz das circunstâncias que rodeiam o pedido de recuperação judicial e o desenvolvimento da relação interempresarial, como se verá mais adiante.

Tais circunstâncias também hão de ser levadas em consideração para que se avalie se o princípio da boa-fé e a necessária tutela da confiança poderiam impor à parte alguma forma de obrigação de solvência.

A boa-fé exige consideração para com os interesses legítimos da parte contrária, a fim de que o contrato possa desempenhar adequadamente a função econômica para a qual foi desenhado. A insolvência se choca com esses interesses, pois coloca em xeque o cumprimento das obrigações assumidas e, eventualmente, a própria continuidade da empresa, em claro prejuízo da consecução dos objetivos da contratação.

Logo, parece razoável que a boa-fé exija das partes que empreendam esforços razoáveis para, na medida do possível, evitar a crise empresarial. Isso abarca a condução dos negócios com responsabilidade, evitando-se riscos excessivos ou decisões imprudentes; obrigações que, vale frisar, sempre integram o escopo daquilo que se espera da atuação da administração de uma sociedade. Mas, cumpridos os deveres de diligência e boa-fé na tomada de decisões de gestão, não se cogita do descumprimento de um dever legal ou da responsabilização da administração nesse tocante¹²¹. Até porque, repita-se, o ordenamento jurídico, ao consagrar o instituto da recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa, reconheceu que a crise, *per se*, não consubstancia uma ilicitude de qualquer tipo.

Entretanto, encontrando a crise em causas não imputáveis ao devedor, a boa-fé, figura extremamente mutante que é, assumirá outros contornos¹²². Da parte do devedor, a crise não o exime dos deveres de consideração para com os interesses da parte contrária. Incumbe-lhe, na medida do possível, continuar a preservá-los, mitigando os prejuízos decorrentes de sua situação de iliquidez, sem ignorar, naturalmente, os limites estabelecidos pela lei concursal.

¹²¹ Vale lembrar que o artigo 159, § 6º, da Lei de Sociedades Anônimas dispõe que “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”. Esse dispositivo incorpora, em alguma medida, a chamada *business judgment rule*, que “busca proteger administradores de serem pessoalmente responsabilizados pela tomada de decisões negociais de forma diligente, de boa-fé e no interesse da companhia. Prestigia-se, assim, a análise do processo decisório, evitando-se que juízes levem em conta o resultado da decisão ao analisar a conduta de administradores” (BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A Business Judgment Rule no Direito Brasileiro: a Problemática da Recepção da Regra pela Lei das S.A. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Vol. 74 (out.-dez. 2016)).

¹²² Acerca da aplicabilidade da cláusula geral de boa-fé e do instituto do abuso de direito ao processo de recuperação judicial: MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do Credor e do Devedor na Recuperação Judicial. In CERZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez Anos da Lei no 11.101/2005**: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 177-182; DE LUCCA, Newton. Abuso do direito de voto de credor na assembleia geral de credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101-05. In FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**, São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 649-652.

Do lado do credor, a crise renova as exigências de cooperação com a parte contrária. A boa-fé lhe impõe o dever de não agravar ainda mais as tribulações do devedor por meio de comportamentos desmedidamente autointeressados. Esse ponto é importante, porque a crise não é um ambiente propício para o surgimento da cooperação. A “sombra do futuro” comentada por Axelrod se atenua quando existe a possibilidade de que um dos jogadores em breve não esteja mais no mercado: é possível que não haja encontros futuros suficientes em perspectiva para justificar a preocupação da parte com eventual retaliação.

Frise-se que não se está a sugerir que delimitar o alcance da boa-fé nas circunstâncias acima seja tarefa simples. As exigências da boa-fé no contexto de uma relação interempresarial em que uma das partes se vê assolada por uma crise continuam a conviver com diversas outras ordens de valores dignos de serem preservados – com destaque para o respeito à autonomia privada, à liberdade de contratar e à liberdade das partes na condução de seus negócios – que têm, todas, relação com a proteção da livre iniciativa e a livre concorrência.

Cabe lembrar que a boa-fé se presta a incrementar a segurança e a previsibilidade nas contratações. A crise não pode servir para criar um regime de exceção, no qual o direito dos contratos como se lhe conhece não tem mais nenhum valor. Pelo contrário: a ideia é que se continue, na medida do possível, a salvaguardar a força obrigatória dos contratos e a desincentivar o oportunismo. A diferença é, apenas, que essas diretrizes acabarão matizadas pela crise empresarial, criando condições peculiares para a apuração dos deveres de cooperação impostos pela boa-fé.

Tome-se como exemplo os deveres das partes perante terceiros. Os deveres de proteção decorrentes da boa-fé sempre impõem que da execução do contrato não resulte nenhum dano injusto em desfavor de terceiros¹²³. Não se trata de uma exclusividade da situação de crise. Mas estando uma das partes em recuperação judicial, a coletividade de credores assumirá posição de destaque entre esses terceiros cujos interesses de proteção devem ser protegidos, e a valoração desses interesses não poderá ser indiferente aos objetivos enumerados na lei concursal.

¹²³ Judith Martins-Costa observa que os deveres de proteção se revelam nos “deveres referentes *ao resguardo da esfera jurídica de terceiros* eventualmente atingidos pelo contrato” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Sétimo, § 64, Item 2, paginação irregular).

Como se vê, estando uma das partes em dificuldades econômico-financeiras, as situações de abuso ou disfuncionalidade acabarão tendo como pano de fundo a crise do devedor. Não há como antecipar, porém, o peso exato que a crise assumirá no sopesamento dos deveres oriundos da boa-fé. Ela é apenas um dos fatores a serem considerados na dimensionalização da intensidade desses deveres.

Bem se nota que a tutela da confiança – tarefa já complexa em circunstâncias normais – torna-se ainda mais sensível quando a crise e todas as variáveis que a acompanham entram em cena. As dificuldades que o sopesamento de todos esses fatores representam para o intérprete serão objeto de capítulo próprio. Por ora, convém lembrar que a confiança pode prosperar mesmo na ausência de intervenção do ordenamento jurídico ou da atividade do julgador. Se os benefícios envolvidos para as partes forem maiores que o risco de desapontamento por elas percebido, a cooperação pode florescer.

Em outros termos, o (r)estabelecimento da cooperação mesmo na presença da crise não depende umbilicalmente da atuação de uma autoridade jurisdicional. É possível que essa seja justamente uma daquelas situações em que os interesses envolvidos são tão complexos que a solução mais consistente seja aquela a que as partes consigam chegar por si mesmas. Se a contratação e, principalmente, a relação empresarial continuarem sendo interessantes para os envolvidos, o tremor ocasionado pela crise não precisa ser fatal. As partes podem divisar novos mecanismos para fomento da confiança.

Por exemplo, partes que se mantêm mutuamente ao corrente do estado de suas finanças e eventuais dificuldades pelas quais estejam passando provavelmente serão impactadas pelo pedido de recuperação de uma forma completamente diferente de partes que sejam por ele surpreendidas. A transparência pode ajudar a preparar o terreno para o pedido de recuperação e assegurar que a relação continue se desenvolvendo sem maiores dificuldades.

Os próximos itens procuram exemplificar circunstâncias que contribuem ou prejudicam o desenvolvimento da confiança em um cenário de crise, seja para contratos pré-existentes, seja para novos contratos. A ideia não é enumerar deveres que hão de ser

observados sob pena de sanções legais, e sim identificar conjuntos de circunstâncias que podem conferir maior ou menor conforto na contratação com uma empresa em recuperação judicial.

1.3.2. Relações negociais anteriores ao pedido de recuperação judicial: o compartilhamento dos efeitos da crise

Nos casos em que as partes se aproximaram antes de a crise se instaurar, a relação negocial possivelmente nasceu sem que houvesse qualquer grande empecilho à credibilidade das obrigações assumidas. O risco de inadimplemento, embora sempre presente, podia ser percebido como uma possibilidade remota.

Uma vez que uma das partes se veja em dificuldades econômico-financeiras, o risco de inadimplemento cresce, e a própria continuidade da relação se vê ameaçada, pois, na hipótese de falência, o devedor pode simplesmente deixar de atuar em mercado. Como a disposição das partes para colaborar é sensível a custos¹²⁴, esse incremento pode custar a cooperação do credor na relação. O desmoronamento da cooperação pode se apresentar nas mais variadas formas: desde uma menor tolerância com comportamentos até então aceitos, até a busca de um caminho para o encerramento do contrato e da relação interempresarial em questão.

A questão, então, é entender que circunstâncias encorajariam o credor a colaborar a despeito do aumento de risco ocasionado pela crise – ou, em outras palavras, como motivar a solidariedade e a disposição do credor para compartilhar os efeitos da crise do devedor, concordando em se manter atado a e cooperando com uma empresa que em breve pode deixar de existir.

Como a confiança é produto das interações entre as partes, é provável que a dinâmica negocial construída antes de a crise se instalar impacte decisivamente o rumo que a relação irá tomar. As partes podem ter acumulado um histórico de soluções amigáveis de problemas de diversas naturezas; podem ter se habituado ao compartilhamento constante de informações e ao auxílio recíproco em uma diversidade de situações, mesmo quando

¹²⁴ Bernard Williams entende que a disposição do indivíduo para cooperar é *cost-sensitive*: o agente assume o risco de cooperar se suas perdas estiverem limitadas a um determinado patamar (Formal Structures and Social Reality..., p. 6).

tais atitudes não fossem fundadas em disposições literais do contrato. É possível também que a relação tenha evoluído a ponto de gerar um grau considerável de dependência (unilateral ou recíproca) entre as partes, e estas vejam o futuro de seus próprios negócios atrelado à continuidade, ou não, das atividades da parte contrária.

Quanto mais robusta a relação de confiança antes da instalação da crise, maiores as chances de que as partes encontrem uma forma de levar a relação adiante mesmo na presença de dificuldades (presumindo-se, evidentemente, que as partes continuem a implementar as práticas que possibilitaram o surgimento da confiança). O valor que as partes atribuem a uma relação sólida é possivelmente maior que o valor monetário de créditos pontualmente inadimplidos; logo, parece simplista pensar o valor que o parceiro comercial atribui à recuperação do devedor apenas a partir do montante dos pagamentos em aberto.

Por outro lado, se a relação já era, antes do pedido de recuperação judicial, marcada pela desconfiança e pelo exercício autointeressado de prerrogativas contratuais, é de se esperar que um esforço muito maior seja exigido para que essas circunstâncias sejam modificadas no contexto da recuperação judicial.

No mais, como a confiança depende também dos dados que se tem acerca da parte contrária, a informação pode ser um remédio poderoso para eventuais problemas de cooperação ocasionados pela crise. Dividir informações sobre o estado dos negócios do devedor, sobre as perspectivas de recuperação, entre outros dados relevantes para que se apure a exata profundidade da crise, pode conferir algum conforto ao credor para seguir colaborando como sempre (ou quase como sempre)¹²⁵.

Como o devedor (por conta da crise de seus negócios) é quem, a princípio, está dando azo à interferência no equilíbrio da confiança, incrementando o risco para a parte contrária, é relevante que ele esteja atento para não criar outras causas para a quebra da

¹²⁵ Leonardo Adriano Ribeiro Dias entende ser a transparência um desdobramento da confiança que o devedor busca reconquistar junto a seus credores ao propor o plano de recuperação, que pressupõe a prestação de informações sobre a crise, suas causas e um retrato da situação econômico-financeira instalada (DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Transparência na Recuperação Judicial**: deficiências, limites e soluções. USP, 2016. Tese de Doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 31).

cooperação, mesmo se estiver receoso de que a parte contrária deixe de colaborar e antecipar alguma forma de retaliação.

Considere-se, por exemplo, o caso de um devedor convencido de que, a partir do momento em que a recuperação judicial for anunciada, não terá mais a possibilidade de comprar produtos de um determinado fornecedor a crédito. Isso o leva a não só esconder do parceiro o estado crítico de suas finanças, mas também a realizar um grande pedido com pagamento a prazo às vésperas da recuperação, já ciente de que o valor correspondente estaria sujeito ao procedimento.

Pode ser que o devedor tivesse razão e o respectivo credor, se ciente das dificuldades, realmente tivesse negado o pedido. Mas a opção de não colaborar pode, a médio e longo prazo, provar-se mais danosa que benéfica. Assegurou-se um pedido específico, mas ameaçou-se a continuidade da relação como um todo, na medida em que um comportamento desse tipo pode ter consequências irreversíveis para a relação de confiança entre as partes¹²⁶. Aqui, mais uma vez, evidencia-se a importância de discernir os créditos inscritos no procedimento do valor que a relação possui para os envolvidos.

Assim, a transparência e a lealdade do devedor podem ser decisivas para orientar a disposição da parte contrária em manter a relação negocial. Da mesma forma que o exercício literal de prerrogativas contratuais pode se mostrar um empecilho à construção da confiança, uma eventual opção do devedor por se “esconder” atrás da blindagem que lhe é conferida pela lei concursal pode comprometer o restabelecimento da cooperação com seus

¹²⁶ Tratando da relação entre transparência no período imediatamente anterior ao pedido de recuperação judicial e seus efeitos sobre a confiança dos credores, Leonardo Adriano Ribeiro Dias observa: “Nota-se, portanto, que há uma tensão entre transparência e retenção de informações antes mesmo do processo de recuperação: o devedor em dificuldades sonega informações de suas contrapartes, temendo a rescisão de contratos e o agravamento da crise. Por sua vez, até por questão de boa-fé no cumprimento contratual, as contrapartes deveriam ter ciência da situação de crise do devedor, o que pode acontecer somente quando o pedido de recuperação judicial é distribuído. Nesse cenário, o inadimplemento de contratos relevantes conferirá aos respectivos credores vantagens informacionais que lhes permitirão tomar medidas preparatórias ao pedido de recuperação judicial ou extrair outras vantagens dessa situação.

Nos casos em que o pedido for súbito e inesperado, a assimetria informacional tende a ser maior, pois os credores podem ser pegos de surpresa e não reunirem elementos necessários a um diagnóstico preliminar sobre a situação do devedor. Em tais situações, a produção de informações pode demandar tempo, prejudicar determinadas ações preliminares urgentes e aumentar a desconfiança dos credores” (**Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 48).

parceiros comerciais. Respeitados os limites impostos pela LRE, é ônus do devedor cuidar para que o tremor às relações interempresariais não seja maior do que o necessário¹²⁷.

Por último, cumpre tecer um breve comentário sobre eventuais “ajustes” aos termos originais do contrato, especialmente por meio da celebração de um novo instrumento, posterior ao pedido de recuperação, mas entre partes que já mantinham relações comerciais antes do advento da crise.

Espera-se, nesse caso, que a experiência prévia das partes nos negócios comuns influencie positivamente o contrato, começando pela própria concordância do parceiro comercial em celebrá-lo. É, porém, natural e até esperado que determinadas condições da contratação, como preços e prazos de pagamento, sejam ajustadas para acomodar o incremento de risco experimentado pelo parceiro comercial, desde que respeitados os limites impostos pela LRE nessa matéria (por exemplo, no tocante ao oferecimento de garantias).

Ninguém melhor que as próprias partes para, de posse do conhecimento de seu histórico negocial, chegar a uma solução adequada para todos os envolvidos; e, como se verá no próximo item, um pequeno sacrifício dos interesses imediatos do devedor pode ser importante para criar vínculos robustos que viabilizem a superação da crise.

1.3.3. Relações negociais posteriores ao pedido de recuperação judicial: a (re)instauração da confiança

Nas relações negociais surgidas após o pedido de recuperação judicial, não há interações anteriores a dar suporte à cooperação entre as partes. Não existe uma relação que possua valor em si mesma e possa justificar concessões ao devedor por parte do outro

¹²⁷ Daniel Carnio Costa propõe que o modelo de recuperação de empresas previsto na LRE é baseado na divisão de ônus entre os credores e o devedor, a fim de que se atinja a recuperação da empresa e os benefícios econômicos e sociais daí decorrentes: enquanto os credores “suportarão prejuízo, no curto e médio prazo”, ao devedor incumbe atuar “de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão [i.e., a recuperação judicial]” (A divisão equilibrada de ônus..., p. 54). Parece que a ideia de divisão dos ônus é aplicável ao que aqui se propõe em matéria de fomento da cooperação em um cenário de crise: a confiança só poderá ser adequadamente estabelecida se tanto o devedor quanto seus parceiros comerciais estiverem dispostos a fazer concessões e se expor a riscos, sempre no intuito de fomentar a colaboração da contraparte e usufruir dos benefícios de uma relação mutuamente cooperativa.

contratante. A confiança precisa ser construída do zero, quando os receios do inadimplemento e da não continuidade do devedor no mercado já são uma realidade.

Nesse contexto, o compartilhamento de informações assume, mais uma vez, enorme relevância. Os dados divididos com o novo contratante serão, potencialmente, os principais alicerces da credibilidade das promessas do devedor. Quanto mais informações o potencial parceiro comercial tiver sobre o estado das finanças do devedor e sua efetiva viabilidade, maiores as chances de que essas novas contratações saiam do papel, criando parcerias sólidas para o devedor durante e após o pedido de recuperação.

Além disso, como já se mencionou anteriormente, a confiança pode ser fomentada pela concordância da parte em pagar um preço mais elevado nas primeiras interações, ou em executar sua parte da avença primeiro – comportamentos que sinalizam a credibilidade da parte que faz tal promessa. Consequência disso é que o devedor pode ter de concordar com esse tipo de condições, a fim de convencer o novo parceiro comercial de sua intenção e capacidade de dar cumprimento às obrigações assumidas. Da mesma forma que ocorre com os novos contratos celebrados com parceiros antigos, esse é o preço a se pagar para compensar o risco elevado a que a contraparte está exposta.

Em uma primeira análise, pareceria incompatível com os objetivos da recuperação “obrigar” o devedor a pagar um preço mais alto pelos produtos e serviços adquiridos, quando deveria estar contendo custos. Contudo, se essa for a única (ou a melhor) forma de convencer a parte contrária da credibilidade das promessas feitas, o investimento pode, no médio e longo prazo, mostrar-se vantajoso. Para além de adquirir produtos ou serviços, o devedor está realizando um investimento em confiança, que pode, no futuro, lhe trazer bons frutos. Lembre-se que o objetivo final é a superação da crise e o retorno do devedor ao mercado, para o que precisará de vínculos sólidos com outros agentes econômicos. Ademais, à medida que o devedor se mostra apto a cumprir seus compromissos, a tendência é que exigências dessa natureza sejam suavizadas.

Se nem a concordância do devedor em pagar um preço mais elevado bastar para convencer a parte contrária a celebrar a avença, é possível que o credor tenha de avaliar a concessão de uma garantia que torne a credibilidade de sua palavra, em certa medida,

dispensável¹²⁸. Contudo, nesse caso o devedor terá de lidar com as limitações que a lei concursal lhe impõe nesse tocante.

Como se vê, construir a confiança quando a capacidade da parte de cumprir suas obrigações e sua própria continuidade no mercado já foram colocadas em xeque pode ser um desafio. O devedor há de convencer a parte contrária de que os benefícios decorrentes da contratação são maiores que o risco de desapontamento naquela relação. De forma geral, quanto mais sólidas forem as possibilidades de recuperação do devedor e quanto maior sua capacidade de transmitir confiança aos potenciais contratantes, maiores as possibilidades de que ele encontre agentes econômicos dispostos a estabelecer relações negociais em condições consideravelmente favoráveis.

De resto, não é demais lembrar que o devedor conta com o suporte da lei concursal na missão de (re)construir a confiança em suas contratações. O próximo capítulo dedica-se, assim, a entender se a LRE assume um papel relevante na disciplina dos contratos interempresariais do devedor e, eventualmente, no fomento da cooperação entre o devedor e seus parceiros comerciais.

¹²⁸ Como se verá no item 2.1.3 abaixo, as garantias preenchem a lacuna deixada pelo direito dos contratos, já que, à possibilidade de reclamar judicialmente o pagamento, acrescenta-se um bem designado especialmente àquele credor.

2. A MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR NA AUSÊNCIA DE UMA DISCIPLINA ESPECÍFICA

2.1. AS DISPOSIÇÕES DA LRE E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS CELEBRADOS PELO DEVEDOR

2.1.1. O tratamento privilegiado conferido a determinados créditos

2.1.1.1. A extraconcursalidade dos créditos constituídos após o pedido de recuperação

A primeira observação a fazer acerca do tratamento dos contratos do devedor no âmbito da LRE é o fato de que ele acontece apenas de maneira indireta. O diploma não contém referência expressa a eventuais efeitos da recuperação judicial sobre os contratos em curso ou sobre os novos contratos celebrados pelo devedor.

É verdade que o artigo 49, § 2º, da LRE consigna que “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”, sugerindo que a recuperação judicial não deverá, a princípio, causar interferências no conteúdo dos contratos a ela anteriores. Mas pouco ou nada diz sobre a forma como deve se dar o exercício de prerrogativas contratuais no curso do procedimento.

Com efeito, a LRE, em vez de disciplinar os contratos do devedor, ocupou-se, primordialmente, de regular os créditos decorrentes de tais contratos. Essa diferenciação é importante porque, como já se mencionou, os interesses dos parceiros comerciais do devedor na continuidade (ou não) da relação interempresarial nem sempre contarão com expressão monetária clara. É de se esperar, portanto, que haja um conjunto de circunstâncias e conflitos contratuais cujos desdobramentos não são regulamentados com clareza pela lei concursal.

Não obstante, tendo a LRE se ocupado de definir o regime aplicável aos créditos da empresa em recuperação, dentre os quais se incluem aqueles decorrentes de contratos

interempresariais, o tratamento conferido a tais créditos será, aqui, utilizado como ponto de partida para a análise da disciplina indireta das relações negociais do devedor.

O artigo 49 da LRE sujeita à recuperação judicial “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Bem se vê, assim, que o objetivo da lei parece ter sido sujeitar todas (ou quase todas¹²⁹) as dívidas do devedor ao procedimento, o que se afigura compatível com o objetivo da recuperação judicial de permitir a reestruturação do passivo da recuperanda. Os credores de dívidas existentes por ocasião do pedido de recuperação ficam impedidos de perseguir o pagamento em procedimentos individuais, nos termos do artigo 6º da LRE, não lhes restando alternativa senão se engajar em negociações com o devedor, com o fito de (tentar) encontrar novas condições de pagamento que satisfaçam os interesses de todas as partes envolvidas, ou, então, se sujeitar às condições de pagamento negociadas por outros credores.

A importância do plano de recuperação judicial no contexto da reestruturação do passivo do devedor e na criação de alternativas para a superação da crise será objeto de item próprio. Por ora, interessa destacar a premissa subentendida no texto do artigo 49 da LRE: se estão sujeitos à recuperação judicial os créditos existentes na data do pedido, os créditos constituídos em data posterior não estarão, conseqüentemente, submetidos aos efeitos do procedimento. Em outros termos, os créditos que venham a se formar após o

¹²⁹ Ficam excepcionados os créditos que a própria LRE exclui do escopo do procedimento, dentre os quais pode-se mencionar, por exemplo: (i) aqueles detidos por “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio” (artigo 49, § 3º); (ii) os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (artigo 49, § 4º c/c artigo 86, inciso II); (iii) os créditos tributários (artigo 49, § 7º); e (iv) os créditos constituídos nos 3 (três) anos anteriores ao pedido de recuperação “com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias” (artigo 49, § 9º). Vale notar que a opção legislativa por afastar os efeitos da recuperação judicial para uma parcela considerável dos créditos do devedor não passa isenta de críticas na doutrina, especialmente no que diz respeito à exclusão dos créditos garantidos por propriedade fiduciária. Manoel de Queiroz Pereira Calças comenta que “a pura e simples exclusão de tais créditos da abrangência do plano de recuperação da crise econômico-financeira da empresa pode acarretar – como de fato acarreta – imensas dificuldades, ou mesmo inviabilizar o soerguimento da empresa, principalmente quando ela tenha pactuado contratos de financiamento bancário garantidos por cessão fiduciária de créditos” (PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Créditos submetidos à recuperação judicial*. In LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 104). Em caráter mais abrangente, Adriana Dias de Oliveira observa que “na medida em que diversos credores são deixados fora do concurso e, em consequência, podem exercer seus direitos livremente sobre os bens do devedor, a vantagem criada pelo sistema falimentar – evitar a corrida de credores contra os bens do devedor – desaparece, e o sistema falimentar perde sua efetividade” (OLIVEIRA, Adriana Maria Cruz Dias de. **Créditos sujeitos à recuperação judicial**. USP, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 60).

pedido deverão ser quitados na forma avençada entre as partes e poderão ser livremente executados em caso de inadimplemento.

Francisco Satiro considera que há três razões principais para esse tratamento diferenciado dos créditos constituídos após o pedido. A primeira diz respeito à lógica do instituto da recuperação judicial, já que “a crise do empresário diz respeito a dívidas que já possui e que precisam ser equacionadas” e “o procedimento não pode servir de salvo conduto para permitir que um empresário passe a contratar como quiser e depois pretenda alterar o status do crédito ou submetê-lo ao plano”¹³⁰. A segunda se relaciona com a necessidade de conferir segurança jurídica ao processo de elaboração e deliberação do plano de recuperação judicial¹³¹.

A terceira, e a que mais interessa nesse tópico, refere-se à necessidade de fomento ao “dinheiro novo”, definido pelo autor como “qualquer modalidade de crédito que venha a viabilizar a disponibilização de utilidade à atividade do empresário em recuperação judicial”¹³². Em outros termos, a regra prevista no *caput* do artigo 49 da LRE visa a incrementar a confiança dos credores na promessa do devedor, permitindo que a dívida seja quitada na forma contratualmente avençada (e não nos termos do plano) e autorizando a cobrança individual do respectivo valor, em caso de inadimplemento.

Assim, a regra do artigo 49 da LRE está claramente alinhada com o objetivo de facilitar as contratações da empresa em crise. Cumpre investigar, contudo, eventuais “efeitos colaterais” desse dispositivo sobre as relações negociais do devedor, bem como suas eventuais limitações na consecução do (complexo) objetivo de revitalizar a confiança no âmbito dos vínculos interempresariais de que o devedor é parte.

¹³⁰ SATIRO, Francisco. O “Dinheiro Novo” como Elemento de Interpretação do Conceito de “Crédito Existente” na Recuperação Judicial. In WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). **Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho**. São Paulo: IASP, 2017, p. 272.

¹³¹ O autor anota que “seria impossível elaborar um plano consistente e projetar soluções que acomodem os interesses dos credores de acordo com as possibilidades da empresa se esses valores forem sendo alterados com o tempo, na medida em que o credor faça novos contratos – o que é esperado, haja vista que na recuperação judicial a empresa continua a exercer sua atividade econômica”, conferindo-se aos credores, outrossim, “a certeza de como deve ser tratado no procedimento de recuperação” (O “Dinheiro Novo” como Elemento..., pp. 272-273).

¹³² O “Dinheiro Novo” como Elemento..., p. 274.

De pronto, cabe apontar a possibilidade de uso estratégico da regra de (não) sujeição dos créditos pelo devedor. Já se mencionou a hipótese de um devedor, sabendo que ingressará em breve com um pedido de recuperação judicial, realizar um pedido perante determinado fornecedor já ciente de que não quitará o valor correspondente na forma do contrato. O devedor, como a parte que controla o momento em que o pedido ocorrerá, fica em posição privilegiada em relação aos credores, dando margem para configuração de situações de abuso¹³³.

Acrescente-se que a lei concursal não indica com precisão o alcance da expressão “créditos existentes na data do pedido”, dando azo a uma série de circunstâncias em que há dúvida quanto à sujeição do crédito à recuperação judicial – notadamente nos casos em que “o diferimento no tempo dos momentos de nascimento do dever jurídico e de exigibilidade do crédito leva a incertezas quanto ao momento exato do surgimento do crédito”¹³⁴.

A doutrina comumente cita alguns exemplos de situações desse tipo cuja ocorrência é bastante provável em contratos interempresariais, diante de sua extensão no tempo e dos feixes complexos de obrigações que envolvem: créditos decorrentes de (i) contratos de execução continuada¹³⁵ ou diferida¹³⁶, (ii) negócios sujeitos a condição ou a termo¹³⁷, ou,

¹³³ Alberto Camiña Moreira aponta que uma das principais situações de abuso potencial por parte do devedor é identificada “na elaboração da lista de credores que pretende ver submetidos ao processo de recuperação” (Abuso do Credor e do Devedor..., p. 182). O autor comenta precedente de lavra da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cujo âmbito se reconheceu a nulidade de negócio jurídico celebrado pelas recuperandas na exata véspera do pedido de recuperação judicial. O acórdão registrou que a celebração do negócio nesses moldes denotava má-fé por partes das devedoras, anotando, ainda, que “não está no espírito da lei dar oportunidade ao devedor para ludibriar seu credor” e que “não foi intenção do legislador institucionalizar o calote, que é a obrigação não paga ou assumida por quem não tinha a intenção de pagá-la” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 0075616-64.2012.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Teixeira Leite. Julgado em 13.11.2012).

¹³⁴ OLIVEIRA, **Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 78.

¹³⁵ Adriana Dias de Oliveira anota que, em se tratando de contrato de execução continuada, “o dever assumido o é pro rata temporis, o que quer dizer que a aquisição do direito (o surgimento do crédito) não demanda apenas a presença de contrato existente, válido e eficaz, mas também o decurso de lapso temporal”, razão pela qual “se sujeitam à recuperação judicial do devedor apenas os créditos vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, excluindo-se do concurso os créditos futuros decorrentes do mesmo contrato” (**Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 81). Marcelo Sacramone e Fernanda Neves Piva acrescentam que, “de modo a se garantir o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação correlatas nos contratos de prestação continuada e de execução periódica ou trato sucessivo, e não impor ao credor excessiva onerosidade no cumprimento de seus deveres, com a subversão de todo o sistema contratual, devem se submeter à recuperação judicial apenas os créditos existentes e cuja contraprestação do credor já fora satisfeita, na medida do equilíbrio acordado” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. **Créditos Vencidos e Vincendos na Recuperação Judicial: o Negócio Jurídico sob Condição Suspensiva e o Contrato Bilateral**. In WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). **Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho**. São

ainda, (iii) contratos bilaterais celebrados antes do pedido de recuperação judicial, em que nenhuma das partes cumpriu suas obrigações antes de o pedido ser levado a Juízo¹³⁸.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm, nos mais de quinze anos de vigência da LRE, trabalhando para conferir clareza ao escopo do artigo 49, definindo critérios para a sujeição ou não de determinados créditos aos efeitos da recuperação judicial¹³⁹⁻¹⁴⁰. Não se

Paulo: IASP, 2017, p. 605). Também a defender a sujeição à recuperação apenas dos créditos referentes às prestações executadas antes do pedido: VASCONCELOS, Ronaldo; GULLIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 7/2018 (jan.-mar. 2018), p. 6.

¹³⁶ Marcelo Sacramone e Fernanda Neves Piva defendem que, “nos contratos bilaterais de execução diferida, o direito de crédito dos contratantes já existe desde a celebração da avença, assim como o correlato dever”, de forma que, mesmo que haja “fragmentação das prestações, como o pagamento do preço numa compra e venda em parcelas, já haveria direito de crédito pelo vendedor em razão de o dever do comprador de pagar as prestações ser submetido a um termo futuro”, sujeitando-se o crédito correspondente, portanto, aos efeitos da recuperação judicial (Créditos Vencidos e Vincendos..., p. 597). No mesmo sentido: OLIVEIRA, **Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 79.

¹³⁷ Marcelo Sacramone e Fernanda Neves Piva consideram que, para os contratos sujeitos a condição suspensiva, “apenas com o implemento da condição e consequente aquisição do direito subjetivo é que pode se falar em nascimento do crédito e, então, se concluir pela sua sujeição ou não à recuperação judicial, a depender do momento em que se verificou a condição – antes ou depois do pedido de recuperação” (Créditos Vencidos e Vincendos..., p. 594). Adriana Dias de Oliveira, apesar de entender ser essa a interpretação adequada à luz da redação do artigo 49 da LRE, entende que “a solução contrária – sujeição do crédito –, que dependeria de alteração legislativa, seria mais adequada à efetividade do tratamento dado à insolvência pelo direito brasileiro” (**Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 89).

¹³⁸ Marcelo Sacramone e Fernanda Neves Piva pugnam pela não sujeição desses créditos ao concurso, sob o fundamento de que “a permissão de submissão à recuperação judicial dos créditos decorrentes de um contrato bilateral cujas contraprestações ainda não foram satisfeitas poderia tornar o cumprimento dessas excessivamente oneroso. A alteração da prestação pelo plano de recuperação judicial, em detrimento da manutenção da obrigação do credor de realizar sua contraprestação integralmente, poderia comprometer o equilíbrio das prestações e gerar extrema vantagem ao empresário recuperando” (Créditos Vencidos e Vincendos..., pp. 603-604). Em opinião parcialmente divergente, Adriana Dias de Oliveira considera que “à empresa em recuperação judicial deve ser facultado o cumprimento dos deveres diferidos assumidos antes da recuperação judicial, quando isso, a critério de seus administradores, gerar valor ao negócio, tendo em vista principalmente que a devedora não poderá exigir a contraprestação eventualmente devida pelo credor se não cumprida a sua obrigação” (**Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 80).

¹³⁹ Francisco Satiro propõe que se identifique o fato jurídico que atendeu a uma necessidade da empresa em dificuldades como elemento determinante da sujeição ou não do crédito: “Pouco importa a estrutura negocial que dá origem ao direito de exigir o pagamento do devedor, e quando ela foi formalizada. Uma vez existindo um crédito, é preciso identificar qual foi o fato jurídico que significou a utilidade disponibilizada ao empresário e que, por isso, justificou sua existência (sua contrapartida para o devedor) [...] O que se propõe, portanto, é a utilização do critério da data da contrapartida para definição do que é um crédito anterior ou posterior ao pedido, sempre tendo em vista a existência de ‘dinheiro novo’ para excepcionar o crédito da submissão ao regime recuperacional” (O “Dinheiro Novo” como Elemento..., p. 277).

¹⁴⁰ Em linha com os exemplos que se mencionou acima, vale mencionar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui entendimento consideravelmente uniforme no tocante ao tratamento dos contratos de execução continuada na recuperação judicial, sujeitando ao procedimento apenas as parcelas referentes a prestações cumpridas pela contraparte antes do ajuizamento do pedido. Mencionem-se, a título meramente exemplificativo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2035308-68.2020.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 24.7.2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2041714-08.2020.8.26.0000. Relatora Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira. Julgado em 28.5.2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2084983-34.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Francisco Carlos

pode negar, contudo, que o simples fato de existir uma gama de situações na qual é incerta a sujeição do crédito ao procedimento não contribui para a retomada da confiança nas relações interempresariais do devedor. Mesmo porque se criam condições para que as partes façam uso estratégico do litígio¹⁴¹ e tentem incrementar as margens de seus próprios interesses, por meio da sujeição (ou não) de determinados créditos ao concurso.

Ainda que superadas as discussões sobre o alcance do artigo 49 da LRE, há um outro ponto a tornar limitada sua capacidade de estímulo das relações interempresariais. Viu-se que a credibilidade das promessas depende da existência da confiança (fundada na experiência prévia, reputação e nas informações que se tem sobre a contraparte) e de sanções legais (referentes ao uso do processo jurisdicional para resguardo do direito) e extralegais (de cunho econômico, essencialmente). O dispositivo em comento, ao autorizar o credor a executar o devedor em caso de inadimplemento, restabelece uma hipótese de sanção legal.

A utilidade das sanções legais depende da sua efetividade e eficiência – *in casu*, da probabilidade de que o respectivo credor logre recuperar seu crédito a um custo razoável¹⁴². Ora, a possibilidade de executar as dívidas posteriores ao pedido é um conforto limitado se o devedor sabidamente conta com uma multiplicidade de credores já reunidos em um procedimento concursal.

Espera-se, nessa situação, que uma parte considerável dos bens do devedor não esteja ao alcance da execução promovida pelo credor, seja porque foi, no passado, oferecida em garantia a outros credores¹⁴³, seja porque o Juízo da recuperação judicial pode julgá-la

Inouye Shintate. Julgado em 17.4.2020. Ronaldo Vasconcelos e Marcello Gullim de Oliveira comentam uma série de julgados nesse mesmo sentido (Obrigação de trato sucessivo..., pp. 6-9).

¹⁴¹ Gilson, Sabel e Scott, tratando da lógica por trás das doutrinas textualista e contextualista no direito norte-americano, observam que uma das razões para que se defenda a elaboração de contratos o mais completos possível é evitar que as incertezas rodeando o texto deem margem para o uso oportunista do litígio pelas partes (Text and Context..., p. 38). A mesma lógica parece aplicável ao caso sob exame: a falta de clareza no texto legal quanto ao sentido da expressão “créditos existentes na data do pedido” cria uma abertura para que as partes tentem aumentar a margem de seus próprios interesses.

¹⁴² Collins afirma que a efetividade de uma sanção legal depende do custo de um processo judicial, a previsibilidade dos respectivos resultados e o custo que a sanção representará para a parte inadimplente (no original: “the expense of invoking the legal process, the predictability of the imposition of the sanction by a court, and the cost of the sanction to the party in breach of obligation”) (**Regulating Contracts...**, p. 101).

¹⁴³ É justamente por isso, aliás, que a empresa em crise tem dificuldades para conseguir o chamado “dinheiro novo”. Barry Adler e George Triantis, tratando da alocação de prioridades entre diferentes credores ao longo do tempo, registram que, quanto maior o grau de oneração dos bens do devedor, maior a sua dificuldade para

imprescindível para a continuidade da empresa e o cumprimento do plano de recuperação judicial¹⁴⁴. Assim, as chances de sucesso da execução podem ser questionáveis, e mesmo que ela venha a ser bem-sucedida, o credor pode ter de despende valores elevados na persecução do crédito.

No mais, mesmo se presumindo a eficiência do processo de execução do crédito concursal, vale lembrar que a constante ameaça de invocação de sanções legais pode ser desgastante para a confiança. Collins comenta a existência de um paradoxo na relação entre confiança e sanções legais: a vulnerabilidade à imposição de sanções estatais para o descumprimento contratual ajuda a estabelecer a credibilidade das promessas e constrói uma fonte de confiança, mas, uma vez que o processo legal seja invocado por qualquer das partes, a possibilidade de elas se fiarem na confiança rui e é substituída pela lógica contratual (mais literal e menos cooperativa) no tocante à aplicação de sanções legais ou à invocação de sanções extralegis¹⁴⁵.

Não se questiona que o artigo 49 da LRE possui papel relevante em “segregar” o passivo do devedor, deixando claro o escopo da reestruturação; tampouco que, ao devolver

obtenção de recursos a um custo razoável, sendo que, a depender do quão próximo o devedor estiver da insolvência, as dívidas pendentes (*debt overhang*) podem impedi-lo de obter financiamento até mesmo para projetos com boas perspectivas de lucro (ADLER, Barry E.; TRIANTIS, George G. Debtor Priority and Options in Bankruptcy: a Policy Intervention. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 91, No. 563 (2017)).

¹⁴⁴ Destaque-se, nesse sentido, o posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de que a competência para apreciação de medidas constritivas sobre o patrimônio de empresa em recuperação judicial é do Juízo perante o qual o procedimento tramita, mesmo em se tratando de crédito extraconcursal, do qual o seguinte julgado é exemplificativo: “AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO, PELO JUÍZO TRABALHISTA, DE CRÉDITOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...] 2. Em relação aos créditos extraconcursais, deve ser garantido o direito de preferência do crédito nascido após o pedido de recuperação e, ao mesmo tempo, direcionar o pagamento desses créditos ao Juízo recuperacional que, ciente da não submissão dos referidos valores à recuperação judicial, deverá sopesar a essencialidade dos bens de propriedade da empresa passíveis de constrição, bem como a solidez do fluxo de caixa da empresa em recuperação. Precedentes. [...] 4. Agravo interno desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC 160.445-SP. Segunda Seção. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 3.9.2019).

¹⁴⁵ No original: “Within a market with an effective legal system, the possibility of binding oneself to legal sanctions will certainly assist new businesses without a trade reputation to encourage trust in their promises. On the other hand, it is apparent from studies by Macaulay, and Beale and Dugdale, amongst others, that the invocation of legal sanctions, the threat to sue for breach of contract, can rapidly displace norms of trust and cooperation and replace them with antagonistic self-interested assertions of rights. The vulnerability to the imposition of state sanctions for breach of contract assists in establishing the credibility of the commitment and constructs a source of trust, but once the legal process is invoked by either party, the reliance upon trust is fractured and displaced by contractual reasoning about rights to legal sanctions or the invocation of non-legal sanctions” (**Regulating Contracts...**, p. 122).

aos titulares de novos créditos prerrogativas inexistentes para os créditos sujeitos ao procedimento, o dispositivo lhes favorece. Pretende-se, apenas, pontuar que o alcance do dispositivo é limitado no que diz respeito à retomada da cooperação.

Com efeito, a principal utilidade dessa regra para o fomento da confiança parece depender da colaboração do próprio devedor: se os créditos constituídos após o pedido forem pontual e consistentemente quitados, o devedor sinaliza sua viabilidade e a confiabilidade de suas promessas. Muito mais que a possibilidade de execução judicial do crédito, esse acúmulo de experiências positivas no curso da recuperação judicial pode ser decisivo para ditar o rumo das relações interempresariais do devedor.

2.1.1.2. O tratamento privilegiado dos fornecedores que continuarem negociando com o devedor

Ademais de estabelecer a não sujeição dos créditos posteriores ao pedido de recuperação judicial, a LRE procurou conferir aos credores que continuarem fornecendo bens e serviços ao devedor outras formas de conforto.

O artigo 67 da LRE dispõe sobre a extraconcursalidade¹⁴⁶, em caso de falência, dos créditos “decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços”. Ainda, o parágrafo único do dispositivo, na redação introduzida Lei n. 14.112/2020, autoriza o plano de recuperação judicial a “prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura”.

¹⁴⁶ Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli esclarecem que a extraconcursalidade referida no dispositivo tem sentido próprio: “A expressão *credores extraconcursais*, quando utilizada em sentido mais geral, remete a todos os credores que não participam do concurso recuperacional. [...] Entretanto, quando utilizada pelo art. 67 da LRF, a expressão *credores extraconcursais* assume o significado mais específico de se referir a créditos que, não sujeitos à recuperação judicial, por serem posteriores à data do pedido, receberão um tratamento mais favorável em caso de convocação da recuperação judicial em falência” (AYOUB, Luis Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação de empresas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, E-book Kindle, Capítulo 2, Item 24, paginação irregular).

Na mesma linha do artigo 49, o espírito do dispositivo é de conferir a esses credores (a que chamaremos “colaborativos”¹⁴⁷) alguma forma de tratamento privilegiado que recompense o risco assumido ao fornecer bens e serviços a uma empresa em crise – *in casu*, assegurando que seus créditos terão algum grau de prioridade de pagamento na falência¹⁴⁸.

O disposto no *caput* do artigo 67 da LRE parece não se enquadrar tão bem no binômio confiança-sanções. Pouco se acrescenta à credibilidade das promessas do devedor. Quanto às sanções, parece que a parte potencialmente “penalizada” pelo dispositivo em caso de falência seria não a empresa em recuperação, e sim os demais credores, que seriam preteridos na ordem de preferência nos pagamentos, com o fito de equilibrar o risco que o credor colaborativo assumiu no curso da recuperação (risco esse que aproveita a toda a coletividade de credores).

Em outros termos, nenhum ônus direto é imposto à recuperanda. A lei concursal simplesmente limitou as perdas do credor colaborativo no caso de quebra, a fim de incentivá-lo a continuar contratando com o devedor. Vale lembrar, contudo, que a extraconcursalidade prevista em favor de tais credores não é absoluta, havendo diversos créditos com preferência superior¹⁴⁹. Ademais, o benefício só será realizado na hipótese de a falência vir a ser decretada.

¹⁴⁷ Na dicção de Fábio Ulhoa Coelho, credor colaborativo é aquele “que, ao se dispor a continuar negociando e abrindo novos créditos, para o empresário em recuperação judicial, acaba assumindo um risco extraordinário” (COELHO, Fábio Ulhoa. O Credor Colaborativo na Recuperação Judicial. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 103).

¹⁴⁸ Francisco Satiro assevera que a preferência concedida a esses créditos surge como uma alternativa para permitir “as condições mínimas necessárias à viabilização da consecução do plano”: “Tendo em vista o aumento de risco que vem a significar o fornecimento durante o período de recuperação judicial, especialmente em razão do reconhecido estado de dificuldade econômica do devedor, bem como a iminente possibilidade de decretação de sua quebra, é natural que os fornecedores ou se recusem a manter relações econômicas com o devedor, ou simplesmente aumentem o preço, como contrapartida. Esse comportamento seria extremamente danoso ao devedor e reduziria drasticamente as chances de reversão de sua situação de dificuldade econômico-financeira. Com vistas a esses aspectos, o legislador criou dispositivos de incentivo à manutenção de relações jurídico-econômicas com o devedor em recuperação judicial [...] Trata-se de assegurar um tratamento privilegiado àquele que, tendo liberdade de escolha, opta por manter fornecimento ao empresário, mesmo sabendo estar ele em recuperação judicial. É o reconhecimento, por parte do legislador, da sua importância na solução do problema do empresário em dificuldades. Essa é uma tendência que se verifica em outros legisladores, como o norte-americano” (SATIRO, Francisco. Comentários aos artigos 83 e 84. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 374-375).

¹⁴⁹ A LRE prevê que serão pagos com precedência sobre os créditos desses fornecedores as verbas previstas no artigo 84, incisos I-A a I-D, a saber: (i) as despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência e os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três)

Assim, os incentivos conferidos pelo artigo 67 podem até resguardar o crédito, mas pouco acrescentam em matéria de fomento da confiança. A proteção contida no dispositivo limita as perdas do credor na hipótese de falência; mas, se existir um risco considerável de quebra, talvez sequer se justifiquem os esforços necessários para construir relações baseadas na cooperação mútua.

O parágrafo único do dispositivo supre parcialmente as lacunas do *caput*, autorizando a concessão de tratamento diferenciado aos credores colaborativos também na recuperação judicial. Os credores que continuarem negociando normalmente com a recuperanda poderão ter seus créditos quitados de maneira mais favorável no plano de recuperação judicial¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

Contudo, como se verá mais adiante, a efetividade dessa disposição é mitigada por outras feições da LRE, como a pouca flexibilidade conferida ao devedor em matéria de criação de classes. No todo, a proteção conferida aos credores colaborativos pelo direito concursal brasileiro parece consideravelmente tímida¹⁵².

meses anteriores à decretação da falência (inciso I-A); (ii) o valor recebido pelo devedor em recuperação judicial pelo financiador, nos termos da Seção IV-A do Capítulo III da LRE (inciso I-B); (iii) os créditos em dinheiro objeto de restituição (inciso I-C); e (iv) a remuneração do administrador judicial e os créditos de natureza trabalhista relativos a serviços prestados após a decretação da falência (inciso I-D). Eduardo Secchi Munhoz (vale notar, comentando o dispositivo antes da reforma implementada pela Lei n. 14.112/2020) entende que a existência de “muitos outros créditos que podem ter preferência sobre essa modalidade de financiamento, ou que podem gozar do mesmo nível de prioridade” torna o artigo 67 da LRE insuficiente para a consecução dos objetivos do dispositivo (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In NEDER CERZETTI, Sheila C.; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.) **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 281).

¹⁵⁰ Antes da reforma levada a cabo pela Lei n. 14.112/2020, a LRE não previa qualquer forma de tratamento diferenciado, durante a recuperação judicial, aos credores que proovessem bens e serviços ao devedor. Fábio Ulhoa Coelho criticava essa feição da lei concursal, que, no entendimento do autor, não recompensava o risco extraordinário assumido pelo credor em questão. Isto porque, na hipótese de a reorganização se mostrar bem-sucedida, o credor colaborativo acabaria recebendo o mesmo tratamento dos demais credores, apesar de ter contribuído de maneira decisiva para o sucesso da superação da crise (O Credor Colaborativo na Recuperação Judicial..., p. 116).

¹⁵¹ Mesmo antes da reforma da LRE, os tribunais pátrios já vinham admitindo a possibilidade de se conferir tratamento diferenciado a tais credores via plano de recuperação judicial, diante da utilidade dessa diferenciação para fins de viabilizar a continuidade das atividades do devedor e, por conseguinte, preservar a empresa em crise. Confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2118318-49.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em 3.7.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2081350-54.2015.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 9.9.2015.

¹⁵² Ressalte-se que, em matéria de obtenção de novos empréstimos pelo devedor, a LRE experimentou avanços significativos com o advento da Lei n. 14.112/2020, que incluiu no diploma uma seção voltada à

2.1.2. A obrigatória disponibilização de informações e documentos acerca das condições econômico-financeiras do devedor

Viu-se, em capítulo anterior, que a informação é um elemento essencial da confiança. Sua presença pode incrementar a credibilidade das promessas feitas, especialmente na ausência de reputação ou experiência prévia, ou no caso de ocorrência de eventos (como a crise empresarial) que abalem a confiança. Interessa, assim, examinar se e como a lei concursal se ocupa em garantir o acesso à informação às partes que interagem com o devedor, dentro e fora do procedimento de recuperação.

A LRE impõe ao devedor o ônus de compartilhar uma série de documentos e informações com os credores, especialmente na instrução da petição inicial¹⁵³ e no momento de apresentação do plano de recuperação judicial¹⁵⁴.

disciplina do financiamento do devedor durante a recuperação judicial, prevendo, inclusive, a possibilidade de o Juízo autorizar “a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador de devedor em recuperação judicial, dispensando a anuência do detentor da garantia original” (artigo 69-C). Não obstante, essa disposição continua parecendo limitada em comparação ao que se observa, por exemplo, no direito norte-americano, em cujo âmbito se admite até mesmo prever a possibilidade de que os novos empréstimos sejam pagos com precedência sobre todos os demais créditos ou garantidos por bens do devedor já onerados em favor de outros credores. Leonardo Adriano Ribeiro Dias explica que, para empréstimos contratados no curso normal dos negócios, o *Bankruptcy Code* dispensa autorização judicial, desde que o juiz não tenha ordenado em sentido contrário. Nesse caso, os valores receberão tratamento de *administrative expenses*, compreendidas como as despesas incorridas pelo *estate* (massa de bens do devedor, que só retornam ao seu patrimônio quando da aprovação do plano), “que possuem prioridade em relação aos débitos quirografários anteriores ao pedido e, diferentemente dos débitos preexistentes, devem ser pagos integralmente como condição de aprovação do plano”. Caso o devedor pretenda obter empréstimos fora do curso normal dos negócios, deverá requerer autorização judicial que, se concedida, equipara o crédito a *administrative expense*. Se o devedor tiver dificuldades em obter esses empréstimos, o magistrado pode lhes conferir “prioridade sobre todas as *administrative expenses*, bem como autorizar que sejam garantidos por bens desonerados e até mesmo por bens onerados, mas em menor grau hierárquico em relação aos credores já garantidos”. Se mesmo assim a obtenção dos valores se mostrar inviável, o juiz pode autorizar a garantia por ativos já onerados, “atribuindo-lhe grau hierárquico igual ou até superior ao do crédito preexistente” (*priming lien*), desde que haja proteção adequada ao credor preexistente. (DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 139-141). No mais, as empresas em crise nos Estados Unidos têm a opção de financiamento via *cash collateral*, ou liberação de garantias em dinheiro, abarcando “numerário, instrumentos negociáveis, documentos de propriedade, valores mobiliários, contas de depósito ou outros equivalentes de caixa, incluindo receitas, aluguéis e rendas, nos quais a massa e algum credor possuem interesse”, além “[d]o dinheiro obtido na venda de ativos da empresa ou em sua liquidação” (**Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 143).

¹⁵³ Nos termos do artigo 51 da LRE, a petição inicial deverá ser instruída com: “I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito; III – a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a

Leonardo Adriano Ribeiro Dias afirma que os fins precípuos dessas disposições são, de um lado, “permitir que os credores exerçam seu direito de voto de maneira consciente e informada, quando deliberarem sobre o plano de recuperação judicial”, e, de outro, “viabilizar a fiscalização do devedor pelos órgãos da recuperação judicial e pelos credores”¹⁵⁵.

Na mesma linha, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli consideram que a “abertura de um grande volume de informações aos credores é relacionada à própria finalidade que orienta a recuperação judicial de empresas, que é viabilizar uma negociação entre devedor e credores acerca do plano de recuperação judicial”, pois, “para que os credores possam apreciar o plano de recuperação judicial, de modo a saber se o plano é sério e a empresa viável, eles necessitam ter acesso a informações contábeis mais detalhadas. Se não tivessem acesso a essas informações, os credores tenderiam a rejeitar o plano de recuperação judicial, por não terem como avaliar a seriedade do plano e a viabilidade da empresa devedora”¹⁵⁶.

Como o processo de recuperação judicial é estruturado em torno do plano, instrumento primordial da reorganização do passivo do devedor, mostra-se lógico que a finalidade central da lei ao determinar a divulgação de documentos e informações seja dar suporte ao direito de voto dos credores inscritos no procedimento. É de se conjecturar,

indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados; X – o relatório detalhado do passivo fiscal; e XI – a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o § 3º do art. 49 desta Lei”.

¹⁵⁴ Nos termos do artigo 53 da LRE, o plano de recuperação judicial deverá obrigatoriamente conter: “I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada”.

¹⁵⁵ **Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 171.

¹⁵⁶ **A construção jurisprudencial da recuperação...**, Capítulo 3, Item 32, paginação irregular.

porém, que os efeitos positivos da transparência transbordam para outras esferas, inclusive a das relações negociais do devedor.

Com efeito, a percepção do credor sobre a viabilidade do devedor pode ditar não apenas seu voto em relação ao plano, mas também a sua disposição para colaborar nos negócios com a recuperanda, na medida em que a já referida “sombra do futuro” volta a ter algum peso. Ademais, a ampla divulgação de informações e documentos do devedor no âmbito de um processo que tramita publicamente aproveita inclusive a partes que não tenham créditos inscritos no procedimento. Novos parceiros comerciais do devedor podem se valer dessas informações para embasar sua decisão sobre confiar ou não nas promessas que lhes são feitas.

Naturalmente, a possibilidade de que tais informações impactem positivamente a confiança depende de serem elas (i) verdadeiras¹⁵⁷; e (ii) úteis para orientar o processo decisório do credor. E, nesse último aspecto, Leonardo Adriano Ribeiro Dias identifica falhas estruturais no modelo de transparência da LRE, pois “a divulgação de informações está focada na empresa em crise, não em seus destinatários”, resultando “em uma produção enorme de informações que podem conduzir os credores a decisões menos inteligentes, dada a sobrecarga de informações geradas, muitas das quais não serão utilizadas”¹⁵⁸.

Diante desse e outros problemas, como a ausência de veículos legais apropriados à interlocução entre credor e devedor¹⁵⁹, o autor propõe o “reconhecimento de obrigações de divulgação de informações não previstas na LRE, com fundamento na boa-fé objetiva”, com o fito de “suprir, ainda que parcialmente, o déficit informacional na recuperação judicial e diminuir a assimetria de informações”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vale lembrar, nesse tocante, que o artigo 171 da LRE define como crime falimentar o ato de “sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembleia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial”.

¹⁵⁸ **Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 173. O autor completa: “Sobre o conteúdo das informações divulgadas, é certo que, por um lado, a enorme quantidade de documentos que instruem o pedido de recuperação judicial onera sobremaneira os devedores e, por outro lado, eles são, em boa parte, inúteis aos credores, quer porque estarão defasados no momento da tomada de decisão (*e.g.*, demonstrações financeiras e extratos de contas bancárias), quer porque nunca foram úteis para uma deliberação informada sobre o plano de recuperação (*e.g.*, relação de bens dos sócios e certidões de cartórios de protesto)” (**Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 174).

¹⁵⁹ **Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 184-188.

¹⁶⁰ **Transparência na Recuperação Judicial...**, p. 289.

Vê-se, portanto, que a LRE dá passos importantes na retomada da confiança ao delinear um modelo amplo de divulgação de informações por parte do devedor. Entretanto, o cumprimento do dever de informação apenas com o fim de atender às exigências previstas na lei concursal pode ser insuficiente para incentivar propriamente a cooperação. Não só por conta das falhas estruturais da LRE nessa matéria, mas também porque retomar a confiança em relações específicas pode demandar o compartilhamento de informações não previstas na lei (que se dirige à coletividade de credores e, portanto, busca ser o mais abrangente possível).

É por essa razão que o modelo de divulgação de informações previsto na LRE não serve como um substituto para o dever de informar que deriva das máximas da boa-fé objetiva, cujo atendimento é de suma importância para renovar os vínculos interempresariais baseados na confiança.

2.1.3. Os limites ao poder de negociação do devedor

Já se mencionou que o contrato é produto do poder de autorregulação das partes que, no limite de sua autonomia privada, desenham o negócio da forma mais apta a, a um só tempo, resguardar seus interesses e conferir o conforto demandado pela parte contrária. Assim, a análise dos impactos da LRE sobre os contratos exige que se examinem as restrições impostas à autonomia privada do devedor.

O artigo 66 da LRE prevê que “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no artigo 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”. Interessa, aqui, especialmente a limitação à possibilidade de oneração de bens do ativo não circulante, pela importância que garantias podem assumir no incremento da confiabilidade das promessas do devedor.

Karl Llewellyn leciona que, paralelamente ao desenvolvimento de um direito dos contratos baseado na confiança, desenvolveu-se um outro sistema baseado na desconfiança e no direito do credor de assegurar pessoalmente o cumprimento da obrigação, tomando

para si um bem de propriedade do devedor (*forfeit*). Esse mecanismo evoluiu aos poucos para aquilo que se conhece hoje por um sistema de garantias¹⁶¹, que intensifica o poder das sanções legais, já que, à possibilidade de reclamar judicialmente o pagamento, acrescenta-se um bem designado especialmente àquele credor¹⁶². Claro está, portanto, que a concessão de garantias pode influenciar decisivamente o rumo dos negócios do devedor – e que as restrições do artigo 66 da LRE podem impactar esse processo.

A limitação ao poder do devedor de disponibilidade sobre seus bens encontra fundamento na proteção ao interesse dos credores, já que “o patrimônio geral do devedor é a garantia de satisfação das obrigações” deste em face daqueles, como anota Marcelo Sacramone¹⁶³. Por isso, mediante aprovação dos credores (consubstanciada na aprovação ao plano de recuperação judicial), a restrição prevista no artigo 66 da LRE pode ser contornada.

Alternativamente, e desde que ainda não haja plano aprovado¹⁶⁴, o devedor tem a opção de requerer ao Juízo da recuperação judicial autorização para onerar seus bens¹⁶⁵. Cabe notar que o artigo 66-A da LRE estabelece expressamente que “a garantia outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, desde que realizada mediante autorização judicial expressa ou prevista em plano de recuperação judicial ou extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio

¹⁶¹ What Price Contract?..., pp. 714-716.

¹⁶² No original: “From an economic angle, bargaining for ‘security’ is an intensified case of the security provided by legal enforceability alone. For it looks to cover in part the exact risks mere contract rights leave open. The secured creditor obtains beyond his general claim a right to satisfaction out of specified assets of the debtors; he obtains moreover a right which can be partially protected against fraud” (What Price Contract?..., p. 725). Collins acrescenta que, dentro do universo das sanções legais, o sistema de garantias é especialmente eficiente porque a sanção pode ser imposta sem que se incorram nos custos e incertezas de um processo jurisdicional (**Regulating Contracts...**, p. 102).

¹⁶³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 361.

¹⁶⁴ Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, à luz do entendimento jurisprudencial sobre o tema, afirmam que “se o plano de recuperação judicial já houver sido aprovado pelos credores, caso a empresa pretenda alienar ou onerar bem do ativo não circulante sem que haja previsão expressa no plano, não incidirá a regra do art. 66 da LRF. Nesse caso, haverá necessidade de convocação de nova assembleia geral de credores para aprovar a alienação ou oneração enquanto modificação do plano de recuperação judicial anteriormente aprovado” (**A construção jurisprudencial da recuperação...**, Capítulo 3, Item 43, paginação irregular).

¹⁶⁵ O mesmo vale para o caso de o devedor desejar alienar bens de seu ativo não circulante. Nesse caso, porém, mesmo obtida a autorização judicial para tanto, fica reservado o direito de credores “que corresponderem a mais de 15% (quinze por cento) do valor total de créditos sujeitos à recuperação judicial” de manifestar interesse na realização de “assembleia-geral de credores para deliberar sobre a realização da venda”, desde que “comprovada a prestação da caução equivalente ao valor total da alienação” (artigo 66, § 1º, inciso I da LRE).

jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor”. Essa disposição foi incluída na recente reforma da LRE e incorpora as premissas essenciais da chamada *mootness doctrine* no direito concursal brasileiro¹⁶⁶.

Fica claro, assim, que a limitação prevista no artigo 66 da LRE não é absoluta, e que o diploma se preocupa em conferir algum grau de segurança às partes nesse tocante. No entanto, considerando que (i) o devedor possivelmente já tem um número reduzido de bens passíveis de serem ofertados em garantia, (ii) a aprovação do Juízo ou dos credores pode levar algum tempo (e estará sujeita a questionamentos por outras partes envolvidas no processo) e é incerta, a possibilidade de o credor se valer do oferecimento de garantias como estratégia para aumentar a confiabilidade de suas promessas fica limitada.

Saindo do tema das garantias, não é demais lembrar uma outra ordem de restrições à autonomia privada do devedor, que também impactam seus vínculos interempresariais. Com o pedido de recuperação judicial e consequente sujeição de todos os créditos existentes até então ao procedimento, o devedor fica legalmente impedido de efetuar o pagamento de dívidas anteriores ao pedido, sob pena de incorrer em tratamento privilegiado de um credor em detrimento dos demais. Mesmo que o devedor disponha de recursos para tanto, fica ele impedido de fazê-lo. Esse ponto é relevante porque o devedor não tem a opção de demonstrar suas “boas intenções” (i.e., fomentar a confiança) mediante a quitação dos valores devidos a um credor específico.

Imagine-se o caso de um credor estratégico com crédito sujeito ao procedimento, cuja confiança no devedor foi abalada por causa do pedido de recuperação judicial e da perspectiva de a recuperanda deixar, em breve, de atuar em mercado. Mesmo que disponha de caixa suficiente, o devedor simplesmente não tem a opção de quitar os valores em aberto com aquele credor – ainda que se trate de uma parceria estratégica cuja continuidade é importante para a superação da crise. O pagamento deverá ocorrer nos termos do plano

¹⁶⁶ Eduardo Secchi Munhoz esclarece que “nos EUA, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a chamada *mootness doctrine* para lidar com as dificuldades inerentes à implementação de plano de recuperação judicial na pendência de recursos e ao financiamento DIP. Segundo a *mootness doctrine*, se um plano de recuperação judicial é implementado, ou se um DIP é aprovado, afetando as esferas jurídicas do devedor, dos credores e dos terceiros, ainda que sob pendência de um recurso judicial, este já não poderá revertê-los ou anulá-los, dada a impossibilidade de restaurar-se o *status quo ante*. Nesse caso, o recurso não pode levar à reversão do plano de recuperação ou do financiamento DIP consumados, porque isso levaria a um resultado não equitativo” (Financiamento e Investimento na Recuperação..., p. 288).

de recuperação judicial, que, por sua vez, deverá conferir tratamento isonômico a todos os credores em posição semelhante.

Tem-se, assim, que as restrições que a LRE impõe ao poder de negociação do devedor encontram fundamento no interesse público e na necessidade de proteção ao interesse dos credores, coletivamente considerados. Não obstante, essas restrições também podem acabar dificultando a reconstrução da confiança.

2.1.4. O plano de recuperação judicial: instrumento de incentivo à cooperação?

A análise do tratamento conferido aos contratos interempresariais do devedor pela lei concursal não estaria completa se não abrangesse o modo como o plano de recuperação judicial pode disciplinar esses contratos ou, melhor dizendo, as dívidas deles decorrentes.

O plano de recuperação é o instrumento por meio do qual o devedor declara como pretende equacionar a crise empresarial, incumbindo-lhe (i) discriminar pormenorizadamente os meios de recuperação que pretende empregar (artigo 53, inciso I da LRE), (ii) demonstrar a respectiva viabilidade econômica (artigo 53, inciso II da LRE) e (iii) apresentar laudo econômico-financeiro e de avaliação de seus bens e ativos (artigo 53, inciso III da LRE).

Assim, o devedor se valerá dos meios previstos no artigo 50 da LRE para reestruturar seus ativos e seu passivo de uma forma que lhe permita dar continuidade às suas atividades. Naturalmente, interessa ao devedor apresentar um plano que o coloque na posição mais vantajosa possível; mas, como observam Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, a grande margem de liberdade que a lei assegura ao devedor na propositura do plano “encontra como grande limitação o fato de que ele será objeto de deliberação da assembleia geral de credores”¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

¹⁶⁷ **A construção jurisprudencial da recuperação...**, Capítulo 7, Item 86, paginação irregular.

¹⁶⁸ Bem como o fato de que os credores têm reservado o direito de apresentar um plano alternativo, nos termos dos artigos 6º, § 4º, e 56, § 4º da LRE, como se verá melhor adiante.

De fato, incumbirá aos credores deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano¹⁶⁹, analisando-o com respeito a uma série de fatores. Um dos componentes dessa análise é a comparação entre os valores a serem recebidos pelo respectivo credor na recuperação judicial e na falência¹⁷⁰. Mas não só. Rachel Sztajn afirma que o fundamento amplo da aprovação do plano é a viabilidade da recuperação da empresa, entendida como “a exequibilidade, possibilidade de êxito, de pagamento das obrigações, de um lado, e de manutenção das operações por longo prazo, de outro. Se ao credor interessa ter seu crédito satisfeito, interessa-lhe, igualmente, a continuação daquela atividade, porque a base de clientes estará preservada. A opção por desistir de garantias ou alterar as condições iniciais do crédito espelhará, com vistas ao futuro, o melhor interesse do credor”¹⁷¹.

Portanto, os credores têm mais de uma ordem de razões para fazer concessões ao devedor, concordando com um plano que implique modificação das obrigações originalmente avençadas, na forma admitida pelo artigo 49, § 2º da LRE¹⁷².

Por outro lado, reconheceu-se ser improvável que o devedor logre chegar a um acordo com a totalidade de seus credores, pois, como anota Francisco Satiro, a recuperação judicial normalmente envolve um número grande de credores, “cada um com seus objetivos, históricos, perfis e créditos de valor e natureza distintos”, e, “com interesses assim potencialmente contraditórios, não se pode esperar um alinhamento natural e voluntário, especialmente em função dos altíssimos custos de transação para sua

¹⁶⁹ Não é demais lembrar que a LRE reserva a possibilidade de o plano ser alterado durante a assembleia geral de credores, “desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes” (artigo 56, § 3º).

¹⁷⁰ Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli consideram que os três elementos que integram o plano de recuperação, elencados no artigo 53 da LRE, servem para viabilizar essa análise comparativa: “Com efeito, conhecidos os meios de recuperação judicial apresentados, os credores terão condições de comparar a viabilidade financeira do plano, mediante análise de projeção de fluxo de caixa, para saber se o plano proposto é exequível e o quanto os credores receberão se aprovarem o plano. Como contraponto, os credores compararão essa alternativa com a informação constante do laudo de avaliação de bens e ativos do devedor, para saber o quanto receberiam em caso de rejeição ao plano e convolação da recuperação judicial em falência” (**A construção jurisprudencial da recuperação...**, Capítulo 7, Item 84, paginação irregular).

¹⁷¹ Comentários aos artigos 47 a 54..., p. 229.

¹⁷² Artigo 49, § 2º: “As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”.

organização e a ausência de incentivos para que um ou alguns deles assumam a função de coordenadores”¹⁷³.

Essa possível resistência à aprovação do plano por parte de alguns credores poderia implicar prejuízo à coletividade, já que, como observado pelo mesmo autor em outra oportunidade, “se um credor insatisfeito se recusasse a negociar e levasse sua cobrança adiante, o inadimplemento poderia levar à decretação de falência e a mais-valia decorrente da preservação da empresa estaria perdida, situação que afetaria inclusive os credores que estivessem dispostos a negociar”¹⁷⁴. Daí a opção do legislador por “organiza[r] e qualifica[r] [os credores] de forma a obter um foro único de decisão majoritária, a Assembleia Geral de Credores, e assim viabilizar a eventual aprovação da proposta de reorganização do devedor”¹⁷⁵.

Essa é a lógica por trás da previsão de que as deliberações acerca do plano de recuperação judicial sejam tomadas em consonância com o princípio da maioria, nos termos do artigo 45 da LRE. A força obrigatória dos contratos e a prerrogativa do credor de decidir individualmente sobre a repactuação de seus direitos frente ao devedor ficam excepcionadas, com o fito de incentivar “um comportamento contrário ao oportunismo natural da conduta individual: quanto mais proativo for o credor em relação ao interesse de sua classe, mais poderá influenciar positivamente num resultado que será aplicável a todos”¹⁷⁶.

Tem-se, assim, que o plano de recuperação judicial serve para apresentar as modificações a ser implementadas na situação patrimonial do devedor para sanar a crise e permitir a continuidade das atividades. O devedor apresenta uma proposta de soerguimento que preverá, entre outros aspectos, a forma de pagamento de seus débitos.

Os credores, impedidos de buscar a satisfação individual de seus créditos por força do *stay period*, são chamados à negociação e incumbidos de examinar se a proposta

¹⁷³ SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In **Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107.

¹⁷⁴ O “Dinheiro Novo” como Elemento..., p. 268.

¹⁷⁵ SATIRO, Autonomia dos Credores na Aprovação..., p. 107.

¹⁷⁶ SATIRO, O “Dinheiro Novo” como Elemento..., p. 268.

apresentada (i) mostra-se viável e (ii) gera mais valor para eles que a falência. Esses mesmos credores deliberarão, agrupados em classes e em consonância com o princípio da maioria, a aprovação ou rejeição do plano. Parece seguro afirmar, assim, que o objetivo primordial do plano de recuperação judicial é encontrar uma composição de interesses entre devedor e credores.

Aplicando-se essa lógica especificamente aos contratos interempresariais do devedor, seria de se esperar que o plano de recuperação judicial fosse capaz de viabilizar uma adequada composição de interesses entre o devedor e os outros contratantes. Isso significaria convencê-los não só de que a probabilidade de recebimento do crédito é maior na recuperação judicial que na falência, mas também de que a aprovação do plano implica manutenção, em mercado, de um agente com quem vale a pena construir relações baseadas na colaboração recíproca.

Todavia, a dinâmica prevista na LRE para fins de agrupamento dos credores e votação do plano de recuperação judicial pode tornar limitada a eficácia do instrumento para esse fim.

Para fins de deliberação sobre o plano de recuperação judicial, os credores são, em linha com o artigo 41 da LRE, divididos em 4 (quatro) classes: (i) a dos titulares de crédito de natureza trabalhista; (ii) a dos titulares de créditos com garantia real; (iii) a dos titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e (iv) a dos titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Em outros termos, o direito concursal brasileiro, diferentemente de alguns ordenamentos estrangeiros, define taxativamente as classes em que os credores podem ser reunidos, em vez de deixar essa classificação a critério do devedor¹⁷⁷. Consequentemente,

¹⁷⁷ O *Bankruptcy Code*, por exemplo, prevê grande flexibilidade na criação de classes no plano de recuperação (*reorganization plan*), autorizando e até incentivando o tratamento diferenciado a credores estratégicos. David C. Smith e Per Strömberg consideram tal flexibilidade um dos principais fatores de eficiência do sistema de votação do plano no sistema norte-americano, ao lado (i) da previsão de que somente as classes afetadas pelo plano (*impaired classes*) têm direito de voto, (ii) da possibilidade de aprovação do plano por maioria; e (iii) da possibilidade de o juiz homologar o plano a despeito da discordância de uma classe (*cram down*) (SMITH, David C.; STRÖMBERG, Per. Maximizing the value of distressed assets:

credores titulares de créditos de naturezas muito distintas acabam, frequentemente, reunidos na mesma classe, o que compromete a qualidade da composição de interesses que se deveria, em tese, alcançar.

Sheila Cerezetti leciona que a segregação dos credores em classes é fruto do reconhecimento da inexistência de completa identidade de interesses entre os credores, circunstância que influencia a formação da vontade destes e torna legítima a atribuição de tratamento diferenciado às diferentes classes, em consonância com a posição jurídica detida. Essa premissa torna de rigor que a classificação dos credores seja feita “em respeito à máxima de equidade entre as partes, com base na homogeneidade de posições jurídicas e de interesses econômicos”¹⁷⁸.

A autora considera que essa homogeneidade é fundamental para embasar o exercício da autonomia da vontade por parte do devedor e dos credores, além de atribuir “legitimidade para o uso do princípio da maioria na assembleia de credores”, já que este deve ser reservado a “ambientes marcados por interesses comuns, evitando-se decisões cuja aprovação esteja imbuída de meros propósitos egoísticos”¹⁷⁹.

É por isso que a LRE, ao permitir que créditos de naturezas distintas sejam reunidos na mesma classe, prejudica a obtenção de uma harmonização efetiva dos interesses das partes envolvidas. A previsão de um rol taxativo de classes de credores não favorece o “estímulo ao consenso nem tampouco à disseminação de satisfação de mais amplo número de credores”, incitando “a criação de planos que prevejam o mero contentamento dos exatos credores necessários à formação do quórum de sua aprovação, restando afastadas considerações acerca da equidade do tratamento conferido aos demais”¹⁸⁰.

É certo que a possibilidade de concessão de tratamento diferenciado a determinados grupos de credores no plano de recuperação judicial, em linha com o artigo 67, parágrafo

Bankruptcy law and the efficient reorganization of firms. In HONOHAN, P.; LAEVEN, L. (ed.). **Systemic Financial Crises: Containment and Resolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 252).

¹⁷⁸ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 369.

¹⁷⁹ As Classes de Credores como Técnica..., p. 370.

¹⁸⁰ CEREZETTI, As Classes de Credores como Técnica..., p. 373.

único da LRE, acima comentado, poderia, em uma primeira análise, contribuir para o atingimento da composição de interesses a que se vem aludindo. Sheila Cerezetti, contudo, entende que a possibilidade desse tratamento diferenciado não basta para sanar os vícios estruturais da LRE no que se refere às classes de credores, pois “os votos continuam a ser colhidos com base na estrutura legal das classes, o que significa que a regra da maioria permanece sendo aplicada dentre participantes com interesses diversos e, portanto, ilegitimamente”¹⁸¹.

Também pode-se dizer que a possibilidade de apresentação de plano de recuperação judicial pelos credores, incluída na LRE com o advento da Lei n. 14.112/2020¹⁸², contribui para a obtenção de uma composição mais efetiva de interesses. Falhando o devedor em apresentar uma proposta que acomode os interesses e necessidades dos credores, estes poderiam tomar as rédeas da situação e propor um plano (a seu ver) mais razoável. Todavia, além de as hipóteses de apresentação do plano alternativo serem restritas, este fica sujeito à mesma disciplina daquele apresentado pelo devedor no tocante às classes de votação – e, por conseguinte, compartilha dos mesmos incentivos distorcidos.

Vê-se, assim, que a disciplina conferida pela LRE ao tema das classes de credores não é particularmente apta a incentivar que diferentes grupos de credores tenham seus interesses e necessidades considerados quando da elaboração do plano. Se os votos dos credores são computados a partir de classes pré-definidas em lei, existe um incentivo claro a que as negociações sejam voltadas para acomodar os interesses dos credores que compõem quórum suficiente para assegurar a aprovação do plano.

Em contrapartida, um sistema que (i) exigisse que os credores fossem reunidos de acordo com as peculiaridades dos respectivos créditos e (ii) condicionasse a aprovação do

¹⁸¹ As Classes de Credores como Técnica..., p. 374.

¹⁸² São duas as hipóteses que admitem a apresentação de plano alternativo pelos credores. A primeira diz respeito ao caso de não haver plano votado em 180 (cento e oitenta) dias contados do deferimento do processamento (artigo 6º, § 4º da LRE). A segunda refere-se à hipótese de o plano apresentado pelo devedor ser rejeitado, caso em que poderá ser votada “a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores” (artigo 56, § 4º da LRE). O artigo 56, § 6º do diploma estabelece as condições para que o plano proposto pelos credores possa ser colocado em votação.

plano ao voto favorável das diferentes classes¹⁸³ presumivelmente aumentaria a margem de barganha de diferentes grupos de interesse.

Trazendo a perspectiva de volta para os negócios interempresariais do devedor, o que se observa é que os créditos deles decorrentes serão, conforme o caso, incluídos entre os demais créditos (i) com garantia real, (ii) quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e (iv) titularizados por microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nesse sentido, o seu peso relativo dentro da respectiva classe dependerá (i) do número de credores que a integram, especialmente para o caso de credores que são microempresa ou empresa de pequeno porte, que deliberam sobre o plano independentemente do valor do crédito (artigo 45, § 2º da LRE); e (ii) do valor do crédito em face do montante total dos créditos inscritos naquela mesma classe, nos demais casos, em que a deliberação é realizada “por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes” (artigo 45, § 1º da LRE).

Dessa forma, a menos que os credores negociais representem uma parcela considerável dos credores inscritos na recuperação e titularizem crédito substancial, é possível que existam casos em que a sua influência no desfecho da votação do plano seja descolada da importância da manutenção do contrato para o soerguimento da empresa.

Ressalte-se que não se está a afirmar que o plano de recuperação judicial não possa ser utilizado de forma a acomodar os interesses dos parceiros comerciais do devedor. A grande liberdade conferida à recuperanda na construção do plano permite-lhe, indubitavelmente, buscar soluções que satisfaçam o maior número possível de interessados e lhe permitam emergir da recuperação em condições de retomar a confiança nos seus

¹⁸³ Sheila Cerezetti pontua que a flexibilidade na criação de classes de credores deveria vir acompanhada de mecanismos de *cram down*, que viabilizassem a superação de vetos em determinadas circunstâncias: “[...] a utilidade de bom padrão de classificação de credores depende em grande medida de uma bem estruturada regra de *cram down*. A efetividade da organização de credores, no que tange à promoção de consenso e equidade, caminha em paralelo com normas que permitam o afastamento de vetos nos casos em que garantias mínimas de proteção aos direitos dos credores tenham sido asseguradas. À votação entre semelhantes agregam-se, então, máximas de ausência de discriminação injusta e de justiça e equidade dos termos de pagamento propostos à classe discordante” (As Classes de Credores como Técnica..., p. 378).

vínculos com outros sujeitos (sejam esses interempresariais ou de outras naturezas). Pretende-se apenas pontuar que a LRE, na disciplina das classes de credores, não parece especialmente alinhada com o intuito de compor os interesses dos diversos grupos de credores que podem vir a integrar o procedimento de recuperação judicial.

2.1.5. O regime dos contratos na falência

Diferentemente do que acontece na recuperação judicial, a LRE conferiu atenção considerável aos contratos do devedor na hipótese de falência, dedicando, inclusive, toda uma seção à disciplina dos “efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor” (Capítulo V, Seção VIII). Assim, para encerrar a análise das disposições da LRE que tangenciam os contratos do devedor em recuperação judicial, cumpre examinar o regime jurídico dos contratos na falência, a fim de identificar a lógica que lhe é subjacente e, eventualmente, extrair premissas úteis para uma eventual disciplina dos contratos também no contexto da recuperação de empresas, que será analisada mais adiante.

Enquanto a recuperação judicial visa a viabilizar o soerguimento de empresas viáveis, a falência é o caminho reservado às empresas inviáveis. O objetivo central da legislação concursal no que diz respeito a essas últimas é assegurar a célere liquidação dos ativos do devedor, maximizando o valor a ser distribuído aos credores; e, quando possível, otimizando “a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa” (artigo 75 da LRE).

O devedor é desapossado de seus bens, que passam a compor a massa falida. Isso não significa, contudo, que necessariamente haverá desde logo a paralisação das atividades da entidade. A própria LRE admite a possibilidade de “continuação provisória das atividades do falido”¹⁸⁴, relevante para os casos em que a manutenção das atividades preserve o valor e a utilidade dos bens, mostrando-se compatível, portanto, com os objetivos elencados acima.

Dá-se azo, assim, a um cenário peculiar em que o empresário foi removido da direção da empresa, mas esta continua operando. “Desnatura-se” a empresa, em certa

¹⁸⁴ Artigo 99, inciso XI.

medida, já que o conceito previsto no Código Civil é fortemente calcado no exercício da atividade pelo empresário¹⁸⁵. Com efeito, Adriana Pugliesi considera que a ideia de empresa como atividade é incompatível com a falência¹⁸⁶. Por outro lado, a jurista entende que persiste a possibilidade de preservar a organização dos bens que compõem o estabelecimento empresarial, a qual “deixa de ser feita pelo empresário”, passando “a ser gerida, no interesse dos credores, sob a orientação e atuação do administrador judicial, sob a fiscalização do juiz”¹⁸⁷.

A jurista observa que a preservação da organização é importante para permitir, sempre que possível, “uma *transição* de titularidade dos bens organizados” a sujeito diverso, com a dupla finalidade de “melhor atender os credores (maximizando o valor dos ativos) e preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens”¹⁸⁸. E o objeto dessa organização que se pretende preservar abrange não só o estabelecimento empresarial, mas também “determinadas posições jurídicas decorrentes de contratos estratégicos firmados pelo devedor”¹⁸⁹.

Esse é o panorama dentro do qual a disciplina dos contratos na falência tem de ser compreendida. As consequências jurídicas atribuídas a tais contratos são indissociáveis da ideia de preservação da organização e, por intermédio desta, da consecução dos objetivos do processo falimentar.

Adriana Pugliesi classifica as relações jurídicas de interesse da massa em três grupos: “(i) os negócios jurídicos para os quais o administrador decide dar continuidade, mantendo o vínculo contratual celebrado pelo devedor antes da falência; (ii) os negócios jurídicos

¹⁸⁵ “Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

¹⁸⁶ PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e Preservação da Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 143. No mesmo sentido, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que “a empresa, enquanto atividade, não existe na falência. Passa a haver, com a quebra, de um lado, um complexo de bens (a massa falida objetiva) e, de outro, uma coletividade de credores (a massa falida subjetiva)” (TOLEDO, A preservação da empresa, mesmo na falência..., p. 521). Usando como ponto de partida os perfis da empresa identificados por Asquini, o autor conclui que apenas os perfis patrimonial e objetivo seriam aplicáveis ao contexto da falência.

¹⁸⁷ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, pp. 146-147.

¹⁸⁸ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 150.

¹⁸⁹ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 158. A propósito, a autora considera que a lei concursal foi feliz em dispor expressamente acerca dos contratos que podem ser objeto de transferência específica, remetendo à lição de Rubens Requião no sentido de que os contratos não integram o estabelecimento comercial, já que “o exercício da empresa (atividade) não se confunde com o fundo de comércio (instrumento desta)” (**Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 164).

celebrados no interesse da massa falida, como é o exemplo do arrendamento dos bens; (iii) os vínculos contratuais que poderão ser transferidos ao eventual adquirente do estabelecimento, na realização do ativo, levada a efeito no processo falimentar”¹⁹⁰.

O primeiro grupo abarca os contratos anteriores à falência a que se apliquem as disposições dos artigos 117 e seguintes da LRE. O artigo 117 estabelece 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, mediante autorização do Comitê”¹⁹¹.

Da redação do dispositivo resulta, de um lado, a continuidade dos contratos como regra geral da falência; e, de outro, que “a massa falida passa a ter o direito de resilir unilateralmente o contrato, impedindo que o outro contratante possa exigir o adimplemento forçado da obrigação, restringindo o direito deste a perdas e danos”¹⁹². Havendo opção do administrador judicial pelo cumprimento do contrato, “a massa falida se sub-roga na posição contratual do falido” e “os créditos do outro contratante serão considerados extraconcursais”¹⁹³, nos termos do artigo 84, inciso I-E, da LRE¹⁹⁴.

A já citada autora esclarece que essa opção será pautada pelo princípio geral de “conveniência da massa”¹⁹⁵, com base nos critérios indicados no *caput* do artigo 117, a saber, a possibilidade de que o cumprimento (i) reduza ou evite o aumento do passivo ou (ii) se mostre necessário à manutenção e preservação dos ativos da massa falida. Tal atuação não teria por objetivo, em princípio, a obtenção de lucro, e sim a “manutenção da organização de bens (e o valor agregado que isto representa), potencializando a melhor

¹⁹⁰ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 180.

¹⁹¹ Vale notar, no mesmo sentido, que o artigo 118 da LRE autoriza o administrador judicial a, mediante autorização do Comitê, “dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada”. Ainda, o artigo 119 da LRE dita regras que deverão ser observadas no curso das relações contratuais da falida.

¹⁹² **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 179.

¹⁹³ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 180.

¹⁹⁴ “Artigo 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos: I-E – às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência”.

¹⁹⁵ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 179.

venda, no interesse dos credores”, sendo inadmissível que imponha “aos credores a assunção do risco inerente à atividade empresarial”¹⁹⁶.

A segunda categoria de negócios jurídicos de interesse da massa falida refere-se aos contratos celebrados já no curso da falência, em que a própria massa atua “como centro de imputação, com interesses próprios, diversos daqueles que mobilizaram o devedor na celebração de contratos antes da falência”¹⁹⁷. De fato, o artigo 114 da LRE autoriza o administrador judicial a “alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida”, com o objetivo de produzir renda em favor desta, mediante autorização do Comitê¹⁹⁸.

Por fim, a LRE contempla a possibilidade de transferência compulsória da posição contratual do devedor a eventual adquirente do estabelecimento. O artigo 140, § 3º prevê que “a alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos”. Rachel Sztajn esclarece que o dispositivo excepciona a regra geral de necessidade de anuência “do contratante que permanece vinculado”, a fim de assegurar a continuação da atividade, exercida pelo cessionário¹⁹⁹.

Vê-se que todas essas hipóteses têm em comum o intuito de preservar a organização dos bens do falido e do sobrevalor que essa organização gera, com o fim de facilitar a alienação dos bens e, por conseguinte, maximizar o montante distribuído aos credores, salvaguardando, ao mesmo tempo, a utilidade produtiva dos bens. Em outros termos, a disciplina jurídica dos negócios de interesse da massa falida não pode ser adequadamente

¹⁹⁶ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 180.

¹⁹⁷ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 178.

¹⁹⁸ A importância prática dessa disposição reside, segundo Marcelo Sacramone, no fato de que nem sempre a liquidação dos bens da falida ocorrerá imediatamente. Impedimentos fáticos e jurídicos podem atrasá-la, sendo relevante que a lei proporcione mecanismos aptos a “produzir renda para a Massa Falida e aumentar seus recursos a serem partilhados entre os credores” (SACRAMONE, **Comentários à Lei de Recuperação...**, p. 512).

¹⁹⁹ SZTAJN, Rachel. Comentários ao artigo 140. In TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 528. A autora acrescenta que “a relevância do contrato para a atividade será entendida no sentido de impossibilidade de mantê-la se o vínculo for rompido unilateralmente pelo contratante por conta da cessão da atividade”, não devendo ser examinada “em face de outras alternativas de suprimento por terceiros daquele bem ou serviço ao adquirente da massa”, já que essa hipótese “pode retardar o ‘reinício’ da atividade sob novo comando, com perdas, se o lapso temporal for significativo, daí a importância da norma no que tange à eficiência da liquidação” (Comentários ao artigo 140..., p. 529).

compreendida fora dos objetivos do sistema falimentar. Nessa mesma lógica, eventual disciplina dos contratos na recuperação judicial teria de estar em linha com os objetivos do procedimento recuperatório.

Na recuperação judicial, a preservação da empresa está muito mais relacionada à ideia de preservação da atividade empresarial propriamente dita, conduzida, via de regra, pelo próprio empresário²⁰⁰. Respeitados os limites impostos pela legislação concursal, o intuito primário do devedor continua sendo a busca do lucro, por meio, entre outras estratégias, do estabelecimento de vínculos com outros agentes econômicos.

É por essa razão que a necessidade de revitalização dos vínculos baseados na confiança é muito mais acentuada na recuperação judicial. Adriana Pugliesi ressalta que o “plano de recuperação não é apenas uma promessa de pagamento (para composição do passivo), mas representa um cenário mais amplo, em que o devedor conquista (ou reconquista), em maior ou menor grau, a **confiança** de seus credores, na retomada de suas atividades, em certo prazo, em condições de manter (ou retomar) suas relações negociais e, mormente, para gerar recursos suficientes não apenas para efetuar pagamentos do passivo, mas para dar continuidade à atividade econômica”²⁰¹.

Dessa forma, um possível regime dos contratos na recuperação judicial teria de estar pautado na preservação não só da atividade empresarial, em si, mas também da confiança, que, como se viu, constitui pressuposto básico do desenvolvimento de qualquer relação interempresarial. Esse ponto será retomado no capítulo 3, ao se examinarem sugestões de diretrizes para uma eventual disciplina mais direta dos contratos na recuperação judicial.

²⁰⁰ Nos termos do artigo 64 da LRE, que estabelece como regra que o “devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial”. Eduardo Secchi Munhoz comenta as vantagens e desvantagens de um modelo que mantém o devedor à frente do negócio no curso da recuperação: “A preferência pela manutenção do devedor e seus administradores decorre do reconhecimento de que, ainda que possa significar um aumento dos custos de transação e desvios significativos da *absolute priority rule*, tal solução traz como pontos positivos: (i) incentiva o devedor a não postergar a distribuição do pedido de recuperação, (ii) não gera ao devedor aversão ao crédito, (iii) evita a adoção de projetos com risco excessivo, na medida em que o devedor, na recuperação, pode obter para si uma parcela do valor da empresa, (iv) possibilita a elaboração do plano por quem detém mais informações sobre a empresa e (v) estimula a reorganização, na medida em que confere poder de barganha ao devedor. A manutenção do devedor e seus administradores na condução do negócio pode resultar, portanto, em resultados ex ante (itens I a III, supra) e ex post (itens IV e V, supra) positivos” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 310)

²⁰¹ **Direito Falimentar e Preservação da Empresa...**, p. 259.

2.2. O TRATAMENTO DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR PELA JURISPRUDÊNCIA

2.2.1. Os desafios que a ausência de disciplina específica dos contratos do devedor impõe à atividade do intérprete

Diante da opção do legislador por não regulamentar diretamente os efeitos da recuperação judicial sobre os contratos do devedor, cumpre investigar os impactos dessa opção sobre a atividade do intérprete, a quem incumbirá solucionar as questões a que a lei não ofereceu resposta.

Carlos Maximiliano afirma que “a aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada”, submetendo “às prescrições da lei uma relação da vida real”, procurando e indicando “o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”²⁰².

Pois bem. Não havendo na lei concursal regra específica a disciplinar os contratos do devedor, e dispendo o seu artigo 49, § 2º, que “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei”, parece natural que o “dispositivo adaptável” à solução das controvérsias surgidas entre o devedor e seus parceiros comerciais seja buscado no direito contratual, amplamente considerado. Por outro lado, por conta do estado de crise que acomete uma das partes, mostra-se igualmente razoável que a resposta buscada esteja alinhada com as disposições e objetivos da legislação concursal.

A dificuldade reside no conflito aparente entre esses diferentes conjuntos de normas. Enquanto o direito contratual prestigia a força obrigatória dos contratos, visando a resguardar a segurança e a previsibilidade do tráfico mercantil, o direito concursal se preocupa com a preservação da empresa viável, protegendo os diversos interesses edificados em torno da atuação desta em mercado.

²⁰² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 19.

Diz-se que o conflito é apenas aparente, pois a presunção é de que “o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de ideias; todas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico”²⁰³. A atuação do intérprete deveria ser capaz de “integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas”²⁰⁴.

Por outro lado, pode ser que a utilização dos métodos tradicionais de interpretação não seja suficiente para conferir deslinde adequado à matéria. Rodrigo Octávio Broglia Mendes, comentando o tratamento da cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial (questão que, como a presente, envolve um embate entre a tutela do crédito e a preservação da empresa), considera haver um conflito entre diferentes “políticas de lei”²⁰⁵, que “procuram reagir a conjuntos distintos de expectativas econômicas”²⁰⁶, representando a “colisão entre duas racionalidades sociais parciais, organizadas de forma própria, ainda que dentro de um mesmo sistema social”²⁰⁷.

Configurado um conflito entre políticas de lei, o autor entende que “o papel do direito não seria propriamente solucionar o conflito, mas sim filtrar os influxos dessas racionalidades trazidas através das políticas da lei e, em razão delas, reconstruir sua semântica para permitir uma compatibilização, ainda que frágil e provisória, entre essas racionalidades colidentes”²⁰⁸. Em outros termos, incumbiria ao julgador divisar formas de harmonizar as premissas do direito contratual e do direito recuperacional.

Veja-se que se fala aqui em harmonização, compatibilização, e não hierarquização de princípios. Fábio Murta Rocha Cavalcante comenta que a proteção absoluta dos objetivos

²⁰³ MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito...*, p. 134.

²⁰⁴ MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito...*, p. 134.

²⁰⁵ O autor esclarece que o termo é usado na acepção proposta por Teubner, que diz respeito a “uma forma de reconstrução jurídica interna da relação da dimensão do ‘acoplamento estrutural’ do direito com a política regulatória, de um lado, e as especificidades do campo a ser regulado, de outro” (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *O Judiciário e as Políticas da Lei: Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios e a Recuperação Judicial*. In CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrido Jorge. (org.). **O Direito de Empresa nos Tribunais Brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 203).

²⁰⁶ *O Judiciário e as Políticas da Lei...*, p. 204.

²⁰⁷ *O Judiciário e as Políticas da Lei...*, p. 213.

²⁰⁸ *O Judiciário e as Políticas da Lei...*, p. 213.

característicos de qualquer desses campos “leva a entendimentos extremos que ignoram o paradoxo sobre o qual a Nova Lei [a LRE] está fundamentada, de modo que uma política é escolhida em completo detrimento da outra”²⁰⁹. Para o autor, a solução passa por reconhecer a existência de um conflito “que é imanente à crise empresarial”, não se devendo buscar a sua eliminação, e sim a sua “compatibilização com base nos programas do sistema jurídico brasileiro”²¹⁰.

Propõe-se, aqui, que prestigiar o resguardo da confiança é decisivo para que essas ordens de princípios sejam adequadamente compatibilizadas. Harmonizar o direito contratual com o princípio da preservação da empresa passa por proteger as legítimas expectativas construídas em torno da relação contratual, definidas à luz da função econômica que o negócio desempenha, e sem ignorar que o fomento da confiança exige a colaboração recíproca dos envolvidos. No mais, como as partes são mais aptas que o julgador a definir a medida de seus próprios interesses, mostra-se útil que a atividade do intérprete facilite e incentive a negociação de uma solução comum.

Isso significa que a decisão do julgador não raramente terá de prestigiar soluções que partilhem os riscos entre as partes, em vez de alocá-los em desfavor de alguma delas, o que pode consistir, por si só, em uma tarefa complexa.

Robert Hillman tangencia o tema ao examinar, no âmbito do direito norte-americano, a diferença entre as exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos no âmbito do direito contratual comum (o conjunto de doutrinas denominadas *contract excuse*) e do direito falimentar (*bankruptcy discharge*, ou a liberação do devedor sem que haja pagamento de suas dívidas). O autor observa que, enquanto o *discharge* é aplicado rotineiramente, o direito contratual comum quase nunca admite que uma das partes seja dispensada do cumprimento das obrigações assumidas²¹¹.

²⁰⁹ CAVALCANTE, Fábio Murta Rocha. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutive. **Revista dos Tribunais**, vol. 983/2017, set. 2017, p. 12.

²¹⁰ A falência e a recuperação judicial como causas..., p. 5.

²¹¹ HILLMAN, Robert A. Contract Excuse and Bankruptcy Discharge. **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 573, 1990, pp. 99-100. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1677&context=facpub>. Último acesso em 15.4.2021.

Hillman atribui esse fenômeno à dificuldade do julgador em determinar qual foi, no momento da celebração do contrato, a intenção das partes em matéria de alocação de riscos. Nesse sentido, o julgador, defrontando-se com a escolha entre a liberdade de contratar e a intervenção sobre o texto contratual, normalmente opta pela primeira, que consiste na abordagem mais conservadora. O autor considera que o Poder Judiciário costuma ter aversão a soluções diferentes de um “tudo ou nada”, que partilhem os riscos entre as partes²¹². Em contrapartida, o fato de o *bankruptcy discharge* contar com previsão legal o tornaria um risco previsível, facilitando, por conseguinte, a sua aplicação pelo julgador; a lei lhe confere “autorização” para ratear as perdas entre as partes²¹³.

²¹² “In sum, there are many inquiries for courts in excuse cases. Remote from contextual realities and limited in resources, courts can rarely clearly determine the parties’ intentions on risk allocation. Courts accordingly consider many factors in a grand balancing approach. Unfortunately, the various factors frequently contradict each other: Some point toward excuse, others toward enforcement. Furthermore, the balancing process often reveals that both parties have strong interests.

Cases involving changed circumstances, then, exacerbate the tension between free contracting and social control of the exchange process. Courts typically avoid the morass by adhering to traditional freedom of contract principles. This does not mean that judges have a hidden purpose, conscious or unconscious, to advance one societal interest or another. It merely suggests that courts are unwilling to concede their limitations openly and seek to avoid controversy [...] Courts inclined to construct a remedy that reflects these interests would be forced to come to terms with their aversion to a solution based on sharing losses” (Contract Excuse and Bankruptcy Discharge..., pp. 108-109). Em tradução livre: “Em síntese, há muitas questões submetidas aos tribunais em casos que buscam excepcionar o cumprimento do contrato. Distantes da realidade contextual, e com recursos limitados, os tribunais raramente são capazes de determinar com clareza a intenção das partes em matéria de alocação de risco. Os tribunais têm, assim, de equilibrar muitos fatores. Infelizmente, os diferentes fatores frequentemente se contradizem: alguns apontam para a exceção ao cumprimento, outros para o cumprimento do contrato. Ademais, o processo de equilibrá-los muitas vezes revela que ambas as partes têm interesses substanciais.

Casos que envolvam alteração das circunstâncias agravam, então, a tensão entre a liberdade de contratar e o controle social dos processos de troca. Os tribunais comumente evitam o dilema, aderindo aos tradicionais princípios da liberdade de contratar. Isso não significa que tenham um propósito oculto, consciente ou inconscientemente. Sugere, apenas, que os tribunais relutam em admitir abertamente suas próprias limitações e procuram evitar controvérsias [...] Tribunais propensos a construir soluções que refletissem esses interesses seriam obrigados a encarar sua aversão a soluções baseadas no partilhamento das perdas”.

²¹³ “For better or worse, Congress embraced these distinctions in contexts, parties, and goals when fabricating its discharge policy. The federalization of bankruptcy law in turn legitimized discharge, thereby adding momentum to its general acceptance [...] In addition, the law had made a discharge on bankruptcy a foreseeable risk of contracting. We might now presume that creditors comprehend that risk and demand higher prices to cover it. We might not feel too sorry for such parties, therefore, when the risk comes to pass. The prevailing perceptions of the contexts, parties and efficiencies of bankruptcy also facilitated congressional fashioning of a relatively bright-lined rule of discharge, thereby avoiding the need for ex post judicial intrusions into particular contexts. As a result of the certain approach to discharge, bankruptcy law largely avoids the risk-allocation morass that confronts courts in excuse cases” (Contract Excuse and Bankruptcy Discharge..., p. 128). Em tradução livre: “Bem ou mal, o Congresso acolheu essas distinções de contexto, partes envolvidas e objetivos ao elaborar sua política de liberação das obrigações do devedor. A federalização da lei de insolvência, por sua vez, legitimou essa liberação, contribuindo para sua aceitação geral. Adicionalmente, a lei tornou a liberação do devedor via insolvência um risco previsível na contratação. Podemos presumir, agora, que os credores compreendem esse risco e demandam preços mais elevados para compensá-lo. Assim, talvez não nos compadeçamos tanto deles se esse risco vier a se concretizar.

As percepções prevalentes quanto ao contexto, partes e eficiência do processo de insolvência também facilitaram que o Congresso definisse uma linha relativamente clara para a liberação do devedor, evitando que os tribunais tenham de se imiscuir na discussão sobre o contexto da contratação. Como resultado dessa

Os conflitos descritos pelo autor se assemelham, de certo modo, ao dilema enfrentado pelo julgador brasileiro no tema dos impactos da recuperação judicial sobre os contratos interempresariais: definir as nuances da aplicação da força obrigatória dos contratos em circunstâncias que tornam impossível o cumprimento da forma originalmente pactuada.

A eventual utilidade de maior clareza legal sobre o tema será abordada no capítulo 3. Por ora, mostra-se útil examinar de que forma os tribunais pátrios têm reagido ao conflito entre a força obrigatória dos contratos e a preservação da empresa, a fim de identificar se as soluções encontradas aproximam-se mais de uma hierarquização desses princípios, ou de sua compatibilização. Poder-se-á, a partir daí, obter uma impressão geral sobre se os tribunais brasileiros têm divisado soluções aptas a fomentar a retomada da confiança e da cooperação no âmbito das relações interempresariais do devedor em recuperação judicial.

2.2.2. Premissas da pesquisa realizada

De pronto, impõe-se esclarecer que foge aos objetivos deste trabalho analisar toda a jurisprudência existente sobre os efeitos da recuperação judicial sobre os contratos interempresariais. O objetivo aqui é, simplesmente, oferecer uma visão geral sobre a natureza das controvérsias envolvendo recuperação judicial e contratos interempresariais e as soluções que lhes são aplicadas, a fim de complementar com um viés prático as considerações teóricas tecidas até o momento. A seleção da amostra de julgados examinados pautou-se, assim, pelo papel instrumental que a referida análise desempenha neste trabalho.

A amostra selecionada compreende acórdãos de lavra (i) do Superior Tribunal de Justiça (STJ), diante da relevância de sua atuação para uniformizar a interpretação da legislação federal infraconstitucional; e (ii) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que concentram um

abordagem clara para a liberação do devedor, evitam-se os dilemas de alocação de risco que atormentam os tribunais em casos de exceção ao cumprimento do contrato”.

grande número de processos de recuperação judicial, inclusive a maioria dos casos envolvendo grandes valores e empresas de grande visibilidade²¹⁴.

No STJ, a pesquisa abrangeu acórdãos proferidos até 30.6.2020. No TJSP, pesquisaram-se acórdãos proferidos em um intervalo de 5 (cinco) anos, entre 1.7.2015 e 30.6.2020. No TJRJ, a pesquisa abrangeu os anos de 2015 a 2020, já que o sítio eletrônico do tribunal em questão não permite a indicação de datas específicas para pesquisa. No entanto, a fim de manter o mesmo intervalo considerado para o TJSP, os acórdãos prolatados antes de 1.7.2015 ou após 30.6.2020 foram posteriormente desconsiderados.

No STJ, a pesquisa foi realizada com base nos termos-chave: (i) “recuperação judicial” e “contrato”, que retornou um total de 140 (cento e quarenta) acórdãos; e (ii) “recuperação judicial” e “fornecedor”, que retornou um total de 5 (cinco) acórdãos.

No TJRJ e TJSP, a utilização dos mesmos termos de pesquisa se mostrou inviável, diante do elevado número de julgados obtidos (na ordem de dezenas de milhares para o TJSP)²¹⁵. Optou-se, assim, pela realização da pesquisa com base em termos relacionados a tipos específicos de contratos interempresariais. Incluiu-se também o tema da denúncia contratual, por ser comum a uma ampla gama de contratos empresariais e envolver uma série de questões relevantes para o princípio da boa-fé²¹⁶.

Assim, no TJRJ, a pesquisa foi realizada com base nos termos-chave: (i) “recuperação judicial”, “contrato” e “fornecimento”, que retornou um total de 24 (vinte e quatro) acórdãos; (ii) “recuperação judicial”, “contrato” e “distribuição”, que retornou um total de 16 (dezesesseis) acórdãos; (iii) “recuperação judicial”, “contrato” e “franquia”,

²¹⁴ Alguns exemplos são as recuperações judiciais do Grupo Odebrecht, do Grupo Abril, do Grupo OAS, de Viracopos, das livrarias Saraiva e Cultura e da Avianca, que tramita(ra)m perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e as recuperações judiciais do Grupo Oi, do Grupo X e da Sete Brasil, que tramita(ra)m perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

²¹⁵ Embora a pesquisa do TJRJ não tenha retornado um número tão elevado de julgados (menos de mil resultados para os mesmos termos-chave utilizados na pesquisa no STJ), optou-se por utilizar os mesmos critérios empregados na pesquisa no TJSP, a fim de manter a padronização nas consultas em tribunais estaduais.

²¹⁶ Judith Martins-Costa anota que a previsão da possibilidade de uma das partes denunciar o contrato remete o outro contratante a um estado de sujeição, pois “este não mais poderá exigir a manutenção da relação jurídica obrigacional, pois denunciar é fazer cessar a eficácia da relação jurídica. E o exercício do direito de denúncia, embora *prima facie* lícito, por vezes, pode ser ilícito (‘abusivo’), isto é: disfuncional aos fins concretos do contrato, à sua causa, às expectativas que, legitimamente, tenha gerado acerca de sua continuidade” (A **boa-fé no direito privado**..., Capítulo Oitavo, § 79, Item 2, paginação irregular).

que retornou um total de 3 (três) acórdãos; (iv) “recuperação judicial”, “contrato” e “marca”, que retornou um total de 3 (três) acórdãos; (v) “recuperação judicial” e “propriedade intelectual”, que não retornou resultados; e (vi) “recuperação judicial”, “contrato” e “denúncia”, que retornou um total de 8 (oito) acórdãos²¹⁷.

No TJSP, a utilização dos mesmos termos usados no TJRJ retornou, por vezes, mais de 500 (quinhentos) resultados. Nesses casos, a pesquisa foi refeita com base em termos-chave mais específicos. Assim, a versão final da pesquisa foi realizada com base nos seguintes termos: (i) “recuperação judicial” e “contrato de fornecimento”, que retornou um total de 311 (trezentos e onze) acórdãos; (ii) “recuperação judicial” e “contrato de distribuição”, que retornou um total de 114 (cento e catorze) acórdãos; (iii) “recuperação judicial” e “contrato de franquia”, que retornou um total de 308 (trezentos e oito) acórdãos; (iv) “recuperação judicial” e “licenciamento de marca”, que retornou um total de 31 (trinta e um) acórdãos; (v) “recuperação judicial” e “propriedade intelectual”, que retornou um total de 50 (cinquenta) acórdãos; e (vi) “recuperação judicial”, “contrato” e “denúncia”, que retornou um total de 397 (trezentos e noventa e sete) acórdãos.

Após a identificação das ocorrências, foi realizada a leitura das ementas dos julgados mapeados, excluindo-se os que não diziam respeito ao tema sob estudo. Em seguida, o inteiro teor dos julgados remanescentes foi objeto de análise, excluindo-se os acórdãos cujo inteiro teor não guardava relação com o tema sob estudo e sistematizando-se as informações dos julgados remanescentes. A tabela constante do Anexo I contempla todos os 56 (cinquenta e seis) acórdãos selecionados, com indicação do respectivo tema e fundamentação.

Como se observa, o índice de descarte dos resultados obtidos foi alto, restando, na análise final, apenas 56 (cinquenta e seis) acórdãos dentre as 1410 (mil quatrocentas e dez) ocorrências inicialmente identificadas²¹⁸. Foram desconsiderados, entre outros: (i) acórdãos que versavam estritamente sobre questões processuais (competência para processamento

²¹⁷ O número de acórdãos identificados reflete os resultados obtidos na pesquisa com data-base em 1º.11.2020, para o item (i), e 7.10.2020, para os demais. Identifica-se a data-base da pesquisa apenas para o TJRJ, diante da impossibilidade de indicar uma data final de corte para fins de realização da pesquisa. Para o STJ e o TJSP, as pesquisas foram realizadas em diferentes momentos do segundo semestre de 2020, mas, como foi indicada a data-limite de 30.6.2020, não houve variação no número de resultados obtidos.

²¹⁸ Apenas 3 (três) acórdãos integrantes da amostra apareceram nos resultados de mais de um conjunto de termos-chave para busca.

da demanda ou do recurso, rejeição de embargos de declaração pela ausência de vícios que ensejassem sua oposição, não conhecimento de recurso especial por aplicação da Súmula 7 do STJ, entre outros); (ii) acórdãos que discutiam a concessão de gratuidade de justiça às partes; (iii) acórdãos que discutiam o valor do crédito ou a sua sujeição ao concurso (inclusive os que envolviam discussão sobre a regularidade na constituição de garantias); (iv) acórdãos que não versavam sobre contratos empresariais (e sim sobre contratos consumeristas, trabalhistas, bancários etc.); (v) acórdãos que versavam sobre processos de falência ou de recuperação extrajudicial; e (vi) acórdãos que discutiam matéria contratual (como inadimplemento ou rescisão), mas cuja fundamentação não tratou a recuperação judicial como uma questão minimamente relevante.

Em contrapartida, todos os julgados selecionados versam sobre casos em que a matéria contratual de fundo foi interpretada, em alguma medida, à luz da recuperação judicial de um dos envolvidos, com destaque para os casos em que (i) o contrato ou a dívida dele decorrente eram de alguma forma tratados no plano de recuperação, ou (ii) o exercício de prerrogativas contratuais foi examinado à vista do princípio da preservação da empresa. Passa-se, assim, à análise dos julgados que integram a amostra. Vale ressaltar que o eventual acerto ou desacerto das decisões é menos relevante que o esforço efetivo de compatibilizar os interesses em jogo.

2.2.3. Resultados observados

2.2.3.1. Questões relacionadas ao plano de recuperação judicial

O primeiro grupo de acórdãos identificados, composto por 6 (seis) julgados, diz respeito a casos em que o plano de recuperação judicial disciplinava, de alguma forma, a relação do devedor com parceiros comerciais.

Dentro desse conjunto, 2 (dois) acórdãos tratavam da possibilidade de criação de subclasses no plano de recuperação judicial, com o intuito de oferecer tratamento

diferenciado a determinados credores, em especial fornecedores de matérias-primas. Em ambos foi reconhecida a legalidade desse tratamento diferenciado²¹⁹.

O acórdão de lavra do STJ entendeu que “pode ocorrer o estabelecimento de distinções entre integrantes de uma mesma classe com interesses semelhantes”, o que se justificaria pela “constatação de que as classes de credores, especialmente a de credores quirografários, reúnem credores com interesses bastante heterogêneos: credores financeiros, fornecedores em geral, fornecedores dos quais depende a continuidade da atividade econômica, credores eventuais, créditos com privilégio geral, entre outros. Nesse contexto, a divisão em subclasses deve se pautar pelo estabelecimento de um critério objetivo, abrangendo credores com interesses homogêneos, com a clara justificativa de sua adoção no plano de recuperação”²²⁰.

Na mesma linha, o acórdão proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP observou que a discussão se concentrava “na análise dos motivos que levaram à diferenciação dos credores”, sendo que, no caso concreto, estava clara “a exigência de que continuem a fornecer à recuperanda, de resto a qualquer deles se abrindo a possibilidade de adesão aos termos da proposta”²²¹.

Outros 2 (dois) acórdãos, relacionados entre si, tratavam da efetividade da cessão de posição contratual operada por intermédio do plano de recuperação. *In casu*, o plano de recuperação judicial previra o pagamento integral dos créditos da fornecedora, que se comprometera, em contrapartida, ao fornecimento de pelo menos 40% (quarenta por cento) de sua produção de cana-de-açúcar à recuperanda. Na sequência, o direito da recuperanda à produção foi vertido para terceiro adquirente de unidade produtiva isolada. Esse terceiro demandava, em face da fornecedora, a entrega da safra.

O TJSP, apesar de reconhecer que o terceiro efetivamente sucedera a recuperanda “nos direitos decorrentes dos compromissos formais de fornecimento de cana-de-açúcar”,

²¹⁹ Vale lembrar que tais acórdãos foram proferidos antes da reforma implementada pela Lei n. 14.112/2020 e, portanto, antes que a possibilidade de tratamento diferenciado a determinados credores no plano de recuperação judicial fosse incorporada à legislação concursal.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.634.844-SP. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 10.3.2019.

²²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2221665-64.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Claudio Godoy. Julgado em 13.5.2019.

rejeitou o pleito de entrega da safra, na medida em que a constituição do direito da recuperanda (e, por conseguinte, do terceiro) à produção dependia do pagamento do crédito da fornecedora nos termos previstos no plano de recuperação, ou seja, “sem o cumprimento desta obrigação, não podia a Autora reclamar o fornecimento”²²².

Ainda, um dos julgados identificados tratava da possibilidade de arresto da garantia pignoratícia objeto do contrato, para assegurar o pagamento de crédito sujeito à recuperação²²³. O caso envolvia contrato de compra e venda de safra futura, em que a recuperanda constava como vendedora (i.e., devedora da obrigação de dar).

Em segunda instância, entendeu-se que a obrigação de dar sujeitava-se aos efeitos da recuperação, devendo ser-lhe aplicados o deságio e o parcelamento previstos no plano, daí decorrendo que a compradora deveria receber, em vez das sacas de açúcar, “a quantia referente ao seu valor, o que corresponde ao cumprimento equivalente da obrigação contratual, conforme previu o plano de recuperação judicial da agravante”. E, diante da crise que acometia a recuperanda, entendeu-se razoável autorizar o arresto do objeto do contrato, para assegurar o pagamento do crédito.

O STJ manteve a determinação de arresto, sob o fundamento de que o Juízo da recuperação judicial dispunha do “dever-poder de ponderar os interesses em conflito, o da satisfação de uma obrigação contratual e o da retenção de bens essenciais à preservação da empresa em regime de recuperação” e não fizera “nenhum juízo de valor ou reconhecimento de serem os citados bens essenciais à continuidade da atividade empresarial”²²⁴.

²²² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0006180-91.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Pedro Baccarat. Julgado em 6.7.2017. No mesmo sentido, o acórdão proferido no âmbito da cautelar de arresto que antecedeu a demanda: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0005134-67.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Pedro Baccarat. Julgado em 23.11.2016.

²²³ Convém mencionar que o artigo 6º, inciso III, da LRE, introduzido pela Lei 14.112/2020, estabelece que o deferimento do processamento da recuperação judicial implica “proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência”.

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.584.439-SP. Terceira Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 16.8.2016.

Observou, ainda, que o arresto não tinha “o caráter de pagamento de crédito em nítido detrimento de outros credores, mas, apenas e tão somente, o cumprimento de obrigação que foi objeto de contrato de compra e venda futura de sacas de açúcar com garantia pignoratícia”. A votação não foi, porém, unânime: o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino considerou que “permitir o arresto de milhares de sacas de açúcar da empresa em recuperação malograria o plano traçado pelo juízo recuperacional, desbaratando-se os relevantes fins do instituto da recuperação judicial”.

Um último acórdão discutia, no âmbito de contrato de exportação de açúcar e álcool, a legalidade da colheita, pelas recuperandas, de safra objeto de penhor em favor da parte contrária. A credora alegava que isso equivaleria à supressão da garantia pignoratícia. O argumento foi afastado pelo STJ, tendo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino entendido que o penhor ficaria diferido para safras futuras, em linha com o artigo 1.443 do Código Civil²²⁵, “restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação”. O Ministro observou, ainda, que “impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação”²²⁶.

De forma geral, pode-se dizer que esse conjunto de julgados revela uma tendência dos respectivos tribunais a respeitar a alocação de direitos e deveres delineada pelas próprias partes no plano de recuperação, prestigiando os meios definidos por elas mesmas em termos de retomada da cooperação. Nos casos da criação de subclasses, por exemplo, a diferenciação no tratamento dos credores colaborativos foi admitida por permitir a harmonização de interesses diversos via plano de recuperação judicial: devedor e credor colaborativo resguardam seus interesses mútuos, e a exigência de critérios objetivos protege os demais credores, evitando abusos.

Também no caso da transferência do contrato de fornecimento à adquirente de unidade produtiva isolada, prestigiou-se a harmonização de interesses concebida entre as

²²⁵ “Artigo 1.443. O penhor agrícola que recai sobre colheita pendente, ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia”.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.388.948-SP. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 1º.4.2014.

próprias partes no plano de recuperação. A credora concordou em fornecer parte substancial de sua safra à recuperanda, desde que esta efetuasse o pagamento integral de seu crédito. A recuperanda, de posse desse direito, pôde transferi-lo à adquirente da UPI e, presumivelmente, conseguir um preço melhor. No entanto, tendo a recuperanda deixado de cumprir a parte que lhe incumbia na avença (i.e., o pagamento do crédito), entendeu-se impossível obrigar a fornecedora a entregar a safra.

Por outro lado, os casos versando sobre o tratamento da garantia pignoratícia incidente sobre a safra objeto do contrato evidenciam um embate entre (i) o interesse da empresa em crise em obter acesso à safra e (ii) o interesse da credora em resguardar a garantia real constituída antes do início do procedimento²²⁷. Em outros termos, trata-se de casos em que a recuperanda pretendia modificar a forma como os direitos da contraparte sobre a garantia real poderiam ser exercidos, dando azo à insatisfação desta e reclamando a solução da questão por uma autoridade jurisdicional.

No julgado que discutia o diferimento do penhor para safras futuras, a colheita da safra pela recuperanda foi autorizada diante da sua importância para cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação, entendendo-se que remeter o penhor para safras futuras resguardava os interesses da credora na hipótese de falência. Já o acórdão que avaliava a possibilidade de arresto denota algum incômodo do STJ com a ideia de que a titular da garantia real não poderia, na recuperação judicial, exercer seus direitos sobre os bens do devedor. Optou-se, assim, por permitir o arresto, diante do fato de que as sacas de açúcar não haviam sido consideradas essenciais à recuperação pelas instâncias anteriores.

²²⁷ Vale lembrar, nesse tocante, que os credores com garantia real constituem uma das classes que compõem a Assembleia Geral de Credores (artigo 41 da LRE), e a LRE busca, a princípio, impedir que o plano de recuperação suprima ou substitua a garantia prevista em seu favor (artigo 50, § 1º da LRE). Diz-se a princípio, porque o STJ já se manifestou favoravelmente à revogação da garantia por maioria, mesmo com voto em sentido contrário por parte do credor que a titularizava (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.700.487-MT. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 2.4.2019). De toda forma, não há, na recuperação, previsão de pagamento preferencial do crédito com garantia real; apenas na falência é que se materializaria esse benefício decorrente da natureza do crédito (artigo 83, inciso II da LRE). Inclusive, análises conduzidas pelo Observatório de Insolvência, iniciativa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da PUC-SP e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), apontam, dentro da amostra de planos de recuperação examinados, grande semelhança entre os índices de deságio e as taxas de juros aplicados a créditos quirografários e com garantia real (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA; NÚCLEO DE ESTUDO E PESQUISA SOBRE INSOLVÊNCIA DA PUC-SP. Resultados da 1ª fase do Observatório de Insolvência. Junho 2017. Disponível em https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf, pp. 13-14. Último acesso em 15.4.2021).

Identificam-se, assim, duas formas distintas de solucionar um embate entre diferentes “políticas de lei”. Na primeira, o STJ buscou “filtrar os influxos” do direito comum, identificando feições (i.e., a possibilidade de diferimento do penhor, prevista no Código Civil) que permitissem uma compatibilização dessas diferentes ordens de interesse. Na segunda, a abordagem aproxima-se mais de uma hierarquização dos interesses envolvidos: naquelas circunstâncias concretas, entendeu-se que o direito à garantia deveria prevalecer. Em qualquer caso, fica claro que solucionar conflitos dessa natureza não é tarefa simples, demandando, sempre, alguma medida de sacrifício dos interesses envolvidos.

2.2.3.2. Invocação da recuperação judicial como razão para inadimplemento ou nulidade do negócio

O segundo conjunto de acórdãos identificados, composto por 5 (cinco) julgados, diz respeito a casos em que a recuperação judicial da parte ou de terceiros foi invocada como justificativa para o inadimplemento ou, ainda, como argumento de suporte à nulidade do negócio.

Em um julgado de lavra do TJSP, a franqueada pedia o reconhecimento da nulidade do contrato de franquia e a restituição dos valores incorridos para sua celebração, com base, entre outras razões, na omissão da franqueadora quanto ao trâmite de seu pedido de recuperação judicial, ajuizado pouco tempo antes de o negócio ser firmado. A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP reconheceu a nulidade, sob os fundamentos de que a franqueadora não agira “com a boa-fé esperada, omitindo informações acerca do seu real estado financeiro e de todas pendências judiciais em que estava envolvida”, além de não ter oferecido suporte adequado à contraparte²²⁸.

Em outro caso, a recuperação judicial foi invocada como fundamento para a onerosidade excessiva superveniente das obrigações contratuais. Em sede de ação de cobrança ajuizada em seu desfavor, a recuperanda pedia o afastamento da multa contratual, sob o fundamento de que essa se tornara excessivamente onerosa frente à crise. O TJSP desconsiderou as alegações, com fundamento na inexistência de provas de que “antes de ser celebrado o ajuste, a compradora desconhecia a imposição de índole obrigatória ou a

²²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1072710-41.2013.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em 3.10.2017.

abusividade da estipulação” e no fato de que “a alegação de dificuldade financeira enfrentada pela empresa ré não é acontecimento extraordinário ou imprevisível, o que impede a aplicação da teoria da imprevisão”²²⁹.

Em outros dois casos, a recuperação judicial de terceiro foi apresentada como justificativa para o inadimplemento contratual. No primeiro deles, a autora da demanda, parte em contrato de afretamento marítimo, afirmava que não pôde dar cumprimento à avença por conta da falha da empresa contratada para construir as embarcações (em recuperação judicial) em cumprir suas obrigações. Pedia, assim, a suspensão das penalidades decorrentes do inadimplemento em caráter de urgência.

O TJRJ negou o pleito, aduzindo que, “ainda que se considere que ocorreu fortuito não imputável à agravada, consistente no deferimento do processamento de recuperação judicial do estaleiro contratado pela agravada para a construção das embarcações que atenderiam aos contratos de afretamento, há que se ressaltar que para a realização dos contratos com a PETROBRAS a BRASIL SUPPLY celebrou, por sua conta e risco empresarial, o negócio jurídico com o Estaleiro Ilha S.A. – EISA, para a construção das embarcações que são objeto do contrato de afretamento com a PETROBRAS”, havendo autorização contratual para rescisão em caso de “ocorrência de caso fortuito que impeça a execução do contrato”²³⁰.

No segundo acórdão, proferido pelo TJSP, a distribuidora de combustíveis alegava que o descumprimento de suas obrigações contratuais para com os postos parceiros devia-se à falha de terceiro (em recuperação judicial) em fornecer o etanol na quantidade devida. Pedia, assim, o afastamento de sua responsabilidade com base na configuração de onerosidade excessiva.

O TJSP reconheceu a impossibilidade de liberar a distribuidora de suas obrigações, pois ela elegera como única produtora de etanol usina que “estava em regime de recuperação judicial e praticava preços mais vantajosos em relação aos concorrentes. Ou

²²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0145234-24.2011.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Luis Fernando Nishi. Julgado em 28.4.2016.

²³⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 0035958-86.2016.8.19.0000. 14ª Câmara Cível. Relator Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Julgado em 23.11.2016.

seja, todas as partes visaram lucro maior com a compra do etanol a preços convidativos e não pode ela, agora, imputar responsabilidade exclusiva dos compradores”. Anotou-se, ainda, que “a situação de insolvência da fornecedora, diante do vulto da transação e ao fato de que, praticando preços menores do que os das concorrentes teriam dificuldades em cumprir as obrigações assumidas na recuperação judicial, era perfeitamente previsível e não se enquadra como caso fortuito ou força maior”²³¹.

Por último, foi identificado um caso envolvendo contrato de concessão comercial, em cujo âmbito a concedente interrompeu o fornecimento de mercadorias à concessionária (em recuperação judicial), sem que tenha havido rescisão formal do ajuste. A concessionária pleiteava o retorno do fornecimento.

O TJSP deferiu o pedido, observando que o mero trâmite da recuperação judicial “não é causa apta à extinção automática e de pleno direito do contrato, muito menos à recusa de seu cumprimento” e que “a existência de cláusula de exclusividade no contrato de concessão revela a impossibilidade de a devedora obter, junto a outros fornecedores, ou de outras formas, o fornecimento de veículos, peças e demais utensílios indispensáveis ao desempenho de sua atividade”. Por outro lado, determinou-se que o pagamento das mercadorias deveria ser feito à vista, não sendo possível compelir a contraparte a receber a crédito, já que “a situação de recuperação judicial pela qual passa a agravada indica cenário de insegurança aos credores”²³².

Os acórdãos que integram esse subgrupo revelam outros aspectos importantes do entendimento dos tribunais sobre o tema dos contratos na recuperação judicial, como o fato de que a existência da crise não é entendida como motivo suficiente para, fora dos limites da lei concursal, eximir as partes do cumprimento de suas obrigações contratuais e do atendimento às máximas da boa-fé – o que, como o respeito às soluções delineadas pelas próprias partes, parece favorecer a retomada da cooperação, na medida em que se protegem as legítimas expectativas dos envolvidos.

²³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1059595-79.2015.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 28.6.2018.

²³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2154524-62.2016.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 24.11.2016.

Essa tendência, que se voltará a comentar mais adiante, revela-se, por exemplo, nos casos que tratavam da violação do dever de informação da devedora no âmbito do contrato de franquia, do pedido da devedora de liberação da multa contratual ou da interrupção do fornecimento de mercadorias após o advento da recuperação. Nesse último, porém, o tribunal reconheceu que a crise ameaçava os interesses da contraparte e divisou uma forma de contrabalançar esse aumento de risco, determinando que a devedora passasse a realizar os pagamentos à vista. Em outros termos, em vez de alocar os riscos decorrentes da crise exclusivamente em desfavor do outro contratante, o tribunal os compartilhou entre as partes.

Doutra parte, os casos que discutiam a relativização do descumprimento contratual em razão da recuperação judicial de terceiro revelam que os efeitos deletérios da crise não se limitam às relações negociais do próprio devedor, podendo irradiar-se também para as relações do outro contratante com seus respectivos parceiros comerciais. Contudo, nenhum dos acórdãos que trataram do tema se inclinou a repartir as perdas entre os envolvidos. O entendimento dos respectivos tribunais baseou-se na forma sob a qual a questão foi apresentada pelas partes, ou seja, em termos da previsibilidade ou não da crise e da suposta excessiva onerosidade daí decorrente.

2.2.3.3. Recuperação judicial como causa do fim do contrato

O maior grupo de acórdãos que compõem a amostra (contendo 45 julgados ao todo) tratava (i) da possibilidade de o pedido de recuperação, em si, ou o inadimplemento de dívidas pelo devedor (sujeitas ou não à recuperação) servirem como fundamento para a resolução do contrato, bem como (ii) da possibilidade de denúncia dos contratos do devedor após o pedido da recuperação²³³, e (iii) das consequências jurídicas decorrentes desses eventos.

Em 17 (dezessete) acórdãos, a discussão girava em torno da possibilidade de despejo da recuperanda, seja por denúncia vazia, seja por inadimplemento de aluguéis. Apenas 2 (dois) deles entenderam pela impossibilidade de decretação do despejo: um porque os

²³³ Vale observar que muitos julgados utilizam o termo “denúncia” mesmo em se tratando de hipótese de rescisão motivada. Nesses casos, prestigiou-se o uso do termo “resolução”, que se entende mais técnico, em detrimento do termo empregado no texto do acórdão.

débitos que deram ensejo ao pedido eram anteriores à recuperação, sendo impossível “considerar o inadimplemento deles como causa de despejo”²³⁴; e outro porque o Juízo da recuperação judicial suspendera a eficácia da cláusula do contrato de locação que autorizava a denúncia vazia, “sendo necessária a continuidade da atividade em questão no local garantindo o sucesso e, certamente, a recuperação financeira da devedora”²³⁵.

Todos os demais autorizaram o despejo da recuperanda. Em 3 (três) casos, o fundamento foi temporal: a ação de despejo fora julgada procedente antes do deferimento do processamento da recuperação²³⁶, ou os valores inadimplidos eram posteriores ao pedido²³⁷. Outros 4 (quatro) justificaram a decisão na ausência de prejuízo para a continuidade das atividades da recuperanda (por exemplo, por conta da existência de outras filiais ou da possibilidade de as atividades prosseguirem em imóvel diverso)²³⁸. Os 8 (oito) acórdãos remanescentes pautaram-se no fundamento mais genérico de que a medida de despejo não estava sujeita aos efeitos da recuperação²³⁹.

²³⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2119368-13.2016.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hugo Crepaldi. Julgado em 18.8.2016.

²³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2256790-25.2019.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 22.1.2020.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC 133.612-AL. Segunda Seção. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 14.10.2015.

²³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2220757-41.2016.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Marcos Ramos. Julgado em 29.3.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001779-81.2016.8.26.0011. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Artur Marques. Julgado em 21.11.2016.

²³⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0322912-51.2016.8.19.0001. 15ª Câmara Cível. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Julgado em 30.10.2018; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0286790-73.2015.8.19.0001. 8ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes. Julgado em 8.8.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2182091-68.2016.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Melo Bueno. Julgado em 17.10.2016; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pedido de Efeito Suspensivo à Apel. 2024766-88.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Flavio Abramovici. Julgado em 15.6.de 2020.

²³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1026635-70.2015.8.26.0100. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Adilson de Araújo. Julgado em 4.10.2016; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000257-76.2017.8.26.0595. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgado em 28.2.2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2094379-06.2017.8.26.0000. 34ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Cristina Zucchi. Julgado em 28.7.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2005348-04.2019.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Marcondes D'Ângelo. Julgado em 23.5.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2027555-94.2019.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Morais Pucci. Julgado em 27.2.2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1054621-28.2017.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Claudio Hamilton. Julgado em 28.11.2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001757-03.2018.8.26.0286. 33ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Mario A. Silveira. Julgado em 1º.7.2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2218973-92.2017.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Julgado em 6.2.2018.

Saindo do âmbito das ações de despejo, foram identificados 7 (sete) casos em que o aspecto temporal foi o principal elemento da análise sobre a possibilidade de rescisão. Autorizou-se, em 5 (cinco) casos, a resolução do contrato por inadimplemento, em razão de os créditos inadimplidos serem posteriores à recuperação²⁴⁰; e em 1 (um) impediu-se a resolução contratual por inadimplemento de dívidas sujeitas à recuperação, mas ressaltou-se que o benefício não se estenderia aos créditos constituídos em data posterior ao pedido²⁴¹. Um último acórdão reconheceu a legalidade da resolução sob o fundamento de que ela ocorrera antes do ajuizamento do pedido de recuperação, sendo que o princípio da preservação da empresa não justificaria “a atuação judicial em substituição à iniciativa privada, com o afastamento da autonomia de vontade dos agentes econômicos e a mitigação da liberdade contratual”²⁴².

Em 8 (oito) casos, impediu-se a rescisão fundamentada apenas na existência da recuperação judicial de uma das partes. Um acórdão indicou como fundamento a impossibilidade de proferir decisão conflitante com a do Juízo da recuperação, que já reconhecera a essencialidade dos contratos em questão²⁴³. Outro afastou a possibilidade de rescisão de contrato de franquia (pela franqueada) em razão de o pedido ter sido formulado quase dois anos após o início da recuperação da franqueadora, sem que houvesse qualquer prova de “que o pedido de recuperação judicial da ré causou a perda de negócios ou desprestígio por parte da franqueada”²⁴⁴.

²⁴⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000328-57.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 27.3.2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000407-36.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 27.3.2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0002933-52.2014.8.26.0390. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 24.8.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001292-50.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 14.11.2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 0018885-38.2018.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto. Julgado em 23.10.2018.

²⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2023041-35.2018.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Araldo Telles. Julgado em 29.7.2019.

²⁴² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2185094-31.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fabio Tabosa. Julgado em 27.3.2017.

²⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2194803-56.2017.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot. Julgado em 19.12.2017.

²⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1044176-53.2014.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. Julgado em 30.10.2017.

Os acórdãos remanescentes basearam-se na importância da manutenção dos contratos para a recuperação judicial e no fato de que os créditos porventura inadimplidos estavam sujeitos ao procedimento. Em 2 (dois) deles, foi acolhido pedido da própria recuperanda de que a manutenção fosse autorizada mediante pagamento à vista dos novos pedidos²⁴⁵; os demais não fizeram essa restrição, baseando-se na essencialidade dos bens para o sucesso da recuperação e na ausência de prejuízo substancial para a parte contrária²⁴⁶.

Vale destacar, dentro deste último subconjunto, 2 (dois) julgados que se referiram expressamente à prevalência do princípio da preservação da empresa no caso concreto. Um deles anotou que o princípio da preservação da empresa, ao lado do princípio da função social do contrato, deveria, no caso, “prevalece[r] em face ao princípio da liberdade contratual”²⁴⁷; e outro comentou que a cláusula resolutiva expressa por insolvência é “estatuída a partir do exercício da autonomia privada conferida aos particulares em geral, mas colide, direta e claramente, com a base principiológica da Lei 11.101/2005 e não pode permanecer sobreposta ao regramento dos procedimentos concursais, de caráter especial e que se coloca à margem das regras comuns do direito das obrigações, o que conduz a sua invalidade”²⁴⁸.

Em sentido contrário, identificaram-se 5 (cinco) casos em que se autorizou a resolução contratual fundada na existência do procedimento de recuperação judicial.

Um acórdão, envolvendo contrato de seguro, analisou a questão em relativa profundidade, aduzindo que não era objeto do plano de recuperação judicial “deliberar sobre a viabilidade ou não da manutenção de determinado contrato”, bem como que “diante da dicotomia entre os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos

²⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2121411-83.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 29.11.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2021503-82.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em 29.7.2019.

²⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2266433-41.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 17.4.2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2113459-82.2019.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Luis Fernando Nishi. Julgado em 23.9.2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2017701-76.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 10.6.2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2086681-75.2019.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 19.6.2019.

²⁴⁷ SÃO PAULO, AI 2113459-82.2019.8.26.0000...

²⁴⁸ SÃO PAULO, AI 2086681-75.2019.8.26.0000...

contratos e o da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, da Lei nº 11.101/2005, a validade ou não da cláusula resolutiva expressa por insolvência impõe a relativização de um princípio em detrimento de outro”; e, por fim, que o produto em questão era “comercializado por diversas companhias que disputam o mercado em que vige a livre concorrência”, nada impedindo que a parte contrária “celebr[ass]e um novo contrato com outra empresa do setor”²⁴⁹.

Um caso que versava sobre contrato de representação comercial reconheceu como válida a resolução contratual por parte do representante, com fundamento no artigo 36, alínea “a”, da Lei n. 4.866/65, “em razão de estar caracterizada a redução do âmbito de sua atividade, após o ajuizamento do processo de recuperação judicial”²⁵⁰.

Outros fundamentos invocados para dar lastro à decisão autorizadora da resolução foram: (i) o fato de o contrato autorizá-la expressamente em caso de recuperação judicial e de o prazo original previsto para vigência do instrumento já ter se esgotado²⁵¹; (ii) a ausência de abuso na pactuação da cláusula resolutiva expressa por insolvência²⁵²; e (iii) o fato de que o litígio decorrente do contrato não seria atraído pelo Juízo da recuperação judicial²⁵³.

Nos casos acima, o pleito de rescisão contratual foi formulado pelo parceiro comercial do devedor; mas foi também identificado um caso em que tal pedido foi realizado pela própria recuperanda. O TJSP reconheceu a validade da medida, observando que “por se tratar de cláusula resolutiva expressa, seus efeitos operam de pleno direito, independentemente da interpelação de alguma contratante”²⁵⁴.

²⁴⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2170597-75.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 22.11.2017.

²⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0001128-68.2013.8.26.0012. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 29.11.2017.

²⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2061709-12.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 13.9.2017.

²⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1006848-84.2017.8.26.0100. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador J. B. Franco de Godoi. Julgado em 7.3.2018.

²⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1017085-88.2014.8.26.0002. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em 21.5.2018.

²⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 4002604-92.2013.8.26.0038. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hélio Nogueira. Julgado em 19.5.2016.

O último conjunto de acórdãos dentro do presente tópico, abrangendo 7 (sete) julgados ao todo, diz respeito a casos em que a rescisão do contrato já era certa, remanescendo em aberto apenas questões atinentes às consequências jurídicas desse evento (inclusive sobre os bens e direitos objeto do contrato), que foram interpretadas à luz da recuperação judicial de uma das partes.

Dois acórdãos autorizaram a reintegração da parte contrária na posse dos bens objeto da avença, anotando que, diante da rescisão contratual, não havia mais amparo legal para a posse dos bens pela devedora²⁵⁵; e 1 (um) determinou que o devedor se abstinhasse de usar a marca de titularidade da contraparte, anotando que a recuperanda já tinha ciência do encerramento do contrato e que “a recuperação judicial da agravante não pode ter como alicerce o descumprimento de decisão judicial e prejuízo de terceiros”²⁵⁶.

Em 1 (um) caso, discutia-se a delimitação da eficácia da rescisão de contrato de distribuição, requerida com base na recuperação judicial da distribuidora. A recuperanda requeria autorização para comercializar os produtos adquiridos antes da rescisão, inclusive aqueles sob a marca titularizada pela fabricante, alegando que a vedação à comercialização de tais produtos acarretaria prejuízo às suas atividades e ao curso da recuperação. O TJSP negou o pedido, por entender que a recuperanda tivera tempo suficiente para “redirecionar sua atividade e realizar a venda das mercadorias adquiridas, adaptando-se aos efeitos da rescisão”, e que a continuidade da comercialização implicaria violação da exclusividade conferida à nova distribuidora²⁵⁷.

Um outro julgado envolvia um pleito da recuperanda de recebimento de indenização pela rescisão imotivada do contrato, que restou rejeitado, em razão de o TJSP ter entendido que a própria devedora ensejara a resolução, ao se recusar a renegociar suas dívidas com a parte contrária e ainda surpreendê-la com o ajuizamento da recuperação judicial²⁵⁸.

²⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2066571-26.2017.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Milton Carvalho. Julgado em 23.5.2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2090758-35.2016.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Dimas Rubens Fonseca. Julgado em 31.5.2016.

²⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2076782-87.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 8.8.2018.

²⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2120315-62.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 13.8.2019.

²⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1020461-57.2016.8.26.0602. 14ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Thiago de Siqueira. Julgado em 27.11.2019.

Outro acórdão entendeu que, diante da rescisão do contrato “por inadimplemento ocorrido em momento anterior ao estabelecimento do plano recuperatório”, a recuperanda não teria direito ao recebimento dos bens pelos quais já pagara, ficando ressalvado, contudo, o seu direito à restituição dos valores correspondentes²⁵⁹. E, por fim, um caso negou a possibilidade de retomada dos bens pelo seu titular, estritamente sob o fundamento de que o Juízo da recuperação não era competente para decidir a esse respeito²⁶⁰.

A análise dessa amostra permite observar algumas tendências. A primeira delas é que o aspecto temporal é um referencial importante para apurar a legalidade do exercício de prerrogativas contratuais: não parece haver grandes discussões acerca da possibilidade de inadimplementos posteriores ao pedido de recuperação ensejarem a resolução do contrato. Ressalte-se que, nesses casos, o conflito entre os princípios que regem o direito contratual e o direito concursal é menos acentuado, na medida em que a própria LRE segrega as obrigações constituídas antes e depois do pedido, determinando que o regime aplicável a essas últimas seja o do direito contratual comum.

Na mesma linha, e como já se observou no tópico anterior, não se costuma admitir que a crise empresarial seja, fora dos limites da lei concursal, invocada como desculpa para violações ao contrato ou ao princípio da boa-fé. Nos casos em que o encerramento do contrato já era certo, por exemplo, não se permite que a devedora mantenha acesso aos bens e direitos objeto da avença, mesmo diante de sua presumida utilidade para a recuperação. Tampouco se admitiu a rescisão no caso em que, após um intervalo considerável, não havia qualquer prova de que a recuperação acarretara prejuízo à contraparte.

Por outro lado, nos casos em que se discutia, puramente, a possibilidade de resolução do contrato em razão da existência da recuperação judicial, vê-se que não existe um posicionamento consolidado dos tribunais – exceção feita às ações de despejo, em cujo bojo se costuma autorizar a medida, sendo que, mesmo entre elas, foram identificados

²⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0015772-94.2016.8.19.0209. 21ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos. Julgado em 5.11.2019.

²⁶⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2085774-08.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fabio Tabosa. Julgado em 3.10.2016.

posicionamentos divergentes. Configurado um embate entre a força obrigatória dos contratos e a preservação da empresa, as decisões examinadas normalmente são proferidas em termos de “tudo ou nada”, orientando-se para determinar qual desses princípios prevalecerá no caso concreto.

O problema de tais soluções é que todas elas procuram anular um paradoxo. Rodrigo Octávio Broglia Mendes observa fenômeno parecido em análise jurisprudencial sobre o tratamento conferido à cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial, comentando que “a solução dogmática para enfrentar o conflito entre as políticas da lei parece ser a sua eliminação”²⁶¹, a qual “obscurece o caráter produtivo que essa ambivalência proteção do crédito/recuperação da empresa possui para a dogmática jurídica”²⁶².

O mesmo parece se aplicar ao caso sob exame: mais produtivo que tentar decidir qual princípio prevalecerá no caso concreto seria tentar acomodar, na medida do possível, os interesses de ambas as partes, lançando as bases para que a relação contratual possa prosseguir em termos minimamente harmoniosos. É o que tentam fazer, por exemplo, as decisões que determinam a manutenção do contrato mediante pagamento à vista por parte do devedor. Tal solução comportaria diversas ressalvas, mas é inegável que ela tenta ratear as perdas entre as partes, em vez de alocá-las exclusivamente em desfavor de uma delas.

O objetivo da análise jurisprudencial acima conduzida era compreender de que forma os tribunais pátrios reagem ao conflito entre a força obrigatória dos contratos e o princípio da preservação da empresa na ausência de uma regulação específica do tema na lei concursal. Identificou-se um assunto em que os contornos desse embate são especialmente inconclusivos: a (não) obrigatoriedade de manutenção dos contratos após o pedido de recuperação judicial.

Cumprido, assim, indagar se uma disciplina mais direta dos contratos na recuperação judicial poderia propiciar que questões dessa natureza fossem solucionadas de maneira mais consistente e mais compatível com a retomada da confiança nas relações interempresariais do devedor.

²⁶¹ O Judiciário e as Políticas da Lei..., p. 211.

²⁶² O Judiciário e as Políticas da Lei..., p. 212.

3. ALTERNATIVAS PARA UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS EXTENSA DOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS DO DEVEDOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1. EXISTE UTILIDADE EM UMA REGULAMENTAÇÃO MAIS ABRANGENTE?

O primeiro capítulo deste trabalho procurou explicar como a confiança e a disposição para colaborar nascem e o papel que o contrato e o ordenamento exercem na sua preservação. Buscou, ainda, esclarecer como as bases da cooperação são atingidas pela crise empresarial.

O segundo capítulo prestou-se a examinar se a LRE prevê mecanismos aptos a incentivar a retomada da confiança. Observou-se que a lei concursal brasileira até possui disposições cujo intuito é encorajar as contratações com o devedor, mas algumas de suas feições, como as restrições à autonomia privada do devedor e a disciplina das classes de credores, dificultam uma composição efetiva de interesses entre credores e devedor.

O aperfeiçoamento das comentadas disposições da LRE até poderia contribuir para o incremento da confiança nos negócios interempresariais de que o devedor faça parte. Porém, cabe indagar se haveria utilidade em uma regulamentação mais direta dos contratos na recuperação judicial, disciplinando-se expressamente os efeitos do procedimento sobre os contratos do devedor, e não somente sobre os créditos deles decorrentes.

A questão pode ser sensível, porque envolve intervenção da lei sobre o conteúdo e o cumprimento dos contratos, reduzindo a liberdade dos agentes econômicos de regulamentar seus interesses da forma que melhor lhes convém.

É fato que os agentes econômicos inevitavelmente convivem com uma série de limitações à sua autonomia privada. Como observa Paula Forgioni, “ao mesmo tempo em que o mercado exige que haja transações, o sistema jurídico cobra a legalidade de seu objeto [...] O *limite da liberdade de contratar* é encontrado na *ilicitude* que as normas

exógenas impõem a certos comportamentos”²⁶³. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa observa que esse limite é fruto de um esforço do Estado para assegurar uma “orientação capaz de garantir o fornecimento do serviço, presente e futuro, e de estabelecer os níveis adequados na relação qualidade/preço, de acordo com o grau de desenvolvimento e as prioridades que cada sociedade pretende estipular”²⁶⁴.

A mesma jurista ressalva, porém, que o referido limite há de ser estabelecido por meio de regras “claras e estáveis”²⁶⁵. Há que se atentar para que as restrições impostas não acabem prejudicando o bom fluxo das relações mercantis. As intervenções do ordenamento só são justificáveis quando favorecem esse fluxo. É o que acontece, por exemplo, com as limitações que o princípio da boa-fé impõe à conduta dos agentes econômicos, que, como anota Paula Forgioni, tendem “a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e previsibilidade”²⁶⁶.

Por essa razão se propõe, aqui, que a reflexão sobre a regulamentação dos contratos do devedor em recuperação judicial seja pautada pela perspectiva não só da preservação da empresa, mas também da manutenção da confiança, que, como se viu, é o pressuposto básico do desenvolvimento harmonioso e eficiente de qualquer relação interempresarial. Nesse sentido, considerar-se-á que as intervenções do direito são bem-vindas quando preservam as legítimas expectativas construídas em torno da relação negocial, notadamente no que diz respeito ao dever de colaboração entre as partes.

Um regramento específico dos contratos da recuperanda também teria a provável vantagem de facilitar a resolução de alguns conflitos. A análise jurisprudencial anteriormente realizada revelou que os tribunais pátrios, face ao embate entre a força obrigatória dos contratos e o princípio da preservação da empresa (especialmente no que toca à possibilidade de encerramento do contrato durante a recuperação judicial), tendem a privilegiar a aplicação de um em detrimento do outro, não sendo sequer possível identificar um posicionamento prevalente sobre a matéria.

²⁶³ **Contratos Empresariais...**, pp. 110-111.

²⁶⁴ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 199.

²⁶⁵ **Paradigmas inconclusos...**, p. 199.

²⁶⁶ **Contratos Empresariais...**, p. 123.

Tal cenário não favorece a segurança e a previsibilidade nas relações econômicas. Nessa linha, harmonizar os referidos princípios (ou “políticas de lei”²⁶⁷) em nível legislativo poderia facilitar a atividade do julgador, já que as regras específicas seriam preferíveis às gerais, por ocasião da solução de um conflito²⁶⁸. Ademais, a previsão de regras específicas poderia facilitar o exercício da atividade jurisdicional por conferir ao julgador autorização para ratear as perdas entre as partes, na já comentada perspectiva de Hillman²⁶⁹.

Quando se trata do tema regulação do mercado, está-se a tratar, naturalmente, de “escolhas políticas acolhidas pelo ordenamento”²⁷⁰, as quais, como é da natureza das escolhas, sempre demandarão algum grau de renúncia a outros valores que se poderiam considerar igualmente dignos de proteção. Assim, para muito do que se proporá, podem ser apontadas potenciais consequências indesejáveis. Não obstante, crê-se que as vantagens das mudanças propostas mais adiante, em termos de resguardo da confiança, se sobrepõem a eventuais prejuízos no que toca à liberdade de contratação ou segurança e previsibilidade.

A propósito, cumpre observar que transcende o escopo deste trabalho analisar os efeitos das mudanças propostas para tipos específicos de contratos interempresariais ou, ainda, para contratos de outra natureza – efeitos esses que poderiam, eventualmente, justificar um regime de exceção total ou parcial às regras que serão propostas²⁷¹. As ponderações que seguem são baseadas nas características comuns às diversas espécies de contratos interempresariais, notadamente, a importância da preservação da confiança e da colaboração, sopesadas à luz da função econômica que o contrato pretende desempenhar.

Por último, não se desconhece que alterações legislativas não são suficientes para garantir que os objetivos nelas elencados sejam alcançados. A confiança necessária ao bom

²⁶⁷ Vide item 2.2.1 acima.

²⁶⁸ Afinal, havendo contradição entre “a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie’” (MAXIMILIANO, **Hermenêutica e aplicação do direito...**, p. 135).

²⁶⁹ Vide item 2.2.1 acima.

²⁷⁰ A observação é de Rachel Sztajn, comentando a lição de Natalino Irti (**Teoria Jurídica da Empresa...**, p. 23).

²⁷¹ Como se verá na sequência, o próprio ICR Standard reconhece a utilidade do estabelecimento de exceções à disciplina dos contratos na insolvência.

desenvolvimento das relações econômicas é produto de um emaranhado de fatores, que podem impactar a consecução do objetivo ditado em uma norma.

Isso significa, de um lado, que as atuais limitações da LRE não impedem que uma recuperanda divise formas de retomar a confiança de seus parceiros comerciais, em linha com o que se expôs nos itens anteriores; e, de outro, que uma regulamentação ampla dos contratos na recuperação judicial não bastará, sozinha, para reviver a cooperação. Se o texto for usado como fundamento para comportamentos antagônicos e desmedidamente egoístas, a confiança dificilmente florescerá.

Feitas essas ressalvas, entende-se que pode existir, de fato, alguma utilidade em uma regulamentação mais abrangente dos contratos do devedor em recuperação judicial, que, naturalmente, abarque os seus contratos com outras empresas. Antes de passar a elas, contudo, convém examinar as práticas recomendadas por órgãos internacionais no tocante ao regime aplicável aos contratos do devedor, que servirão de base para muitas das alternativas propostas.

3.2. AS RECOMENDAÇÕES DO *ICR STANDARD*

Quando se pensa nos critérios para análise da eficiência de sistemas de insolvência, o *Insolvency and Creditor Rights Standard* (“ICR Standard”) serve, indubitavelmente, como o maior referencial²⁷². O Comitê de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board*) do Banco Mundial, órgão que visa a promover a robustez e a estabilidade dos sistemas financeiros ao redor do mundo, reconhece o ICR Standard como parâmetro a ser observado na aferição (i) da eficiência do sistema financeiro de cada país, e (ii) dos pontos que podem ser objeto de melhora nas diferentes legislações concursais ao redor do mundo²⁷³.

²⁷² Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana Pugliesi comentam que na década de 1990 houve uma grande efervescência das legislações concursais ao redor do mundo, fruto da crise financeira que acometeu a economia mundial nesse período, afetando especialmente os mercados emergentes. Tal crise deu azo a indagações sobre a eficiência dos sistemas de insolvência e de tutela do crédito, abrindo caminho para a elaboração dos *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* do Banco Mundial em 2001 (Capítulos I a VII..., pp. 72-73).

²⁷³ Como se extrai do sítio eletrônico da própria entidade: THE WORLD BANK. Financial Stability Board. *Insolvency and Creditor Rights Standard*. Disponível em https://www.fsb.org/2011/01/cos_051201/. Último acesso em 15.4.2021.

O ICR Standard é fruto da combinação dos *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* (“Principles”), do Banco Mundial, originalmente divulgados em 2001 e revistos em 2005, 2011 e 2015, e do *Legislative Guide on Insolvency Law* (“Legislative Guide”), da UNCITRAL, cujas Partes 1 e 2 datam de 2004, a Parte 3 de 2010 e a Parte 4 de 2013²⁷⁴. Os propósitos dos dois documentos se complementam reciprocamente.

Os Principles prestam-se a oferecer às diferentes nações mundiais uma ferramenta para avaliação e melhora de aspectos centrais de seus sistemas de direito comercial, que constituem pedra fundamental do crescimento econômico: a eficiência, a confiabilidade e a transparência dos regimes de insolvência são de suma importância para fomentar a confiança dos investidores, bem como para conferir resiliência ao sistema econômico em tempos de crise²⁷⁵.

Doutra parte, o Legislative Guide visa a facilitar o estabelecimento de uma moldura legal apta a lidar de maneira eficiente com as dificuldades da empresa em crise, equilibrando a necessidade de tratamento da crise do devedor e os interesses dos diferentes *stakeholders*²⁷⁶. Para tanto, convida-se o leitor a examinar as diferentes abordagens possíveis para um determinado tema, com suas respectivas vantagens e desvantagens, e selecionar, ao final, a mais apropriada para o contexto local²⁷⁷.

Vê-se, assim, que embora os Principles e o Legislative Guide sejam bastante voltados para assegurar os objetivos próprios de um sistema de insolvência, as considerações e recomendações neles contidas não são indiferentes à eficiência do sistema econômico como um todo, o que inclui a robustez do fluxo de relações interempresariais.

²⁷⁴ As Partes 1 e 2 discutem os objetivos e a efetividade de leis de insolvência; a Parte 3 concentra-se na disciplina dos grupos empresariais na insolvência, em caráter nacional e internacional; e a Parte 4 tem por objeto as obrigações dos tomadores de decisão (*decision makers*) da empresa em um contexto de insolvência (UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law*. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law. Último acesso em 15.4.2021).

²⁷⁵ THE WORLD BANK. **Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes**. Washington: The World Bank Publications, 2016, p.2. Disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>. Último acesso em 15.4.2021.

²⁷⁶ UNCITRAL. **Legislative Guide on Insolvency Law: Parts One and Two**. New York: United Nations Publications, 2005, p. 1. Disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

²⁷⁷ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 2.

Por isso, entende-se que ambos os documentos são um bom ponto de partida para que se avaliem os contornos de uma disciplina específica dos contratos da empresa em recuperação judicial.

Os Principles tratam dos contratos no item C10, que enumera quatro objetivos principais de uma regulação dos contratos na insolvência. O primeiro deles (item C10.1) estabelece que, para que se atinja a finalidade de um processo de insolvência, deve-se permitir alguma forma de interferência no cumprimento (*performance*) dos contratos em que ambas as partes ainda tenham obrigações pendentes. Essa interferência pode consistir na continuação do contrato, na sua rescisão unilateral por parte do responsável pela condução do processo falimentar ou na sua cessão a terceiro²⁷⁸.

Dedicado ao tema, o item C10.2 define que o responsável pela condução do processo de insolvência (*insolvency representative*) deve ter a opção de continuar a cumprir as obrigações previstas no contrato, a fim de assegurar que o valor nele consubstanciado não se dissipe. Como consequência disso, propõe-se que as cláusulas autorizadoras de rescisão do contrato em caso do ajuizamento de um processo de insolvência sejam, como regra, inexecutáveis²⁷⁹.

Por outro lado, o item C10.3 estabelece que deve ser facultada ao *insolvency representative* a rescisão unilateral dos contratos que onerem excessivamente o devedor, que se sujeitará às consequências jurídicas correspondentes²⁸⁰.

Finalmente, o item C10.4 determina que as exceções ao regime proposto nos itens anteriores sejam limitadas, definidas com clareza e restritas aos casos em que haja interesses comerciais, públicos ou sociais e grande relevância em jogo (como, por

²⁷⁸ No original: “C10.1. To achieve the objectives of insolvency proceedings, the system should allow interference with the performance of contracts where both parties have not fully performed their obligations. Interference may imply continuation, rejection, or assignment of contracts” (**Principles and Guidelines for Effective Insolvency**..., p. 24).

²⁷⁹ No original: “C10.2. To gain the benefit of contracts that have value, the insolvency representative should have the option of performing and assuming the obligations under those contracts. Contract provisions that provide for termination of a contract upon either an application for commencement or the commencement of insolvency proceedings should be unenforceable subject to special exceptions” (**Principles and Guidelines for Effective Insolvency**..., p. 24).

²⁸⁰ No original: “C10.3. Where the contract constitutes a net burden to the estate, the insolvency representative should be entitled to reject or cancel the contract, subject to any consequences that may arise from rejection” (**Principles and Guidelines for Effective Insolvency**..., p. 24).

exemplo, nos casos que envolvam risco sistêmico ou, ainda, contratos que envolvam obrigações personalíssimas)²⁸¹.

O Legislative Guide dedica aos contratos do devedor a Seção II, E, de sua Parte 2, tratando do tema mais extensamente que os Principles. O guia reconhece que os contratos são vitais para procedimentos de insolvência, dada a importância destes no processo de geração de riqueza²⁸². Assim, a consecução dos objetivos desses procedimentos depende da possibilidade de o devedor aproveitar os contratos que agregam valor às suas atividades e encerrar aqueles cujos custos superem os benefícios envolvidos²⁸³.

As Recomendações 69, 70 e 71 dispõem, respectivamente, que (i) a lei de insolvência deve disciplinar o tratamento dos contratos em que haja obrigações pendentes de cumprimento pelo devedor e pela contraparte²⁸⁴; (ii) a lei concursal deve afastar os efeitos de cláusulas contratuais que determinem a rescisão ou vencimento antecipado do contrato em decorrência do ajuizamento de um processo de insolvência²⁸⁵, incumbindo-lhe, ainda, (iii) indicar as exceções a essa regra²⁸⁶.

O Legislative Guide pontua que a disciplina da matéria passa por uma decisão acerca do peso relativo que se conferirá, de um lado, ao direito contratual comum, e, de outro, aos fatores que justificam interferência nos contratos em um cenário de insolvência²⁸⁷. Nessa

²⁸¹ No original: “C.10.4. Exceptions to the general rule of contract treatment in insolvency proceedings should be limited, clearly defined, and allowed only for compelling commercial, public, or social interests, such as in the following cases: - Upholding general setoff rights, subject to rules of avoidance; - Upholding (subject to a possible short stay for a defined period) termination, netting and close-out provisions contained in clearly defined types of financial contracts, where undue delay of such actions would, because of the type of counterparty or transaction, create risks to financial market stability; - Preventing the continuation and assignment of contracts for irreplaceable and personal services where the law would not require acceptance of performance by another party; and - Establishing special rules for treating employment contracts and collective bargaining agreements” (**Principles and Guidelines for Effective Insolvency...**, p. 24).

²⁸² **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 119.

²⁸³ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 120.

²⁸⁴ No original: “69. The insolvency law should specify the treatment of contracts under which both the debtor and its counterparty have not yet fully performed their respective obligations” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 132).

²⁸⁵ No original: “70. The insolvency law should specify that any contract clause that automatically terminates or accelerates a contract upon the occurrence of any of the following events is unenforceable as against the insolvency representative and the debtor: (a) An application for commencement, or commencement, of insolvency proceedings; (b) The appointment of an insolvency representative” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 132).

²⁸⁶ No original: “71. The insolvency law should specify the contracts that are exempt from the operation of recommendation 70, such as financial contracts, or subject to special rules, such as labour contracts” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 132).

²⁸⁷ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 120.

análise, deve-se ponderar, entre outras questões, os efeitos dessa interferência sobre a previsibilidade das relações comerciais e financeiras e o custo do capital e a importância dos contratos para o sucesso do procedimento concursal²⁸⁸.

Especificamente no tocante à invalidade das cláusulas que determinem a rescisão do contrato em caso de uma das partes dar início a um procedimento concursal, o documento observa que há diversos fatores a dar suporte a esse tipo de disposição, incluindo, entre outras questões, a importância do respeito ao quanto pactuado em negócios mercantis²⁸⁹. Reconhece-se, ainda, que existe uma tensão inerente entre o desejo de assegurar a continuidade das atividades do devedor e o receio de aumentar a imprevisibilidade nos negócios comerciais, em razão do estabelecimento de uma série de exceções ao regime geral do direito dos contratos²⁹⁰.

Não obstante, o Legislative Guide considera que haverá circunstâncias em que a capacidade do devedor de manter determinados contratos será crucial para o sucesso da recuperação e, eventualmente, também da liquidação. Por conta disso, a interferência recomendada se mostraria desejável, podendo seus potenciais efeitos negativos ser contrabalançados (i) pelo oferecimento de alguma forma de compensação aos credores que demonstrem ter sofrido prejuízos por conta da continuidade do contrato; e (ii) pela criação de exceções à regra (i.e., de hipóteses que resguardem a validade das cláusulas resolutivas expressas) para determinados tipos de contrato²⁹¹.

²⁸⁸ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, pp. 120-121.

²⁸⁹ Outros fatores indicados pelo Legislative Guide são: (i) a necessidade de evitar que o devedor possa escolher cumprir os contratos que lhe são vantajosos e repudiar os demais, prerrogativa que não é conferida à parte contrária; (ii) o efeito que a invalidade do vencimento antecipado tem sobre os contratos de compensação financeira; (iii) a possibilidade de que a demora na rescisão do contrato apenas incremente os níveis de endividamento, já que a empresa insolvente normalmente não será capaz de cumprir suas obrigações; (iv) a necessidade de que os titulares de propriedade intelectual possam controlar o uso dessa propriedade; e (v) os efeitos que a rescisão acarreta aos negócios da contraparte, especialmente em se tratando de bens intangíveis (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 122). No original: “The approach of upholding these types of clause may be supported by a number of factors, including the desirability of respecting commercial bargains; the need to prevent the debtor from selectively performing contracts that are profitable and rejecting others (an advantage that is not available to the counterparty); the effect on financial contract netting of not upholding an automatic termination provision; the belief that, since an insolvent business will generally be unable to pay, delaying the termination of contracts potentially only increases existing levels of debt; the need for creators of intellectual property to be able to control the use of that property; and the effect on the counterparty’s business of termination of a contract, especially one with respect to an intangible”.

²⁹⁰ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 123.

²⁹¹ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 123.

Na sequência, as Recomendações 72 e 73 estabelecem que a lei concursal deveria conferir ao responsável pela condução do processo de insolvência a faculdade de decidir sobre a continuidade ou rescisão (*rejection*) dos contratos do devedor, ressalvando que ambas devem se estender ao contrato como um todo²⁹². Essas diretivas são, no que toca aos procedimentos recuperatórios, orientadas pela noção de que o sucesso do procedimento está intrinsecamente ligado à possibilidade de o devedor dar seguimento aos contratos que o beneficiem e de se ver livre daqueles que se mostrem excessivamente onerosos²⁹³. Corolário da obrigatoriedade de que a continuidade se estenda ao contrato como um todo, o Legislative Guide ressalva que o *insolvency representative* não deve, a princípio, ter poderes para alterar unilateralmente os termos do contrato por cuja continuidade optou²⁹⁴.

As Recomendações 74 a 76 determinam ainda que a lei de insolvência deveria estabelecer (i) o prazo dentro do qual a decisão do *insolvency representative* deve ocorrer, (ii) a partir de quando a referida decisão produz efeitos, e (iii) as informações que devem ser comunicadas à contraparte uma vez que a decisão seja tomada²⁹⁵. A Recomendação 77 define que deve ser conferido à contraparte o direito de demandar uma decisão imediata do responsável pela condução do procedimento acerca da continuidade ou não do contrato²⁹⁶, e a Recomendação 78 dita que a lei concursal deve estabelecer as consequências aplicáveis para o caso de o *insolvency representative* não tomar uma decisão no prazo legal²⁹⁷.

²⁹² No original: “72. The insolvency law should specify that the insolvency representative may decide to continue the performance of a contract of which it is aware where continuation would be beneficial to the insolvency estate. The insolvency law should specify that: (a) The right to continue applies to the contract as a whole; and (b) The effect of continuation is that all terms of the contract are enforceable.

73. The insolvency law may permit the insolvency representative to decide to reject a contract. The insolvency law should specify that the right to reject applies to the contract as a whole” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, pp. 132-133).

²⁹³ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 121.

²⁹⁴ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, pp. 128-129.

²⁹⁵ No original: “74. The insolvency law should specify a time period within which the insolvency representative is required to make a decision to continue or reject a contract, which time period may be extended by the court.

75. The insolvency law should specify the time at which the rejection will be effective.

76. The insolvency law should specify that where a contract is continued or rejected, the counterparty is to be given notice of the continuation or rejection, including its rights with respect to submitting a claim and the time in which the claim should be submitted, and permit the counterparty to be heard by the court” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 133).

²⁹⁶ No original: “77. Notwithstanding recommendation 74, the insolvency law should permit a counterparty to request the insolvency representative (within any specified time limit) to make a prompt decision and, in the event that the insolvency representative fails to act, to request the court to direct the insolvency representative to make a decision to continue or reject a contract” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 133).

²⁹⁷ No original: “78. The insolvency law should specify the consequences of the failure of the insolvency representative to make a decision within the specified time period with respect to contracts of which it is

Reconhecendo que seria pouco razoável obrigar a contraparte a seguir negociando com o devedor quando já há inadimplemento configurado²⁹⁸, a Recomendação 79 determina que a lei de insolvência deve facultar a continuidade do contrato mesmo ao devedor em mora, desde que (i) o descumprimento existente seja sanado, (ii) a parte inocente seja devolvida à situação econômica anterior ao descumprimento, e (iii) o devedor tenha, efetivamente, capacidade de dar cumprimento ao contrato²⁹⁹.

A Recomendação 80 estabelece que o *insolvency representative* deve ter autorização para aceitar ou até mesmo exigir o cumprimento do contrato no período anterior à sua decisão sobre a continuidade, devendo os valores correspondentes contar com prioridade de pagamento³⁰⁰. Adicionalmente, a Recomendação 81 define que, havendo decisão pela continuidade, os créditos decorrentes de um descumprimento subsequente deverão receber tratamento preferencial³⁰¹. Como isso implica um risco em potencial para os demais credores, recomenda-se que apenas os contratos lucrativos e essenciais às operações sejam continuados³⁰².

Por outro lado, a Recomendação 82 dita que os créditos decorrentes da decisão do *insolvency representative* pela rescisão do contrato deverão receber tratamento equivalente

aware. Failure by the insolvency representative to act within the specified time period should not operate to continue a contract of which the insolvency representative was not aware” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 133).

²⁹⁸ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 126.

²⁹⁹ No original: “79. The insolvency law should specify that where the debtor is in breach of a contract the insolvency representative can continue the performance of that contract, provided the breach is cured, the non-breaching counterparty is substantially returned to the economic position it was in before the breach and the estate is able to perform under the continued contract” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 134).

³⁰⁰ No original: “80. The insolvency law should specify that the insolvency representative may accept or require performance from the counterparty to a contract prior to continuation or rejection of the contract. Claims of the counterparty arising from performance accepted or required by the insolvency representative prior to continuation or rejection of the contract should be payable as an administrative expense: (a) If the counterparty has performed the contract the amount of the administrative expense should be the contractual price of the performance; or (b) If the insolvency representative uses assets owned by a third party that are in the possession of the debtor subject to contract, that party should be protected against diminution of the value of those assets and have an administrative claim in accordance with subparagraph (a)” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 134).

³⁰¹ No original: “81. The insolvency law should specify that where a decision is made to continue performance of a contract, damages for the subsequent breach of that contract should be payable as an administrative expense” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 134).

³⁰² **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 127.

ao dos créditos não garantidos³⁰³, ainda que a indenização correspondente deva ser calculada em consonância com o direito contratual comum³⁰⁴.

As Recomendações 83 e 84 tratam da possibilidade de cessão dos contratos do devedor, a despeito de vedação contratual e da discordância da parte contrária, desde que (i) o *insolvency representative* opte pela continuidade do contrato, (ii) o cessionário seja capaz de dar cumprimento às obrigações contratuais, (iii) a cessão não cause desvantagem excessiva à contraparte, e (iv) eventuais descumprimentos sejam sanados antes de a cessão ser aperfeiçoada³⁰⁵. Essas exigências visam, de um lado, a evitar que a contraparte vete a cessão sem razão legítima, e, de outro, a assegurar que a cessão ocorra harmoniosamente³⁰⁶. Ainda, a Recomendação 85 estabelece que, mediante aperfeiçoamento da cessão, o devedor deve ser eximido de quaisquer responsabilidades atinentes ao contrato³⁰⁷.

Por último, a Recomendação 86 define que os créditos decorrentes de contratos celebrados após o início do procedimento de insolvência devem ser pagos com prioridade em relação aos créditos concursais³⁰⁸.

Como se observa, o ICR Standard, sem ignorar a importância da segurança nas relações negociais, recomenda algum grau de interferência nos contratos da empresa em crise, com vista ao atingimento das finalidades próprias do ordenamento concursal. Passa-

³⁰³ No original: “82. The insolvency law should specify that any damages arising from the rejection of a pre-commencement contract would be determined in accordance with applicable law and should be treated as an ordinary unsecured claim. The insolvency law may limit claims relating to the rejection of a long-term contract” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 134).

³⁰⁴ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 128.

³⁰⁵ No original: “83. The insolvency law may specify that the insolvency representative can decide to assign a contract, notwithstanding restrictions in the contract, provided the assignment would be beneficial to the estate.

84. Where the counterparty objects to assignment of a contract, the insolvency law may permit the court to nonetheless approve the assignment provided: (a) The insolvency representative continues the contract; (b) The assignee can perform the assigned contractual obligations; (c) The counterparty is not substantially disadvantaged by the assignment; and (d) The debtor’s breach under the contract is cured before assignment” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, pp. 134-135).

³⁰⁶ **Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 130.

³⁰⁷ No original: “85. The insolvency law may specify that, where the contract is assigned, the assignee will be substituted for the debtor as the contracting party with effect from the date of the assignment and the estate will have no further liability under the contract” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 135).

³⁰⁸ No original: “86. The insolvency law should specify that contracts entered into after the commencement of insolvency proceedings are post-commencement obligations of the estate. Claims arising from those contracts should be payable as an administrative expense” (**Legislative Guide on Insolvency Law...**, p. 135).

se, assim, a sugerir algumas linhas gerais para um possível tratamento da matéria na LRE, buscando-se, ao mesmo tempo, identificar se tais interferências poderiam se mostrar justificáveis também sob a ótica do direito contratual, resguardando e fomentando a confiança nas relações interempresariais.

3.3. PROPOSTAS PARA UMA DISCIPLINA DOS CONTRATOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.3.1. Premissa: os contratos sujeitos à disciplina específica da lei concursal

Se o objetivo de um regime específico dos contratos do devedor em recuperação judicial é fomentar a segurança (e, por conseguinte, a confiança) nessas contratações, é imperioso, antes de tudo, definir com clareza quais contratos estarão sujeitos a esse regime.

Cabe lembrar que o contrato está sendo tratado, aqui, na acepção de um processo que se desdobra no tempo em direção ao adimplemento, envolvendo feixes recíprocos de direitos e obrigações. Assim, a disciplina dos contratos do devedor terá por objeto esse processo, ou, em outros termos, a forma e os efeitos da (des)continuidade dos contratos após o pedido de recuperação judicial. E a continuidade, por sua vez, só se afigura como uma questão especialmente relevante nos casos em que haja obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes.

Com efeito, nos casos em que a parte que não está em recuperação judicial já tenha cumprido integralmente as prestações que lhe incumbiam, não remanesce nada além de um crédito dessa parte em face do devedor³⁰⁹. E, como já se viu, a LRE disciplina o tratamento a ser dispensado aos créditos existentes contra o devedor, sujeitando ao concurso aqueles constituídos antes do pedido de recuperação e excluindo do procedimento aqueles constituídos posteriormente³¹⁰. Assim, sobra pouco espaço para uma regulamentação mais ampla desses contratos.

³⁰⁹ Entenda-se “crédito”, aqui, na acepção proposta por Adriana Dias de Oliveira com base na doutrina de Pontes de Miranda, a saber, como “a contrapartida do dever, primeiro efeito jurídico do fato ou ato havido, independentemente de exigibilidade, liquidez ou direito de ação” (**Créditos sujeitos à recuperação judicial...**, p. 141).

³¹⁰ Vale lembrar que pouco importa que o referido crédito diga respeito a uma obrigação de pagar ou de outra natureza, já que o artigo 51, inciso III, da LRE determina que constarão da relação nominal de credores também aqueles “por obrigação de fazer ou de dar”. Nesse sentido, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli observam que “o objetivo da nova disciplina recuperacional é possibilitar a superação da crise econômico-

Igualmente inócua seria a disciplina dos contratos em que o contratante em recuperação judicial já tenha cumprido as obrigações que lhe incumbiam, remanescendo apenas um crédito a seu favor, que deverá ser adimplido pela contraparte – o direito concursal não se presta a modificar a forma de cumprimento das obrigações em que a recuperanda não conste como devedora. Na falha da contraparte em cumprir o combinado, fica resguardado o direito do contratante em recuperação judicial de acionar o Juízo competente para que assegure o adimplemento.

Por outro lado, havendo obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes, caracteriza-se uma situação em que a recuperanda e a contraparte são mutuamente credoras e devedoras. Pode ser do interesse da recuperanda realizar o valor consubstanciado no contrato, mas haverá também ônus envolvidos no cumprimento das obrigações que lhe cabem – que podem ter se tornado mais significativos diante da crise empresarial. Da valoração desse conjunto de direitos e obrigações extrairá ela sua conclusão sobre se a continuidade do contrato é ou não vantajosa.

Da mesma forma, o outro contratante se verá comparando as vantagens e desvantagens advindas do cumprimento do contrato, à luz do incremento de risco representado pela crise da contraparte. O sopesamento desses fatores impactará sua percepção sobre se é interessante ou não dar prosseguimento à avença.

Desse modo, os contratos em que haja obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes são aqueles em que uma disciplina específica seria mais significativa. Reconhecida a premissa de que a crise provavelmente impacta as preferências das partes quanto ao prosseguimento do contrato, parece razoável que a lei concursal interfira para assegurar que essas preferências sejam exercidas de maneira compatível com os objetivos

financeira pela qual passa a empresa. Para tanto, não sujeitar-se a recuperação *todos* os créditos existentes no tempo do pedido, sem diferenciar quais créditos são por obrigação de dar, fazer ou não fazer [...] Para participar do processo de recuperação, há a necessidade de se conhecer o valor do crédito. Essa necessidade não restringe a abrangência da recuperação judicial apenas às obrigações pecuniárias, mas diz respeito à operacionalização da participação do credor por obrigação não pecuniária na fase de processamento da recuperação [...] Os credores por obrigação de fazer e de não fazer participarão da recuperação pelo valor pecuniário de seu crédito, que deve ser declarado pela empresa devedora na petição inicial” (A **construção jurisprudencial da recuperação...**, Capítulo 2, Item 11, paginação irregular).

do direito concursal e, na medida do possível, também com os do direito contratual comum.

Entende-se, assim, que o escopo de incidência de um regime próprio dos contratos do devedor em recuperação judicial seriam os contratos em que haja obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes³¹¹, em linha com o disposto no item C10.1 dos Principles e na Recomendação 69 do Legislative Guide³¹².

Essa limitação de escopo está em consonância também com o direito estrangeiro. Alguns ordenamentos indicam expressamente o escopo de incidência do regime dos contratos na insolvência, como é o caso do direito concursal espanhol, que diferencia expressamente o efeito da declaração de existência do concurso sobre os contratos pendentes de cumprimento apenas por uma das partes³¹³ ou por ambas³¹⁴, e do alemão, que circunscreve as prerrogativas do administrador do procedimento em matéria de contratos àqueles que estejam pendentes de cumprimento por ambos os contratantes³¹⁵.

³¹¹ Isso incluiria os contratos em que a execução não foi iniciada por qualquer das partes. Mencionou-se anteriormente que há dúvidas quanto à sujeição desses contratos (ou, melhor dizendo, das obrigações deles decorrentes) à recuperação judicial, já que a contraparte poderia, em tese, invocar a exceção do contrato não cumprido para deixar de cumprir a obrigação que lhe incumbe. Regular os contratos com obrigações pendentes de cumprimento por ambos os contratantes solucionaria a questão, trazendo essas avenças para o âmago da recuperação. Ademais, como se verá nos próximos itens, a continuidade do contrato ficaria condicionada ao cumprimento das obrigações que incumbem ao devedor, tornando despidiendas as discussões quanto à aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido.

³¹² Vide item 3.2 acima.

³¹³ “**Artículo 157. Efectos sobre los contratos pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes.** En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso” (ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5.5.2020. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “Artigo 157. Efeitos sobre os contratos pendentes de cumprimento por um dos contratantes. Nos contratos com obrigações recíprocas, quando ao momento da declaração do concurso uma das partes tenha cumprido integralmente suas obrigações e as que estejam a cargo da outra estejam pendentes de cumprimento total ou parcial, o crédito ou dívida que caiba ao concursado [devedor] será incluído, conforme cabível, na massa ativa ou passiva do concurso”.

³¹⁴ “**Artículo 158. Efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.** La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado” (Real Decreto Legislativo 1/2020...). Em tradução livre: “A declaração de concurso, por si só, não afetará a vigência dos contratos com obrigações recíprocas pendentes de cumprimento tanto pelo concursado [devedor] quanto pela parte contrária. Ambas as partes deverão executar as prestações a que se comprometeram, ficando a cargo da massa aquelas que incumbam ao concursado”.

³¹⁵ “**§103. Wahlrecht des Insolvenzverwalters.** (1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen” (ALEMANHA. Insolvenzordnung de 5.10.1994. Disponível em <https://www.gesetze-im->

Outros ordenamentos deixaram essa limitação de escopo a cargo da doutrina e jurisprudência. O artigo L622-13 do Código Comercial francês, por exemplo, ao disciplinar os efeitos do processo de *sauvegarde* sobre os contratos, refere-se genericamente a “contratos em curso” (*contracts en cours*). Gilles Cuniberti e Isabelle Rueda esclarecem que o conceito foi delimitado pela Corte de Cassação francesa (*la Cour de cassation*), referindo-se aos contratos (i) que estejam vigentes à data do início do procedimento concursal (ficando excluídos, portanto, os contratos que ainda estejam em fase de tratativas e aqueles que tenham sido encerrados antes disso); e (ii) em que a obrigação típica do contrato (isto é, a que o define legalmente como pertencendo a uma determinada espécie contratual) ainda não tenha sido executada pela parte que lhe incumbe³¹⁶. A ideia geral é excluir da disciplina específica do *Code de commerce* os casos em que não remanesça nada além de um crédito a favor ou contra a parte em recuperação judicial.

Também no direito norte-americano foram necessários esforços doutrinários e jurisprudenciais para delimitar o escopo de incidência do regime dos contratos na insolvência. A *Section 365* do *Bankruptcy Code* alude aos efeitos do procedimento concursal sobre os *executory contracts*, sem determinar com exatidão em que consistiriam.

internet.de/inso/. Último acesso em 15.4.2021). Em tradução livre: “§103. Direito de escolha do administrador da insolvência. Caso um contrato bilateral esteja pendente de cumprimento pelo devedor e pela parte contrária à data da abertura do processo de insolvência, o administrador da insolvência poderá dar cumprimento ao contrato no lugar do devedor e demandar cumprimento pela parte contrária”.

³¹⁶ No original: “The concept of executory contracts under French law is peculiar. As the French Commercial Code did not offer a definition thereof, *la Cour de cassation* – the French supreme court for private and criminal matters (hereafter the ‘French Supreme Court’) – laid down its definition over time. As a preliminary matter, one must recall that before a contract may be considered to be an ‘executory contract’, it must exist; that is to say, all of the elements necessary to create or conclude a contract must already have taken place. As a consequence, contracts which are still in the process of being concluded are not ‘executory’ under French law [...] Likewise, contracts which had already terminated before the insolvency proceedings were initiated may not be renewed pursuant to the CIO’s power to assume executory contracts, as such contracts have ceased to exist [...] The test to determine whether an existing contract is executory does not rely on whether or not the contract has been fully performed by both parties. Rather, it depends on whether it has been performed by the party who owes the obligation which is ‘characteristic of the contract’. French scholars consider that certain obligations define particular kinds of contract: for example, the obligation to transfer ownership defines (i.e., is characteristic of) a sales contract, while the obligation to transfer funds to the borrower is characteristic of a loan contract. Thus, the test to define the concept of executory contracts focuses on these characteristic obligations. If the relevant characteristic obligation was already performed before the insolvency proceeding started, the essential part of the contract was already performed, such that the contract is no longer executory” (CUNIBERTI, Gilles; RUEDA, Isabelle. National Report for France. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason; et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 175-176).

A jurisprudência norte-americana adotou o conceito proposto por Vern Countryman em 1973³¹⁷. Partindo das consequências jurídicas que a lei concursal estabelecia para os *executory contracts* (i.e., a possibilidade de o *trustee* optar entre cumpri-los ou encerrá-los, à luz do que melhor atenda aos interesses do *estate*³¹⁸), o autor considerou que o termo deveria designar os contratos em que essa opção do *trustee* fosse apta a impactar positivamente o valor do *estate*.

Tais seriam os contratos com obrigações pendentes por ambas as partes, que envolvem simultaneamente (i) uma pretensão (*claim*) em face do *estate*, que pode ser reduzida mediante rescisão do contrato, já que, nesse caso, ele seria descontado do custo relativo da execução pela contraparte; e (ii) um ativo de titularidade do *estate*, baseando-se a decisão do *trustee* sobre a utilidade de manter ou não esse ativo na comparação do seu valor e dos custos envolvidos no cumprimento³¹⁹. Daí Countryman definir um *executory contract* como aquele em que as obrigações de ambas as partes estão pendentes de cumprimento a tal ponto que a falha de qualquer uma delas constituiria uma violação

³¹⁷ O American Bankruptcy Institute chegou, inclusive, a recomendar que o conceito proposto por Countryman fosse expressamente incluído no texto legal. A comissão formada entre 2012 e 2014 para estudo da reforma do Chapter 11 do *Bankruptcy Code* propôs, em seu relatório final, que a definição do autor fosse incorporada ao diploma, sob os fundamentos de que (i) ela equilibraria adequadamente os direitos do devedor e das respectivas contrapartes do contrato; e (ii) muitas questões desafiadoras envolvendo o chamado “teste de Countryman” já teriam sido solucionadas pela jurisprudência, de forma que esse entendimento jurisprudencial poderia guiar a interpretação do conceito, se esse eventualmente fosse codificado (AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE. Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendations (2014), p. 115. Disponível em <https://abiworld.box.com/s/vvircv5xv83aavl4dp4h>. Último acesso em 15.4.2021). No original: “On balance, the Commission voted to adopt the Countryman test and to recommend its express incorporation into the Bankruptcy Code. The Commission found that, although imperfect, the Countryman test strikes an appropriate balance between the rights of debtors in possession and nondebtor counterparties to a contract. If the parties have material unperformed obligations, it is fair and reasonable to allow a debtor to choose to assume, assign, or reject such an agreement under section 365. The Commission also determined that many of the potentially challenging issues under the Countryman test have been resolved by the courts and that this case law is a valuable resource that would guide the implementation of the codified standard”.

³¹⁸ Esse regime será abordado nos próximos itens.

³¹⁹ No original: “Such a contract, similar to the contract under which the other party has fully performed but the bankrupt has not, represents a claim against the estate. But here that claim may be reduced or totally eliminated if the trustee rejects the contract, because the other party is required to mitigate damages by an amount approximating the value of the performance he is spared by the trustee's rejection. In addition, such a contract, like the one under which the bankrupt has fully performed but the other party has not, represents an asset of the estate to the extent that it carries the unperformed obligation of the other party. But if the trustee elects to assume the contract, as when he accepts other assets to which he takes the title of the bankrupt under § 70a, he takes it cum onere and must render that performance which the bankrupt had contracted to perform as a condition to receiving the benefits of the contract. Whether in a given case the trustee will assume or reject depends, presumably, on his comparative appraisal of the value of the remaining performance by the other party and the cost to the estate of the unperformed obligation of the bankrupt, although the Act is silent on that point” (COUNTRYMAN, Vern. Executory Contracts in Bankruptcy: Part I. *Minnesota Law Review*, Vol. 57 (1973), p. 461. Disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2459>. Último acesso em 15.4.2021).

substancial (*material breach*) do contrato, apta a escusar a parte contrária do cumprimento³²⁰⁻³²¹.

Dessa forma, ainda que em graus e modalidades distintas, os ordenamentos concursais mundo afora tendem a identificar nos contratos pendentes de cumprimento por ambas as partes o âmbito próprio de incidência da disciplina dos contratos na insolvência. Entende-se, assim, que esse também deveria ser o escopo de aplicação de regramento dessa natureza que eventualmente fosse incorporado ao direito concursal brasileiro; e que esse escopo deveria, preferencialmente, ser indicado com clareza no texto legislativo, a fim de tornar dispensáveis maiores elucubrações doutrinárias e jurisprudenciais³²².

Tal definição seria especialmente proveitosa para regulamentar os contratos interempresariais, que, como já se viu, costumam envolver feixes de direitos e obrigações

³²⁰ No original: “A contract under which the obligations of both the bankrupt and the other party to the contract are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other” (Executory Contracts in Bankruptcy..., p. 460).

³²¹ A utilização do referido conceito não é isenta de críticas. Jay Lawrence Westbrook e Kelsi Stayart entendem que a aplicação da doutrina de Countryman pela jurisprudência tem levado, ao longo do tempo, a resultados imprevisíveis e incompatíveis com os princípios que regem a lei concursal norte-americana, notadamente (i) o *discharge* (a possibilidade de o devedor emergir do procedimento sem pendências relativas ao período que o antecedeu), (ii) a *finality* (a necessidade de que todos os *claims* anteriores à instauração do procedimento concursal sejam resolvidos no seu bojo), além (iii) do necessário tratamento paritário entre os diversos credores e (iv) da maximização do valor à disposição destes. Tais resultados se verificam porque os contratos que eventualmente não passam pelo filtro do “teste de Countryman” (i.e., aqueles em que, no entendimento dos tribunais, não há obrigações suficientemente relevantes pendentes de cumprimento para que se cogite de uma violação substancial) acabam em um “limbo” jurídico, sem serem solucionados via *Section 365*, o que Westbrook e Stayart consideram inconsistente com as premissas da doutrina de Countryman, cujo intuito primordial seria evitar a manutenção (*assumption*) de contratos prejudiciais ao *estate*. Segundo os autores, faria mais sentido que se passasse a entender os *executory contracts* na acepção mais simples de um contrato em que haja pelo menos algumas obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes. Essa definição garantiria que todos os contratos do devedor fossem reunidos no procedimento concursal, em linha com os princípios acima elencados, e seria particularmente útil para lidar com determinados modelos de contratação (como contratos de opções e de licenciamento de direitos de propriedade intelectual) que, apesar de corriqueiros na atualidade, nem sempre encontram solução adequada por meio da aplicação do conceito de Countryman (WESTBROOK, Jay L.; STAYART, Kelsi. *The Demystification of Contracts in Bankruptcy*. **The American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 91, Ed. 3 (2017). Disponível em <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2017-the-demystification-of-contracts-in-bankruptcy/download>. Último acesso em 15.4.2021).

³²² Não é demais lembrar, nesse tocante, que, ao estabelecer o regime dos contratos na falência, a LRE aduz genericamente a “contratos bilaterais”, sem distinguir entre os contratos em que haja obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes ou só por uma delas – ainda que da redação do artigo 117 seja possível deduzir que se trata de contratos em que haja obrigações pendentes pelo menos por parte da massa falida, cujo cumprimento é facultado ao administrador para “reduzir ou evitar o aumento do passivo” desta ou para assegurar a “manutenção e preservação de seus ativos”. De fato, Marcelo Sacramone considera que o dispositivo alcança “os contratos bilaterais cujas prestações ainda não tenham sido totalmente adimplidas pelos contratantes. Caso o empresário devedor falido já tenha cumprido sua obrigação, deverá a parte contratante adimplir sua prestação. Caso o não cumprimento seja só do devedor, poderá o administrador judicial decidir se irá ou não cumprir a prestação pela Massa Falida” (**Comentários à Lei de Recuperação...**, p. 518).

que se prolongam no tempo. São o que Orlando Gomes denomina “contratos de duração”, em que “a execução [das prestações] não pode cumprir-se num só instante”³²³ e “as duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado”³²⁴. É comum que nos contratos interempresariais o tempo seja um elemento relevante para o aperfeiçoamento dos direitos e obrigações das partes, de forma que, a menos que a avença tenha sido encerrada antes do pedido, usualmente haverá obrigações pendentes de cumprimento pelos envolvidos, levando o contrato a reclamar o regime próprio³²⁵.

Cumprido observar que os contratos celebrados posteriormente ao pedido de recuperação não se sujeitariam a esse regime. A principal razão para tanto é que, nesses contratos, a crise de uma das partes já é conhecida à data em que o instrumento é firmado, logo, não é um fato superveniente a modificar as preferências das partes em matéria de cooperação. Somado ao fato de que o artigo 49 da LRE já exclui do concurso as obrigações decorrentes de tais contratos³²⁶, isso torna despicienda uma regulamentação específica.

3.3.2. Regra geral de manutenção dos contratos e invalidade da cláusula resolutiva expressa por insolvência

Assentadas as premissas quanto aos contratos objeto de eventual regulação específica na lei concursal, o próximo aspecto que se entende digno de nota diz respeito à utilidade de

³²³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 94.

³²⁴ **Contratos...**, p. 95.

³²⁵ A mesma observação foi feita por Ignacio Tirado e M. Luisa Sanchez-Paredes no contexto do direito espanhol. O direito contratual espanhol, como o brasileiro, diferencia entre contratos de execução instantânea (*tracto unico*) e de execução continuada (*tracto sucesivo*). Nesses últimos, mesmo que ambas as partes já tenham desempenhado uma série de ações, outras continuarão sendo reciprocamente necessárias no futuro, de modo que eles nunca serão totalmente cumpridos por uma das partes e, conseqüentemente, sempre se encaixarão no conceito previsto na lei concursal: “The Spanish contractual system differentiates between those reciprocal contracts in which the performance due by each party consists of one legal action (*tracto unico*) and those in which execution by the parties happens at different moments within a period of time (so-called ‘duration contracts’) [...] In these contracts, performance is executed over a period of time and does not limit itself to one action. This difference must be taken into consideration when applying the effects of insolvency on contracts. If, on the opening of insolvency proceedings, a contract of the second kind (*tracto sucesivo*) has not been terminated (due to any cause – the passing of time or termination for breach of one of the parties), there will be valid obligations to perform under the contract on behalf of both parties. [...] Thus, even if both parties have executed many actions under the contract, more future actions will be due reciprocally in the future. This means that contracts of duration or *tracto sucesivo* in place when insolvency is declared cannot ever be treated as fully executed by one of the parties: duration contracts are naturally executory in insolvency” (TIRADO, Ignacio; SANCHEZ-PAREDES, M. Luisa. National Report for Spain. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 434-435).

³²⁶ Em linha com a Recomendação 86 do Legislative Guide (vide item 3.2 acima).

uma regra geral visando à conservação dos contratos do devedor no caso de ajuizamento de pedido de recuperação judicial, em linha com o item C10.2 dos Principles e as Recomendações 70 e 72 do Legislative Guide³²⁷.

Enquanto a falência determina o vencimento antecipado das obrigações do falido (artigo 77 da LRE), a regra geral na recuperação judicial é a conservação “[d]as condições originalmente contratadas ou definidas em lei” (artigo 49, § 2º, da LRE). Extrai-se desse dispositivo que o ajuizamento da recuperação não é causa automática de rescisão dos contratos do devedor, mas não necessariamente que a contraparte terá de se manter atada a ele. O outro contratante poderia, por exemplo, romper o contrato e responder pelos prejuízos decorrentes, se entender essa alternativa como preferível à manutenção da avença. Poderia, ainda, tentar equiparar o pedido de recuperação judicial ao inadimplemento antecipado e requerer a resolução contratual com base nesse fundamento³²⁸.

Ainda mais preocupante (e certamente mais recorrente) é a hipótese de o próprio contrato prever a possibilidade de rescisão antecipada por conta do advento da recuperação (as chamadas “cláusulas *ipso facto* por insolvência” ou “cláusulas resolutivas expressas por insolvência”³²⁹) ou simplesmente facultar ao outro contratante a denúncia contratual conforme sua própria conveniência, na medida em que manter as “condições originalmente contratadas”, nos termos do artigo 49, §2º, da LRE implicaria, a princípio, manter os efeitos de cláusulas dessa natureza – ou, em outros termos, admitir a possibilidade de encerramento unilateral da avença após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

³²⁷ Vide item 3.2 acima.

³²⁸ Uma alegação dessa natureza dependeria, naturalmente, da comprovação de que os requisitos necessários à configuração do inadimplemento antecipado se fazem presentes. Judith Martins-Costa leciona que a aplicação dessa figura exige que “(i) ocorra um inadimplemento imputável caracterizado como grave violação do contrato, possibilitando uma ‘justa causa’ à resolução; (ii) haja plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; (iii) caracterize-se, por parte do devedor, uma conduta culposa, seja ao declarar que não vai cumprir, seja ao se omitir quanto aos atos de execução, recaindo em inércia de modo que o seu comportamento contratual nada indique no sentido da execução (comportamento concludente)” (**A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 83, Item 7, paginação irregular). A autora ainda menciona a lição de José Roberto de Castro Neves: “a mera dificuldade no futuro cumprimento ou receio do credor de que o devedor não entregará a prestação não acarretam o inadimplemento antecipado. Deve haver a certeza de que, pelas circunstâncias atuais, o devedor não estará apto a cumprir o seu dever obrigacional” (CASTRO NEVES, José Roberto. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 355. Apud **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 83, Item 7, paginação irregular).

³²⁹ Prefere-se aqui usar a expressão “insolvência”, mais genérica, por ser esse o nome que lhe atribui normalmente a doutrina, ainda que, *in casu*, refira-se apenas à possibilidade de resolução com base na recuperação judicial, excluindo-se a hipótese de falência da presente análise.

Assim, a LRE não modifica o regime geral do direito dos contratos no tocante à possibilidade de rescisão das avenças em que o devedor é parte.

É certo que o direito de pôr fim à avença não é absoluto mesmo no direito contratual comum. O regramento da denúncia é um bom exemplo disso. O artigo 473 do Código Civil dispõe que “a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”, mas o seu parágrafo único ressalva que se, “dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Judith Martins-Costa afirma que o dispositivo consubstancia “concretização do princípio da boa-fé”³³⁰, postergando a “eficácia da denúncia para data que viabilize o transcurso de ‘prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos’ feitos em razão de contrato com indeterminação de prazo final”³³¹. Embora não haja obrigação das partes de manter a relação jurídica obrigacional de prazo indeterminado – o que consistiria em violação “[a]o princípio geral de ordem pública com matriz constitucional, de que nenhum contrato pode, de fato, ser ilimitado no tempo, por gerar restrição à liberdade econômica e individual dos figurantes”³³² –, o direito intervém para reprimir “as condutas arbitrárias e caprichosas no exercício do direito de pôr fim à relação”³³³.

As cláusulas resolutivas expressas tampouco escapam ao escrutínio da boa-fé. Essas disposições desempenham papel importante na gestão de riscos do negócio: Aline de Miranda Valverde Terra assevera que elas servem à função de elencar as obrigações cujo adimplemento satisfatório é tido pelas partes como “indispensável para a consecução do resultado útil programado e, por conseguinte, para a realização do programa contratual”, razão pela qual “a sua inexecução fere, irremediavelmente, o interesse do credor na prestação”³³⁴, não deixando outra saída senão o encerramento da avença.

³³⁰ **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 79, Item 2, paginação irregular.

³³¹ **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 79, Item 3, paginação irregular.

³³² **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 79, Item 3, paginação irregular.

³³³ **A boa-fé no direito privado...**, Capítulo Oitavo, § 79, Item 3, paginação irregular.

³³⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, E-book Kindle, Capítulo 1, Item 1.5.1, paginação irregular.

Adicionalmente, a autora comenta que essas cláusulas podem prever a resolução do contrato para o caso da realização de riscos estranhos ao comportamento das partes, mas “cuja verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para a qual foi concebido”³³⁵⁻³³⁶.

Contudo, a cláusula resolutiva expressa não escapa de um exame de legitimidade quanto à forma como os direitos nela previstos são exercidos. Uma vez que essa legitimidade seja questionada, incumbirá ao julgador investigar “se a obrigação inserida na cláusula, no âmbito daquela específica relação jurídica, considerando o contexto e o fim contratual, os específicos interesses perseguidos pelas partes, afigura-se essencial quando da resolução ou se, ao contrário, não releva decisivamente para a realização da função econômico-individual do ajuste”. Em qualquer caso, a referida análise há de se guiar “por dois parâmetros inafastáveis”, a saber, “o equilíbrio econômico do contrato e a boa-fé objetiva”³³⁷.

Tem-se, assim, que o direito das partes de pôr fim à relação contratual (seja porque é o que melhor lhes convém, seja porque ocorreram eventos para os quais a resolução contratual foi prevista como a consequência cabível) não é absoluto nem mesmo no direito contratual comum. Nesse sentido, limitar o alcance dessa prerrogativa no âmbito do direito concursal não representaria, a princípio, um desvirtuamento de suas finalidades.

Em tese, o Poder Judiciário poderia ser capaz de estabelecer esses limites, impedindo o exercício abusivo das prerrogativas previstas em cláusulas *ipso facto* por insolvência. Na prática, contudo, observa-se que não há um posicionamento claro dos tribunais sobre o tema do encerramento contratual fundado na recuperação judicial de uma das partes³³⁸, a sugerir que, nesse caso específico, pode ser ineficiente remeter ao julgador a tarefa de

³³⁵ **Cláusula Resolutiva Expressa...**, Capítulo 1, Item 1.5.2, paginação irregular.

³³⁶ A cláusula resolutiva expressa por insolvência pode ser enquadrada em qualquer uma dessas hipóteses. Ela pode ser vista como fruto da intenção das partes de avançar uma “obrigação de solvência”, vista como essencial para que o programa contratual possa ser satisfatoriamente levado a cabo. Pode também ser vista como fruto do interesse das partes de alocar o inexorável e inevitável risco de que alguma delas venha a se tornar insolvente, desonerando, ainda que parcialmente, o outro contratante dos efeitos negativos daí decorrentes. Vê-se, assim, que a cláusula *ipso facto* por insolvência está fundada em um sólido substrato de direito contratual comum.

³³⁷ **Cláusula Resolutiva Expressa...**, Capítulo 3, Item 3.3, paginação irregular.

³³⁸ Vide item 2.2.3.3 acima.

solucionar o conflito entre as “políticas de lei” próprias do direito contratual e do direito concursal.

É por essa razão que pode haver alguma utilidade no estabelecimento, via lei concursal, de uma regra geral de manutenção dos contratos, bem como de limites à pactuação ou ao exercício dos poderes derivados de cláusula *ipso facto* por insolvência. Tratar-se-ia, basicamente, de eliminar a possibilidade de que a recuperação judicial (ou a existência de dívidas sujeitas ao concurso) seja, em abstrato, considerada um evento apto a impedir a consecução do programa contratual.

Com efeito, em um sistema que preza pela preservação das atividades da empresa em crise, o evento com maior efeito disruptivo sobre o preenchimento do escopo contratual não é o pedido de recuperação, e sim a rescisão contratual. Ela possivelmente conduziria ao encerramento prematuro de um contrato ainda útil e capaz de implementar a função econômica para a qual foi desenhado – e, não fosse isso o bastante, ainda poderia prejudicar a retomada das atividades do devedor.

No que diz respeito à proteção dos interesses do outro contratante, há que se ter em vista que a rescisão contratual levada a cabo na sequência de um pedido de recuperação judicial há, usualmente, de se encaixar em uma de três possibilidades.

A primeira é aquela em que a parte não crê, de fato, que a recuperação judicial do outro contratante obstaculize o desenvolvimento normal do contrato, mas entende que o prosseguimento da avença é desinteressante por outras razões e se vale da oportunidade para repudiá-la. Não é necessário grande esforço para apurar que, nesse caso, a rescisão contratual é abusiva (e o seria mesmo na ausência da crise), posto que exercida em dissonância com a boa-fé e a função econômica do contrato.

A segunda é aquela em que a recuperação judicial cria dúvidas acerca da capacidade do outro contratante de dar cumprimento a suas obrigações, dando azo ao receio da parte de se ver atada a um ente que não consegue cumprir seus compromissos e, por conseguinte, à tentativa dessa mesma parte de limitar suas perdas, por meio do encerramento do contrato. Se esses receios forem infundados, impedir a resolução é a

solução que melhor assegura que a persecução da função econômica do contrato não seja prejudicada. Afinal, eliminada a possibilidade de resolução, não restará às partes outra saída senão se voltar uma à outra e tentar negociar uma solução mutuamente satisfatória para o desconforto que experimentam³³⁹.

A terceira hipótese refere-se aos casos em que a crise e conseqüente recuperação judicial de uma das partes realmente impedem o cumprimento satisfatório do contrato. Nesses casos, contudo, é de se esperar que, sendo tão grave a incapacidade do devedor de cumprir a avença, haja o inadimplemento de outras obrigações essenciais à consecução da finalidade do contrato – no que a resolução seria possível sob outros fundamentos e, portanto, os interesses da contraparte seriam resguardados. Como se verá melhor adiante, a regra geral de manutenção dos contratos não se presta a autorizar o descumprimento generalizado de deveres contratuais por parte do devedor.

Veja-se que, até aqui, pouco se disse sobre as razões que, sob uma perspectiva propriamente de direito concursal, justificariam a proposta de uma regra geral de conservação dos contratos e de invalidade da cláusula resolutiva expressa por insolvência. O objetivo era demonstrar que essas propostas são justificáveis não só à luz do princípio da preservação da empresa, que torna primordial a manutenção dos contratos que geram valor para a recuperanda, mas também sob uma ótica do direito contratual comum, que reconhece a função econômica do contrato e os deveres de consideração para com os interesses da parte contrária como parâmetros inafastáveis para o exercício de prerrogativas contratuais³⁴⁰.

³³⁹ Nesse sentido, Richard Speidel comenta que as soluções tendentes a preservar a relação contratual se afiguram especialmente alinhadas com a lógica inerente aos contratos com maior conteúdo relacional, o que tende a ser o caso dos contratos interempresariais: “In a highly relational contract, it is unwise, without more, for a court to declare that the contract is ended. Preserving the contract protects the transaction-specific investments, preserves expectations, and avoids disrupting relationships that have developed between the parties to the long-term contract and third-persons in and around the exchange. Moreover, it provides incentives for the parties, neither of which is in breach, to continue negotiations toward either an agreed termination or an adjustment” (The characteristics and challenges..., p. 839). Em tradução livre: “Em um contrato altamente relacional, seria insensato que um tribunal declarasse rescindido o contrato. Preservar o contrato protege os investimentos específicos à transação, preserva expectativas e evita a disrupção da relação desenvolvida entre as partes do contrato de longo prazo e terceiros dentro e ao redor do negócio. Ademais, promove incentivos para que as partes, nenhuma das quais violou o contrato, continuem negociando uma solução comum, seja de distrato ou de alteração do contrato”.

³⁴⁰A questão admite, naturalmente, argumentos em sentido contrário. Alan Schwartz, analisando a matéria à luz da teoria dos contratos, conclui que vedar as cláusulas *ipso facto* por insolvência incentiva o devedor a agir estrategicamente, em prejuízo dos incentivos *ex ante* da contraparte para investir na relação. Nesse sentido, permitir que cláusulas resolutivas expressas por insolvência produzam efeitos seria desejável por

Não obstante, é também evidente que a manutenção de contratos estratégicos é benéfica e, em muitos casos, necessária para viabilizar a continuidade das atividades do devedor. Não por acaso esse é o principal fundamento invocado no ICR Standard para dar base às recomendações de que se faculte ao devedor o cumprimento dos contratos e se vedem as cláusulas *ipso facto* por insolvência.

Ademais, a existência de um processo de recuperação judicial torna de rigor que se ponderem não apenas os interesses das partes do contrato, mas também os dos demais credores sujeitos ao procedimento. Nesse sentido, Deborah Kirschbaum considera a cláusula *ipso facto* por insolvência “ilegítima por privar à massa ou à empresa sob recuperação o direito de beneficiar-se de valor positivo de um determinado direito contratual: de um lado, essa privação acaba sendo suportada pelos demais credores (que contratam com base num determinado patrimônio, não participando da contratação que prevê a *ipso facto*, mas sofrem a perda de valor de tal patrimônio pela subtração de elemento que deveria integrá-lo); de outro, a cláusula substancialmente equivale a um mecanismo de isolamento privado ou ‘blindagem’ contra os efeitos da insolvência da contraparte”³⁴¹.

Em linha com essas ponderações, são comuns, no direito estrangeiro, disposições impedindo a resolução contratual com base apenas no ajuizamento de um procedimento recuperacional por uma das partes, ainda que com autorização contratual para tanto. A lei concursal espanhola, por exemplo, alude expressamente a um princípio geral de vigência dos contratos, estabelecendo que a declaração de existência do concurso não é causa de resolução antecipada do contrato e que serão consideradas não escritas as cláusulas que

facilitar o acesso ao crédito: “An ipso facto clause ameliorates the underinvestment effect because it eliminates the buyer's ability to behave strategically. The buyer no longer could threaten to sue for excessive damages in order to force performance or capture renegotiation rents because the clause permits the seller to exit without paying damages. As a consequence, the buyer must promise the outside parties a lower return in the solvency state to obtain credit. The buyer can keep more of the upside and has better investment incentives” (SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy. **The Yale Law Journal**, V. 107, No. 6 (April 1998), p. 1837. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2075&context=fss_papers. Último acesso em 15.4.2021).

³⁴¹ KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: uma Análise Econômico-Jurídica. **Revista Direito GV**, V. 2, n. 1 (jan.-jun. 2006), p. 48. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35213/34013>. Último acesso em 15.4.2021.

facultem a rescisão ou extinção do contrato com base unicamente na declaração de existência do concurso de qualquer dos contratantes³⁴².

Do mesmo modo, o direito concursal francês estabelece que, não obstante a existência de cláusula contratual nesse sentido, um contrato em curso não poderá ser resolvido estritamente com base na abertura de um processo de *sauvegarde*, permanecendo a contraparte obrigada a cumprir as obrigações que lhe incumbem, mesmo diante do inadimplemento, pelo devedor, de suas obrigações anteriores à abertura³⁴³.

Ainda, no âmbito do direito concursal inglês, o *Insolvency Act* de 1986 foi alterado em 2020 para, entre outras questões, incluir uma seção destinada à proteção do fornecimento de bens e serviços. A recém-instituída *Section 233B(3)* estabelece que disposições contratuais deixam de ter efeito mediante sujeição de uma das partes a um processo de insolvência se (i) do início do procedimento decorrer o encerramento do contrato ou do fornecimento; ou (ii) à parte contrária for facultado o encerramento do contrato ou do fornecimento com base na sujeição do devedor ao procedimento concursal em questão³⁴⁴.

³⁴² No original: “**Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos.** La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes” (Real Decreto Legislativo 1/2020...).

³⁴³ No original: “Article L622-13, I. I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif”. (FRANÇA. Code de Commerce. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028723946/. Último acesso em 15.4.2021).

³⁴⁴ No original: “233B. Protection of supplies of goods and services. (3) A provision of a contract for the supply of goods or services to the company ceases to have effect when the company becomes subject to the relevant insolvency procedure if and to the extent that, under the provision: (a) the contract or the supply would terminate, or any other thing would take place, because the company becomes subject to the relevant insolvency procedure, or (b) the supplier would be entitled to terminate the contract or the supply, or to do any other thing, because the company becomes subject to the relevant insolvency procedure” (REINO UNIDO. Insolvency Act 1986. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>. Último acesso em 15.4.2021). Charlotte Cooke, Hamish Anderson e Louise Gullifer comentam que, mesmo antes da inclusão do dispositivo acima, as cláusulas resolutivas expressas por insolvência muitas vezes acabavam afastadas por força da aplicação do *anti-deprivation principle* que rege o entendimento das Cortes inglesas em matéria de insolvência. O *anti-deprivation principle* veda a remoção de ativos do âmbito de processos de liquidação e recuperação (*administration*), que poderia resultar na diminuição do valor do patrimônio disponível aos credores (COOKE, Charlotte; ANDERSON, Hamish; GULLIFER, Louise. National Report for England. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). *Treatment of Contracts in Insolvency*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 162).

Também o *Bankruptcy Code* norte-americano veda a possibilidade de encerramento da avença com fundamento em cláusula resolutiva expressa por insolvência após o início do procedimento concursal. A *Section 365(e)(1)* determina que os *executory contracts* (e as obrigações neles previstas) não poderão, após o início do procedimento, ser rescindidos nem modificados com base em previsões contratuais condicionadas (i) à insolvência ou situação financeira do devedor, enquanto durar o procedimento; (ii) ao início de um procedimento concursal; ou (iii) à nomeação ou empossamento de um *trustee* ou custodiante (durante ou antes de um procedimento dessa natureza, respectivamente)³⁴⁵.

Assim, entende-se que a inclusão de uma regra geral de manutenção dos contratos e de uma limitação legal às cláusulas *ipso facto* por insolvência no âmbito de processos de recuperação judicial³⁴⁶ estaria alinhada com os objetivos da lei concursal e, na medida em que essa vedação proporcione ou facilite o preenchimento da função econômica dos contratos do devedor, também do direito contratual. A crise, como se viu, estremece os alicerces da cooperação; nesse sentido, limitar o direito da contraparte de abandonar sua relação comercial com o devedor equivale, apenas, a privilegiar a continuidade do contrato e a cooperação em detrimento da persecução de comportamentos autointeressados.

³⁴⁵ No original: “Section 365(e)(1): Notwithstanding a provision in an executory contract or unexpired lease, or in applicable law, an executory contract or unexpired lease of the debtor may not be terminated or modified, and any right or obligation under such contract or lease may not be terminated or modified, at any time after the commencement of the case solely because of a provision in such contract or lease that is conditioned on: (A) the insolvency or financial condition of the debtor at any time before the closing of the case;(B) the commencement of a case under this title; or (C) the appointment of or taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian before such commencement” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Bankruptcy Code*. Disponível em <https://www.usbankruptcycode.org/>. Último acesso em 15.4.2021). Adicionalmente, a *Section 541(c)(1)(B)* do mesmo diploma corrobora essa proibição, ao estabelecer que os direitos e expectativas de direito do devedor passam, a partir da data do ajuizamento do procedimento concursal, a integrar o *estate*, mesmo na presença de previsões contratuais ou legais que autorizem a execução (*forfeiture*), modificação ou rescisão do direito do devedor a essa mesma propriedade como fruto da piora da situação econômico-financeira do devedor, do ajuizamento de um processo de insolvência, ou na nomeação de um *trustee* ou custodiante (*Bankruptcy Code*...). No original: “Except as provided in paragraph (2) of this subsection, an interest of the debtor in property becomes property of the estate under subsection (a)(1), (a)(2), or (a)(5) of this section notwithstanding any provision in an agreement, transfer instrument, or applicable nonbankruptcy law—:(B) that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor, on the commencement of a case under this title, or on the appointment of or taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian before such commencement, and that effects or gives an option to effect a forfeiture, modification, or termination of the debtor’s interest in property”.

³⁴⁶ Entende-se, aqui, que essa vedação teria de se estender ao exercício da denúncia contratual (leia-se: rescisão unilateral imotivada) pela contraparte em momento posterior ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial. Como já se mencionou anteriormente, conferir a uma das partes a faculdade de rescindir unilateralmente a avença põe o outro contratante em estado de sujeição, dando azo a uma situação especialmente propícia para abusos. No contexto da recuperação, o exercício da denúncia acarreta os mesmos efeitos nefastos do exercício dos direitos previstos na cláusula resolutiva expressa por insolvência: priva-se o devedor de ativos potencialmente relevantes e impede-se que um contrato potencialmente útil desempenhe a função econômica para a qual foi desenhado. Mostrar-se-ia razoável, portanto, que também o exercício da denúncia fosse restringido.

Não obstante, entende-se que a obrigatoriedade da manutenção dos contratos não deveria se estender aos casos em que a avença seja resolvida ou denunciada antes do ajuizamento da recuperação judicial, exceto quando houver evidente conduta abusiva da parte contrária (por exemplo, se esta encerrar o contrato em razão de ter descoberto que o pedido estava sendo preparado).

Vale, aqui, a noção de que resguardar os atos praticados antes do advento da recuperação é essencial para preservar a segurança necessária nas relações comerciais e encoraja a diligência da parte contrária para com seus próprios interesses. O devedor, por outro lado, teria incentivos para adiantar o pedido de recuperação, o que favoreceria a retomada das atividades e os credores coletivamente considerados.

Igualmente, a regra geral de conservação dos contratos não se prestaria a permitir a renovação ou prorrogação de contratos que se encerrem no curso da recuperação por força do decurso do prazo originalmente avençado. Nessa hipótese, não é a recuperação judicial que acarreta o fim da avença, ainda que ela possa modificar as preferências da contraparte acerca da prorrogação do contrato.

Ademais, as partes, ao desenharem o contrato, consideraram o seu prazo de duração como suficiente ao implemento da função econômica a ele atribuída, razão pela qual seria questionável justificar a renovação como necessária ao preenchimento do escopo contratual. A renovação seria pautada estritamente no interesse da recuperanda em manter a relação negocial e, nesse cenário, a via própria seria a negociação de um novo contrato, em termos capazes de acomodar eventuais incômodos do outro contratante.

As considerações acima pressupõem, naturalmente, que a continuidade do contrato conduzirá ao preenchimento de sua função econômica (o que, por sua vez, pressupõe o cumprimento das obrigações do devedor e a conseqüente restauração da confiança da contraparte no negócio). Se tal não ocorrer, é imperioso que haja formas de a contraparte se desvincular da avença; caso contrário, a recuperanda simplesmente ficaria blindada dos efeitos negativos de sua falha em dar cumprimento às obrigações que lhe incumbem, o que também dá margem para o oportunismo.

Enfim, um regime dos contratos na recuperação judicial teria de se ocupar não só de evitar a rescisão abusiva do contrato, mas também de estabelecer parâmetros para a continuidade da avença, impondo alguns ônus ao devedor. Esses parâmetros serão objeto do próximo item.

3.3.3. Imposição de ônus ao devedor como decorrência da manutenção do contrato

Eliminada a possibilidade de a parte contrária rescindir a avença, permite-se que o devedor mantenha contratos celebrados antes do pedido de recuperação judicial. Isso não significa, porém, que a confiança da contraparte nas promessas da recuperanda fica automaticamente restaurada. O estado de crise (e, possivelmente, a existência de dívidas em aberto, sujeitas ao concurso) abala a credibilidade das promessas do devedor e, por conseguinte, a disposição do outro contratante em cooperar.

Em outros termos, é plausível que se chegue a um cenário em que a “cooperação” da parte contrária dar-se-á nos estreitos limites impostos por lei: o contrato será mantido, mas a contraparte não se engajará ativamente em garantir o “adimplemento satisfatório”, a satisfação ampla dos interesses da recuperanda, considerados para além da literalidade do texto contratual.

Ademais, tornar a manutenção do contrato obrigatória poderia incentivar comportamentos oportunistas por parte do devedor, que, blindado da possibilidade de resolução do contrato, poderia ficar tentado a perseguir apenas seus próprios interesses.

Por essas razões se entende que impor alguns ônus também ao devedor é importante para estimular a cooperação recíproca. O cumprimento desses ônus engajaria o devedor no preenchimento da parcela que lhe incumbe no contrato, reiterando a credibilidade de suas promessas e assegurando que a avença possa preencher a função econômica originalmente vislumbrada pelas partes, em benefício de todos os envolvidos.

Antes de mais nada, é de absoluto rigor que o devedor dê cumprimento ao contrato, cumprindo pontualmente as obrigações posteriores ao pedido, sob pena não só de ser

executado judicialmente (por força do disposto no artigo 49, *caput*, da LRE), mas também de se restaurar a possibilidade de resolução da avença por inadimplemento. Vale lembrar que os tribunais pátrios já costumam reconhecer o descumprimento de obrigações posteriores ao pedido como causa apta a autorizar a resolução³⁴⁷.

Em alguns ordenamentos, como o alemão, essa é a principal consequência da falha do devedor em dar cumprimento às suas obrigações³⁴⁸⁻³⁴⁹. Contudo, outros ordenamentos propõem soluções mais complexas, que poderiam inspirar outras formas de imposição de ônus ao devedor.

O direito concursal norte-americano, em sintonia com a Recomendação 79 do Legislative Guide³⁵⁰, estabelece que a existência de inadimplementos (pecuniários ou não) anteriores ao ajuizamento do procedimento concursal consubstancia um obstáculo à manutenção (*assumption*) do contrato. A *Section 365(b)(1)* do *Bankruptcy Code* estabelece que, havendo descumprimento prévio, a *assumption* depende de o *trustee*: (i) sanar tal inadimplemento, ou apresentar prova razoável de que o fará em breve (excetuados os casos em que, no contexto de contratos de locação comercial de imóveis, não seja possível executar obrigações não pecuniárias retroativamente³⁵¹), (ii) compensar a parte contrária

³⁴⁷ Vide item 2.2.3.3 acima.

³⁴⁸ Christoph Paulus e Matthias Berberich observam que a *Insolvenzordnung* não impõe ônus adicionais ao devedor além do cumprimento pontual do contrato (como a necessidade de sanar eventuais inadimplementos ou de apresentar garantias do cumprimento futuro). Contudo, em caso de descumprimento, a contraparte volta a contar com os remédios disponíveis no direito geral das obrigações, inclusive a possibilidade de rescindir o contrato ou pleitear indenização por perdas e danos frente ao devedor: “After assumption, the insolvency administrator must perform the obligations as they were stipulated in the contract. He is under no obligation to cure default and/or to provide security or assurances for performance by virtue of insolvency law. However, in the event of default, the counterparty has all remedies provided by the general law of obligations and may seek recourse against the estate, for example, withdraw from the contract, terminate it, or claim damages” (PAULUS, Christoph G.; BERBERICH, Matthias. National Report for Germany. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 209).

³⁴⁹ Nesse tópico, vale mencionar que o direito concursal espanhol, apesar de admitir, em tese, a rescisão para o caso de descumprimento de obrigações posteriores ao pedido (Artículo 161), ressalva o poder do magistrado de determinar o prosseguimento do contrato mesmo nessas circunstâncias, caso julgue a medida necessária para preservação dos interesses do concurso. Nessa hipótese, os pagamentos serão efetuados com recursos da massa: “**Artículo 164. Cumplimiento del contrato por resolución del juez del concurso.** Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado” (Real Decreto Legislativo 1/2020...).

³⁵⁰ Vide item 3.2 acima.

³⁵¹ Jason Kilborn explica que a exceção é especialmente voltada para exigências de uso da propriedade em contratos de locação comercial, que não poderiam ser sanadas retroativamente: “This provision takes aim at ‘use’ requirements in commercial lease agreements. If the debtor had failed to landscape the property when and as required, or failed to operate a storefront in a particular way, or failed to maintain constant operating

por qualquer perda pecuniária decorrente de tal inadimplemento, ou apresentar prova razoável de que o fará em breve; e (iii) apresentar prova razoável do cumprimento futuro do contrato³⁵²⁻³⁵³.

Exigir que inadimplementos anteriores fossem remediados seria uma forma de exigir um “ato de sacrifício” por parte do devedor, que demonstraria a confiabilidade de suas promessas futuras: faria pouco sentido que o devedor se desse ao trabalho de arcar com esse ônus se pretendesse descumprir o contrato na sequência. Ademais, um dispositivo dessa natureza levantaria o impedimento de o devedor realizar pagamento de valores anteriores ao pedido em favor de credores estratégicos, que, como se viu, é um dos traços da LRE que dificulta a retomada da confiança.

hours, for example, such breaches cannot be, and under this exception need not be, cured *retroactively*” (KILBORN, Jason. National Report for the United States. FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason; et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 523).

³⁵² No original: “Section 365(b)(1) If there has been a default in an executory contract or unexpired lease of the debtor, the trustee may not assume such contract or lease unless, at the time of assumption of such contract or lease, the trustee: (A) cures, or provides adequate assurance that the trustee will promptly cure, such default other than a default that is a breach of a provision relating to the satisfaction of any provision (other than a penalty rate or penalty provision) relating to a default arising from any failure to perform nonmonetary obligations under an unexpired lease of real property, if it is impossible for the trustee to cure such default by performing nonmonetary acts at and after the time of assumption, except that if such default arises from a failure to operate in accordance with a nonresidential real property lease, then such default shall be cured by performance at and after the time of assumption in accordance with such lease, and pecuniary losses resulting from such default shall be compensated in accordance with the provisions of this paragraph; (B) compensates, or provides adequate assurance that the trustee will promptly compensate, a party other than the debtor to such contract or lease, for any actual pecuniary loss to such party resulting from such default; and (C) provides adequate assurance of future performance under such contract or lease”. (*Bankruptcy Code...*).

³⁵³ Há outras exceções à referida exigência, além daquelas estabelecidas no item (A) da *Section 365(b)(1)*. A *Section 365(b)(2)* determina, por exemplo, que o regramento definido no dispositivo acima mencionado não é aplicável caso o descumprimento refira-se a uma obrigação relacionada à situação de crise financeira do devedor ou ao ajuizamento do procedimento concursal (no original: “Section 365(b)(2). Paragraph (1) of this subsection does not apply to a default that is a breach of a provision relating to: (A) the insolvency or financial condition of the debtor at any time before the closing of the case; (B) the commencement of a case under this title; (C) the appointment of or taking possession by a trustee in a case under this title or a custodian before such commencement”). Jason Kilborn esclarece que essa restrição relaciona-se com a proibição às cláusulas *ipso facto* por insolvência, que se presta a impedir que a mera existência do procedimento concursal ou as condições financeiras do devedor impliquem consequências negativas sobre a vida do contrato. Nesse sentido, o devedor ficaria dispensado, por exemplo, de atender a cláusulas que o obriguem a atingir níveis mínimos de receita ou EBITDA (National Report for the United States..., pp. 522-523). Ainda, a *Section 365(b)(2)* dispensa o devedor do pagamento de eventuais multas pecuniárias impostas como decorrência do descumprimento de obrigações não pecuniárias (no original: “Section 365(b)(2) Paragraph (1) of this subsection does not apply to a default that is a breach of a provision relating to: (D) the satisfaction of any penalty rate or penalty provision relating to a default arising from any failure by the debtor to perform nonmonetary obligations under the executory contract or unexpired lease”).

O direito concursal francês segue um caminho distinto do norte-americano, fixando, para o responsável pela condução do processo de *sauvegarde*, a atribuição de garantir que o devedor conte com recursos suficientes para fazer frente às suas obrigações, quando opta por dar continuidade ao contrato. Caso, mais tarde, os recursos venham a se tornar insuficientes, incumbe-lhe encerrar a avença imediatamente³⁵⁴. Gilles Cuniberti e Isabelle Rueda anotam que a falha no cumprimento desses deveres pode, inclusive, ensejar a responsabilidade pessoal do administrador do procedimento³⁵⁵. Nesse caso, é a ameaça de sanção que procura assegurar o cumprimento do dever da recuperanda de zelar pelos interesses da parte contrária.

Há, portanto, diferentes formas possíveis de incentivar o comprometimento do devedor com o futuro cumprimento da avença. Transcende o escopo deste trabalho examinar minuciosamente cada uma das alternativas disponíveis e definir qual delas serve melhor a esse propósito. Pretende-se, apenas e tão somente, gerar reflexão sobre a utilidade de medidas dessa natureza em obter o engajamento efetivo da recuperanda na continuidade da relação negocial, o que, por sua vez, possivelmente incentivará a cooperação plena da parte contrária.

Contudo, é preciso ter em conta que nem sempre a continuidade do contrato é vantajosa para a recuperação. Haverá casos em que os dispêndios necessários para levar o contrato a cabo serão superiores aos retornos envolvidos para a recuperanda. Nessas circunstâncias, a manutenção do contrato não se afiguraria compatível com o objetivo da lei concursal de possibilitar a recuperação do devedor. Essa situação demanda alguma clareza quanto às opções disponíveis para o devedor e os respectivos efeitos jurídicos. Passa-se, assim, a investigar as alternativas possíveis para essa hipótese.

³⁵⁴ No original: “II. - L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant” (Code de Commerce...).

³⁵⁵ No original: “However, the CIO [competent insolvency official] can incur personal liability for his decision to assume or reject executory contracts in two particular circumstances. He will be personally liable: [...] (2) for assuming a contract (or failing to seek its rejection) without first personally verifying that he will have all the funds needed to pay the other party [...]” (National Report for France..., p. 182).

3.3.4. Atribuição da faculdade de interrupção do contrato ao devedor

A regra geral de continuidade dos contratos serve bem aos casos em que o seu prosseguimento é útil para o devedor: a um só tempo, preserva-se um ativo relevante para o sucesso da recuperação e impede-se a disrupção de um contrato potencialmente ainda útil. Nem sempre, porém, será possível ou vantajoso que o devedor mantenha a totalidade de seus contratos.

A recuperação judicial tem como premissa a limitação de recursos por parte do devedor. Isso significa que, sem a reestruturação proporcionada pela lei concursal, o devedor não será capaz de cumprir com todas as suas obrigações. Nesse quadro, alguns contratos serão mais úteis que outros para a superação da crise econômico-financeira do devedor e, conseqüentemente, a preservação dos interesses em torno dele congregados.

Em outros termos, as preferências do devedor quanto ao prosseguimento de seus contratos dificilmente serão homogêneas: haverá casos em que a melhor alternativa da perspectiva da recuperação será o encerramento da avença, mesmo que o prosseguimento desta interesse à parte contrária. De fato, o item C10.3 dos Principles e a Recomendação 72 do Legislative Guide³⁵⁶ consideram que a possibilidade de o devedor repudiar contratos excessivamente onerosos é crucial para o sucesso da recuperação.

Contudo, essa alternativa é claramente mais questionável do ponto de vista do direito contratual. O argumento nos itens anteriores era justamente que a regra geral de continuidade privilegia a consecução da função econômica do contrato e desincentiva a persecução de comportamentos autointeressados. O mesmo não poderia ser dito da atribuição, ao devedor, de uma faculdade de interromper os contratos que não lhe convenham.

Acrescente-se que autorizar o devedor, mas não o outro contratante, a requerer a rescisão do contrato com base em sua própria conveniência desbalancearia a alocação de direitos e poderes contratuais entre as partes. Enquanto à contraparte só caberia encerrar a avença por justa causa (notadamente, por conta de inadimplementos posteriores ao

³⁵⁶ Vide item 3.2 acima.

pedido), ao devedor seria facultado repudiar o contrato estritamente porque as obrigações nele contidas se tornaram excessivamente onerosas.

Não que o direito contratual comum não conheça fenômenos semelhantes. O artigo 478 do Código Civil admite, por exemplo, a possibilidade de resolução dos “contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”.

Hugo Tubone Yamashita considera que o regime da resolução por onerosidade excessiva serve ao bom funcionamento do mercado ao evitar que o prejuízo decorrente de um evento imprevisível e extraordinário seja alocado exclusivamente “ao agente econômico que tenha agido dentro do exato padrão requerido no espaço em que atua, buscando, diligentemente, obter todas as informações relevantes”³⁵⁷.

O autor assevera que, “sem a possibilidade de se pleitear a resolução contratual nas hipóteses de superveniência de evento imprevisível e extraordinário, o risco da atividade empresarial ficaria muito elevado e, inegavelmente, reduzir-se-iam os interessados em se aventurar no jogo comercial”³⁵⁸. Ademais, resguardar a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva evitaria “comportamento oportunista da parte favorecida pela alteração de circunstâncias ao exigir o cumprimento do contrato, quando, sabidamente, está a se impor à contraparte risco contratual que não lhe deveria impor”³⁵⁹.

Existe, portanto, ao menos uma hipótese em que o direito dos contratos considera o agravamento das obrigações de uma das partes por fato superveniente à celebração do instrumento como justificativa suficiente para a resolução da avença. Não pareceria de todo inapropriado, assim, que a mesma possibilidade fosse conferida ao devedor em recuperação judicial. Cumpre estabelecer, portanto, dentro de quais parâmetros o exercício desse direito seria admissível, e se haveria formas de resguardar minimamente os interesses da parte contrária.

³⁵⁷ **Contratos Interempresariais...**, pp. 187-188.

³⁵⁸ **Contratos Interempresariais...**, p. 188.

³⁵⁹ **Contratos Interempresariais...**, p. 194.

Antes de mais nada, entende-se que a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo devedor deveria restringir-se aos casos em que (i) a continuidade do contrato implique, objetivamente, prejuízo para a recuperação; e (ii) a interrupção do contrato não acarrete prejuízo excessivo em desfavor da parte contrária. Essa é a solução adotada, por exemplo, no direito concursal francês, que autoriza o magistrado a, mediante requerimento do administrador do procedimento, determinar o encerramento de contratos em curso, se necessário para o sucesso da recuperação e não houver prejuízo indevido à parte contrária³⁶⁰.

Também o direito concursal espanhol autoriza o devedor a requerer ao Juízo da recuperação (*administración*) a resolução dos contratos do devedor, desde que a medida seja julgada necessária ou conveniente para o interesse do procedimento³⁶¹. Ignacio Tirado e M. Luisa Sanchez-Paredes consideram que não há discricionariedade do devedor e do administrador do procedimento quanto ao tema, já que a decisão do magistrado será baseada em uma análise objetiva dos benefícios de um determinado contrato para os interesses do concurso³⁶².

A *Section 365* do *Bankruptcy Code* também submete a rescisão (*rejection*) dos contratos do devedor à aprovação do Juízo da insolvência. Jesse Fried comenta que os tribunais norte-americanos raramente negam essa aprovação, mas, quando o fazem, é sob o manto de duas principais doutrinas: a do “teste de onerosidade” (*burdensome test*) e a do “teste de balanceamento” (*balancing test*)³⁶³. O primeiro condiciona a *rejection* à comprovação de que o cumprimento do contrato causaria uma redução absoluta do valor do *estate*³⁶⁴. O segundo tem fundamento em um princípio geral de equidade, impedindo a

³⁶⁰ No original: “IV. - A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant”. (Code de Commerce...).

³⁶¹ No original: “Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso. 1. Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso” (Real Decreto Legislativo 1/2020...).

³⁶² “The debtor and the insolvency representative have no discretion to decide to terminate a contract early. The decision will have to be adopted on an objective analysis of the benefits of a particular contract for the interest of the insolvency proceedings” (National Report for Spain..., p. 438).

³⁶³ FRIED, Jesse M. Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy. **Duke Law Journal**, Vol. 46 (1996), pp. 539-540. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=10381> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.10381>. Último acesso em 15.4.2021.

³⁶⁴ “Under this doctrine, a trustee is not permitted to reject a contract unless performance would cause an absolute reduction in the value of the estate. In other words, the estate may not reject an executory contract

rejection quando o prejuízo acarretado à parte contrária seja desproporcionalmente maior que o benefício para o *estate*³⁶⁵.

Assim, é comum, no direito concursal estrangeiro, que o poder do devedor de repudiar os contratos que o desfavoreçam esteja sujeito a alguma forma de controle. Entende-se que esses mecanismos de controle são imprescindíveis para assegurar que a atribuição, ao devedor, da faculdade de interromper seus contratos seja legítima. Impor ao devedor o ônus de comprovar que a continuidade do contrato implica prejuízo para a recuperação evita que ele exerça esse poder fora das finalidades pretendidas pelo direito concursal; e vetar a rescisão unilateral nos casos de prejuízo em demasia para a parte contrária evita que esse poder conduza a situações teratológicas.

A análise do grau de prejuízo imposto à parte contrária passa também pela avaliação do tratamento a ser conferido ao crédito decorrente da rescisão do contrato. Parece claro que o direito concursal não poderia negar a pretensão do outro contratante ao recebimento das perdas e danos decorrentes da quebra, em linha com o artigo 475 do Código Civil³⁶⁶; solução contrária consistiria em franco enriquecimento sem causa do devedor. Contudo, a lei concursal pode e deve disciplinar a forma sob a qual o crédito correspondente será tratado, à luz dos interesses da contraparte, da coletividade de credores e da recuperação como um todo.

Em geral, os ordenamentos que preveem a possibilidade de o devedor repudiar parte de seus contratos determinam que o crédito correspondente se submeta ao concurso, com classificação de crédito ordinário (não garantido), em linha com a Recomendação 82 do Legislative Guide³⁶⁷. Essa opção é largamente fundada na percepção de que tais créditos precisam ser tratados de maneira semelhante aos demais créditos sujeitos ao concurso, já

whose performance would increase the value of the estate in order to enter into another arrangement that would make the estate even better off” (Executory Contracts and Performance Decisions..., pp. 540-541). Em tradução livre: “Sob essa doutrina, o administrador do procedimento não pode repudiar um contrato a menos que o cumprimento deste cause redução absoluta do valor da massa. Em outros termos, a massa não pode repudiar um contrato cujo cumprimento aumentaria o valor do seu patrimônio com o fito de celebrar outro arranjo que a deixasse em posição ainda mais favorável”.

³⁶⁵ No original: “Under this doctrine, the trustee is not permitted to reject an executory contract if the damage to the other party from rejection would be disproportionately greater than the benefit to the estate” (Executory Contracts and Performance Decisions..., p. 542).

³⁶⁶ “Artigo 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

³⁶⁷ Vide item 3.2 acima.

que os respectivos contratos não trazem um benefício efetivo para a recuperação que pudesse, eventualmente, justificar alguma forma de tratamento privilegiado.

No direito concursal norte-americano, por exemplo, a *rejection* é equiparada a uma quebra contratual às vésperas do ajuizamento do procedimento concursal, e o crédito correspondente recebe tratamento semelhante ao dos demais créditos não garantidos³⁶⁸. Da mesma forma, o *Code de Commerce* determina que a rescisão do contrato autoriza a contraparte a requerer a inscrição, no concurso, de um crédito baseado na falha do devedor em dar cumprimento ao contrato³⁶⁹. Também a *Insolvenzordnung* determina que, sendo o contrato repudiado, a única opção disponível para o outro contratante é inscrever no concurso eventual crédito referente à reparação pelos prejuízos decorrentes do fim do contrato³⁷⁰.

É fato que sujeitar o crédito decorrente do fim do contrato à recuperação provavelmente equivale a aceitar que o outro contratante não receberá, na íntegra, a reparação que entende devida. Isso torna sua posição mais desfavorável que aquela existente fora da crise, quando seu direito à indenização integral pelos prejuízos sofridos ficaria, em tese, assegurado.

³⁶⁸“The simple effect of the trustee’s or DIP’s decision to reject most executory contracts is that rejection is treated as breach of the contract immediately preceding the commencement of the case. The counterparty is no longer required to render any performance to the estate, and the counterparty’s claim for the debtor’s failure of performance will generally be treated as a general unsecured claim, just as if the debtor had actually fully breached the contract immediately before the insolvency case began” (KILBORN, National Report for the United States, p. 524). Em tradução livre: “Em geral, o efeito da decisão do administrador ou do devedor de repudiar os contratos é que essa decisão é equiparada a uma violação contratual imediatamente antecedente ao início do procedimento. A contraparte fica desobrigada de cumprir suas obrigações perante a mesa, e a sua pretensão à reparação devida pela falha do devedor em cumprir o contrato será geralmente tratada com um crédito não garantido, exatamente como se o devedor tivesse violado o contrato logo antes do início do procedimento concursal”.

³⁶⁹No original: “V. - Si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts” (Code de Commerce...). Gilles Cuniberti e Isabelle Rueda observam que a análise do processo legislativo indica que tais créditos foram deliberadamente excluídos do tratamento preferencial conferido aos créditos posteriores ao pedido. Assim, a despeito de a rescisão unilateral do contrato acontecer após o início do procedimento, considera-se que referidos créditos surgiram antes dele e, portanto, devem ser tratados como créditos ordinários não garantidos: “In this regard, legislative history shows that French legislature intentionally excluded such claims from the preferential treatment given to post-commencement claims. As a consequence, notwithstanding the date of rejection as described above, such claims are deemed to have arisen before the opening of the insolvency proceeding and are, therefore, treated as general unsecured claims” (National Report for France..., p. 183).

³⁷⁰No original: “§103(2) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. [...]” (Insolvenzordnung...).

Contudo, como observa Francisco Satiro, “num cenário de procedimento de recuperação de empresa, o referencial para se apurar se um credor está ou não sendo prejudicado não é a situação do seu crédito no curso normal dos negócios (que reconhecidamente não mais existe) mas sua situação em caso de falência do devedor”³⁷¹. Logo, parece razoável que a avaliação dos prejuízos imputados à contraparte seja feita com base em sua situação na falência. Ademais, na qualidade de credora inscrita no procedimento, a contraparte teria direito de voz e voto na deliberação sobre o plano de recuperação judicial e a continuidade das atividades do devedor.

Sem prejuízo, também é inegável que a atribuição de *status* de crédito concursal à indenização decorrente da rescisão unilateral do contrato torna essa opção muito mais tentadora para o devedor. Jesse Fried entende que dispensar o devedor de compensar integralmente a parte contrária distorce os seus incentivos a tal ponto que mesmo contratos cujo cumprimento poderia gerar algum benefício para a massa podem acabar sendo repudiados³⁷². Aqui, mais uma vez, fica clara a necessidade da existência dos mecanismos para controle da legitimidade no exercício do direito à rescisão unilateral, acima examinados.

O direito espanhol, contudo, dá um passo além na proteção dos interesses da contraparte no caso de rescisão unilateral do contrato, determinando que a reparação

³⁷¹ O “Dinheiro Novo” como Elemento..., p. 265. O autor questiona a noção de que os planos de recuperação judicial sempre imporão sacrifícios aos credores, já que esses poderiam acabar em situação pior em um cenário de falência: “Um devedor que decide pelo requerimento da recuperação judicial já tem como factível a possibilidade de decretação de sua falência. Isso porque uma vez requerida a recuperação judicial, só há dois desdobramentos possíveis: a aprovação do plano ou a decretação de falência. Nesse cenário seria hipócrita (e equivocado) da parte do credor pretender avaliar sua situação a partir de um cenário de normalidade de pagamento que já não mais existe, haja vista que se fosse possível quitar todas as obrigações sem negociar com seus credores o devedor não teria se sujeitado aos custos e repercussões típicos de uma recuperação judicial. Logo, a situação de um credor durante o procedimento de recuperação judicial deve ser sempre avaliada tomando-se por referência como ele estaria em caso de falência do devedor, e não como se daria o pagamento em condições de solvabilidade e regularidade das atividades” (O “Dinheiro Novo” como Elemento..., pp. 265-266).

³⁷²No original: “[...] the ability of the bankruptcy trustee to reject executory contracts without fully compensating the injured party can give the bankruptcy trustee an incentive to reject value-creating contracts that, from an efficiency perspective, should be performed” (Executory Contracts and Performance Decisions..., p. 518). Vale esclarecer que a preocupação central do autor é menos com os interesses da parte contrária e mais com o desperdício de valor do *estate*. As principais soluções por ele propostas são, assim, baseadas na ideia de ajustar (para menos) o custo do cumprimento do contrato, o que manteria a imposição de prejuízos à contraparte.

devida deverá ser paga com prioridade sobre os créditos sujeitos ao concurso³⁷³. Susana Dávalos considera que o modelo espanhol é superior no tocante aos incentivos disponíveis para o processo de decisão do administrador do procedimento acerca da manutenção ou interrupção dos contratos, na medida em que força o devedor a internalizar integralmente os custos da segunda opção. Impede-se, assim, que haja rescisão unilateral do contrato quando o prejuízo imposto à contraparte seja superior ao benefício percebido pela massa³⁷⁴.

Vê-se, assim, que admitir a possibilidade de o devedor repudiar contratos que lhe sejam onerosos não precisa, necessariamente, implicar sacrifício absoluto aos interesses da contraparte; há formas de assegurar que o exercício desse direito seja minimamente compatível com a boa-fé e com o resguardo do equilíbrio econômico do contrato. Como no caso da manutenção dos contratos, o caminho passa por restringir as possibilidades de conduta abusiva do devedor.

Nesse aspecto, convém examinar se haveria outras formas de a lei concursal incrementar a segurança da contraparte, mesmo em um modelo que autoriza o devedor a optar entre manter ou interromper seus contratos – por exemplo, regulamentando a forma e prazo para exercício dessa opção. Esses parâmetros serão examinados na sequência.

3.3.5. Clareza quanto à forma e prazo para exercício da opção do devedor quanto à manutenção do contrato

É incontestável que facultar ao devedor a opção entre continuar ou repudiar contratos remete o outro contratante a um estado de sujeição, muito provavelmente diverso do regime estabelecido pelas partes por ocasião da celebração do contrato. Viu-se que há

³⁷³ No original: “Artículo 165. Resolución judicial del contrato en interés del concurso. 3. La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”. (Real Decreto Legislativo 1/2020...).

³⁷⁴ DÁVALOS, Susana. The Rejection of Executory Contracts: A Comparative Economic Analysis. **Mexican Law Review**. [S.l.] (June 2017), p. 96. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870057817300100>. Último acesso em 15.4.2021. A autora assevera, ademais, que a flexibilização do princípio de tratamento paritário dos credores seria justificável, porque a sua aplicação irrestrita implicaria, nesses casos, prejuízo tanto ao devedor, quanto a seus credores: “Nevertheless, the principle of equal treatment among creditors should be flexible when both the bankruptcy estate and all the debtor’s creditors are benefited; in other words, it is valid to make an exception to this principle of equal treatment among creditors when the strict use of this principle has detrimental effects on both the debtor and its creditors” (The Rejection of Executory Contracts, p. 99).

fundamentos de direito concursal e de direito contratual a justificar a concessão dessa opção ao devedor, desde que a lei restrinja as possibilidades de abuso e zele minimamente pelos interesses da contraparte.

Nesse aspecto, quanto maior a clareza do processo, maior a segurança para as partes envolvidas e, muito provavelmente, menores os impactos sobre o curso da relação negocial, ao menos no intervalo até que a decisão seja tomada. Ainda, as restrições legais facilitariam o cálculo, pelo devedor, das vantagens e desvantagens envolvidas em diferentes contratos e lhe permitiriam planejar a sua opção dentro do cronograma da recuperação – o que é de suma importância, pois, uma vez ajuizado o procedimento recuperatório, serão muitas as decisões e providências a serem tomadas pelo devedor em um curto espaço de tempo.

O primeiro aspecto que se entende digno de nota é a necessidade de estabelecimento de um prazo-limite para exercício da opção do devedor, em linha com a Recomendação 74 do Legislative Guide³⁷⁵. Alguns ordenamentos não estabelecem um prazo para a decisão do devedor, apenas criam uma presunção de continuidade e ressalvam à contraparte o direito de requerer que o administrador se manifeste expressamente sobre o tema. É o caso do direito concursal francês³⁷⁶ e alemão³⁷⁷.

³⁷⁵ Vide item 3.2 acima.

³⁷⁶O art. L622-13, III, 1º do Code de Commerce, considera o contrato rescindido de pleno direito caso o administrador, provocado pela parte contrária para se manifestar sobre a continuidade do contrato, deixe de encaminhar sua resposta em um mês, prazo que poderá ser reduzido ou estendido pelo magistrado (Code de Commerce...). No original: “III. - Le contrat en cours est résilié de plein droit: 1º Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer”. Gilles Cuniberti e Isabelle Rueda comentam que, no direito concursal francês, a presunção é de que os contratos seguem sendo vinculantes para ambas as partes, a menos que o administrador do procedimento manifeste sua decisão em sentido contrário. A parte contrária conta, porém, com a possibilidade de demandar que o administrador exerça expressamente a sua opção pela continuidade ou descontinuidade, nos termos do art. L622-13, III, 1º do Code de Commerce: “As a matter of principle, therefore, executory contracts are in force after the beginning of the insolvency proceedings, and they remain so, binding on both parties, as long as the CIO (see 8.06) has not made any decision with respect thereto, or the counterparty has not demanded that the CIO do so. The CIO has no obligation to assume or reject executory contracts within any particular time frame; the counterparty also remains free to initiate the process forcing such decision at any time” (National Report for France..., p. 178).

³⁷⁷Nos termos da parte final do §103 da Insolvenzordnung, que reserva o direito da contraparte de exigir do administrador do procedimento uma decisão imediata sobre a continuidade. Caso a sua provação não seja respondida, o administrador perde o direito de reclamar o cumprimento (Insolvenzordnung...). No original: “§103. [...] (2) Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen”.

Presumir a continuidade dos contratos parece desejável; não só porque, como se viu, a continuidade tende a ser menos disruptiva para os interesses dos envolvidos, mas também porque simplifica o processo de tomada de decisões do devedor, dispensando-o de se manifestar individualmente sobre cada um de seus contratos. Igualmente razoável é autorizar a parte contrária a adiantar essa decisão, se entendê-lo necessário para a segurança de seus próprios negócios.

Entende-se, contudo, que seria conveniente estabelecer um prazo máximo para eventual opção do devedor pela interrupção do contrato, especialmente se a reparação devida à parte contrária tiver classificação de crédito concursal. Se a opção do devedor pela rescisão priva a parte contrária de (i) exigir a execução específica, e (ii) receber integralmente a indenização devida pela interrupção da relação negocial, o mínimo que se lhe pode assegurar é o direito de influir na deliberação sobre o plano de recuperação judicial, a cujos efeitos o seu crédito estará submetido.

Faria algum sentido, assim, prever que o devedor só pode exercer o direito à rescisão unilateral em um prazo razoável antes da deliberação sobre o plano de recuperação judicial (por exemplo, até a data de apresentação do plano, o que asseguraria, inclusive, o direito da contraparte de apresentar eventual objeção, nos termos do artigo 55 da LRE). Relembre-se que o regime dos contratos na recuperação judicial seria conhecido pelo devedor mesmo desde antes de ingressar com o pedido, de modo que haveria tempo suficiente para avaliar as vantagens e desvantagens de conservar o contrato. Nesse cenário, pareceria desarrazoado permitir que a ameaça da rescisão unilateral paire indefinidamente sobre a contraparte, arriscando, inclusive, macular o seu direito de voz e voto em eventual assembleia geral de credores.

Os prazos para verificação dos créditos do outro contratante teriam de seguir dinâmica própria, uma vez que, podendo o crédito surgir em um momento mais adiantado do procedimento, nem sempre seria possível seguir o rito do artigo 7º e seguintes da LRE. Os valores correspondentes às prestações recebidas pelo devedor antes da decisão pela

interrupção do contrato deverão, naturalmente, ser extraconcursais, tratando-se de utilidades percebidas pela recuperanda após o pedido³⁷⁸.

Além da clareza quanto ao prazo para exercício da opção do devedor, seria importante prever que tanto a interrupção quanto a continuidade dos contratos teriam de se estender ao instrumento como um todo, em consonância com as Recomendações 72 e 73 do Legislative Guide³⁷⁹. E isso por duas principais razões.

A primeira é que limitar as opções do devedor à rescisão ou manutenção do contrato na íntegra conferiria muito mais segurança à parte contrária, que conheceria, desde antes, os possíveis desdobramentos da relação comercial caso o seu parceiro enfrente um cenário de crise. Permitir que o devedor pudesse optar por manter partes específicas do contrato tornaria o cálculo dos riscos potenciais futuros infinitamente mais complexo. Aliás, essa simplificação opera também em favor do devedor: limitar suas opções à rescisão ou manutenção dos contratos na totalidade facilita a comparação entre as vantagens e desvantagens de cada uma dessas opções, ainda mais considerando que o devedor teria de repetir esse processo para um número considerável de contratos.

A segunda é que permitir que o devedor selecionasse partes específicas dos contratos que deveriam ser cumpridas equivaleria, essencialmente, a autorizar que ele alterasse unilateralmente os termos da avença, o que consistiria em uma intervenção possivelmente mais brutal sobre a autonomia privada das partes³⁸⁰.

Francisco Marino, examinando o poder conferido pelo artigo 478 do Código Civil, entende que ele não autoriza a parte cujas obrigações se tornaram excessivamente onerosas a requerer a modificação equitativa do contrato. No seu entender, “a modificação do conteúdo de uma determinada relação contratual em curso”³⁸¹ tem, “ao menos

³⁷⁸ Em linha com a Recomendação 80 do Legislative Guide (vide item 3.2 acima).

³⁷⁹ Vide item 3.2 acima.

³⁸⁰ No contexto do direito concursal alemão, Christoph Paulus e Matthias Berberich afirmam que o repúdio parcial de contratos não é admitido porque perturbaria a cuidadosa conciliação de interesses que a Insolvenzordnung tenta levar a cabo: “Contracts cannot be assumed and rejected partially or in amended form by the insolvency administrator [...] ‘Cherry-picking’ is allowed only with regard to individual contracts, but not to parts thereof, as this would disturb the carefully balanced reconciliation of interests” (National Report for Germany..., pp. 205-206).

³⁸¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, E-book Kindle, Capítulo I, Item 3, paginação irregular.

potencialmente, aptidão para causar impacto mais significativo no programa contratual, o que suscita, no mínimo, maior cautela ao propor a sua extensão a casos não expressamente previstos em lei³⁸². A mesma consideração parece aplicável à possibilidade de o devedor alterar unilateralmente os contratos de que é parte.

Não é demais lembrar que o devedor poderia perfeitamente repudiar o contrato e então propor à mesma contraparte a celebração de um novo instrumento, em termos que lhe parecessem mais vantajosos. Nesse caso, a necessidade de concordância da contraparte limitaria o risco de abuso.

Ainda outros aspectos poderiam incrementar a segurança das partes (especialmente do contratante que não está em crise) acerca da dinâmica do processo de manutenção ou interrupção de contratos, como indicações quanto à data em que esta última produz efeitos (em linha com a Recomendação 75 do Legislative Guide)³⁸³, ou ao conteúdo da comunicação da contraparte a esse respeito (em linha com a Recomendação 76 do Legislative Guide)³⁸⁴. Aqueles mencionados anteriormente, contudo, parecem os mais essenciais para assegurar que uma regulamentação dos contratos na recuperação judicial seja apta, a um só tempo, a garantir o zelo pela preservação da empresa e também pela segurança e previsibilidade necessárias ao adequado funcionamento do mercado.

³⁸² **Revisão contratual...**, Capítulo I, Item 3, paginação irregular.

³⁸³ Vide item 3.2 acima.

³⁸⁴ Vide item 3.2 acima.

CONCLUSÕES

De tudo que se expôs até o momento, apreendeu-se que um contrato interempresarial consubstancia a organização de uma transação externamente aos limites da firma, permitindo às partes, de um lado, manter um grau considerável de autonomia e, de outro, alocar direitos e obrigações entre si de forma a facilitar a obtenção de soluções coordenadas para problemas futuros. A credibilidade do comprometimento das partes é um fenômeno multidimensional, que compreende (i) a relação de confiança existente entre elas, (ii) as obrigações previstas no contrato e as sanções designadas para o seu descumprimento, além (iii) da tutela que o ordenamento confere às expectativas recíprocas dos contratantes.

A confiança consiste essencialmente em, à luz do que se conhece a respeito da parte contrária, acreditar que ela optará por cumprir o combinado. Suas principais fontes são a experiência prévia, a reputação das partes envolvidas e eventuais outras informações que cada uma delas seja capaz de angariar a respeito da outra. É pautada por uma lógica própria, estranha ao antagonismo de interesses, para a qual a medida de adimplemento do contrato é a ampla satisfação das expectativas dos envolvidos, estejam elas expressamente abarcadas pelo instrumento contratual ou não. A principal consequência da quebra de confiança é privar a parte que a ocasionou de angariar os benefícios futuros que emergem de uma relação baseada na cooperação mútua.

Em uma outra dimensão, está o contrato propriamente dito e as obrigações e direitos por ele abrangidos. Esse instrumento surge justamente da percepção de que é pouco provável que as partes sempre sejam capazes de encontrar uma solução mutuamente satisfatória para todos os problemas que venham a surgir no curso da relação, especialmente se essa se estender por um intervalo considerável. Assim, é eficiente que, quando da celebração do negócio, as partes aloquem riscos, direitos e obrigações entre si. Ademais, o contrato serve à função de dar clareza quanto às expectativas das partes, servindo como parâmetro para a execução.

Trata-se de dimensões pautadas por lógica distinta, mas ambas se fazem simultaneamente presentes no desenrolar das relações interempresariais, ora uma

prevalecendo, ora a outra. Ao ordenamento jurídico incumbe a tarefa de compatibilizá-las, disponibilizando às partes alguma forma de tutela que respeite as prerrogativas contratualmente estabelecidas, sem ser indiferente às expectativas razoáveis das partes que não encontrem guarida no instrumento.

Essa tarefa demanda que se vislumbre a obrigação como uma sucessão de estados que se encadeiam rumo ao adimplemento satisfatório, incorporando-se ao direito princípios, como o da boa-fé, que sirvam ao papel de tutelar a confiança para além dos limites do instrumento contratual. Como consequência, reconhece-se a existência de deveres acessórios ao cumprimento da obrigação principal, que instrumentalizam o adimplemento satisfatório, bem como de deveres de proteção, a fim de que se evite a ocorrência de danos injustos à contraparte. Nas relações interempresariais, esses deveres são matizados pela necessidade de conferir segurança e previsibilidade ao tráfico mercantil, com base na função econômica do negócio e nos parâmetros definidos pelas práticas de mercado.

A dinâmica acima descrita se torna especialmente complexa na hipótese de uma das partes se vir assolada por uma crise econômico-financeira que culmine em um pedido de recuperação judicial. A recuperação pressupõe a incapacidade da empresa em arcar com a totalidade de suas obrigações, impactando diretamente a confiabilidade das promessas do devedor – e, conseqüentemente, atingindo as bases da confiança que deveria reger as relações interempresariais.

A situação é peculiar porque, nesse caso, o evento que ocasiona a quebra da confiança é, de certa forma, legitimado pelo ordenamento. Mediante preenchimento dos pressupostos da lei concursal, confere-se à empresa em crise a possibilidade de reestruturar suas atividades e permanecer no mercado, ainda que isso implique algum prejuízo a terceiros. Considerou-se que os benefícios decorrentes da preservação da empresa justificam o sacrifício imposto a seus credores.

Tal fator não pode ser ignorado quando da interpretação de obrigações e deveres emergentes de um contrato em que um dos contratantes está em recuperação judicial. A presença do procedimento concursal remodela os deveres de cooperação que

invariavelmente incumbem às partes. Isso não significa que as máximas que regem o direito contratual desapareçam, ou sejam integralmente substituídas pela preocupação com a preservação da empresa. Mas a crise é um elemento que deve ser considerado na mensuração e qualificação dos deveres decorrentes da boa-fé, tanto para o devedor quanto para a parte contrária.

Os contratantes não precisam aguardar a intervenção do ordenamento ou de uma autoridade jurisdicional para se portar em consonância com esses deveres; muitas atitudes que independem de qualquer atividade estatal podem fomentar o restabelecimento da confiança mesmo na presença da crise de uma das partes. Sem prejuízo, o ordenamento pode desempenhar algum papel favorável à retomada da confiança nas relações interempresariais da recuperanda.

A LRE não disciplina diretamente os efeitos da recuperação judicial sobre os contratos do devedor, ainda que muitas de suas disposições acabem tangenciando o tema. Assim, incumbe em grande parte aos tribunais pátrios a desafiadora tarefa de solucionar as controvérsias contratuais do devedor, compatibilizando ramos do direito regidos por lógicas distintas: enquanto o direito concursal se preocupa com a preservação da empresa viável e dos interesses que congrega, o direito contratual prestigia a força obrigatória dos contratos, apanágio da segurança e previsibilidade que o adequado funcionamento do mercado demanda.

Em um tema específico, o entendimento dos tribunais é particularmente nebuloso: a continuidade do contrato após o pedido de recuperação, quando os inadimplementos existentes são anteriores ao pedido e/ou quando há cláusula resolutiva expressa por insolvência ou autorizadora da denúncia. Esses casos põem em evidência o embate entre a força obrigatória dos contratos e o princípio da preservação da empresa, máximas das quais uma normalmente acaba subjugada para que a outra possa ser protegida.

Infere-se desse resultado que haveria alguma utilidade na regulamentação dos efeitos da recuperação judicial sobre a continuidade dos contratos em que remanesçam obrigações pendentes de cumprimento por ambas as partes. Esse regime poderia assegurar que eventuais preferências dos envolvidos quanto à continuidade da relação negocial fossem

efetivadas de maneira alinhada com os objetivos do direito concursal e do direito contratual, orientando-se pela salvaguarda da função econômica do contrato e dos deveres de colaboração recíproca que incumbem (repita-se: invariavelmente) aos contratantes.

De forma geral, em um cenário de insolvência, a continuidade do contrato será a solução que melhor se alinha com os princípios que regem o direito concursal e o direito contratual. Ela evita que o valor contido nos contratos do devedor seja desperdiçado e que um contrato potencialmente apto a preencher a função econômica para a qual foi elaborado sofra uma interrupção brusca.

Assim, estabelecer a manutenção dos contratos do devedor como regra chamaria a contraparte a exercer os deveres de colaboração decorrentes da boa-fé, limitando a possibilidade de que ela abandone o devedor na sua hora de maior necessidade. Contudo, para que a relação comercial se restabeleça de maneira robusta, também o devedor terá de ser chamado a colaborar – até para que a limitação das possibilidades de rescisão do contrato não acabe dando suporte a situações de abuso. A blindagem conferida ao devedor teria de ser contrabalançada pela imposição de alguns ônus em desfavor deste.

Nos casos em que a manutenção do contrato se revelar desinteressante para a recuperação, desperdiçando valor, em vez de preservá-lo, faria algum sentido que a lei concursal facultasse ao devedor a possibilidade de repudiar tais contratos, o que naturalmente importaria algum grau de sacrifício aos interesses do outro contratante. Mas seria possível modular a imposição desse sacrifício, assegurando que ele só ocorra quando absoluta e objetivamente necessário. Em qualquer caso, os mecanismos para conferir ao devedor a opção entre a continuidade e a descontinuidade de seus contratos deverão ser elaborados de forma a conferir o maior grau possível de segurança à contraparte.

Em síntese, é natural que a crise seja uma situação incômoda para o direito dos contratos. Ela é um lembrete de que a mera existência do instrumento contratual não garante o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, de que circunstâncias fora do controle de qualquer dos contratantes podem emergir e frustrar as expectativas que estes construíram em torno do negócio. Não raro as partes reagem a isso tentando utilizar o

próprio contrato para se blindar dos efeitos de uma possível recuperação judicial da parte contrária.

Contudo, o mesmo ordenamento jurídico que garante o *pacta sunt servanda* reconhece a preservação da empresa viável como um valor digno de proteção, sendo os parceiros comerciais do devedor apenas um dos muitos centros de interesses que gravitam em torno da atividade empresarial e que são atingidos pela derrocada desta.

Nesse cenário, não é razoável esperar que o direito contratual funcione exatamente da mesma forma dentro e fora da insolvência. Os deveres decorrentes da boa-fé tomam forma à luz das especificidades de cada caso concreto, razão pela qual a forma de exercício dos direitos e poderes contratuais não pode ser indiferente à crise do devedor. Tampouco o direito concursal pode ser indiferente à necessidade de segurança e previsibilidade nas relações negociais. Havendo intersecção entre esses dois ramos do direito, nenhuma solução consistente poderia simplesmente ignorar algum deles.

Daí porque seria mais proveitoso reconhecer a recuperação judicial como um fenômeno integrado ao direito dos contratos, que enseja consequências jurídicas próprias, conhecidas pelas partes já no momento da contratação. Um regime próprio dos contratos na recuperação judicial seria uma alternativa mais coerente para lidar com o paradoxo de um ordenamento que assegura, a um só tempo, a força obrigatória dos contratos e a preservação da empresa.

BIBLIOGRAFIA

- ADLER, Barry E.; TRIANTIS, George G. Debtor Priority and Options in Bankruptcy: a Policy Intervention. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 91, No. 563 (2017).
- ALEMANHA. Insolvenzordnung de 5.10.1994. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/>. Último acesso em 15.4.2021.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA; NÚCLEO DE ESTUDO E PESQUISA SOBRE INSOLVÊNCIA DA PUC-SP. Resultados da 1ª fase do Observatório de Insolvência. Junho 2017. Disponível em https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf, pp. 13-14. Último acesso em 15.4.2021.
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE. Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendations (2014), p. 115. Disponível em <https://abiworld.box.com/s/vvircv5xv83aav14dp4h>. Último acesso em 15.4.2021.
- ARROW, Kenneth J. **The Limits of Organization**. New York: Norton, 1974, E-book Kindle.
- AXELROD, Robert M. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984, E-book Kindle.
- AYOUB, Luis Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação de empresas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, E-book Kindle.
- BARRON, Daniel; GIBBONS, Robert; GIL, Ricard; et. al. Relational Adaptation Under Reel Authority. **Management Science**, Vol. 66, No. 5 (2019). Disponível em <https://pubsonline.informs.org/doi/pdf/10.1287/mnsc.2019.3292>. Último acesso em 15.4.2021.
- BRASIL. Lei 10.406/2002 (Código Civil). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em 15.4.2021.
- _____. Lei n. 11.101/2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Último acesso em 15.4.2021.
- _____. Lei n. 14.112/2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Último acesso em 15.4.2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC 160.445-SP. Segunda Seção. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 3.9.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC 133.612-AL. Segunda Seção. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 14.10.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.388.948-SP. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 1º.4.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.584.439-SP. Terceira Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 16.8.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.634.844-SP. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 10.3.2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.700.487-MT. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 2.4.2019.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A Business Judgment Rule no Direito Brasileiro: a Problemática da Recepção da Regra pela Lei das S.A. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Vol. 74 (out.-dez. 2016).

CANNON, Joseph P.; ACHROL, Ravi S.; GUNDLACH, Gregory T. Contracts, Norms, and Plural Form Governance. **Journal of the Academy of Marketing Science**, Vol. 28, No. 2 (2000). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/225573012_Contracts_Norms_and_Plural_Form_Governance. Último acesso em 15.4.2021.

CARNIO COSTA, Daniel. A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa. In LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CASTRO NEVES, José Roberto. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. Apud MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, E-book Kindle.

CAVALCANTE, Fábio Murta Rocha. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutiva. **Revista dos Tribunais**, vol. 983/2017, set. 2017.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial. In TOLEDO, Paulo

Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. O Credor Colaborativo na Recuperação Judicial. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16 (nov. 1937). Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Último acesso em 15.4.2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n. 2.682/1999. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

COOKE, Charlotte; ANDERSON, Hamish; GULLIFER, Louise. National Report for England. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

COUNTRYMAN, Vern. Executory Contracts in Bankruptcy: Part I. **Minnesota Law Review**, Vol. 57 (1973). Disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2459>. Último acesso em 15.4.2021.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo** (reimp). Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNIBERTI, Gilles; RUEDA, Isabelle. National Report for France. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

DASGUPTA, Partha. Trust as a Commodity. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

DÁVALOS, Susana. The Rejection of Executory Contracts: A Comparative Economic Analysis. **Mexican Law Review**. [S.l.] (June 2017). Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870057817300100>. Último acesso em 15.4.2021.

DE LUCCA, Newton. Abuso do direito de voto de credor na assembleia geral de credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101-05. In FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. **Transparência na Recuperação Judicial: deficiências, limites e soluções**. USP, 2016. Tese de Doutorado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

ESPANHA. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5.5.2020. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>. Último acesso em 15.4.2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Bankruptcy Code*. Disponível em <https://www.usbankruptcycode.org/>. Último acesso em 15.4.2021.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Competitividade: mercado, estados e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA. Code de Commerce. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000028723946/. Último acesso em 15.4.2021.

FRIED, Jesse M. Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy. **Duke Law Journal**, Vol. 46 (1996), pp. 539-540. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=10381> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.10381>. Último acesso em 15.4.2021.

GEIS, George S. The space between markets and hierarchies. **Virginia Law Review**, vol. 95, No. 1 (Feb. 2009). Disponível em <https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/99.pdf>. Último acesso em 15.4.2021

GILSON, Stuart. Coming Through in a Crisis: How Chapter 11 and the Debt Restructuring Industry Are Helping to Revive the U.S. Economy. **Journal of Applied Corporate Finance**, v. 24, n. 4, 2012.

GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design. **Cornell Law Review**, Vol. 100, No. 23 (2014). Disponível em <http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/Gilson%20Sabel%20&%20Scott%20final.pdf>. Último acesso em 15.4.2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOOD, David. Individuals, Interpersonal Relations and Trust. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990, p. 37. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

HILLMAN, Robert A. Contract Excuse and Bankruptcy Discharge. **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 573, 1990, pp. 99-100. Disponível em <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1677&context=facpub>. Último acesso em 15.4.2021.

KILBORN, Jason. National Report for the United States. FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais: uma Análise Econômico-Jurídica. **Revista Direito GV**, V. 2, n. 1 (jan.-jun. 2006). Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35213/34013>. Último acesso em 15.4.2021.

KRAUS, Jody S.; SCOTT, Robert E. Contract Design and the Structure of Contractual Intent. **New York University Law Review**, Vol. 84, No. 1.023 (2009). Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=faculty_scholarship. Último acesso em 15.4.2021.

LLEWELLYN, Karl N. What Price Contract? An Essay in Perspective. **Yale Law Journal**, V. 40, 1931. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3470&context=ylj>. Último acesso em 15.4.2021.

LOBO, Jorge. Comentários ao artigo 47. In TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Concursal**: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. **The Modern Law Review Limited**, Vol. 66, No. 1 (2003), p. 46. Disponível em https://law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/real_paper.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, E-book Kindle.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, E-book Kindle.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Luis Carlos Montoro. Rating Bancário em Operações Celebradas com Empresas em Recuperação Judicial: a necessidade de reclassificação do enquadramento de risco das empresas em recuperação judicial que tenham obtido a aprovação de seu plano junto a seus credores. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise**: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. O Judiciário e as Políticas da Lei: Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios e a Recuperação Judicial. In CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrido Jorge. (org.). **O Direito de Empresa nos Tribunais Brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOREIRA, Alberto Camiña. Abuso do Credor e do Devedor na Recuperação Judicial. In CERZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez Anos da Lei no 11.101/2005**: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências. São Paulo: Almedina, 2015.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In NEDER CERZETTI, Sheila C.; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.) **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falências**. São Paulo: Almedina, 2015.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, E-book Kindle.

OLIVEIRA, Adriana Maria Cruz Dias de. **Créditos sujeitos à recuperação judicial**. USP, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Recuperação extrajudicial: o instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PAULUS, Christoph G.; BERBERICH, Matthias. National Report for Germany. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Créditos submetidos à recuperação judicial. In LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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

REINO UNIDO. Insolvency Act 1986. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>. Último acesso em 15.4.2021.

REIS, Renato Azevedo Dantés. O Financiamento a Empresas em Recuperação Judicial. In ELIAS, Luis Vasco (coord.). **10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro: reforma da Lei de Falências. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 14, Ano XIII, 1974.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 0035958-86.2016.8.19.0000. 14ª Câmara Cível. Relator Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Julgado em 23.11.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0015772-94.2016.8.19.0209. 21ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos. Julgado em 5.11.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0286790-73.2015.8.19.0001. 8ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes. Julgado em 8.8.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. 0322912-51.2016.8.19.0001. 15ª Câmara Cível. Relator Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto. Julgado em 30.10.2018.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. Créditos Vencidos e Vincendos na Recuperação Judicial: o Negócio Jurídico sob Condição Suspensiva e o Contrato Bilateral. In WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). **Temas de direito da insolvência**: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. **Revista de Direito Mercantil**, v. 141, 2006.

_____. Introdução. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 0018885-38.2018.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto. Julgado em 23.10.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 0075616-64.2012.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Teixeira Leite. Julgado em 13.11.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2005348-04.2019.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Marcondes D'Ângelo. Julgado em 23.5.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2017701-76.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 10.6.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2021503-82.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em 29.7.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2023041-35.2018.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Araldo Telles. Julgado em 29.7.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2027555-94.2019.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Moraes Pucci. Julgado em 27.2.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2035308-68.2020.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 24.7.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2041714-08.2020.8.26.0000. Relatora Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira. Julgado em 28.5.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2061709-12.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 13.9.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2066571-26.2017.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Milton Carvalho. Julgado em 23.5.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2076782-87.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 8.8.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2081350-54.2015.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 9.9.2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2084983-34.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Francisco Carlos Inouye Shintate. Julgado em 17.4.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2085774-08.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fabio Tabosa. Julgado em 3.10.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2086681-75.2019.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 19.6.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2090758-35.2016.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Dimas Rubens Fonseca. Julgado em 31.5.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2094379-06.2017.8.26.0000. 34ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Cristina Zucchi. Julgado em 28.7.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2113459-82.2019.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Luis Fernando Nishi. Julgado em 23.9.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2118318-49.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em 3.7.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2119368-13.2016.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hugo Crepaldi. Julgado em 18.8.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2120315-62.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 13.8.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2121411-83.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 29.11.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2154524-62.2016.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 24.11.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2170597-75.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Maurício Pessoa. Julgado em 22.11.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2182091-68.2016.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Melo Bueno. Julgado em 17.10.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2185094-31.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fabio Tabosa. Julgado em 27.3.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2194803-56.2017.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Daise Fajardo Nogueira Jacot. Julgado em 19.12.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2218973-92.2017.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Cesar Lacerda. Julgado em 6.2.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2220757-41.2016.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Marcos Ramos. Julgado em 29.3.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2221665-64.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Claudio Godoy. Julgado em 13.5.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2256790-25.2019.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 22.1.2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2266433-41.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 17.4.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0001128-68.2013.8.26.0012. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Fortes Barbosa. Julgado em 29.11.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0002933-52.2014.8.26.0390. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 24.8.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0005134-67.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Pedro Baccarat. Julgado em 23.11.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0006180-91.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Pedro Baccarat. Julgado em 6.7.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 0145234-24.2011.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Luis Fernando Nishi. Julgado em 28.4.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000257-76.2017.8.26.0595. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgado em 28.2.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000328-57.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 27.3.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1000407-36.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 27.3.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001292-50.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 14.11.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001757-03.2018.8.26.0286. 33ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Mario A. Silveira. Julgado em 1º.7.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1001779-81.2016.8.26.0011. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Artur Marques. Julgado em 21.11.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1006848-84.2017.8.26.0100. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador J. B. Franco de Godoi. Julgado em 7.3.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1017085-88.2014.8.26.0002. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Julgado em 21.5.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1020461-57.2016.8.26.0602. 14ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Thiago de Siqueira. Julgado em 27.11.2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1026635-70.2015.8.26.0100. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Adilson de Araújo. Julgado em 4.10.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1044176-53.2014.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. Julgado em 30.10.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1054621-28.2017.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Claudio Hamilton. Julgado em 28.11.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1059595-79.2015.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Kioitsi Chicuta. Julgado em 28.6.2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 1072710-41.2013.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Julgado em 3.10.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apel. 4002604-92.2013.8.26.0038. 22ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Hélio Nogueira. Julgado em 19.5.2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pedido de Efeito Suspensivo à Apel. 2024766-88.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Flavio Abramovici. Julgado em 15.6.de 2020.

SATIRO, Francisco. Comentários aos artigos 83 e 84. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. In **Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. O “Dinheiro Novo” como Elemento de Interpretação do Conceito de “Crédito Existente” na Recuperação Judicial. In WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (coord.). **Temas de direito da insolvência**: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. **Recuperação de Empresas e Falência**: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2018.

SCHEPKER, Donald J.; OH, Won-Yong; MARTYNOV, Aleksey et al. The Many Futures of Contracts: Moving Beyond Structure and Safeguarding to Coordination and Adaptation. **Journal of Management**, Vol. 40, No. 1 (Jan. 2014). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/277392220_The_Many_Futures_of_Contracts. Último acesso em 15.4.2021.

SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy. **The Yale Law Journal**, V. 107, No. 6 (April 1998). Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2075&context=fss_papers. Último acesso em 15.4.2021.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design. **The Yale Law Journal**, Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006). Disponível em https://www.yalelawjournal.org/pdf/339_a5pzok3k.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1 (Feb. 1955). Disponível em https://www.jstor.org/stable/1884852?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents. Último acesso em 15.4.2021.

SMITH, David. C; STRÖMBERG, Per. Maximizing the value of distressed assets: Bankruptcy law and the efficient reorganization of firms. In HONOHAN, P.; LAEVEN, L. (ed.). **Systemic Financial Crises: Containment and Resolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SPEIDEL, Richard E. The characteristics and challenges of relational contracts. **Northwestern University Law Review**, V. 94, No. 3 (2000).

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 54. In SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Comentários ao artigo 140. In TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, E-book Kindle.

THE WORLD BANK. Financial Stability Board. Insolvency and Creditor Rights Standard. Disponível em https://www.fsb.org/2011/01/cos_051201/. Último acesso em 15.4.2021.

_____. **Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes**. Washington: The World Bank Publications, 2016. Disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>. Último acesso em 15.4.2021.

TIRADO, Ignacio; SANCHEZ-PAREDES, M. Luisa. National Report for Spain. In FABER, Dennis; VERMUNT, Niels; KILBORN, Jason et al. (coord.). **Treatment of Contracts in Insolvency**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

TIROLE, Jean. Incomplete Contracts: where do we stand?. **Econometrica**, Vol. 67, No. 4 (Jul. 1999), pp. 743-744. Disponível em [http://darp.lse.ac.uk/PapersDB/Tirole_\(Ecm99\).pdf](http://darp.lse.ac.uk/PapersDB/Tirole_(Ecm99).pdf). Último acesso em 15.4.2021.

TOLEDO, Paulo F. Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). **Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Recuperação judicial: a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE. **Revista do Advogado**, n. 83, São Paulo: AASP, 2005.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Capítulos I a VII. In CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**, vol. V: Recuperação Empresarial e Falência. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Law. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law. Último acesso em 15.4.2021.

_____. **Legislative Guide on Insolvency Law: Parts One and Two**. New York: United Nations Publications, 2005. Disponível em http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, vol. I-III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VASCONCELOS, Ronaldo; GULLIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 7/2018 (jan.-mar. 2018).

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito Bancário: contratos e operações bancárias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WESTBROOK, Jay L.; STAYART, Kelsi. The Demystification of Contracts in Bankruptcy. **The American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 91, Ed. 3 (2017). Disponível

em <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2017-the-demystification-of-contracts-in-bankruptcy/download>. Último acesso em 15.4.2021.

WILLIAMS, Bernard. Formal Structures and Social Reality. In GAMBETTA, Diego (coord.). **Making and breaking cooperative relations**. Oxford: University of Oxford Press, 1990. Disponível em https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/gambetta/Trust_making%20and%20breaking%20cooperative%20relations.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

WILLIAMSON, Oliver E. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. **Administrative Science Quarterly**, vol. 36, No. 2 (Jun. 1991). Disponível em <http://links.jstor.org/sici?sici=0001-8392%28199106%2936%3A2%3C269%3ACEOTAO%3E2.0.CO%3B2-Q>. Último acesso em 15.4.2021.

_____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **The Journal of Law and Economics**, V. 22, No. 2 (Oct. 1979), pp. 239-245. Disponível em https://www.business.illinois.edu/josephm/BA549_Fall%202010/Session%203/Williamson%20%281979%29.pdf. Último acesso em 15.4.2021.

YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos Interempresariais: Alteração Superveniente das Circunstâncias Fáticas e Revisão Contratual**. Curitiba: Juruá, 2015.

ANEXO I – RESULTADO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA

Dados do recurso	Tema	Tipo de contrato	Resumo do caso	Conclusão da(s) instância(s) anterior(es)	Conclusão do acórdão
STJ. REsp. 1.634.844-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. 10.3.2019.	Plano de recuperação judicial / Criação de subclasses	N/A	Discutia-se a possibilidade de se atribuir tratamento mais favorável a determinados credores no plano de recuperação (fornecedores de insumos essenciais ao funcionamento da empresa).	O TJSP entendeu pela possibilidade de criação de subclasses para pagamento, afirmando que a concessão de privilégios a alguns credores da recuperanda “dá efetividade à garantia constitucional da igualdade substancial e faz valer os princípios da função social e da preservação da empresa”.	Manteve o acórdão de origem, reconhecendo que “deve haver tratamento igualitário entre os credores, mas que pode ocorrer o estabelecimento de distinções entre integrantes de uma mesma classe com interesses semelhantes. Tal fato se justifica pela constatação de que as classes de credores, especialmente a de credores quirografários, reúnem credores com interesses bastante heterogêneos: credores financeiros, fornecedores em geral, fornecedores dos quais depende a continuidade da atividade econômica, credores eventuais, créditos com privilégio geral, entre outros. Nesse contexto, a divisão em subclasses deve se pautar pelo estabelecimento de um critério objetivo, abrangendo credores com interesses homogêneos, com a clara justificativa de sua adoção no plano de recuperação [...] Conclui-se, portanto, que é possível a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, desde que estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a anulação de direitos de eventuais credores isolados”.
TJSP. AI 2221665-64.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Claudio Godoy. J. 13.5.2019.	Plano de recuperação judicial / Criação de subclasses	N/A	Discutia-se, entre outras questões, a possibilidade de se atribuir tratamento mais favorável a determinados credores no plano de recuperação (credores financeiros e fornecedores).	Homologou o plano de recuperação judicial que continha a previsão de tratamento diferenciado a credores fornecedores.	Confirmou o plano nesse tocante, anotando que a discussão “se concentra na análise dos motivos que levaram à diferenciação dos credores”, sendo que, no caso concreto, estava clara “a exigência de que continuem a fornecer à recuperanda, de resto a qualquer deles se abrindo a possibilidade de adesão aos termos da proposta”.

STJ. REsp. 1.388.948-SP. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 1º.4.2014.	Plano de recuperação judicial / Diferimento do penhor para safras futuras	Exportação de açúcar e álcool	Discutia-se a legalidade da colheita, pelas recuperandas, de safra objeto de penhor em favor da parte contrária (que alegava que isso equivaleria à supressão da garantia pignoratícia).	O TJSP decidiu que a colheita da safra equivaleria à supressão da garantia pignoratícia e determinou o “depósito, em conta especial, do valor correspondente ao açúcar ou álcool produzido com a lavoura empenhada”.	Reformou o acórdão de origem, sob os fundamentos de que (i) as garantias foram devidamente preservadas, “fazendo, na espécie, aplicar-se o art. 1443 do CCB, cuja incidência não ofende o quanto disposto no §1º do art. 50 da Lei 11.101/05, já que não se estará a substituir o penhor agrícola das safras, nem a suprimilo, restando a garantia hígida, acaso sobrevenha o insucesso da recuperação”; e (ii) “impedir a empresa em recuperação de transformar as suas colheitas no produto que será objeto de renda para o pagamento das suas diuturnas obrigações, e de cumprir os contratos consoante esquematizado no plano, apenas malograria o objetivo principal da recuperação”.
TJSP. Apel. 0005134-67.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Pedro Baccarat. J. 23.11.2016.	Plano de recuperação judicial / Efeitos da cessão de posição contratual operada pelo plano	Fornecimento	Discutia-se a possibilidade de o terceiro adquirente da UPI demandar, em sede de tutela de urgência, a entrega da safra em face do contratante original. No caso, a cessão dos contratos fora prevista expressamente no edital de alienação da UPI, mas estava condicionada ao cumprimento do plano de recuperação.	Julgou improcedente a cautelar de arresto.	Manteve a improcedência, sob os fundamentos de que (i) o edital que anunciou a licitação da UPI “condicionou, expressamente, o fornecimento da cana ao pagamento pela Recuperanda do débito extracontratual do ano de 2003 no valor aproximado de R\$ 12.000.000,00 ‘sob pena de desobrigação dos fornecedores quanto ao compromisso de fornecimento de cana de açúcar no volume de 1.400.000 toneladas’ (fls.17v)”; e (ii) “não há prova do efetivo pagamento dos créditos, condição necessária para assegurar o direito à safra”.
TJSP. Apel. 0006180-91.2014.8.26.0438. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Pedro Baccarat. J. 6.7.2017.	Plano de recuperação judicial / Efeitos da cessão de posição contratual operada pelo plano	Fornecimento	Discutia-se a possibilidade de o terceiro adquirente da UPI demandar a entrega da safra em face do contratante original. No caso, a cessão dos contratos fora prevista expressamente no edital de alienação da UPI,	Julgou improcedente a ação ajuizada com o fito de exigir o cumprimento contratual, sob o fundamento de que "o contrato preliminar, sem que a compra e venda tenha sido depois ajustada, não assegurava à Autora o fornecimento da cana".	Reconheceu que o terceiro “sucedeu a Recuperanda nos direitos decorrentes dos compromissos formais de fornecimento de cana de açúcar”, mas manteve a improcedência, sob o fundamento de que "o edital de leilão da UPI não deixou dúvida acerca da contrapartida para que o Arrematante pudesse reclamar o cumprimento do Termo de Intenção de Venda, isto é, o pagamento de R\$ 12.000.000,00 de débito extraconcursal [pela recuperanda], condição para constituição do direito da Autora, de fato não

			mas estava condicionada ao cumprimento do plano de recuperação.		implementada e sequer mencionada. Sem o cumprimento desta obrigação, não podia a Autora reclamar o fornecimento”.
STJ. REsp. 1.584.439-SP. 3ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 16.8.2016.	Plano de recuperação judicial / Possibilidade de arresto da garantia pignoratícia para assegurar o pagamento do crédito	Compra e venda futura	Discutia-se possibilidade de arresto de sacas de açúcar (objeto de garantia pignoratícia) para garantir o pagamento do crédito do titular da garantia (sujeito ao plano de recuperação).	Em primeiro grau, deferiu-se o pedido de arresto, “sem nenhum juízo de valor ou reconhecimento de serem os citados bens essenciais à continuidade da atividade empresarial”. O TJSP manteve o arresto, anotando que a concessão da recuperação não afeta o penhor sobre as sacas de açúcar objeto do contrato, “não escapando, porém, da recuperação judicial a obrigação de dar coisa certa pela ré, ora agravante, que no caso corresponde às sacas de açúcar”. Como o plano previu deságio e parcelamento do crédito da compradora, “a agravada deverá receber, em vez das sacas de açúcar em espécie, de que não é proprietária, a quantia referente ao seu valor, o que corresponde ao cumprimento equivalente da obrigação contratual, conforme previu o plano de recuperação judicial da agravante. E como a agravante tem sua situação financeira abalada, o que pode prejudicar o cumprimento de suas obrigações, se vislumbra, prima facie, a urgência no arresto das referidas sacas de açúcar, garantidoras do recebimento do crédito líquido e certo da agravada”.	Manteve o arresto, afirmando que (i) “é viável o arresto de sacas de açúcar por ordem judicial do próprio juízo da recuperação, que, no exercício de competência original para processar e julgar a matéria, dispõe do dever-poder de ponderar os interesses em conflito, o da satisfação de uma obrigação contratual e o da retenção de bens essenciais à preservação da empresa em regime de recuperação”; e (ii) a concretização do arresto não seria “medida que cause prejuízo à recorrente nem que tenha o caráter de pagamento de crédito em nítido detrimento de outros credores, mas, apenas e tão somente, o cumprimento de obrigação que foi objeto de contrato de compra e venda futura de sacas de açúcar com garantia pignoratícia”. O voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino foi pelo provimento do recurso, sob o fundamento de que “permitir o arresto de milhares de sacas de açúcar da empresa em recuperação malograria o plano traçado pelo juízo recuperacional, desbaratando-se os relevantes fins do instituto da recuperação judicial”.

<p>TJSP. AI 2076782-87.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fortes Barbosa. J. 8.8.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Cominatória de abstenção de uso de marca</p>	<p>Licenciamento de marca</p>	<p>Discutia-se a concessão de tutela de urgência destinada a impedir o uso, pela recuperanda, de marca de titularidade da outra contratante, diante da rescisão do contrato.</p>	<p>Concedeu a liminar, determinando “que a ré imediatamente se abstivesse da exploração econômica da marca 'Pitú', bem como promovesse a retirada do mercado, no prazo de trinta dias, de qualquer produto com dita marca”.</p>	<p>Ampliou o alcance da liminar, para “que fiquem suspensas todas as entregas pendentes”. Anotou-se, ainda, que “não houve violação do princípio da preservação da empresa (artigo 47 da Lei 11.101/2005), uma vez que a recuperação judicial da agravante não pode ter como alicerce o descumprimento de decisão judicial e prejuízo de terceiros. A agravante já tinha ciência da rescisão do contrato de licenciamento desde a notificação, ocorrida em 2017”.</p>
<p>TJSP. AI 2120315-62.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Maurício Pessoa. J. 13.8.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Delimitação da eficácia da rescisão contratual</p>	<p>Distribuição</p>	<p>Discutia-se, em sede de cumprimento de sentença, a possibilidade de a distribuidora comercializar os produtos adquiridos antes da rescisão com fundamento no pedido de recuperação judicial. No caso, a recuperanda aduziu que a vedação de comercialização dos produtos acarretaria prejuízo às suas atividades e ao curso da recuperação.</p>	<p>Rejeitou o pedido da distribuidora para utilização da marca titularizada pela parte contrária enquanto tiver produtos em estoque.</p>	<p>Manteve o indeferimento do pleito, anotando que o Juízo recuperacional já determinara “a manutenção do contrato por 12 meses” e que houvera lapso razoável entre a data da rescisão e a data da distribuição do cumprimento de sentença, prazo esse suficiente “para que a agravante pudesse redirecionar sua atividade e realizar a venda das mercadorias adquiridas, adaptando-se aos efeitos da rescisão”. Determinou-se, assim, que a recuperanda cessasse de imediato “a exploração da marca de titularidade da agravada, decorrente da rescisão do contrato celebrado, sendo vedado, por conseguinte, o oferecimento e a venda dos produtos da agravada, que já possui sua nova distribuidora exclusiva, preservando-se, todavia, o direito de terceiros que já adquiriram os produtos, por meio da agravante, para revendê-los”.</p>
<p>TJSP. Apel. 1017085-88.2014.8.26.0002. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Ricardo Negrão. J. 21.5.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Denúncia</p>	<p>Comodato (anexo ao contrato de franquia)</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de denúncia vazia do contrato de franquia e anexos (e, conseqüentemente, a possibilidade de reintegração da franqueadora na posse dos bens cedidos em comodato).</p>	<p>Julgou procedente a demanda, reconhecendo a rescisão contratual e determinando a reintegração da autora na posse dos bens.</p>	<p>Manteve a procedência da demanda, anotando que litígio “decorrente de contrato de comodato não é atraído ao Juízo da recuperação judicial [...] Decorrido o prazo de suspensão legal, previsto na Lei n. 11.101/2005, nada obsta a apreensão de bens decorrentes de contratos não sujeitos ao regime recuperatório”.</p>

<p>TJSP. AI 2061709-12.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fortes Barbosa. J. 13.9.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Denúncia</p>	<p>Licenciamento de marca</p>	<p>Discutia-se a concessão de tutela de urgência destinada à manutenção do contrato que licenciava o uso da marca em favor da recuperanda.</p>	<p>Concedeu a liminar, “determinando que a agravante se abstenha de proibir a recuperanda de utilizar a marca registrada 'PITU' até ulterior deliberação do Juízo”.</p>	<p>Revogou a liminar, sob os fundamentos de que (i) o contrato existente entre as partes autorizava expressamente a denúncia; e (ii) o prazo de dezoito anos previsto para vigência do instrumento já se esgotara.</p>
<p>STJ. AgRg no CC 133.612-AL. 2ª Seção. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 14.10.2015.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo</p>	<p>Locação não residencial</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de despejo da recuperanda diante do inadimplemento de aluguéis (cujo valor estava inscrito no procedimento). No caso, a ação de despejo transitou em julgado antes do deferimento do processamento da recuperação.</p>	<p>-</p>	<p>Manteve a decisão que não conheceu do conflito de competência, que assim dispunha: “não é correto limitar o exercício do direito de propriedade do locador que não mais pretende manter contrato de aluguel com empresa inadimplente a pretexto de possibilitar o cumprimento de plano de recuperação judicial homologado e aprovado. Salienta-se ainda que, no caso, a sentença na ação de despejo, cumulada com cobrança de encargos, foi proferida anteriormente ao deferimento da recuperação judicial. Por mais que se pretenda privilegiar o princípio da preservação da empresa, não se pode afastar a garantia ao direito de propriedade em toda a sua plenitude daquele que, durante a vigência do contrato de locação, respeitou todos os termos e condições pactuadas, obtendo, ao final, decisão judicial – transitada em julgado – que determinou o despejo do bem objeto da demanda por falta de pagamento”.</p>
<p>TJRJ. Apel. 0322912-51.2016.8.19.0001. 15ª Câmara Cível. Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto. J. 30.10.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo</p>	<p>Locação não residencial</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial (no caso, os pagamentos posteriores ao pedido de recuperação estavam sendo feitos normalmente).</p>	<p>Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de locação e determinando a desocupação do imóvel.</p>	<p>Manteve a determinação de despejo, sob os fundamentos de que (i) não “há qualquer prejuízo para a continuidade da empresa, porquanto se trata de mero despejo de pequena área onde estão instalados equipamentos de telefonia”, (ii) os gastos para remoção dos equipamentos “são inerentes a uma empresa que continua exercendo sua atividade”; e (iii) tampouco “a circunstância de a apelante ser prestadora de serviço público essencial de telefonia fixa comutada” obstaria o despejo, porque “o entendimento da apelante conduziria à renúncia perpétua do locador ao direito de obter a resilição do contrato”.</p>

TJRJ. Apel. 0286790-73.2015.8.19.0001. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Norma Suely Fonseca Quintes. J. 8.8.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial (em contrato por prazo indeterminado).	Julgou parcialmente procedente a demanda, determinando a desocupação do imóvel.	Manteve a determinação de despejo, com base no preenchimento dos requisitos necessários para a rescisão imotivada e na ausência de comprovação da “dificuldade para a retirada de seus equipamentos” e da “possibilidade de interrupção do serviço de telecomunicações”.
TJSP. AI 2220757-41.2016.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Marcos Ramos. J. 29.3.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial (contrato por prazo indeterminado, e firmado quando a ré já estava em recuperação).	Indeferiu o despejo, “em razão de a ré estar em recuperação judicial”.	Reformou a decisão de primeiro grau para autorizar o despejo, sob os fundamentos de que (i) os requisitos legais para tanto estavam preenchidos e (ii) “a ré já se encontrava em recuperação judicial quando firmou o contrato de locação, ou seja, a situação perdura há pelo menos 06 (seis) anos, não sendo justificativa para sua permanência no imóvel locado”.
TJSP. Apel. 1001779-81.2016.8.26.0011. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Artur Marques. J. 21.11.2016.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo da recuperanda diante do inadimplemento de aluguéis. O acórdão registrou que havia “valores em aberto que são posteriores ao deferimento do pedido de recuperação judicial”.	Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de locação e determinando a desocupação do imóvel.	Manteve a determinação de despejo, anotando que a “inadimplência é incontroversa, e há valores em aberto que são posteriores ao deferimento do pedido de recuperação judicial”.
TJSP. AI 2182091-68.2016.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Melo Bueno. J. 17.10.2016.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial.	Concedeu liminar determinando o despejo.	Manteve a determinação de despejo, sob os fundamentos de que (i) o pedido e o deferimento do processamento da recuperação “não têm o condão de impedir que a agravada, locadora, demande judicialmente pela retomada do imóvel locado, exercendo um direito garantido pela Lei nº 8.245/91”; e (ii) a recuperanda “não só possui uma matriz e/ou outras filiais operacionais, como relativiza a questão da essencialidade dessa planta industrial para o efetivo sucesso da recuperação judicial”.

TJSP. Apel. 1026635-70.2015.8.26.0100. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Adilson de Araújo. J. 4.10.2016.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo da recuperanda diante do inadimplemento de aluguéis.	Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de locação e determinando a desocupação do imóvel.	Manteve a determinação de despejo, sob o fundamento de que “a ação de despejo por falta de pagamento está excluída da recuperação judicial, não podendo ser atingida pela medida”. No tocante ao pedido da recuperanda de reconhecimento da abusividade da multa contratual, registrou-se que “prevalece, no caso, a liberdade contratual e, não havendo indícios de vício de consentimento que macule o instrumento particular, o contrato de locação deve ser cumprido pelas partes”, sendo que “a situação da empresa em recuperação judicial em nada pode atenuar sua situação jurídica diante da violação contratual e legal (art. 9º, II e III, da Lei nº 8.245/1991)”.
TJSP. AI 2119368-13.2016.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Hugo Crepaldi. J. 18.8.2016.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de suspensão da ação de despejo durante o <i>stay period</i> . A ação de despejo baseava-se no inadimplemento de aluguéis (anteriores ao pedido de recuperação judicial).	Deferiu a suspensão pelo prazo de 180 dias.	Manteve a suspensão, anotando que, com relação aos aluguéis anteriores ao pedido, “não é possível dar continuidade à sua cobrança ou considerar o inadimplemento deles como causa de despejo” e que “uma vez deferida a recuperação judicial, todos os débitos anteriormente vencidos permanecem suspensos, nos termos do art. 6º, caput da Lei n. 11.101 e se sujeitam à recuperação (art. 49 da Lei n. 11.101), ressalvando-se os créditos não submetidos à recuperação, situação em que não se enquadra o crédito da agravante”.
TJSP. Apel. 1000257-76.2017.8.26.0595. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Azuma Nishi. J. 28.2.2018.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial (contrato por prazo indeterminado).	Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de locação e determinando a desocupação do imóvel.	Manteve a determinação de despejo, anotando que “a ação de despejo por denúncia vazia tem por objeto a mera retomada da posse direta de imóvel de propriedade dos locadores, não havendo cumulação com a cobrança dos aluguéis e demais encargos em aberto, não se vislumbra a possibilidade de suspensão”.
TJSP. AI 2094379-06.2017.8.26.0000. 34ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Cristina Zucchi. J. 28.7.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo da recuperanda diante do inadimplemento de aluguéis.	Revogou a liminar de despejo anteriormente concedida, “sob o fundamento de que o despejo da empresa requerida culminaria na total inviabilização da atividade da sociedade em recuperação, impedindo, assim, o seu possível	Reformou a decisão para determinar o despejo, sob o fundamento de que “o decreto de despejo não se encontra protegido pelas hipóteses de suspensão do processo em razão do deferimento do pedido de recuperação judicial”.

				êxito na regularização de suas atividades”.	
TJSP. AI 2005348-04.2019.8.26.0000. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Marcondes D'Ángelo. J. 23.5.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial.	Concedeu a liminar, determinando o despejo da recuperanda.	Manteve a determinação de despejo, anotando que “a ação não está fundada em insolvência financeira da agravante, mas sim no descumprimento da lei e do contrato de locação, de modo que o objeto da ação de despejo é estranho ao processo de recuperação”.
TJSP. AI 2027555-94.2019.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Moraes Pucci. J. 27.2.2019.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial (contrato por prazo indeterminado).	Concedeu a liminar, determinando o despejo da recuperanda.	Manteve a determinação de despejo, sob o fundamento de que “o imóvel locado pertence à locadora e a recuperação judicial da ré não implica restrição ao direito de propriedade daquela, inexistindo tal previsão na Lei nº 11.101/2005 que, aliás, protege a propriedade de terceiros (art. 49, § 3º, dessa lei)”.
TJSP. Apel. 1054621-28.2017.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Claudio Hamilton. J. 28.11.2018.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo da recuperanda diante do inadimplemento de aluguéis.	Julgou procedente a demanda, determinando o despejo da recuperanda.	Manteve a determinação de despejo, sob o fundamento de que a ação “não se sujeita aos termos da recuperação judicial, mesmo porque não importa em oneração de patrimônio, nem em execução sobre bens da empresa recuperanda”.
TJSP. Pedido de Efeito Suspensivo à Apel. 2024766-88.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Flavio Abramovici. J. 15.6.2020.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial.	Julgou procedente a demanda, determinando o despejo da recuperanda.	Negou o efeito suspensivo que se pretendia atribuir à apelação, mantendo a determinação de despejo, anotando-se “que a alegada preservação da empresa não prevalece contra a imposição do despejo, que derivou da ausência de interesse dos locadores na manutenção do contrato de locação, e evidente que possível a continuidade da atividade empresarial em imóvel diverso”.
TJSP. AI 2256790-25.2019.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. J. 22.1.2020.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo	Locação não residencial	Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial.	Julgou procedente a demanda, determinando o despejo da recuperanda.	Reformou a determinação de despejo, sob o fundamento de que o Juízo da recuperação judicial suspendera a eficácia da cláusula autorizadora da denúncia vazia, “tendo em vista a documentação apresentada e o próprio deferimento da recuperação, ora concedido, sendo necessária a continuidade da atividade em questão no local garantindo o sucesso e, certamente, a recuperação financeira da devedora”.

<p>TJSP. Apel. 1001757-03.2018.8.26.0286. 33ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mario A. Silveira. J. 1º.7.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo</p>	<p>Locação não residencial</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de despejo, por denúncia vazia, da locatária em recuperação judicial.</p>	<p>Julgou procedente a demanda, determinando o despejo da recuperanda.</p>	<p>Manteve a determinação de despejo, sob os fundamentos de que (i) “a sujeição de eventual cobrança de débitos locatícios aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do artigo 49 da Lei 11.101/2005, afeta o direito de o locador executar os seus haveres, eis que eles deverão ser levados ao juízo universal, mas não o direito de retomar o bem locado por qualquer dos motivos previstos na Lei nº 8.245/91, como no caso em tela” e (ii) “em que pese o inconformismo da parte ré, o princípio da preservação da empresa não deve ser invocado como forma de transferir os ônus decorrentes de sua situação financeira desfavorável à autora”.</p>
<p>TJSP. AI 2218973-92.2017.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Cesar Lacerda. J. 6.2.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / despejo</p>	<p>Parceria Agrícola</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento (de dívida anterior ao pedido de recuperação) e consequente despejo da recuperanda.</p>	<p>Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de parceria agrícola e determinando a desocupação do imóvel.</p>	<p>Manteve a decisão de primeiro grau, anotando que o acordo entabulado entre as partes antes da recuperação “previu expressamente a impossibilidade de colheita em razão do inadimplemento, assim como a rescisão contratual com a reintegração da posse”.</p>
<p>TJSP. AI 2121411-83.2017.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Cesar Ciampolini. J. 29.11.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Manutenção do contrato</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a obrigatoriedade de a fornecedora continuar a fornecer mercadorias à empresa em recuperação judicial. Havia pedido da recuperanda no sentido de que a fornecedora mantivesse o fornecimento mediante pagamento à vista e contra entrega.</p>	<p>Negou o pedido em questão, sob os fundamentos de que (i) não haveria “qualquer garantia de efetiva disponibilidade de numerário para pagamento dos veículos no ato de entrega destes” e (ii) “o deferimento da medida faria com que fosse transferido para fornecedora / credora pesado ônus, consistente de ter para si o risco de não receber os pagamentos respectivos às operações de compra e venda realizadas entre as partes da relação negocial”.</p>	<p>Reformou a decisão de primeiro grau, concedendo a liminar para determinar o fornecimento de mercadorias mediante pagamento à vista: “Assim sendo, considerando-se (a) a necessidade de manutenção da relação de fornecimento e sua essencialidade para que as atividades das recuperandas sejam regularmente exercidas; (b) que o risco da agravada já está mitigado pelas formas de pagamento utilizadas; (c) os custos adicionais decorrentes do pagamento antecipado, razoável permitir o pagamento à vista, contra a entrega do produto, sendo certo que, em caso de mora das recorrentes, a questão poderá ser reanalisada pelo duto Juízo a quo”.</p>

<p>TJSP. AI 2266433-41.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Cesar Ciampolini. J. 17.4.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Manutenção do contrato</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a obrigatoriedade de a fornecedora continuar a fornecer mercadorias à empresa em recuperação judicial, atendendo integralmente os pedidos feitos.</p>	<p>Determinou que a fornecedora atendesse integralmente os pedidos mensais das recuperandas, respeitada a necessidade de pagamento à vista, em linha com decisão judicial anterior.</p>	<p>Manteve a determinação de atendimento integral dos pedidos da recuperanda, pois a essencialidade da manutenção dos contratos de fornecimento já fora reconhecida em acórdão anterior. Mencionou-se, ainda, trecho do parecer do Ministério Público no sentido de que “o regime de recuperação judicial não é causa apta à extinção do contrato ou à recusa de seu cumprimento, conforme decorre da própria natureza do instituto da recuperação e, em especial, do artigo 49, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, segundo o qual, 'as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação”.</p>
<p>TJSP. AI 2113459-82.2019.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luis Fernando Nishi. J. 23.9.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Manutenção do contrato</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a concessão de medida de urgência destinada a compelir a fornecedora a continuar dando cumprimento ao contrato. No caso, a fornecedora notificou a contraparte sobre a rescisão da avença antes do ajuizamento do pedido de recuperação.</p>	<p>Deferiu a liminar, “para determinar ao réu que cumpra o contrato firmado entre as partes, alienando, à autora, a produção de cana de açúcar de sua propriedade, sob pena de multa diária”.</p>	<p>Manteve o deferimento da liminar, sob os fundamentos de que: (i) “o crédito contratual, em relação ao qual o agravante alega inadimplência, é anterior ao deferimento da recuperação, e, nos termos do artigo 49 da Lei 11.101, está submetido aos seus efeitos e sua forma de quitação será definida no plano de recuperação”; (ii) “a medida se fez necessária para evitar risco à continuidade das atividades empresariais da autora, já que a manutenção dos contratos de fornecimento de cana de açúcar é essencial ao seu funcionamento e, portanto, à própria viabilidade do plano de recuperação judicial”, assegurando-se, assim, “a realização do princípio da preservação da empresa, que, na hipótese dos autos, ao lado do princípio da função social do contrato, prevalecem em face ao princípio da liberdade contratual”. Ressalvou-se, porém, que as obrigações posteriores ao pedido de recuperação deveriam ser cumpridas pontualmente.</p>

<p>TJSP. AI 2021503-82.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Ricardo Negrão. J. 29.7.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Manutenção do contrato</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a obrigatoriedade de a fornecedora continuar a fornecer mercadorias à empresa em recuperação judicial. Havia pedido da recuperanda no sentido de que a fornecedora mantivesse o fornecimento mediante pagamento à vista e contra entrega.</p>	<p>Concedeu a liminar, determinando que a fornecedora promovesse a manutenção do contrato, liberando as mercadorias à recuperanda mediante pagamento à vista e contra entrega dos produtos.</p>	<p>Manteve a decisão de concessão da liminar, anotando que: (i) “a dívida, embora não seja pequena, tratam-se de débitos anteriores ao pedido de recuperação judicial”; (ii) “não há como não se reconhecer a essencialidade do fornecimento dos produtos às atividades da agravada, e, conseqüentemente, para que a recuperação judicial possa vir a lograr êxito, pois de acordo com a cláusula de exclusividade [...] a agravada não pode adquirir produtos/peças de concorrentes, e nem adquirir produtos/peças que não os fornecidos pela agravante”; e (iii) “diante da determinação de que a liberação do faturamento das motocicletas, peças, partes e acessórios somente se dará mediante o pagamento à vista e contra a entrega do produto, não se vislumbra prejuízo ao agravante quanto aos novos fornecimentos de produtos”.</p>
<p>TJSP. AI 2185094-31.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fabio Tabosa. J. 27.3.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Manutenção do contrato</p>	<p>Prestação de serviços</p>	<p>Discutia-se a obrigatoriedade da manutenção do fornecimento de bens e serviços (via renovação do contrato) à empresa em recuperação judicial, diante do inadimplemento de créditos sujeitos à recuperação. No caso, a outra contratante enviara notificação resolvendo o contrato antes do ajuizamento do pedido de recuperação.</p>	<p>Concedeu a liminar para determinar que a fornecedora restabelecesse os serviços prestados aos devedores.</p>	<p>Reformou a decisão de primeiro grau para afastar a obrigatoriedade de manter o fornecimento de bens e serviços, sob os argumentos de que: (i) a Súmula 57 do TJSP não se aplicaria ao caso, porque não se trataria de serviços prestados “por concessionárias de serviços públicos e em caráter monopolístico”; (ii) a rescisão contratual ocorreu antes do ajuizamento do pedido de recuperação; (iii) o princípio da preservação da empresa não justifica “a atuação judicial em substituição à iniciativa privada, com o afastamento da autonomia de vontade dos agentes econômicos e a mitigação da liberdade contratual”; e (iv) “a recuperação não se presta a alcançar a totalidade das relações jurídicas, de qualquer natureza, alusivas ao devedor, senão a disciplinar certa classe de relações, de cunho obrigacional, dando-lhes tratamento peculiar”.</p>

<p>TJSP. AI 2085774-08.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fabio Tabosa. J. 3.10.2016.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Reintegração de posse</p>	<p>Comodato (anexo ao contrato de fornecimento)</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de se manterem, nas dependências da recuperanda, os equipamentos de titularidade da fornecedora, alegados como essenciais para o desenvolvimento da atividade.</p>	<p>Autorizou a imediata retirada, pela fornecedora, dos equipamentos localizados na sede da recuperanda.</p>	<p>Reformou a decisão, excluindo a determinação de entrega imediata dos bens, com fundamento na incompetência do Juízo recuperacional para estabelecer tal determinação: “Destaque-se, de mais a mais, que os valores da preservação da empresa e de manutenção da atividade produtora não são suficientes para autorizar ingerência ampla do Juízo recuperacional, nos mais diversos sentidos, sobre o universo de relações jurídicas das devedoras. Inadmissível, assim, que se chegue ao ponto de, como por vezes se observa, obrigar, a partir dos autos recuperacionais, terceiros a manter o vínculo contratual com a recuperanda, como por exemplo bancos no tocante a financiamentos. Mas, em contrapartida, o processo de recuperação tampouco é a via adequada para, no interesse de tais contratantes, permitir a prática de atos executivos ou satisfativos em desfavor da própria recuperanda”.</p>
<p>TJSP. AI 2066571-26.2017.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Milton Carvalho. J. 23.5.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Reintegração de posse</p>	<p>Comodato (anexo ao contrato de fornecimento)</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de se manterem, nas dependências da recuperanda, os ferramentais de titularidade da fornecedora, alegados como essenciais para o desenvolvimento da atividade e o próprio cumprimento do contrato.</p>	<p>Deferiu a liminar, determinando a reintegração de posse.</p>	<p>Manteve a decisão de deferimento da liminar, sob os fundamentos de que (i) a restituição fora solicitada pela fornecedora “para que ela própria pudesse realizar a fabricação das peças automotivas que deviam ser fornecidas pela agravante, uma vez que, em razão da recuperação judicial, suas atividades estavam paralisadas”; e (ii) “após a rescisão do contrato de comodato, não há amparo legal para a posse exercida pela agravante”.</p>
<p>TJSP. AI 2090758-35.2016.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Dimas Rubens Fonseca. J. 31.5.2016.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Reintegração de posse</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a concessão de medida de urgência para reintegrar a fornecedora na posse dos equipamentos de sua titularidade, que se encontravam na sede da contraparte em</p>	<p>Indeferiu a liminar.</p>	<p>Reformou a decisão, concedendo a liminar, sob os fundamentos de que (i) “não há que se falar que os equipamentos são essenciais para o funcionamento da empresa, na medida em que a contratação de outra fornecedora possibilitou a continuidade da atividade empresarial da agravada”; e (ii) “uma vez desfeito o contrato que tornava hígida a relação de fornecimento de gás canalizado, a continuidade da agravada na posse</p>

			recuperação judicial.		dos referidos equipamentos passou a configurar esbulho possessório”.
TJSP. Apel. 1020461-57.2016.8.26.0602. 14ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Thiago de Siqueira. J. 27.11.2019.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão	Distribuição	A recuperanda pleiteava o recebimento de indenização pela rescisão imotivada do contrato por parte da distribuidora, bem como pela suposta violação de cláusula de exclusividade.	Julgou improcedente a demanda, anotando que “houve uma quebra de confiança por parte da autora em seu comportamento, porque até 2015, época da Recuperação Judicial, a requerida tentava negociar com a autora, em relação às suas dívidas, mas de forma incompatível com as boas práticas comerciais e de transparência nos seus atos, dissimuladamente não fez a renegociação e ainda entrou com Recuperação Judicial, surpreendendo a todos. Soma-se a isso que a requerida não poderia, nessa situação, continuar com a autora, cujo nome sofreu abalo ao pedir Recuperação Judicial. As dívidas da autora, mais a Recuperação Judicial e a falta de credibilidade levaram a requerida a procurar outra empresa, sob pena de sofrer prejuízo irreparável”.	Manteve o entendimento da sentença, observando que a questão debatida nos autos deveria ser apreciada à luz da boa-fé contratual, que impõe “deveres aos contratantes, como o de informar e de cooperar para que a relação não seja fonte de prejuízo para outra parte contratante, agindo, assim, com lealdade e honestidade, sendo vedado o abuso de direito”. Em declaração de voto divergente, o Des. Carlos Henrique Abrão se posicionou a favor da condenação da ré à reparação de danos materiais, com fundamento na existência de culpa concorrente das partes: “Entretanto, não podemos esquecer que a distribuidora por décadas construiu forte mercado a favor da requerida, de forma exclusiva, e a tempestade perfeita que contra ela se abateu, conjunto de fatores, ao invés de obter a conscientização da requerida, ao contrário, ela piorou a situação, antes disso fechando a negociação, reduzindo prazo de pagamento, exigindo contrato escrito, além de ter efetuado mais de 40 protestos após o pedido de recuperação [...] Conjugadas todas as circunstâncias, reputo inequívoca a culpa concorrente, isto porque a autora adquiriu maquinário acima da sua capacidade e também não avaliou o risco do inadimplemento dos adquirentes além do financiamento fechado praticamente pelo BNDES Finame, ao passo que no momento decisivo, crucial e nevrálgico a requerida preferiu se desvencilhar e se desfazer da autora por uma série de comportamentos danosos, inclusive protestos e contratação de outra empresa a demonstrar que não havia qualquer outra na localidade, zona territorial geográfica de exclusividade até então da autora”.

<p>TJRJ. Apel. 0015772-94.2016.8.19.0209. 21ª Câmara Cível. Rel. Des. Mônica Feldman de Mattos. J. 5.11.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a rescisão de contrato de fornecimento de cabos, bem como o pagamento de multa rescisória e os custos de armazenamento de cabos não recebidos pelas recuperandas. As recuperandas alegavam que os cabos já haviam sido quitados e integravam seu patrimônio, constituindo ativo essencial para o sucesso da recuperação.</p>	<p>Julgou parcialmente procedente a demanda.</p>	<p>Autorizou a venda dos cabos pela autora da demanda, mediante devolução do valor pago: “[...] ainda que as Rés estejam atualmente em recuperação judicial, este Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de ser possível que se opere a rescisão contratual por inadimplemento ocorrido em momento anterior ao estabelecimento do plano recuperatório, como no caso em exame, retornando as partes ao status quo ante, sem prejuízo da aplicação das penalidades contratuais cabíveis. [...] Assim, no caso em exame, tendo a 1ª Ré, ATE XVI, quitado a integralidade do primeiro contrato no que tange ao valor dos cabos, o que restou incontroverso nos autos, sendo os mesmos produzidos e armazenados pela Autora, verifica-se que, com o retorno à situação inicial, tem-se que tais materiais permanecerão sob a propriedade desta última, devendo o valor pago ser restituído à primeira”.</p>
<p>TJSP. AI 2023041-35.2018.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Araldo Telles. J. 29.7.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão</p>	<p>Parceria Agrícola</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de rescisão de contratos de parceria agrícola com base no inadimplemento de créditos (anteriores e posteriores ao pedido de recuperação).</p>	<p>Determinou aos fornecedores sujeitos ao processo de recuperação que se abstivessem “de impedir o acesso de funcionários das recuperandas às propriedades objeto da parceria”, bem como de “rescindir antecipadamente ou unilateralmente tais contratos, advertindo que o descumprimento ensejaria a imposição de penalidade”.</p>	<p>Deu parcial provimento ao recurso, para determinar que a proibição estende-se apenas aos créditos sujeitos ao concurso: “Não é possível, contudo, como pretendem as recuperandas, impor aos parceiros agrícolas a obrigação de continuar oferecendo os seus serviços/produtos sem qualquer perspectiva de receber por eles, ou mesmo optar, diante da situação instalada, pela rescisão do contrato ou a retenção da cana-de-açúcar em razão do crédito extraconcursal não pago. [...] A ordem irrestrita de abstenção dirigida a todos os parceiros agrícolas, por isso, tal como opinou a Administradora Judicial, é prematura e pode gerar o efeito indesejável da insegurança jurídica [...] adoto a sugestão do Administrador Judicial para determinar que se examine, caso a caso, (a) eventuais requerimentos de vencimento antecipado de contrato em razão de inadimplência e/ou (b) denúncias de empecilho, por parte dos parceiros agrícolas, de acesso dos prepostos das recuperandas para a colheita da lavoura de cana de açúcar negociada, devendo-se punir apenas os atos com supedâneo em crédito concursal”.</p>

<p>TJSP. AI 2194803-56.2017.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot. J. 19.12.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão</p>	<p>Distribuição</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de concessão de tutela de urgência para a imediata rescisão do vínculo contratual.</p>	<p>Indeferiu a liminar, sob os fundamentos de que (i) “a questão relativa à continuidade e manutenção dos contratos, como consta da própria inicial, foi apreciada pelo MM. Juízo da Recuperação Judicial”; e (ii) “eventual decisão aqui proferida, ao menos em fase de cognição sumária, correria o risco de contradizer, frontalmente, as decisões já lançadas pelo MM. Juízo de Olinda, por onde se processa a Recuperação Judicial”.</p>	<p>Manteve o indeferimento da liminar, também com fundamento no risco “de conflitância de decisões entre os Juízos da Ação de Rescisão Contratual e do Pedido de Recuperação Judicial, além ainda do risco de julgamento precipitado da controvérsia objeto da Ação”.</p>
<p>TJSP. Apel. 1044176-53.2014.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. J. 30.10.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão</p>	<p>Franquia</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de a franqueada requerer a rescisão do contrato com fundamento na recuperação judicial da franqueadora. No caso, o contrato facultava à franqueadora, mas não à franqueada, a denúncia da avença em caso de recuperação judicial da parte contrária. A demanda foi ajuizada dois anos após o pedido de recuperação.</p>	<p>Julgou improcedente o pleito da franqueada, pois a aplicação inversa da cláusula autorizadora da denúncia “viola a autonomia de vontade entre as partes”.</p>	<p>Manteve a improcedência, anotando que “o pedido de soerguimento judicial foi promovido em junho de 2012, mas a autora somente ingressou com a presente demanda em maio de 2014, período durante o qual permaneceu em plena atividade e, tudo está a indicar, com faturamento”, não havendo comprovação “nos autos de que a autora sofreu prejuízos com o pedido recuperacional da ré. Nenhum documento, planilha ou mesmo depoimento de testemunha foi por ela produzido indicando que o pedido de recuperação judicial da ré causou a perda de negócios ou desprestígio por parte da franqueada”.</p>
<p>TJSP. AI 2086681-75.2019.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fortes Barbosa. J. 19.6.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Rescisão</p>	<p>Franquia</p>	<p>Discutia-se a concessão de tutela de urgência para impedir a rescisão, pela franqueadora, do contrato de franquia, por conta do pedido de recuperação judicial por parte da franqueada.</p>	<p>Concedeu a liminar para impedir a rescisão.</p>	<p>Manteve a liminar, anotando que, no caso, (i) não se tratava de evitar a celebração ou renovação do contrato, “tendo sido ultrapassada a fase de tratativas, não havendo, aqui, qualquer restrição à liberdade de contratar”; (ii) a cláusula resolutiva expressa por insolvência é “estatuída a partir do exercício da autonomia privada conferida aos particulares em geral, mas colide, direta e claramente, com a base</p>

					principlológica da Lei 11.101/2005 e não pode permanecer sobreposta ao regramento dos procedimentos concursais, de caráter especial e que se coloca à margem das regras comuns do direito das obrigações, o que conduz a sua invalidade”; e (iii) seria facultado ao franqueador exigir “adequada garantia quanto ao cumprimento futuro” dos deveres contratuais da franqueada.
TJSP. Apel. 0001128-68.2013.8.26.0012. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Fortes Barbosa. J. 29.11.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Representação comercial	A devedora contestava a validade da denúncia do contrato por parte da representante após o pedido de recuperação judicial (posteriormente convalidada em falência).	Julgou improcedente a demanda, reconhecendo a validade da denúncia.	Manteve o reconhecimento da validade da denúncia, anotando que a ré estava “amparada pela exceção prevista no art. 36, alínea ‘a’ da Lei 4.866/1965, em razão de estar caracterizada a redução do âmbito de sua atividade, após o ajuizamento do processo de recuperação judicial”.
TJSP. AI 0018885-38.2018.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto. J. 23.10.2018.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Prestação de serviços	Discutia-se a concessão de tutela de urgência destinada à manutenção do contrato de prestação de serviços. No caso, o inadimplemento referia-se a créditos posteriores ao pedido de recuperação.	Deferiu a liminar, determinando o restabelecimento dos contratos, sob pena de multa diária.	Reformou a decisão, anotando que “o débito contratual da agravada caracteriza crédito extraconcursal que acionou o direito da agravante de denunciar os contratos de prestação de serviços sem prejuízo da recuperação judicial, cuja falta de purgação da mora importaria na suspensão dos serviços, mas somente a partir da data de 30/05/2018, data esta de cumprimento pela IBM, pena de incidência da multa fixada”.
TJSP. Apel. 4002604-92.2013.8.26.0038. 22ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Hélio Nogueira. J. 19.5.2016.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Distribuição	Discutia-se a validade da resolução da avença com base em cláusula resolutiva expressa por insolvência. No caso, o direito à resolução foi exercido pela contratante que ingressou com pedido de recuperação judicial, e a parte contrária insistia na manutenção e cumprimento do contrato.	Julgou a demanda improcedente.	Manteve a improcedência, anotando que, “por se tratar de cláusula resolutiva expressa, seus efeitos operam de pleno direito, independentemente da interpelação de alguma contratante”.

TJSP. Apel. 1000328-57.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. J. 27.3.2018.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Parceria Agrícola	Discutia-se a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento. No caso, o acórdão anotou que o crédito foi constituído posteriormente ao pedido de recuperação.	Determinou a rescisão do contrato, “sob o fundamento de que a ré admite o débito e que não purgou a mora, apenas impugnando o valor pleiteado, sendo que não há comprovação de pagamentos”.	Manteve a sentença, observando que “os credores assumiram maiores riscos ao manterem o contrato com a empresa em fase de recuperação judicial e a observância do princípio da preservação da empresa, por si só, não pode justificar o inadimplemento de créditos legitimamente constituídos após o deferimento da medida”.
TJSP. Apel. 1000407-36.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. J. 27.3.2018.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Parceria Agrícola	Discutia-se a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento e consequente despejo da recuperanda. No caso, o acórdão anotou que o crédito foi constituído posteriormente ao pedido de recuperação. Trata-se da mesma recuperação judicial da Apel. 1000328-57.2017.8.26.0311.	Determinou a rescisão do contrato, “sob o fundamento de que a ré admite o débito e que não purgou a mora, apenas impugnando o valor pleiteado, sendo que não há comprovação de pagamentos”.	Manteve a sentença, observando que “os credores assumiram maiores riscos ao manterem o contrato com a empresa em fase de recuperação judicial e a observância do princípio da preservação da empresa, por si só, não pode justificar o inadimplemento de créditos legitimamente constituídos após o deferimento da medida”.
TJSP. Apel. 0002933-52.2014.8.26.0390. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. J. 24.8.2017.	Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução	Parceria Agrícola	Discutia-se a possibilidade de resolução do contrato pela “quebra da confiança” e “prática reiterada de inadimplemento”. No caso, os créditos discutidos eram posteriores à homologação do plano de recuperação.	Julgou procedente a demanda, rescindindo o contrato de parceria agrícola, com base nos inadimplementos reiterados da devedora, apontando, ainda, “que a ré age dessa forma em ações parecidas com a estratégia de se aproveitar do imóvel alheio, pagando a dívida de forma parcial e durante o trâmite do processo usufrui dos benefícios do arrendamento”.	Manteve a sentença de rescisão, acrescentando que “a ré somente paga o débito após ser acionada judicialmente, com quebra da confiança e violação do princípio geral da boa-fé, retirando o interesse dos autores em manter os contratos com a apelante, diante do potencial risco de prejuízo futuro”.

<p>TJSP. Apel. 1001292-50.2017.8.26.0311. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. J. 14.11.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução</p>	<p>Parceria Agrícola</p>	<p>Discutia-se a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento e consequente despejo da recuperanda. No caso, o acórdão anotou que o crédito foi constituído posteriormente ao pedido de recuperação.</p>	<p>Julgou procedente a demanda, declarando rescindido o contrato de parceria agrícola e determinando a desocupação do imóvel.</p>	<p>Manteve a determinação de resolução do contrato, anotando que “os credores assumiram maiores riscos ao manterem o contrato com a empresa em fase de recuperação judicial e a observância do princípio da preservação da empresa, por si só, não pode justificar o inadimplemento de créditos legitimamente constituídos após o deferimento da medida”.</p>
<p>TJSP. AI 2017701-76.2019.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Maurício Pessoa. J. 10.6.2019.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução</p>	<p>Fornecimento</p>	<p>Discutia-se a concessão de tutela de urgência destinada a suspender os efeitos da manifestação da fornecedora no sentido de resolução do contrato (com fundamento apenas no pedido de recuperação).</p>	<p>O Juízo recuperacional concedeu a tutela de urgência, suspendendo os efeitos da resolução do contrato.</p>	<p>Confirmou a decisão de primeiro grau, sob o fundamento de que, “pelos elevados interesses na conservação da empresa, o patrimônio da empresa e a análise da essencialidade de determinado contrato se sujeitam diretamente ao Juízo recuperacional, razão pela qual o magistrado que preside a recuperação judicial tem competência para decidir sobre as questões tratadas nestes autos”. Ressalvou-se que a tutela de urgência seria mantida até que o tribunal arbitral examinasse a questão. O voto convergente do Des. Grava Brazil anotou, ainda, que não havia risco de dano grave à fornecedora, pois os fornecimentos posteriores à recuperação geram créditos extraconcursais.</p>
<p>TJSP. Apel. 1006848-84.2017.8.26.0100. 23ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. J. B. Franco de Godoi. J. 7.3.2018.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução</p>	<p>Distribuição</p>	<p>Discutia-se a legitimidade da avença com base em cláusula resolutive expressa por insolvência. A prestadora de serviços (em recuperação judicial) pleiteava as penalidades contratuais e danos materiais aplicáveis para o caso de rescisão unilateral imotivada.</p>	<p>Julgou a demanda improcedente.</p>	<p>Manteve a improcedência, sob os fundamentos de que (i) se tratava “de hipótese de rescisão devidamente motivada”; e (ii) a cláusula autorizadora da rescisão em caso de recuperação judicial não era abusiva.</p>

<p>TJSP. AI 2170597-75.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Maurício Pessoa. J. 22.11.2017.</p>	<p>Recuperação judicial como causa do fim do contrato / Resolução</p>	<p>Seguro</p>	<p>Discutia-se a validade da resolução da avença com fundamento em cláusula resolutive expressa por insolvência. No caso, o direito à resolução foi exercido pela seguradora e a segurada, em recuperação judicial, pretendia a sua manutenção.</p>	<p>Indeferiu o pedido de manutenção do contrato de seguro, anotando que “tanto a retirada do nome da empresa dos órgãos de proteção ao crédito quanto a manutenção do contrato com a seguradora somente é possível caso o plano recuperacional venha a ser homologado (art. 59 da Lei nº 11.101/05)”.</p>	<p>Manteve o indeferimento, anotando que: (i) “no tocante à submissão das estipulações contratuais originárias às deliberações em contrário do plano de recuperação judicial (Lei 11.101/05, art. 49, § 2º), é certo que o mesmo diploma legal não impõe proibição expressa à cláusula resolutive”; (ii) “o plano de recuperação tem como objetivo precípua a renegociação das dívidas acumuladas pela recuperanda mediante abatimento das quantias e/ou dilatação do prazo de pagamento, para viabilizar o soerguimento da empresa; fugindo do seu escopo deliberar sobre a viabilidade ou não da manutenção de determinado contrato”; (iii) “diante da dicotomia entre os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e o da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, da Lei nº 11.101/2005, a validade ou não da cláusula resolutive expressa por insolvência impõe a relativização de um princípio em detrimento de outro”; e (iv) “considerando que no caso em comento trata-se de contrato de seguro, produto que é comercializado por diversas companhias que disputam o mercado em que vige a livre concorrência, nada impede que a agravante celebre um novo contrato com outra empresa do setor”.</p>
<p>TJRJ. AI 0035958-86.2016.8.19.0000. 14ª Câmara Cível. Rel. Des. Juarez Fernandes Folhes. J. 23.11.2016.</p>	<p>Recuperação judicial como fundamento do inadimplemento ou nulidade / Efeitos da recuperação judicial de terceiro sobre o cumprimento do contrato</p>	<p>Afretamento marítimo / Construção de embarcações</p>	<p>A autora da demanda, parte em contrato de afretamento marítimo, afirmava que não pôde cumprir a avença porque a empresa contratada para construir as embarcações (em recuperação judicial) não dera cumprimento a suas obrigações. A autora pedia, assim, em caráter de urgência, a suspensão das</p>	<p>Concedeu a liminar, reconhecendo a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo.</p>	<p>Reformou a decisão de concessão da liminar, sob os fundamentos de que (i) “ainda que se considere que ocorreu fortuito não imputável à agravada, consistente no deferimento do processamento de recuperação judicial do estaleiro contratado pela agravada para a construção das embarcações que atenderiam aos contratos de afretamento, há que se ressaltar que para a realização dos contratos com a PETROBRAS a BRASIL SUPPLY celebrou, por sua conta e risco empresarial, o negócio jurídico com o Estaleiro Ilha S.A. – EISA, para a construção das embarcações que são objeto do contrato de afretamento com a PETROBRAS”; e (ii) “embora esteja expresso nos contratos que as partes não responderão pelo descumprimento das obrigações provenientes de caso</p>

			penalidades decorrentes do inadimplemento.		fortuito, está prevista a rescisão contratual, com todos os seus consectários legais, para a ocorrência de caso fortuito que impeça a execução do contrato”.
TJSP. Apel. 1059595-79.2015.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. J. 28.6.2016.	Recuperação judicial como fundamento do inadimplemento ou nulidade / Efeitos da recuperação judicial de terceiro sobre o cumprimento do contrato	Fornecimento	A fornecedora alegava que o descumprimento de suas obrigações contratuais devia-se à falha de terceiro, em recuperação judicial, em fornecer o etanol na quantidade devida. Pedia, assim, o afastamento de sua responsabilidade com fulcro na ocorrência de onerosidade excessiva.	Rejeitou o pedido de afastamento da responsabilidade da fornecedora.	Manteve a rejeição do pedido de afastamento da responsabilidade da fornecedora, anotando que “não há como liberar a devedora do cumprimento da obrigação reconhecida neste processo”, pois a fornecedora elegeu como única produtora do etanol usina que “estava em regime de recuperação judicial e praticava preços mais vantajosos em relação aos concorrentes. Ou seja, todas as partes visaram lucro maior com a compra do etanol a preços convidativos e não pode ela, agora, imputar responsabilidade exclusiva dos compradores”. Anotou, ainda, que “a situação de insolvência da fornecedora, diante do vulto da transação e ao fato de que, praticando preços menores do que os das concorrentes teriam dificuldades em cumprir as obrigações assumidas na recuperação judicial, era perfeitamente previsível e não se enquadra como caso fortuito ou força maior”.
TJSP. AI 2154524-62.2016.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. 24.11.2016.	Recuperação judicial como fundamento do inadimplemento ou nulidade / Inadimplemento	Concessão comercial	Discutia-se a obrigatoriedade da manutenção do fornecimento de bens à empresa em recuperação judicial. No caso, a outra contratante não rescindiu o contrato, só interrompeu o fornecimento de mercadorias.	Concedeu a liminar para determinar que a fabricante restabelecesse o fornecimento de produtos à recuperanda.	Manteve a determinação de manutenção de fornecimento de bens, sob os fundamentos de que (i) “o mero fato de a devedora COMSTAR VEÍCULOS LTDA estar sujeita a regime de recuperação judicial não é causa apta à extinção automática e de pleno direito do contrato, muito menos à recusa de seu cumprimento”, (ii) “não houve denúncia do contrato, nem resolução extra ou judicial” e (iii) “a existência de cláusula de exclusividade no contrato de concessão revela a impossibilidade de a devedora obter, junto a outros fornecedores, ou de outras formas, o fornecimento de veículos, peças e demais utensílios indispensáveis ao desempenho de sua atividade”. Por

					outro lado, acolheu-se o pedido para que a recuperanda realizasse o pagamento à vista dos pedidos, pois “realmente não pode a concessionária ser compelida a aceitar pagamento a crédito, pois a própria situação de recuperação judicial pela qual passa a agravada indica cenário de insegurança aos credores sujeitos, ou não, aos efeitos da recuperação”.
TJSP. Apel. 1072710-41.2013.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. J. 3.10.2017.	Recuperação judicial como fundamento do inadimplemento ou nulidade / Nulidade	Franquia	A franqueada pedia o reconhecimento da nulidade do contrato de franquia e a restituição dos valores incorridos para a sua celebração, com base, entre outras razões, na omissão da franqueadora quanto a seu pedido de recuperação judicial.	Reconheceu a nulidade do contrato, anotando que a franqueadora, ao omitir dolosamente sua situação financeira, descumpriu a Lei de Franquias.	Manteve a sentença que reconheceu a nulidade do contrato, sob o fundamento de que “a prova documental apresentada, além de comprovar que a franqueadora não agiu com a boa-fé esperada, omitindo informações acerca do seu real estado financeiro e de todas as pendências judiciais em que estava envolvida, demonstra, ainda, que as franqueadas não tiveram o suporte necessário por parte da franqueadora”.
TJSP. Apel. 0145234-24.2011.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luis Fernando Nishi. J. 28.4.2016.	Recuperação judicial como fundamento do inadimplemento ou nulidade / Onerosidade excessiva em razão da recuperação judicial	Fornecimento	Discutia-se a possibilidade de cobrança de multa contratual em face da empresa em recuperação judicial (que pedia o afastamento da multa por ter essa se tornado excessivamente onerosa).	Julgou procedente a demanda, condenando a recuperanda ao pagamento da multa contratual.	Manteve a procedência da demanda, anotando que (i) “não há provas nos autos de que, antes de ser celebrado o ajuste, a compradora desconhecia a imposição de índole obrigatória ou a abusividade da estipulação, o que acarretaria o desequilíbrio contratual, não previsto pelas partes ao início da contratação” e (ii) “a alegação de dificuldade financeira enfrentada pela empresa ré não é acontecimento extraordinário ou imprevisível, o que impede a aplicação da teoria da imprevisão”.