

CONSTITUI A FALÊNCIA UM CASO DE FÔRÇA MAIOR ? *

ALBONI MARISA DUDEQUE PIANOVSKI
ALICE BARK

"Il concetto di caso fortuito non è altro che il prodotto della nostra limitata conoscenza umana".

RUEMELIN

INTRODUÇÃO

Dúplice é a importância, no campo jurídico, do perfeito entendimento de caso fortuito e força maior, quer frente às situações concretas; onde sua aplicabilidade supõe exatidão conceitual, quer em virtude de sua extensão, abrangendo aspectos não só de direito privado, como também de direito público.

Partindo da noção que nos é fornecida pelo direito civil, impõe-se-nos, no direito falimentar, uma indagação: considerada em si mesma, é a falência um caso de força maior? Seus elementos caracterizadores completam os requisitos exigíveis para que aquela se configure?

DESENVOLVIMENTO

1. **Da força maior no Direito Civil.** — É sabido que incumbe ao devedor a realização da obrigação, na forma e tempo previstos, sem o que, sob o pressuposto de culpa, responderá por perdas e danos. Contudo, a regra geral admite exceções, determináveis por uma causa superveniente, absoluta, de tal forma obstativa que o impeça de adimplir aquela obrigação. De duas ordens pode ser essa causa. SERPA LOPES sintetiza-as dizendo que "ou são acontecimentos impeditivos do adimplemento da prestação de tal força que geram a impossibilidade absoluta em cumprí-la, ou são circunstâncias posteriores, que de tal forma alteram as condições econômicas, em face das predominantes ao tempo do contrato, a ponto de provocar a ruptura da equivalência de valores, tão essencial aos contratos". (1) Deter-

* Trabalho apresentado na disciplina de Direito Comercial, 4.ª série, ano letivo de 1970.

(1) SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, 1.ª ed., II/457.

nos-emos apenas na primeira hipótese: caso fortuito e fôrça maior, que exclui a responsabilidade, derive ela do contrato, da declaração unilateral de vontade ou do ato ilícito.

A distinção entre caso fortuito e fôrça maior é desprovida de qualquer interesse prático, e por isso mesmo "inútil" (DERNBURG), não obstante as tentativas de PLANIOL, M. MARIE, BURQUIN, JOSSERAND, e do próprio EXNER em determinar traços distintivos entre ambos, notadamente em nosso direito, onde são rigorosamente iguais, produzindo idênticas conseqüências. Embora possam parecer figuras dissemelhadas (Cód. Civil, arts. 1.117 e 1.277), o art. 1.058, § único, do Cód. Civil deu conceituação idêntica ao caso fortuito e à fôrça maior, enquanto "a legislação comercial em vigor não é contudo, uniforme no emprêgo daquelas expressões. Ora fala em caso fortuito (Cód. Com. art. 104), ora em casos fortuitos; umas vezes só se refere à fôrça maior (artigos 93, 548, 549, 609, etc.), em outras associa os dois casos (artigos 102, 170, 181, 202, 631 etc.) em alguns dispositivos parece colocá-los em oposição. A versatilidade do Código Comercial, porém não derroga a sinonímia estabelecida entre ambos pelo Código Civil". (2) "Não há motivo, à luz do nosso direito positivo, para nos aventurarmos nas divagações algumas vezes bizantinas, a respeito daquela distinção, porque nenhum resultado prático ela trará para nosso estudo", confirma MOZART VICTOR RUSSOMANO. (3) BAUDRY-LACANTINÉRIE ET BARDE da mesma forma ensinam que, na linguagem da lei, caso fortuito e fôrça maior são, afinal de contas, expressões sinônimas. (4) Igualmente, das fontes romanas não provém uma distinção precisa e absoluta de caso fortuito e fôrça maior, o que intentaram realizar os glosadores, entendendo que **casus fortuitus est cui nullo hominum consilio provideri potest** (fato imprevisível) e fôrça maior **omnem cui resisti non potest** (fato irresistível mas previsível). (5) Com efeito, já o disse M. I. CARVALHO DE MENDONÇA: "o caso fortuito era caracterizado pela impossibilidade de ser previsto e a fôrça maior pela impossibilidade de ser vencida". (6).

Tomados como idênticos, porém, cumpre ressaltar que a doutrina se divide em dois sentidos, quanto à posição do devedor assumida perante tais acontecimentos. Os **subjativistas** identificam a sua noção com a de ausência de culpa, fazendo com que só se possa fa-

(2) BAPTISTA DE MELLO, *Do Caso Fortuito e da Fôrça Maior nos Contractos Civis*, in *Revista dos Tribunais*, 101/15-28.

(3) MOZART VICTOR RUSSOMANO, *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 2.ª ed., 11/429-430.

(4) EDUARDO ESPÍNOLA, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, 2.ª ed., 11-1/305.

(5) JAIME JUNQUEIRA AIRES, *Uma Chave Para a Teoria dos Riscos Oriundos do Acaso nos Contratos Civis*, in *Revista Forense*, 86/5-12.

(6) M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, 4.ª ed. 11/29-30.

lar em caso fortuito ou força maior quando não haja culpa do contratante. Considera também a pessoa do devedor, estabelecendo vaga noção de "diligência extraordinária" e entendendo que o obstáculo pode ser invencível para uma pessoa e perfeitamente possível para outra, mais hábil e melhor aparelhada. Impõe a relatividade da noção, subordinando ao arbítrio do juiz a verificação daquela extraordinária diligência. Encabeçada por GOLDSCHMIDT e tendo como seguidores ESPÍNOLA ⁽⁷⁾ e SPENCER VAMPRÉ ⁽⁸⁾, peca pelo seu extremismo: "é demasiado rigorosa ao determinar que somente começa a **vis maior** onde acaba a culpa; e é excessivamente perigosa, porque admite a oscilação do critério judicante em função das aptidões individuais do devedor", completa CAIO MÁRIO. ⁽⁹⁾

No outro extremo situam-se EXNER e os **objetivistas**, atribuindo ao devedor a prova da circunstância da força maior, observando que as suas conseqüências seriam inevitáveis para qualquer pessoa, colocada nas mesmas condições. ⁽¹⁰⁾ Os adeptos dessa corrente dão limite objetivo à responsabilidade, falhando apenas na desconsideração de circunstâncias pessoais, sem dúvida ponderáveis na caracterização do evento. É a adotada pelo Direito Brasileiro, seguida por CLÓVIS BEVILACQUA, JOÃO LUIZ ALVES, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, LACERDA DE ALMEIDA, TITO FULGÊNCIO E CARVALHO SANTOS, o que não impede, como refere COLMO, se leve a efeito o exame das circunstâncias peculiares a cada caso, porque "o requisito da inevitabilidade se condiciona em formas infinitas: o golpe de uma baleia pode importar num **casus** para uma embarcação pequena e nada representar, em relação a um transatlântico". ⁽¹¹⁾ AGUIAR DIAS aventa a hipótese de uma concepção mista, já propugnada por ARNOLDO MEDEIROS, composta do elemento subjetivo — a ausência de culpa, e do objetivo — a inevitabilidade do evento. ⁽¹²⁾

Condições indispensáveis para a existência de força maior, no Direito Brasileiro, são, consoante o disposto no Código Civil:

I. **Fato necessário** — não significa a ocorrência de qualquer acontecimento, por mais grave que seja, mas apenas daquele que impossibilite o cumprimento da obrigação e seja totalmente estranho ao poder do agente, obviamente, ao fato voluntário. "A força maior violenta a vontade do devedor, levando-o, inexoravelmente, ao inadimplemento de sua obrigação. Já ensinou CLÓVIS BEVILACQUA que

(7) EDUARDO ESPINOLA, ob. cit., II-1/299.

(8) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 4.^a ed., II/722.

(9) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 2.^a ed., II/290.

(10) SERPA LOPES, ob. cit., II/460.

(11) SERPA LOPES, ob. cit., II/461.

(12) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ob. cit., II/721.

"se o ato jurídico é a cristalização de um determinado movimento de vontade, é preciso que esta, efetivamente, exista e funcione normalmente, para que se forme a substância do ato" (**Teoria Geral do Direito Civil**, p. 275). Com mais razão, para sofrer as consequências do não cumprimento da obrigação, necessita o devedor agir de vontade livre, com intenção manifesta ou com culpa. O fato de força maior redime essa vontade contrariada. Desde que não houve **animus** de prejudicar o credor, nem possibilidade de se evitar o inadimplemento obrigacional, só se poderá concluir pela total inocência e pela irresponsabilidade total do devedor". (13) Não será um fenômeno que se operará por si mesmo, independentemente de uma causa agente, dado que isso é inconcebível: **ex nihil nihilo fit**. Contudo, estará além do alcance humano reprimi-lo.

"Na doutrina e na jurisprudência admite-se que a citação para a causa equivale à notificação determinada pelo art. 205 do Código Comercial.

Não constitui força maior a dificuldade por uma das partes em cumprir a prestação". (14)

"Para que o caso fortuito ou força maior possam ser invocados como causa objetiva impeditiva, há necessidade da ocorrência de um fato necessário, isto é, cujos efeitos eram inevitáveis". (15)

II. Inevitabilidade, inimpedibilidade ou irresistibilidade dos efeitos — requerem que não haja meios de evitar ou de impedir os efeitos da força maior, que acarreta essa impossibilidade **in totum**. Não se confunde com a dificuldade, que não exonera o devedor da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação, mas apenas tem o poder de atenuá-la.

"Para que os fatos humanos cheguem a constituir caso fortuito ou de força maior é necessário que tenham uma força de oposição tão grande que represente para o devedor obstáculo inevitável e irresistível". (16)

A referência à **imprevisibilidade** do acontecimento, não obstante entendimento em contrário de JOSÉ EDUARDO DE TOLEDO ABREU (17), não é de maior importância, posto que, mesmo previsível, pode ele surgir com indomável força, com tantas e tão graves consequên-

(13) MOZART VICTOR RUSSOMANO, *O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro*, 2.ª ed., II/429.

(14) *Revista dos Tribunais*, 248/474.

(15) *Revista dos Tribunais*, 150/643.

(16) *Revista Forense*, 175/229.

(17) JOSÉ EDUARDO DE TOLEDO ABREU, *Contrato Individual do Trabalho*, in ANTONIO EDWING CACCURI et alii, *Curso de Legislação Trabalhista*, p. 167-187.

cias que não será possível responder o devedor pelo prejuízo. “Imprevisibilidade”, escreve NUMA P. DO VALLE, “se verifica somente em relação ao tempo e ao espaço. O evento é possível e constantemente se verifica mas, o momento e o lugar em que se manifesta, não é dado ao homem prever. São possíveis — um terremoto, um maremoto, a erupção de um vulcão, mesmo daquele já por muito tempo extinto, um naufrágio, um incêndio em terra ou a bordo, o descarrilhamento de um trem, a morte natural ou acidental de uma ou de muitas pessoas, uma tempestade com ou sem granizo, um raio e muitos outros fenômenos que se operam no mundo universal causando a destruição de coisas e a morte e lesões físicas a seres vivos, mas como tais fenômenos não podem ser previstos, nem evitados, são, por isso mesmo, irresistíveis”. (18) Na verdade, diz BONNECASE, “a previsão real ou possível de acontecimentos suscetíveis de implicarem na impossibilidade absoluta de executar a obrigação não exclui em nada, em princípio pelo menos, a eventualidade da superveniência da noção de caso fortuito ou de força maior **com todos seus efeitos** nas relações entre credor e devedor”. (19)

Os fenômenos naturais, leis, decretos, atos administrativos e de terceiros são constitutivos de força maior. (20)

Na jurisprudência italiana, segundo GASTONE COTTINO, admite-se a alegação do **casus** em **il sequestro di beni disposto dalla così detta repubblica sociale italiana, l'evento bellico, o senza altro la guerra in quanto causa di impossibilità, l'apertura forzata di cassette di sicurezza e l'asportazione di somme depositate in banca da parte di formazioni di truppe nazi-fasciste o dell'autorità esercitante anche di fatto il pubblico potere, l'incursione aerea che distrugge la cosa depositata o trasportata; le intemperie di mare e di terra ed in particolare la tempesta; lo sciopero; la rapina e, talora, il furto; l'attraversamento della strada da parte del pedone**, e muitos outros. (21)

No Direito Civil Brasileiro, entretanto, há circunstâncias em que a lei admite, não obstante o caso fortuito e força maior, seja a pessoa responsável ou, então, exige prova mais rigorosa que a de simples força maior (v. g., ausência de culpa). É o que ocorre nos artigos 1.058, caput; 957; 1.300, § 1.º; 1.338; e 1.127, § 1.º.

(18) NUMA P. DO VALLE, *Do Caso Fortuito e da Força Maior. Da Distinção Nítida Entre Um e Outro — Importância Prática e Jurídica da Distinção*, in *Revista dos Tribunais*, 129/439-449.

(19) JAIME JUNQUEIRA-AIRES, *ob. cit.*, 86/5-12.

(20) BAPTISTA DE MELLO, *ob. cit.*, 101/15-28.

(21) GASTONE COTTINO, *L'Impossibilità Sopravvenuta della Prestazione e la Responsabilità del Debitore*, Giuffrè, Milão, p. 219-221.

III **Da força maior do Direito do Trabalho.** — No Direito Civil e no Direito do Trabalho, o conceito de **vis maior** é, em essência, o mesmo. Mas, para nós, em face da lei n.º 62, de 5 de junho de 1935, a falência **era considerada** motivo de força maior, e esta ocorreria quando:

1. surgisse um dos fatos aceitos pela doutrina universal;
2. houvesse supressão de emprêgo ou cargo, por motivo de economia;
3. fôsse extinto um determinado ramo de negócios.

"A lei considerava tais fatos como provados, quando houvesse **diminuição de negócios** e em consequência **restrição da atividade** e", continua CARLOS DE BONHOME S. W., "as medidas fossem aconselhadas pelas **condições econômicas e financeiras do empregador**". (22)

Compreendia, então, a falência e a concordata preventiva.

Mas, êste entendimento, era origem de problemas sociais, criados com o desemprego. O devedor era excluído integralmente de responsabilidade "porque decorre de fatos estranhos e superiores à sua vontade, fatos que até afetam a segurança econômica do patrão". (23)

E a concordata, a falência ou outro motivo de crise aguda, resultando de motivo de força maior, passaram a ser considerados, pelos doutrinadores e tribunais, não em vista do texto da lei, e sim inspirados em tratadistas estrangeiros. (24)

"A falência do empregador não constitui justa causa para a dispensa do empregado, devendo, assim, ser-lhe paga a indenização prevista na Lei n.º 62, de 1935". (25)

"A falência não pode ser considerada motivo de isentar o empregador das obrigações prescritas na Lei n.º 62, pois que não constitui acontecimento imprevisível e inevitável". (26)

A Constituição de 1937, ratificando o nôvo entendimento de que "a concordata ou a falência desde que não sejam o resultado de um motivo de força maior, não autorizam a despedida de empregados" (27), através do art. 137, letra f, revogou os §§ 1.º e 2.º

(22) CARLOS DE BONHOME S. W., *Despedida Justa (Normas Punitivas ou Faltas Graves)*, p. 89.

(23) MOART VICTOR RUSSOMANO, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 6.ª ed., III/958.

(24) CARLOS DE BONHOME S. W., ob. cit., p. 89.

(25) *Revista Forense*, 90/241.

(26) *Revista Forense*, 90/241.

(27) CARLOS DE BONHOME S. W., ob. cit., p. 89.

do art. 5.º, da Lei n.º 62. E também, a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 502, permitiu a redução dos salários, somente na ocorrência de força maior, adotando a "teoria do risco profissional". (28)

EGON GOTTSCHALK opinava por uma maior elaboração desta teoria em seus princípios fundamentais. "A teoria do risco deve ser examinada sobre o aspecto do seu histórico, de suas modalidades, profundamente divergentes e de seu âmbito geral. É uma teoria, cuja fonte é, de um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Trabalho do **Reich** e, de outro lado, a elaboração crítica-doutrinária dos tratadistas alemães". (29) E continuando, "A "teoria do risco" ou "risco de empresa", não pode, portanto, servir, de boa consciência, para fundamentar e justificar uma **"responsabilidade objetiva"** do empregador que faz seus todos os riscos, inclusive caso fortuito e força maior, que impossibilitem a continuação das suas atividades. Pois, até para os mais fervorosos adeptos do "risco de empresa", havia no sistema do direito de trabalho alemão em todos os tempos a válvula de segurança da rescisão imediata e "sem prazo (**"fristlose Entlassung"**), por motivo importante" (**"Kuendigung aus wichtigem Grund"**, **ausserordentliche Kuendigung"**)". (30)

Como vemos, a "teoria do risco profissional", entre nós, desvirtuou a sua origem.

Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 501, § 2.º, admite o evento da força maior, somente quando a situação **econômica e financeira** da empresa ficar profundamente comprometida. Não se pode levar em consideração só uma das características. É imprescindível que sejam investigadas par a par.

"A força maior, no Direito Social Brasileiro, só constitui justa causa para a dispensa do empregado quando impossibilita econômica e financeiramente a empresa de manter o respectivo contrato de trabalho". (31)

"O conceito de força maior que obste o pagamento de salário está claramente disposto no art. 501 e seus parágrafos. Mas no parágrafo 2.º está que não são de ser aplicadas as restrições de que trata o capítulo XIII quando a força maior não afeta substancialmente a situação econômica da empresa. Daí se segue que não basta haver força maior. É preciso que esta tenha como consequência afe-

(28) MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 6.ª ed., III/958.

(29) EGON GOTTSCHALK, *Fôrça Maior Como Motivo Determinante da Rescisão do Contrato Individual do Trabalho*, p. 35.

(30) EGON GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 42.

(31) M. CAVALCANTI CARVALHO, *Dicionário de Direito do Trabalho, Medicina do Trabalho, Direito Sindical e Previdência Social*, I/410.

tar a empresa na sua economia e finanças, substancialmente. Mesmo no caso de afetar a economia e as finanças da empresa, se estas não forem substancialmente afetadas, ainda que haja força maior não há que aplicar restrição alguma. Em face da lei, é como se não houvesse ocorrido força maior". (32)

"Provado que o motivo de força maior alegado, não afetou substancialmente a situação econômica da empresa, assiste ao empregado o direito de perceber o salário nos dias em que não houver trabalho". (33)

"... o § 2.º do art. 501 da C.L.T. impede a aplicação dos princípios que norteiam o instituto da força maior nos casos em que a ocorrência do motivo não afetar substancialmente, **nem for suscetível de afetar** a situação econômica e financeira da empresa. Ninguém de boa-fé poderá negar que, limitada e restringida a produção da empresa por um dilatado período diário de racionamento de energia elétrica, o fato seja suscetível de afetar a situação econômico-financeira. Para o legislador não é preciso que o motivo **afete** substancialmente, mas que seja suscetível de **afetar** a situação das empresas". (34)

Inevitabilidade, irresistibilidade e abstração da vontade do empregador, esta tanto sob o aspecto doloso quanto culposos, são extremamente necessárias para que se possa considerar um fato como força maior. E, ao se falar em culpabilidade do empregador, está-se referindo ao relacionamento da imprevidência com medidas prejudiciais à empresa, tais como péssima administração, encargos por demais onerosos, e, em consequência, incumpríveis.

"As circunstâncias decorrentes da crise econômico-financeira, resultante da inflação e suas consequências não apresentam as características de imprevisibilidade essencial à configuração da força maior, constituindo riscos do negócio". (35) E, continuando, "problemas de crédito e de mercado dizem respeito exclusivamente ao risco da empresa a que é alheio o trabalhador, como também é alheio aos lucros havidos pelo patrão..." (36)

"Força maior. Falta de matéria-prima. Redução da jornada de trabalho. Risco do negócio. Não configuração da força maior". (37)

(32) B. CALHEIROS BOMFIM, *Jurisprudência do Contrato de Trabalho (os Artigos 442 a 510, da C.L.T., Vistos Pelos Tribunais Superiores)*, p. 260.

(33) B. CAVALHEIROS BOMFIM, *ob. cit.*, p. 261.

(34) PIRES CHAVES, *Jurisprudência Trabalhista*, 11/388.

(35) *Revista Forense*, 211/362.

(36) *Revista Forense*, 211/362.

(37) M. CAVALCANTI CARVALHO, *ob. cit.*, 1/408.

"Crise industrial não configura motivo de força maior, situando-se dentro da área do risco de negócio". (38)

"A situação de **desequilíbrio econômico-financeiro** da empresa, quando esta concorre diretamente para isso, não possuindo técnico necessário às suas atividades e havendo desperdício de matéria-prima na fabricação de determinados artefatos, caracteriza a hipótese de imprevidência do empregador, que exclui a possibilidade de ser invocada aquela situação como motivo de força maior para os efeitos previstos no art. 503 da C.L.T. Não enseja revista o acórdão regional que assim houver decidido". (39)

"A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior, daí a responsabilidade daquele na paralisação dos serviços e consequência da ruptura dos contratos de trabalho". (40)

"A falência não constitui motivo de força maior para a dispensa do empregado, eis que para a caracterização de força maior é indispensável que não tenha havido imprevidência do empregador e não tenha ele concorrido, direta ou indiretamente, para a paralisação do serviço." (41)

"A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior. O estado de insolvência por motivo de concordata não exclui a empresa das obrigações trabalhistas". (42)

"Se decorrente da situação irregular que se criou o próprio empregador, não pode o ato impeditivo ou repressivo do poder público ser tido por motivo de força maior. Ao patrão, no caso, incumbe o pagamento das indenizações previstas pela legislação do trabalho". (43)

"A falência não se identifica com a força maior, pois constitui risco do negócio, hipótese previsível, pelo que, incorrendo justa causa para a dispensa, são devidos aviso prévio, gratificação de Natal, saldo de salário em dobro". (44)

"Só existe força maior, quando o evento é devido a fenômenos naturais, com exclusão de qualquer outra causa. Se o empregador concorreu de algum modo para provocar ou agravar a ação, já não

(38) MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 6.ª ed., III/956.

(39) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 69.

(40) CESARINO JUNIOR, *Consolidação das Leis do Trabalho*, 4.ª ed., II/62.

(41) CESARINO JUNIOR, *ob. cit.*, II/62.

(42) *Revista Forense*, 205/392.

(43) *Revista Forense*, 99/549.

(44) *Revista Forense*, 222/402.

pode ser reconhecida a eximente do art. 7.º, "b" da Lei de Acidentes do Trabalho". (45)

Percebe-se, facilmente, que não se pode incluir o risco do negócio como um dos elementos da força maior. É ônus com que arcam todos os que se dedicam a qualquer dos ramos do comércio, indústria ou transporte.

O empregador não pode contrapor ao direito do empregado de receber seus vencimentos a desculpa de que o fechamento de uma filial ou o encerramento de suas atividades deu-se por motivo de força maior, quando em verdade o que houve foi medida de economia ou desinteresse em levar adiante seus negócios.

Um fato argüido como força maior, deve ser provado, e em abono desta afirmação, temos:

"Se a **força maior**, nos precisos termos do art. 1.058, parágrafo único, do C. Civil, verifica-se no **fato necessário**, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir — os representantes do patrão, na espécie, deviam provar o caso fortuito que alegaram com invocação de trechos em italiano". (46)

"Para a configuração da "força maior", em Direito do Trabalho, é imprescindível a prova da ocorrência do evento fatal, que a fêz surgir". (47)

"Sem a prova de qualquer motivo de força maior, os prejuízos decorrentes da crise que possa experimentar determinada indústria constituem risco de negócio. Não enseja recurso extraordinário o julgado regional que assim houver decidido". (48)

"Não ofende lei alguma a decisão que, à falta de prova de força maior, invocada de acordo com o art. 81, do Código Comercial, e art. 1.226, do Código Civil, não reconhece justa causa para desobrigar o empregador da indenização ao empregado. Não é exato que a conceituação da força maior ou do caso fortuito seja privativa do direito civil, não havendo razão para, à sua invocação, desaforar-se a causa da Justiça Trabalhista para a ordinária". (49)

Mesmo por motivo de força maior que determine a extinção da empresa, o empregado terá direito a uma indenização, conforme

(45) Revista dos Tribunais, 234/417.

(46) Revista Forense, 48/148.

(47) B. CALHEIROS BOMFIM, Dicionário de Decisões Trabalhistas, p. 79.

(48) B. CALHEIROS BOMFIM, Jurisprudência do Contrato de Trabalho (os Artigos 442 a 510, da C.L.T., Vistos Pelos Tribunais Superiores), p. 259.

(49) MOZART VICTOR RUSSOMANO, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 442 a 569), 6.ª ed., III/953.

determina o art. 502 da C.L.T., e seus incisos. O legislador, note-se, deixou clara a necessidade de um motivo de força maior que **determine** e não que **possa determinar** a extinção da empresa.

Em seu art. 501, a C.L.T. define a força maior, que, segundo EDUARDO ESPÍNOLA, é "um acontecimento que 1.º) é estranho à vontade do devedor; 2.º) que absolutamente não se lhe pode imputar; 3.º) mas impede o cumprimento da obrigação". (50) Estaria aí incluída a destruição da empresa, por todo e qualquer caso fortuito, salvo, diz J. RÉGIS FASSBENDER TEIXEIRA, "quando, havendo seguro contra o evento ocorrido, haja indenização que permita reiniciar a labuta interrompida". (51) Difere do **factum principis**, que é a ordem da autoridade, não só quanto aos requisitos, mas também quanto aos efeitos: cessando o contrato de trabalho por ato de autoridade, por esta serão pagas, **integralmente**, as indenizações, ao contrário do que ocorre na força maior, pois o art. 503 da C. L. T., permite a redução dos salários até 25%, quando houver prejuízo devidamente comprovado. Porém, se a situação financeira da empresa não permitir o pagamento com a redução, o trabalhador poderá dar por rescindido o contrato, com direito às indenizações legais. (52)

"Força maior, seu conceito e conseqüências na legislação do trabalho. A ocorrência de força maior só isenta o empregador quando o evento é de modo a afetar a situação econômico-financeira da empresa. Aplicação do § 3.º do art. 61 da Consolidação. Prorrogação da duração do trabalho para recuperação do tempo perdido". (53)

Mas, ocorrendo o estado econômico de insolvência do comerciante, não há a destruição da empresa, e a simples mudança, alteração, transformação da pessoa jurídica, por qualquer forma que se realize, não rescinde o contrato de trabalho, porque o empregado contrata com a empresa e acompanha o seu destino. "Subsistem em caso de falência os direitos oriundos de contrato de trabalho". (54) "Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa". (55) É o que se entende do art. 43 da Lei de Falências, dispositivo que está em consonância com o art. 449 da C.L.T., prova flagrante de que a falência não é caso de força maior: os contratos bilaterais e consensuais não serão resolvidos pela quebra, assegurando-se aos em-

(50) EDUARDO ESPÍNOLA, ob. cit., II-1/299.

(51) JOÃO RÉGIS FASSBENDER TEIXEIRA, *Direito do Trabalho*, I/202-203.

(52) ROBERTO BARRETO PRADO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II/575.

(53) B. CALHEIROS BOMFIM, *Jurisprudência do Contrato de Trabalho* (os Artigos 442 a 510, da C.L.T., Vistos Pelos Tribunais Superiores), p. 260.

(54) VÍCTOR ESPÍRITO SANTO & B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 95.

(55) VÍCTOR ESPÍRITO SANTO & B. CAVALHEIROS BOMFIM, ob. cit., p. 95.

(56) M. CAVALCANTI CARVALHO, ob. cit., p. 407.

pregados o direito à correspondente indenização. Idêntica é a solução no Direito Francês: **"En cas de faillite de l'employeur, les contrats de travail ne sont pas ipso jure résiliés. Le syndic de la faillite peut facultativement, soit résilier les contrats de travail, — auquel cas les salariés deviennent créanciers dans la masse —, soit reprendre à son compte les contrats en cours, auquel cas les ouvriers deviennent créanciers de la masse. Mais, ni dans l'une, ni dans l'autre éventualité, la faillite par elle-même n'entraîne résiliation des contrats."** (57)

Da jurisprudência, colhemos, ainda, alguns acórdãos:

"O art. 449 da Consolidação das Leis do Trabalho não autoriza a interpretação no sentido de que a falência da empresa só por si acarreta a rescisão dos contratos de trabalho dos empregados". (58)

"A falência não é motivo de força maior para justificar dispensa do empregado". (59)

"É de se reconhecer o direito à indenização legal ao empregado dispensado por motivo de falência, visto que esta não constitui justa causa para a dispensa". (60)

"A falência não exonera o empregador do pagamento das indenizações legais constituindo a sentença em dissídio trabalhista título de dívida líquida e certa, para habilitação no juízo falimentar, dentro dos limites dos arts. 144 e 449 da Consolidação das Leis do Trabalho". (61)

"A falência ou concordata não exonera o empregador do pagamento dos salários, férias e indenizações". (62)

"Falência não se considera motivo de força maior. Assim sendo, devem ser pagas as indenizações legais aos empregados dispensados por esse motivo". (63)

"A falência não constitui motivo de força maior para a dispensa do empregado, eis que para a caracterização da força maior é indispensável que não tenha havido imprevidência do empregador e não tenha ele concorrido direta ou indiretamente, para a paralisação do serviço". (64)

(57) GÉRARD LYON-CAEN, *Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, Libr. Générale de Droit et de Jurispr., Paris, p. 203.

(58) *Revista Forense*, 159/441.

(59) *Revista Forense*, 95/523.

(60) *Revista Forense*, 92/268.

(61) EMILIO GUIMARÃES, *Dicionário Jurídico-Trabalhista*, IV/7.

(62) EMILIO GUIMARÃES, *ob. cit.*, IV/7.

(63) *Revista Forense*, 89/213.

(64) ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, *A Lei de Falências Interpretada Pelos Tribunais*, p.110.

"Ocorrendo a falência da empresa, ao empregado convocado são assegurados os direitos decorrentes das leis de proteção ao trabalho". (65)

"Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa". (66)

"Com a falência não se rescinde o contrato de trabalho do empregado, se a empresa continua suas atividades. Pode a Justiça, entretanto, reconhecer antecipadamente o crédito do empregado, para o caso de se consumir a falência e serem os empregados chamados a concorrer com os demais credores...". (67)

Não obstante, há jurisprudência que contradiz a mencionada:

"A falência rescinde os contratos de trabalho, e para efeito dos cálculos da indenização, não pode ser considerada motivo de força maior". (68)

"A falência do empregador constitui justa causa para a rescisão do contrato do trabalho". (69)

"Na falência não há dispensa, mas cessação do trabalho, o que exclui o direito à indenização para o operário". (70)

A alegação de força maior é vista com bastante prudência pela lei. Nos casos efetivamente havidos, o empregado terá direito à indenização, conforme já frisamos, em se tratando da extinção da empresa. E o empregador poderá reduzir os salários, até que a empresa possa equilibrar e retomar suas atividades normais. Mas não poderá ser alegada a bel prazer do empregador, com o intuito de prejudicar o empregado.

IV. Da força maior no Direito Falimentar. — Constituindo a falência a regulamentação legal de um estado de fato (**bankruptcy is a legal status, insolvency a financial one**, para os norte-americanos), é imprescindível, em nosso estudo, a análise dos sistemas determinantes dessa situação anômala do crédito:

- a. cessação dos pagamentos,
- b. superação do ativo pelo passivo (insolvência),
- c. impontualidade,
- d. impontualidade e outros atos.

(65) VICTOR ESPÍRITO SANTO, B. CALHEIROS BOMFIM, ob. cit., p. 6.

(66) EMÍLIO GUIMARÃES, ob. cit., IV/7.

(67) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 63.

(68) EMÍLIO GUIMARÃES, ob. cit., IV/6.

(69) EMÍLIO GUIMARÃES, ob. cit., IV/6.

(70) LÉO CALDAS RENAULT, *Roteiro do Direito Falimentar*, p. 158.

Para a maioria dos Códigos, seguindo o exemplo francês, **"tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite"**.⁽⁷¹⁾ Supõe-se, destarte, a "falta de fundos, mudança de estado, isto é, alteração na fortuna e reputação do comerciante, constituindo-o no descrédito, e impossibilidade de satisfazer as suas obrigações", dizendo ainda JOSÉ DA SILVA LISBOA, Visconde de Cairú, que impontualidade "é a espécie de falimento, que consiste em faltar alguém à sua palavra, e fé dada no têrmo prefixo, e qualquer transação mercantil. Todo o comerciante, que **não paga em dia**, isto é, no prazo do vencimento da obrigação contraída, ou que sem justa causa não cumpre qualquer ajuste deliberado, e de boa-fé, é havido por impontual, e falta de honra, delicadeza, e primor; e sofre logo por isso desar na sua reputação mercantil; de sorte que as pessoas de caráter devem necessariamente evitar o comprometerem-se com êle em transações de importância; ditando a prudência, que ninguém trate, e se implique em interêsse recomendáveis com homem, que não cumpre o que promete, quando aliás, quem com êle transigiu, também contou em suas operações, e empenhos com a esperada pontualidade, e firmeza de trato. Quando o comerciante, que assim procede, é notoriamente havido por pessoa de cabedais, pode talvez o seu nome, e crédito não sofrer absoluto descrédito mercantil no juízo do vulgo; mas se não tem fama de solidez, a abonação não lhe é possível comerciar com honra; pois manifesta que não tem fundos, nem amigos, a quem recorra em suas urgências, ou que não tem a probidade, nem sente, e aprecia a nobreza de sua profissão; ou que os seus negócios se acham em grandes embarços, e sobrecarregos, procedentes da imprudência de se aventurar em especulações superiores a seus capitais, e crédito".⁽⁷²⁾

Peca êste sistema pelo subjetivismo de que está impregnado: quando, realmente, o comerciante cessa seus pagamentos? É difícil precisar, cientificamente.

Por outro lado, a insolvência, que para o Prof. ANDREA ARENA é **"appunto il fatto e lo stato che la legge pressuppone necessari per la dichiarazione di fallimento"**⁽⁷³⁾, não é suficiente, sendo de se adotar o sistema da impontualidade, que, conforme CARVALHO DE MENDONÇA, é "o sinal ostensivo, mais perfeito da impossibilidade de pagar, e, conseqüentemente, do estado de falência".⁽⁷⁴⁾ Adotado pela lei brasileira, está assentado em ato público, solene, formal, que é o protesto, por falta de pagamento, de título de dívida lí-

(71) Code de Commerce, art. 437.

(72) WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, 4.^a ed., V/39-40.

(73) ANDREA ARENA, *Introduzione Allo Studio del Diritto Commerciale*, Giuffrè, Milão, p. 105.

(74) WALDEMAR MARTINS FERREIRA, ob. cit., V/39-40.

quida e certa. Se o comerciante não paga no dia do vencimento a sua obrigação, ainda não se configura a falência, que é externada pelo protesto. "Quando, no Brasil, o comerciante não logra evitar o protesto de seu título de dívida, é porque, falta de recursos, seu crédito definitivamente desapareceu e se esgotou o espírito de cordura e transigência de seus credores. A paciência também tem limites; e o ânimo de conciliar, suas raízes", diz WALDEMAR FERREIRA. ⁽⁷⁵⁾ Além da impontualidade, porém, o art. 2.º do dec.-lei 7.661 traz outros atos, reveladores do desequilíbrio financeiro do comerciante e que servem de base para a declaração de falência — são os **acts of bankruptcy** ou atos de falência, caracterizadores da ruína do comerciante, que tenta iludir seus credores, numa busca desesperada de "evitar o inevitável" (WALDEMAR FERREIRA). ⁽⁷⁶⁾ Sem dúvida, pode ser considerado o melhor meio de se determinar a quebra aquêle consubstanciado em nossa lei. Não é, como também não o são os demais critérios, científico, mas é, ao menos, o mais prático.

Temos, portanto, que a falência, em sentido econômico, repetindo BENTO DE FARIA, "traduz a impossibilidade em que se encontra o comerciante de realizar os valores necessários ao cumprimento das suas obrigações, situação essa que podendo ser determinada por causas suscetíveis de mal recomendar o orientação da atividade comercial ou evidenciar os propósitos desonestos de quem a exercita, resulta também de circunstâncias que não afetam a probidade do negociante infeliz, v. g., a desvalorização dos seus estoques, o desequilíbrio financeiro do país determinante da retração do crédito, as crises bancárias, ou, consoante a expressão do Cód. Comercial português de 1833 — **por vício da fortuna**". ⁽⁷⁷⁾

Qual a medida em que êsse vício da fortuna afeta a responsabilidade do comerciante? A força maior, sabemos, é causa de isenção de responsabilidade. Também o será a falência? Imprescindível para haver a obrigação é a relação de causalidade entre a ocorrência do evento e a sua causa determinante. Se há a supressão dêsse nexos causal, não se pode falar em cumprimento do compromisso assumido. Essa supressão, porém, deve ser de forma a configurar a absoluta impossibilidade de adimplemento e não apenas um cumprimento mais oneroso ou difícil.

"O caso fortuito ou de força maior só se configura quando há

⁽⁷⁵⁾ WALDEMAR MARTINS FERREIRA, ob. cit., V/39-40.

⁽⁷⁶⁾ WALDEMAR MARTINS FERREIRA, ob. cit., V/39-40.

⁽⁷⁷⁾ BENTO DE FARIA, *Direito Comercial*, IV-1/59.

impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação, não quando a execução desta somente se torna mais onerosa e difícil". (78)

Mencionemos os contratos. Sobre os unilaterais, muito pouco há que dizer quanto aos efeitos da falência sobre eles, se ainda não executados, isto porque permanecem inalteráveis, na sua existência jurídica. Quanto aos bilaterais, o art. 43 da Lei é expresso: "Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa". Necessário é, pois, da mesma forma que na lei argentina: "a) que a falência tenha sido declarada judicialmente; b) que se trate de contratos bilaterais, anteriores à sentença declaratória da falência, e que esses contratos sejam válidos e não sujeitos à resolução; c) que não hajam sido executados totalmente por nenhuma das partes". (79)

Confirmando esse preceito, há, também valiosa jurisprudência:

"No contrato de depósito, mesmo quando vinculado a outras relações contratuais, o depositário tem o direito de exigir, a qualquer tempo, a coisa depositada. Assim, se o falido recebeu maquinismo em depósito, como consequência de um contrato de locação de serviços, não pode a massa recusar a sua restituição, com fundamento no art. 43, da Lei de Falências, contrariando a natureza do depósito, maximé quando o próprio contrato prevê esse direito de restituição". (80)

"A falência não resolve "pleno jure" os contratos bilaterais ainda não executados inteiramente, e o síndico poderá chamar à massa a obrigação de cumprí-los. Se o síndico declara a impossibilidade de cumprir o contrato, considerar-se-á este rescindido, mas não se deve carregar à massa nenhuma penalidade por essa rescisão a que a falência deu causa". (81)

"A paralisação dos negócios por si só não justifica o cancelamento de encomenda feita e a recusa ao recebimento de mercadorias". (82)

A desvantagem, mesmo imprevista, não autoriza, de modo algum, a rescisão dos contratos. O não cumprimento das obrigações, o rompimento de contratos, pode caracterizar a falência, mas esta não pode ser um caso de fôrça maior e sim de risco peculiar às atividades da empresa.

Aqui, como no sistema argentino, o contraente **in bonis** poderá

(78) Revista Forense, 68/384.

(79) FRANCISCO GARCIA MARTINEZ, *El Concordato y la Quiebra en el Derecho Argentino y Comparado*, 2.ª ed., Zavalia, Buenos Aires, II/114.

(80) ROBERTO BARCELLOS MAGALHÃES, *A Lei de Falências Interpretada Pelos Tribunais*, p. 110.

(81) Revista Forense, 143/281.

(82) Revista dos Tribunais, 94/576.

suspender a execução do contrato, pois o falido não tem condições de cumprí-lo. Mas, as normas aplicáveis serão as do direito comum em matéria contratual, e **nunca como efeito próprio e direto da declaração da falência** ⁽⁸³⁾, ou ainda, a relação poderá ficar em suspenso, até o termo desta, ou com a concessão da concordata. ⁽⁸⁴⁾ **La quiebra, en principio no es causa para que los contratos sinalagmáticos se disuelvan ipso jure, a excepción de aquellos que, como el mandato, la cuenta corriente y la sociedad, terminan al dictarse la sentencia declarativa**". ⁽⁸⁵⁾

O § único do art. 43, por sua vez, dá o direito de escolha ao síndico, paralisando o direito que tinha o contraente **in bonis** de exigir o cumprimento do contrato. Contudo, se as partes houverem convenicionado que a falência ou concordata incidente em qualquer uma delas ou em ambas, constituirá motivo suficiente para a rescisão pura e simples do avençado, essa cláusula é, consoante VALVERDE, "em princípio aceita, tanto pela doutrina como pela jurisprudência". ⁽⁸⁶⁾ Como se vê, é uma faculdade que a lei outorga ao síndico, a de rescindir o contrato, no caso de falência de qualquer uma das partes, diferentemente da força maior, onde há independência do direito de escolha, resolvendo-se de **pleno jure** o contrato.

Comprovando que a falência realmente não é caso de força maior, há quase unanimidade na jurisprudência:

"Não existe motivo para a aplicação das disposições referentes a força maior quando o fato era esperado havia longos anos. A causa **fôrça maior** pressupõe imediatismo, surpresa, cerceamento de possibilidades normais". ⁽⁸⁷⁾

"Os simples prejuízos financeiros e econômicos de uma empresa, não constituem, por si sós, força maior para ela se eximir de suas obrigações contratuais". ⁽⁸⁸⁾

"Dificuldades econômicas, que não derivam de acontecimento inevitável e imprevisível não caracterizam a força maior". ⁽⁸⁹⁾

"Dificuldades econômicas não constituem força maior. A força maior reduz à metade a indenização de tempo de serviço, mas não a reparação de férias". ⁽⁹⁰⁾

"Dificuldades econômicas não constituem força maior, do mesmo

(83) ADOLFO E. PARRY, *Efectos de la Quiebra y el Concurso Civil en las Obligaciones y en los Contratos*, Tip. Ed. Argentina, Buenos Aires, p. 331.

(84) ADOLFO E. PARRY, *ob. cit.*, p. 331.

(85) FRANCISCO GARCIA MARTINEZ, *ob. cit.*, II/203.

(86) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências*, I/251.

(87) YARA MÜLLER, *Empregador e Empregado na Justiça do Trabalho*, p. 62.

(88) M. CAVALCANTI CARVALHO, *ob. cit.*, I/406.

(89) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 69.

(90) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 49.

modo que a falência e a concordata. Indeferimento de perícia para provar dificuldades econômicas, com o fito de demonstrar a confirmação de fôrça maior e reduzir a indenização, não perfigura o cerceamento da defesa". (91)

"Os prejuízos comerciais, ainda comprovados, não caracterizam a fôrça maior". (92)

"Fôrça maior. Não constitui o fato que, em vez de impedir a execução da obrigação, a torna mais difícil ou mais onerosa". (93)

"O fim da falência é propiciar uma liquidação coletiva de crédito contra o devedor comum; é por isso uma execução coletiva. Sendo um processo jurídico, não pode ser erigido à categoria de caso de fôrça maior, salvo quando imposta por evento irresistível e superior às fôrças humanas". (94)

CONCLUSÃO

O crédito, mola propulsora do comércio, poderá ser abalado em sua estrutura, ocasionando a falência, por múltiplas causas, sejam elas econômicas, financeiras, políticas ou imputadas ao próprio falido, quer pela sua má administração, quer pela sua imprevidência. Sejam causas de ordem geral ou particular, abstrai-se a falência como caso de fôrça maior, pois de maneira alguma poderá ser considerada como um acontecimento imprevisível e irresistível. É um risco do negócio.

É possível sintetizar em alguns itens os aspectos enumerados:

I. os riscos do negócio não constituem fôrça maior, donde a falência, sendo inclusive previsível para todo aquê que se adentra em atividades industriais, comerciais ou de transportes não a constitui, igualmente;

II. se a falência fôsse caso de fôrça maior, não subsistiriam os direitos oriundos do contrato de trabalho, pois quando esta se configura, a lei permite uma redução nos salários;

III. na fôrça maior deve haver a inevitabilidade do evento, o que na falência é totalmente diverso, sendo de se considerar, ainda, que a imprevidência do empregador não a constitui;

IV. a fôrça maior resolve de direito os contratos bilaterais; na falência, há a faculdade que a lei outorga ao síndico para que os cumpra ou não, conforme as conveniências.

(91) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 49.

(92) B. CALHEIROS BOMFIM, *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, p. 49.

(93) TITO GALVÃO FILHO, *Lei de Falências Interpretada*, p. 172.

(94) EMILIO GUIMARÃES, *ob. cit.*, IV/6.