



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM CONTRATOS

Ádala Gaspar Buzzi

**Os prejuízos da presença da cláusula resolutiva expressa *ipso facto* nos
contratos**

São Paulo – SP
2017



ÁDALA GASPAR BUZZI

Os prejuízos da presença da cláusula resolutiva expressa *ipso facto* nos contratos

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização em Contratos da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientadora: Prof. Dra. Clarissa Macedo D'Isep.

São Paulo - SP
2017



Ádala Gaspar Buzzi

Os prejuízos da presença da cláusula resolutiva expressa *ipso facto* nos contratos

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Especialização em Contratos da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial à conclusão do curso.

Profa. Dra. Clarissa Macedo D'Isep
Orientadora

São Paulo – SP
2017



PUC-SP
COGEAE

Dedico este trabalho aos meus pais, irmãos e marido que, pacientemente, me apoiaram e ajudaram para a conclusão de mais esta importante etapa em minha vida acadêmica e profissional.



AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família e marido pela enorme paciência, estímulo e apoio durante toda esta maravilhosa jornada dedicada ao saber.

Não poderia esquecer de agradecer especialmente aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado me incentivando para continuar a estudar e me aprimorar para ser, muito além de uma boa profissional, um ser humano de caráter. Muito mais do que pais, são meus melhores amigos.

Também não poderia esquecer de mencionar meus irmãos e, igualmente, melhores amigos, sempre presentes em minha vida e participativos em meus projetos, mesmo fisicamente longe.

Agradeço, também, ao meu marido, pessoa paciente e amorosa a quem amo demais e, ao longo destes quatro anos, tem me feito uma mulher muito feliz.

Gostaria de agradecer aos meus avós e bisavó por ter contribuído, através de seus ensinamentos simples, para a formação de meu caráter.

Agradeço, por fim, a todos os mestres que, ao longo da minha vida acadêmica, fizeram parte e, de alguma forma, contribuíram para que a minha sede de saber não fosse saciada nunca.



PUC-SP
COGEAE

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota. ”

(Theodore Roosevelt)



RESUMO

O presente trabalho tem como principal objeto a chamada cláusula resolutive expressa *ipso facto*, especificamente se verificado o estado de insolvência de uma das partes contratantes, sendo possível, ao longo desta monografia, analisar diferentes nuances da aplicação desta cláusula e, principalmente, os efeitos que a resolução sumária de um contrato pelo simples advento da insolvabilidade podem desencadear a terceiros, especialmente os credores de menor poderio econômico.

Palavras-chave: Cláusula resolutive expressa – *Ipsa Facto* – Insolvência – Nulidade.



PUC-SP
COGEAE

ABSTRACT

The present work has as its principal object the so called “ipso facto” resolute clause, specifically the bankruptcy state of one of the contracting parties is verified, being possible, on this undergraduate thesis, to analyze different applications of such clause and, mainly, the effects that summary resolution of a contract by the simple advent of insolvency can trigger, especially to the lenders of lower economic power.

Keywords: “ipso facto” resolute clause – insolvency – nullity.



Sumário

1 Introdução	16
2 Breve traçado sobre o instituto jurídico dos contratos: antecedentes históricos.....	18
3 Princípios norteadores dos contratos.....	20
3.1 Autonomia da vontade.....	20
3.2 Força obrigatória dos contratos	23
3.3 Princípio da relatividade dos contratos.....	24
3.4 Princípio da boa-fé objetiva nos contratos	25
3.5 Função social dos contratos	28
4 A origem histórica da Recuperação Judicial	31
5 Diferenças entre a Concordata e a Recuperação Judicial	33
6 A situação dos contratos após o deferimento da Recuperação Judicial – Princípio da obrigatoriedade dos contratos (art. 49, §§ 2º e 3º da LRE)	37
7 A cláusula resolutiva expressa <i>ipso facto</i>	40
7.1 Implicações econômicas da presença da cláusula resolutiva expressa nos contratos empresariais.....	43
7.2 A aplicação da cláusula resolutiva expressa no Direito Comum e no Direito da Insolvência	45
7.3 A cláusula resolutiva expressa <i>ipso facto</i> e os custos da crise	49
8 Conclusão	52
9 Referências bibliográficas.....	54

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto expor eventuais prejuízos que a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* pode desencadear, verificado o estado de insolvência de uma das partes contratantes.

O seu objetivo é desmistificar questões relacionadas à referida cláusula, esclarecendo que a continuidade dos contratos após o deferimento do processamento da Recuperação Judicial a uma das partes contratantes, por exemplo, dificilmente ocasionará algum prejuízo à outra parte, especialmente diante da responsabilidade com a qual referidos processos vêm sendo enfrentados pelo Poder Judiciário e seus auxiliares, especialmente os administradores judiciais.

O problema abordado na presente monografia é a abusividade que a presença deste tipo de cláusula em contratos dos mais variados pode desencadear, especialmente com relação aos credores que não ostentam este tipo de vantagem.

Utilizando-se doutrinadores de grande renome, pode-se obter como resultado um trabalho mais sólido, com vistas a defender, enfrentando os mais variados contra-argumentos, a tese de que a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* pode atrapalhar a recuperação da empresa, já que, muito mais do que simples negócios, alguns contratos são de tal importância para o desenvolvimento das atividades de determinada companhia que, se rescindidos, podem ser responsáveis pela bancarrota desta.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de Investigação foi foram lidos os mais variados tipos de doutrinas e textos obtidos em sítios de renome da rede mundial de computadores.

Também foram pesquisados e consultados diversos julgados sobre o tema, objetivando entender a forma de pensar dos desembargadores de Egrégios Tribunais por todo o país.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses:

✓ A inserção da cláusula resolutiva expressa como adesiva em contratos.

✓ Os malefícios que a falta de maiores esclarecimentos sobre a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* podem desencadear.

✓ Os eventuais prejuízos, sob diversos ângulos, que a aplicação da cláusula em comento pode ocasionar à parte insolvente e, indiretamente, aos terceiros de boa-fé, de alguma forma, relacionados.

Para tanto, principia-se, num primeiro momento, sobre os aspectos históricos do instituto jurídico dos contratos, passando, num segundo momento, pelos princípios norteadores que, de alguma forma, relacionam-se com o tema deste trabalho e, conseqüentemente, são os primeiros a sofrer algum tipo de influência negativa através da utilização da cláusula *ipso facto* para os casos de insolvência.

No Capítulo 4, começa-se a esmiuçar o instituto da recuperação judicial, para o qual é conferido um maior enfoque no presente trabalho, dada a possibilidade de a empresa insolvente em recuperação continuar suas atividades.

No Capítulo 5, passa a ser analisada as diferenças entre o antigo instituto da concordata e o *novel* instituto da recuperação de empresas, tudo com vistas a aclarar a comum situação cotidiana de confusão, pelos leigos, destes dois institutos.

No Capítulo 6, analisa-se com maior profundidade a situação dos contratos durante a recuperação judicial, passando-se, posteriormente, a analisar a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* em si, bem como seus efeitos, tanto para a empresa em si, quanto para terceiros indiretamente ligados à empresa insolvente, especificamente sob a ótica da importante doutrinadora Deborah Kirschbaum.

Portanto, o presente trabalho visa defender a tese de que a cláusula resolutiva expressa *ipso facto*, em muitos casos, é prejudicial às partes contratantes e pode representar um descrédito à ideia central trazida pela Lei 11.101/2005.

2 BREVE TRAÇADO SOBRE O INSTITUTO JURÍDICO DOS CONTRATOS: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Antes de adentrarmos ao assunto propriamente dito do trabalho sobre o qual se pretende debruçar, faz-se necessário um breve traçado sobre o instituto jurídico dos contratos, sua história, conceito, finalidade e principais características, objetivando tornar o estudo um pouco mais amplo e aprofundado.

Do latim *contractus* que significa “unir, contrair”, também era conhecido no Direito Romano como convenção, do latim *conventio*, ou pacto, do latim *pacis si*, que significa estar de acordo, embora, atualmente, referidos termos ostentem definições similares, mas não sinônimas, mormente porque, enquanto o termo convenção denote um sentido mais amplo, o termo pacto está adstrito a uma espécie de acordo de vontades sem força cogente, como bem observa Venosa¹.

Originário do Direito Romano, o contrato tinha um caráter rigoroso e sacramental, tanto que, como lembra Venosa², somente era formalizado com a utilização das palavras corretamente pronunciadas, ainda que não exprimissem exatamente a vontade das partes.

Ocorre, todavia, que a simples repetição das palavras não era suficiente para tornar o pacto ou convenção juridicamente exigível, sendo necessário, assim, a exteriorização do ato através de uma solenidade que conferia força às convenções. Mesmo assim, uma vez que a evolução humana torna suas relações mais complexas a cada dia, além da criação de regras e condições pelo Estado, a intervenção do pretor, figura primitiva do Juiz de Direito, se mostrava cada vez mais necessária para preencher as possíveis lacunas do ordenamento.

A partir de então, com a queda do Direito Romano, a predominância da autonomia da vontade no direito obrigacional como ponto principal do negócio jurídico passou a permear os conceitos de contrato no Direito Francês, bem como no

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 396.

Alemão, sofrendo toda uma gama de alterações ao longo dos séculos que culminaram no que se tem, presentemente, como instrumento contratual.

Assim, a existência do contrato remonta aos tempos mais primórdios, estando, para Roppo³, intrinsecamente ligado aos aspectos social e econômico, vez que se presta a fomentar a circulação de riquezas, mesmo sem que uma das partes aufera algum lucro, oferecendo conotações formais à operacionalização econômica, mas não sendo utilizado apenas sob este viés.

Clóvis Beviláqua⁴ destaca que *“entende-se por contrato o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito. Esse conceito era baseado no art. 81 do Código Civil de 1916, que definia o ato jurídico como ‘todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos’”*.

Entretanto, como bem cita Fran Martins⁵, grande parte da doutrina entende o contrato, hodiernamente, *“como o acordo de vontades de duas ou mais pessoas, que tem por finalidade constituir, regular ou extinguir uma relação jurídico-patrimonial.”*

Entendendo-se o contrato, portanto, como um acordo de vontades, para que referido pacto possa ser considerado válido, é imperioso que sejam observados os Princípios Gerais do Direito Contratual, especialmente a autonomia da vontade, a força obrigatória, a relatividade dos contratos e a boa-fé.

De bom alvitre ressaltar que existem outros princípios mais que regem as relações contratuais. Entretanto, objetivando tornar este trabalho mais dinâmico, por questões meramente acadêmicas, serão analisados mais atenciosamente os princípios supracitados.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 396.

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.079.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS

3.1 Autonomia da vontade

Nos dizeres do ilustre doutrinador Sílvio de Salvo Venosa⁶, “quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico. ”

Venosa ressalta que advém dos conceitos gravados nos códigos francês e alemão a predominância da autonomia da vontade como principal ponto do negócio jurídico obrigacional.

A autonomia da vontade pode ser observada tanto na liberdade ou não para contratar, quanto no tipo do contrato a ser firmado, podendo ser estes típicos, ou seja, constantes do nosso ordenamento jurídico, ou atípicos, abarcando aqueles criados para atender às necessidades das partes e aos reclamos da sociedade moderna, desde que não afrontem, de qualquer forma, a legislação vigente ou, consoante será visto a seguir, a boa-fé e a função social do contrato.

Entretanto, apesar da autonomia da vontade, a liberdade de contratar nunca foi ilimitada, sempre esbarrando nos princípios de ordem pública que, dia-a-dia, se tornam cada vez mais presentes, especialmente nas relações contratuais privadas, tendo em vista a necessidade de o contrato ostentar uma função social.

É exatamente com vistas a proteger as partes técnico e economicamente hipossuficientes que o Estado, de maneira crescente e progressiva, vem intervindo sistematicamente nas relações contratuais. Tanto é assim que o artigo 421 do Código Civil prevê que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. ” Logo, como bem pontua novamente Venosa⁷, “No ordenamento jurídico, portanto, há normas cogentes que não poderão ser

⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 17. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.48.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 393.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op cit.*, p. 408.

trocadas pela vontade das partes. Há normas supletivas que operarão no silêncio dos contratantes. “

O contrato não é mais tido como uma relação individualista para os contratantes, mas sim tratado sob uma ótica social, objetivando a manutenção de sua função na sociedade, intervindo o Estado, quando necessário, para o restabelecimento deste viés.

Assim, em virtude da necessária predominância da função social do contrato, a autonomia da vontade estará presente nas minúcias envolvendo o negócio jurídico, objetivando, tecnicamente, a entabulação de um negócio paritário.

“Tecnicamente” porque a realidade mostra ser praticamente impossível a firmação de um negócio milimetricamente paritário para as partes contratantes, resumindo Venosa⁸, com grande maestria, que *“O consensualismo pressupõe igualdade de poder entre os contratantes. Esse ideal, na verdade, nunca foi atingido.”*

Isso acontece porque, notadamente, durante as negociações que precedem a concretização do negócio, as partes ofertam uma à outra apenas uma pequena parte do real interesse que permeia a transação, sem, contudo, expor suas reais motivações, na ânsia de melhor atender aos seus interesses efetivos quando da efetiva firmação do ajuste.

Neste palmilhar, tende a ceder mais facilmente aquele com menor poder de argumentação, mas, principalmente, com menor poder de barganha e, conseqüentemente, com maiores e mais imediatas necessidades.

É exatamente sob este prisma que se inicia o presente estudo. Como bem salientou Venosa, embora se parta do pressuposto de um contrato deve apresentar partes em igualdade de condição para a negociação, esta paridade, hodiernamente,

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 398.

se subsume apenas a uma pequena parte do mundo comercial, mormente face a aplicação, em grande escala, dos contratos de negociação em massa por adesão e que, aliás, merecidamente encontram um tratamento mais cuidadoso por parte da Legislação Consumerista, tendo em vista a hipossuficiência técnico-econômica ostentada por uma das partes.

Todavia, a massificação das cláusulas não está adstrita apenas aos consumidores, estando presente também nas relações envolvendo partes contratantes que, não necessariamente, ostentam esta condição, independentemente de se tratarem de pessoas físicas ou jurídicas.

O uso indiscriminado das conhecidas “cláusulas-padrão” tem tornado o contrato um instrumento de mera adesão, sendo permitidas modificações apenas em questões pontuais como objeto, prazos, pagamento etc. É exatamente aí que se encontra o objeto deste trabalho.

Na prática, uma grande parte dos contratos firmados tendo como égide o ordenamento jurídico brasileiro ostenta a cláusula resolutiva expressa para o caso de Recuperação Judicial como “cláusula-padrão”, sem, contudo, explanar de forma ostensiva os efeitos da mencionada Recuperação que, invariavelmente, ainda é tida popularmente como um substituto para a antiga concordata.

Seguindo o raciocínio acima, tem-se que a autonomia da vontade se encontra maculada, mormente face à magnitude que o instituto da Recuperação Judicial representa, suas nuances e vanguardismo.

Mais a frente, esmiuçar-se-á melhor a ideia defendida no presente trabalho. Por enquanto, todavia, é importante se ter em mente o silogismo supracitado, especialmente porque a falta de maiores conhecimentos sobre a terminologia utilizada em contratos, como é o caso da cláusula resolutiva expressa em caso de Recuperação Judicial, torna o instrumento enodado e, portanto, passível de intervenção por parte do Estado para restabelecimento da boa-fé e da função social.

3.2 Força obrigatória dos contratos

Se válido e eficaz, o contrato deve ser cumprido pelas partes, na medida em que se consubstancia em lei para os envolvidos, desde que não conflitem com a segurança jurídica, consoante bem aponta Venosa⁹.

Todavia, em decorrência da necessária observância da função social do contrato, a *pacta sunt servanda*, tida como princípio sob a égide do Código Civil de 1916, foi relativizada com o advento do Código Civil de 2002.

Assim, muito embora um contrato considerado válido e eficaz deva ser cumprido, vez que faz lei entre as partes, quando conflitar com a segurança jurídica, pode sofrer a intervenção estatal para o restabelecimento da boa-fé, sem, contudo, conflitar com a vontade verdadeiramente imprimida pelas partes no instrumento.

Decorre daí o chamado princípio da intangibilidade do contrato que determina, de acordo com o quanto sintetizado por Sílvio de Salvo Venosa¹⁰, que “ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo”, sendo esta a regra geral, na medida em que, salvo exceções pontuais, as partes contrataram livre e espontaneamente, submetendo sua vontade à restrição contratual porque assim desejaram.

E é exatamente sobre uma destas pontuais exceções que trabalho será desenvolvido, desenvolvendo-se a ideia de que a intangibilidade do contrato deve ser relativizada, presentes cláusulas como a que impõe como condição resolutiva expressa do contrato o mero ajuizamento de uma Recuperação Judicial.

Isso porque, trazendo à baila a questão relativa ao princípio da autonomia da vontade outrora debatido, tem-se que a falta de maiores e mais aprofundados esclarecimentos sobre o uso indistinto da cláusula resolutiva expressa em comento

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 409.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 409.

traz uma espécie de sombra sobre o instrumento que, em tempos de crise, só é notada e aclarada quando uma das partes ajuíza um pedido de recuperação judicial.

3.3. Princípio da relatividade dos contratos

Sobre o tema, Venosa¹¹ assevera que *“o contrato só atinge aqueles que dele participam”*, não podendo os seus efeitos, em princípio, serem oponíveis a terceiros. Nesta entoada, aduz, em brilhante síntese, que *“Ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra sua vontade.”*

Venosa ressalta, entretanto, o princípio da relatividade dos contratos comporta exceções, existindo obrigações, portanto, que podem ser estendidas a terceiros.

A ideia central gira em torno do fato de que, em regra, assim como ninguém pode se tornar credor ou devedor contra a sua vontade, igualmente em regra, *“O contrato sobre bem que não pertence aos sujeitos não atinge terceiros.”*

Em regra porque, como bem ressalta Venosa¹², existem exceções ao princípio da relatividade dos contratos como as convenções coletivas de trabalho ou as estipulações em favor de terceiro, prevista nos artigos 436 a 438 do Código Civil.

Segundo a ótica defendida neste trabalho, as exceções ao princípio da relatividade dos contratos ainda abarcam o direito dos terceiros indiretamente ligados a uma empresa que ajuizou um pedido de Recuperação Judicial, notadamente no que se refere aos funcionários da recuperanda. Explica-se:

Parece claro o entendimento de que, aplicando-se a cláusula resolutiva expressa imediatamente após o ajuizamento da Recuperação Judicial de uma das partes contratantes, a rescisão contratual, não raras vezes, desencadeará prejuízos

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 410.

¹² *Idem.*

financeiros à recuperanda, especialmente se o contrato resilido ostentar substancial importância para a manutenção do funcionamento da empresa em recuperação.

Neste trilhar, os funcionários serão indiretamente prejudicados pela rescisão em comento, figurando, assim, como terceiros indiretamente atingidos pelos efeitos que a resilição pode causar, seja em virtude de atrasos nos pagamentos dos salários, seja em decorrência de possíveis acordos para demissões, muitas vezes em massa.

Corroborando com este entendimento, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, citados por Sousa¹³, asseveram ser necessária, muitas vezes, “a *relativização do princípio da relatividade subjetiva*”, por exemplo, quando se constata a violação de regras de ordem pública e interesse social”.

De se salientar que não só os funcionários da recuperanda podem ser indiretamente prejudicados pela rescisão contratual decorrente da aplicação da cláusula resolutiva expressa em casos de Recuperação Judicial, como também fornecedores e pessoas físicas e/ou jurídicas que, de alguma forma, ostentam algum tipo de relacionamento comercial com a empresa em recuperação.

Em sendo assim, ainda que por via indireta, os exemplos acima mencionados consubstanciam exceções ao princípio da relatividade dos contratos, devendo ser incluídos no rol de terceiros que, reflexivamente, são atingidos pela vontade imprimida pelas partes nos contratos que firmam e que, reiterar-se, não raras vezes são expressas de maneira mecânica, ou seja, sem o discernimento e aclaramento necessários à adoção de uma complexa cláusula como a da resolução expressa em caso de Recuperação Judicial.

3.4. Princípio da boa-fé objetiva nos contratos

¹³ SOUSA, Luís Gustavo Matos de. Uma ideia sobre o princípio da relatividade dos contratos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4826, 17 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51077>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

Presente em inúmeras passagens do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva é tratado por Venosa¹⁴ como basilar, a exemplo do que preceitua o Código Civil Italiano.

De forma a ratificar o princípio, o artigo 422 do Código Civil de 2002 deixou clara a obrigatoriedade dos princípios de probidade e boa-fé tanto na execução, quanto na conclusão dos contratos, consoante, abaixo, se observa:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Ainda segundo Venosa¹⁵, trata-se do que a doutrina convencionou denominar de cláusula geral, mas, segundo seu entendimento, a denominação “cláusula aberta” é melhor aplicável, posto que confere a *“ideia de um dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto, sob uma compreensão social e histórica”*.

Venosa destaca, ainda, que *“a ideia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé.”* Logo, a presença da má-fé em qualquer tempo do contrato gera uma mácula que deve ser combatida através de uma análise que leva em consideração critérios sociais e históricos.

É importante sublinhar que a boa-fé defendida pelo Código Civil no artigo 422 é a objetiva, qual seja, aquela esperada do homem médio para um determinado caso concreto. Trata-se, assim, da conduta, da reação que se consegue prever a ser adotada por uma determinada pessoa diante de uma situação específica, dentro de uma sociedade específica e de uma região específica, o que difere da boa-fé subjetiva que, em síntese, abarca o conceito íntimo, a opinião do sujeito de direito, independentemente do que se espera do homem médio.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 410.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 411.

A percepção da aplicação do conceito de boa-fé objetiva, como bem sublinha Venosa, está presente também no artigo 113 do Código Civil que destaca que *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”*

Ocorre, entretanto, que, analisando a questão da boa-fé objetiva sob a ótica debatida neste trabalho, verifica-se que, assim como a autonomia da vontade, se não houver um necessário esclarecimento, pode estar viciada, exprimindo muito mais uma boa-fé subjetiva do que objetiva.

Ao firmar um contrato qualquer que preveja a cláusula resolutiva expressa para os casos de deferimento de Recuperação Judicial, a parte, usualmente, não está inteiramente ciente dos motivos pelos quais a referida cláusula está presente no contrato, bem como dos desdobramentos que a presença desta pode desencadear. E como a falta de ciência, não raras vezes, atinge todas as partes envolvidas no contrato, é muito provável que nenhuma delas possua, efetivamente, a real noção acerca do que é a cláusula resolutiva expressa.

Logo, entende-se que a falta de esclarecimentos sobre a cláusula resolutiva expressa e seus desdobramentos abala, substancialmente, a boa-fé objetiva que deve permear os contratos, na medida em que, infelizmente, por desconhecimento, as partes findam por confundir dois institutos: o da Recuperação Judicial e o da extinta Concordata.

E, embora se possa ter em mente que pessoas jurídicas, por estarem, normalmente, muito bem assessoradas juridicamente, dificilmente firmarão um contrato sem ter em mente, devidamente esclarecidas, todas as cláusulas que compõem o referido instrumento, é sempre bom realçar que as pessoas jurídicas também podem figurar, por exemplo, como consumidoras e os contratos firmados sob esta condição deve primar, mais do que nunca, pela ostensiva presença da boa-fé, sob pena de se considerar abusiva determinada cláusula.

Todavia, como muito bem ressalta Venosa¹⁶, embora o artigo 422 seja aplicado a todos os contratantes, enquanto que os princípios que regem a boa-fé no Código de Defesa do Consumidor se referem às relações de consumo, *“ambos os diplomas se harmonizam em torno do princípio.”*

3.5 Função social do contrato

O artigo 421 do Código Civil prevê que *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

Assim, como bem destaca, uma vez mais, Venosa¹⁷, *“(...) a função social do contrato que norteia a liberdade de contratar, segundo o art. 421, está a indicar uma norma aberta ou genérica, a ser preenchida pelo julgador no caso concreto.”*

Venosa ainda menciona que o cunho essencialmente capitalista ou burguês dos contratos de antigamente que só tinham como objetivo a aquisição da propriedade foi substituído pela autonomia privada, mas sob a égide do interesse social.

Nesta toada, incumbirá ao Estado, quando chamado, decidir sobre a adequação social de um contrato ou de suas cláusulas, conforme continua Venosa, devendo ser levado em consideração não só os interesses das partes litigantes, mas também a situação hodierna política e econômica de uma cidade, estado, país ou região.

Citado por Venosa¹⁸, menciona Flávio Tartuce:

“a função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social do contrato lato sensu (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III), bem como no princípio maior da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2), p. 413.

¹⁷ *Idem.*

sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e da isonomia (art. 5º, caput). Isso, repita-se, em uma nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, que deve guiar o civilista do nosso século, seguindo tendência de personalização” (2008:315).

Venosa finaliza seu ponto de vista salientando que a função social do contrato deve ser avaliada com cautela por parte do Poder Judiciário para se evitar, com isso, atentar-se contra a segurança jurídica. Entretanto, ainda que revestida de toda a cautela possível, neste trabalho é defendida a tese de que, levada à discussão a cláusula resolutiva expressa ao Poder Judiciário, a função social do contrato deve ser cuidadosamente analisada para evitar que a aplicação da referida cláusula ocasione prejuízos que ultrapassem a figura das partes contratantes e, consoante outrora suscitado, atinja a figura de terceiros, ainda que indiretamente ligados a uma das partes contratantes e dependentes, de alguma forma, da manutenção do referido instrumento.

Neste diapasão, a análise da cláusula resolutiva expressa sob o viés da função social traz justificativa para a declaração de sua nulidade, eis que a aplicação desta inviabilizaria a atividade empresarial da recuperanda, caso o contrato que ostenta a referida cláusula seja considerado essencial para o desenvolvimento da referida atividade.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adota, ainda que não pacificamente, um entendimento neste sentido, conforme Ementa, abaixo, transcrita:

“Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Habilitação de crédito. Instrumento particular de confissão de dívida. Quitação integral do débito. Ocorrência. Inoperabilidade da cláusula resolutiva expressa em face do advento da recuperação judicial da devedora. Preponderância do bem comum e da função social da empresa. Nulidade da cláusula. Reconhecimento. Regularidade dos pagamentos e das parcelas adimplidas neste ínterim. Falta de interesse na interposição da

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 414.

habilitação. Decisão mantida. (TJPR, Agravo de Instrumento Nº 1.292.381-0, Des. Rel. Luís Sérgio Swiech, 17ª Câmara Cível, julgado em 22/07/2015). ”

Segundo o entendimento do D. Desembargador Luís Sérgio Swiech, ao proferir o seu voto, sustenta que *“A visão contemporânea do Direito, neste aspecto em que se busca empreender todos os meios jurídicos e esforços para que haja a preservação da empresa em dificuldade econômica, em prol do bem comum, deve preponderar sobre o propósito de rescisão de um único contrato, motivado pelo alegado descumprimento da ‘obrigação’ de se manter solvente.*

Para o ilustre Desembargador supracitado, *“Deve-se buscar atender ao interesse comum e não a interesses particulares, de forma que a vontade contratual revelada na cláusula resolutiva expressa não pode se sobrepor à lei especial que rege a recuperação judicial de empresas. ”*

Neste diapasão *Farias e Rosenvald* salientam:

[...] há uma composição que confere merecimento ao contrato. Os contratantes delimitam a função econômica do negócio jurídico, acrescentando-se a isto o interesse prático que esteja em consonância com os interesses social e geral. A força normativa do contrato é conferida pelo ordenamento, sendo a vontade o seu suporte fático. Quer dizer, a utilidade deverá se conformar com as aspirações éticas do ordenamento. [...] Tem-se o contrato como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico e não mais dos interesses dos contraentes isoladamente considerados. O poder jurígeno da vontade não é originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado em prol de finalidades heterônomas. ” (in Direito dos contratos, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 135).

Nelson Nery Júnior, por sua vez, assevera a condição de cláusula geral da função social dos contratos:

“O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170 caput), da livre-iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), não se ferirem valores ambientais (CDC, 51, XIV) etc.”¹⁹

Nesta toada, uma vez mais a doutrina é assertiva ao destacar que, muito além dos desejos individuais, cumprirá ao julgador analisar a questão sob uma ótica mais ampla, trazendo à baila aspectos que podem ser indiretamente atingidos caso a cláusula resolutiva expressa seja aplicada.

4 A ORIGEM HISTÓRICA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Surgida no Brasil como substituta ao instituto da concordata, os Estados Unidos registram o primeiro caso de Recuperação Empresarial, através da chamada Lei das Companhias Ferroviárias, no final do século XIX.

Segundo a premissa norte-americana que justificou a criação do instituto da Recuperação Empresarial, todos os envolvidos, incluindo empregados, sócios, credores, fornecedores e mesmo a comunidade em geral, devem eivar esforços para superação do estado de crise enfrentado pela empresa, especialmente porque, com isso, podem se beneficiar muito mais do que se incentivarem a liquidação desta.

Isso acontece porque, nos dizeres do ilustre doutrinador João Pedro Scalzilli²⁰, citando TABB e Brubaker, *“A lógica em torno da vantagem de sanear ao invés de simplesmente liquidar foi bem resumida na expressão segundo a qual empresas costumam valer mais vivas do que mortas (desde que, evidentemente, recuperáveis).”*

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.

²⁰ TABB, Charles; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 2003, p. 595, *apud* SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência : teoria e prática na Lei 11.101/2005*. João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo, Almedina – 2016, p. 221

Segundo Scalzilli²¹, a explicação para a perfeita absorção do conceito supracitado consiste no incontestável fato de que os ativos utilizados pelo empresário na exploração de sua atividade possuem valor agregado superior quando tratados como um todo do que se analisados e vendidos individualmente, isso sem contar a tradição, a marca e a reputação que a empresa possui e que, com a liquidação, se perdem rapidamente, muitas vezes, por não poderem ser valorados em pecúnia, em alguns casos.

E foi com supedâneo nesta máxima de que os ativos possuem maior valor agregado quando vistos com o um todo que as companhias ferroviárias americanas, em sua maioria insolvente no final do século XIX, buscou na Recuperação Empresarial uma forma de alavancar o recobrimento do desenvolvimento destas empresas sem que houvesse a necessidade de seu desmantelamento.

David Skeel Jr., citado por Scalzilli²², *“havia credores em uma situação bastante peculiar: seus créditos estavam garantidos por porções de estradas de ferro, cem milhas de trilhos que no meio do nada eram essencialmente inúteis, a menos que a estrada de ferro permanecesse intacta.”*

Neste ponto, os credores foram obrigados a reconsiderar a comum ideia de que a melhor penalidade para o empresário insolvente era o decreto de sua falência, na medida em que, se decretada, os bens arrecadados consistiriam em um amontoado de ferro proveniente da desmontagem dos trilhos.

E foi exatamente sob este mote que nasceu a Recuperação Empresarial, partindo da premissa de que a empresa “viva” ostenta mais valor do que “morta”.

Aliás, muito mais do que criar um mecanismo que possibilitasse a recuperação das empresas, os doutrinadores e legisladores tiveram que lutar contra um senso comum, decorrente dos primórdios da falência na Itália quando, então, os

²¹ SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência : teoria e prática na Lei 11.101/2005*. João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo, Almedina – 2016, p. 221

²² SKEEL Jr., David A. *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001, p. 62 *apud* Scalzilli, *op. cit.*, p. 222.

bancos dos banqueiros insolventes eram quebrados e estes impedidos de exercer qualquer outro negócio. Daí o termo “*bancarotta*” que, em italiano, significa “banco quebrado”.²³

Durante muitos anos a falência foi largamente utilizada como uma maneira coercitiva do credor obter o adimplemento de dívidas, sendo comum muitos advogados se vangloriarem por ter “quebrado” determinada sociedade empresária.

Nesta toada, sendo de 21 de junho de 1945 o Decreto-lei nº 7.661 que ditava o processo falimentar e concordatário, é natural que a ideia de recuperação empresarial tenha enfrentado certa relutância por parte de alguns, especialmente aqueles que, conforme suscitado alhures, viam na falência a possibilidade de coagir seus devedores para que pagassem a dívida, na medida em que esteve arraigada por 60 anos à mentalidade dos brasileiros.

Incorporada e adaptada à legislação brasileira como substituta ao ultrapassado instituto da concordata, a Recuperação Empresarial nasceu com o objetivo de modernizá-la, transferindo para os credores e retirando do juiz o direito de decidir sobre a possibilidade de recuperação ou não de uma sociedade empresária.

5 DIFERENÇAS ENTRE A CONCORDATA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de mais nada, é importante destacar que a Lei nº 11.101/2005 veio de encontro aos anseios de muitas empresas que, apesar de enfrentarem uma crise, não preenchiam os requisitos para que lhes fosse concedido o chamado “favor legal”, ou seja, a concordata.

Conhecido por se tratar de um instituto extremamente burocrático, a concordata era concedida apenas aos empresários insolventes considerados “honestos”, sendo a falência aplicada àqueles então considerados desonestos e, portanto, criminosos.

²³ Site: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fal%C3%Aancia>, acessado em 01.02.2017.

Inicialmente implantada apenas na modalidade suspensiva, a concordata era concedida durante o processo falimentar, ocasião em que era restituído ao falido o direito de livre administração sobre seus bens, desde que houvesse a concordância por parte de seus credores e, evidentemente, não fosse o mencionado falido julgado fraudulento ou culpado, consoante dispunha o art. 847 do antigo Código Comercial²⁴.

Em outubro de 1890 foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da concordata preventiva que, em breve síntese, concedia uma espécie de moratória ao devedor antes do decreto falimentar, subdividindo-se em extrajudicial, consistindo em uma espécie de acordo entre o devedor e seus credores, e judicial, levada a efeito perante o juiz.

Foi o Decreto-lei nº 7.661/1945 que pôs fim à exigência de aprovação prévia pelos credores para a concessão da concordata, atitude facilmente explicada se levando em conta o fato de que o chamado “favor legal” era concedido para devedores então considerados honestos. Logo, preenchido o principal requisito da honestidade, independentemente da vontade dos credores, era concedido ao empresário insolvente de boa-fé o direito de obter este benefício legal e, assim, obter a recuperação e restauração da empresa comercial, conforme sintetizado brilhantemente pelo ilustre doutrinador Rubens Requião²⁵.

Infelizmente, por ser tida como um “favor legal”, preenchidos requisitos como possuir o devedor um ativo correspondente a mais de 50% do passivo quirografário, não haver nenhum título protestado por falta de pagamento ou que o comerciante não tenha sido condenado, com sentença transitada em julgado, por crime falimentar, contra o patrimônio, fé pública, propriedade industrial ou economia popular, dentre outros requisitos²⁶, certa era a concessão da concordata preventiva, especialmente porque, no caso da suspensiva, a falência já havia sido decretada e o

²⁴ GOMES, Eduardo Caetano. *Concordata Preventiva e Suspensiva*. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/concordata-preventiva-e-suspensiva>>. Acesso em 01.02.2017.

²⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. Vol. 02, São Paulo – Saraiva: 1995.

²⁶ GOMES, Eduardo Caetano. *Concordata Preventiva e Suspensiva*. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/concordata-preventiva-e-suspensiva>>. Acesso em 01.02.2017.

artigo 10 do Decreto-lei nº 7.661/1945 determinava a necessidade do protesto como prova oficial da impontualidade da insolvência²⁷.

Evidentemente, alguns comerciantes imbuídos de má-fé se utilizavam do instituto da concordata para postergar a falência tida como certa por eles mesmos, objetivando, com isso, a dilapidação do patrimônio. Explica-se: muito embora competisse ao comissário a fiscalização do cumprimento da concordata, não raras as vezes eram praticados diversos tipos de fraudes com vistas a prejudicar os credores e que, no final, evidentemente, culminavam no decreto da falência. Entretanto, durante o lapso temporal existente entre a concessão da concordata e a quebra, muito do patrimônio que comporia a massa falida acabava se deteriorando, prestando-se a concordata, em alguns casos, apenas para procrastinar a bancarrota.

Foi exatamente para evitar estes e outros tipos mais de problemas que o legislador, em conjunto com doutrinadores, comissários e síndicos dativos, antiga denominação dada ao fiscal da falência, incorporaram ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Recuperação Empresarial.

A primeira e grande diferença entre os institutos da concordata e da Recuperação Empresarial está no retorno do direito dos credores de opinar sobre o deferimento da pretendida recuperação, após análise do plano recuperacional.

Logo, o que o legislador pátrio fez foi corrigir alguns defeitos da concordata, trazendo para a Lei nº 11.101/2005 apenas o que era vantajoso naquele instituto como, por exemplo, a dilação dos prazos para pagamento, tornando como opção e não como efetiva possibilidade, a remissão da dívida²⁸.

A Recuperação, assim, trouxe à baila novas opções para pagamento da dívida, tornando desnecessária em alguns casos, inclusive, a tutela do Poder

²⁷ FARIAS, Thélío. *Da necessidade do protesto especial para a decretação de falência*. Publicado em 06/1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/763/da-necessidade-do-protesto-especial-para-a-decretacao-de-falencia>>. Acesso em 01.02.2017.

Judiciário, podendo o plano ser apreciado e concedido pelos credores em caráter extrajudicial.

Outro ponto que merece destaque foi a remoção da necessidade de inexistência de título protestado, requisito anteriormente tido como essencial à concessão da concordata e que, por conseguinte, trazia como consequência uma maior fragilidade por parte do devedor insolvente que, assim, ficava a mercê da boa vontade de seus credores para que pudesse requerer a concordata.

Conforme se percebe, o legislador, ciente das modificações decorrentes das constantes e profundas crises financeiras que findam para alavancar desemprego, aumento da criminalidade e os mais variados problemas de cunho moral e social, criou um instituto que, se bem utilizado, traz como principal efeito a recuperação de empresas dos mais variados tipos de tamanho com reais condições de correção de problemas e retorno ao mercado.

A utilização do instituto da Recuperação de Empresas por sociedades empresárias como a Parmalat e a Bombril e o restabelecimento destas no mercado trouxe maior confiança aos credores que, assim, começaram a perceber que a decretação da quebra de uma determinada empresa somada à morosidade do Judiciário brasileiro traz prejuízos muito maiores do que o exercício da paciência para a concessão de um prazo maior e/ou melhores condições para pagamento da dívida da recuperanda.

Para afastar o receio do calote que rondava os credores que viam na Recuperação Empresarial apenas uma nova denominação para a concordata, o legislador também foi deveras atencioso no trato daqueles fornecedores que, mesmo após a concessão da Recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial, continuavam a negociar com a recuperanda, possibilitando, com isso, a continuidade dos negócios da empresa insolvente em franca recuperação. Para estes fornecedores foi concedido o direito de ter seus créditos classificados como

²⁸ BOARIN, Lucas. *Diferenças entre o Instituto da Concordata e da Recuperação Judicial*. Publicado em: 2014. Disponível em: <<https://lucasboarin.jusbrasil.com.br/artigos/137611655/diferencas-entre-o-instituto-da-concordata-e-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em 01.02.2017.

extraconcursais em um eventual insucesso da recuperação e conseqüente decreto de quebra. Com isso, as chances de adimplemento são substancialmente maiores, ainda mais se somadas à fiscalização, durante todo o processo recuperacional, realizada pelo Comitê de Credores.

Neste diapasão, tendo o legislador visto na continuidade do funcionamento das atividades da empresa em recuperação uma forma de evitar a quebra e, com isso, reduzir consideravelmente os prejuízos dos credores, traçando-se um paralelo com o tema desta monografia, é inaceitável, como tem sido defendido, que a cláusula resolutiva expressa seja levada em consideração para a ruptura de um contrato pelo simples fato de uma das partes ter aderido à recuperação empresarial como forma de se reerguer.

É claro que, apesar de vigorar há mais de 10 anos, a Lei nº 11.101/2005 ainda é desconhecida por muitos, incluindo profissionais do Direito, o que ocasiona o uso indiscriminado da cláusula resolutiva expressa e, com isso, sérios prejuízos às empresas em recuperação que, não raras vezes, são compelidas a bater às portas do Poder Judiciário para manter contratos considerados importantes para a continuidade de suas atividades.

6 A SITUAÇÃO DOS CONTRATOS APÓS O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS (ART. 49, §§ 2º E 3º da LRE)

Em observância ao princípio da obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas, o artigo 49, § 2º determina 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”*, desde que, conforme muito bem observa Jorge Lobo²⁹, não tenha sido impugnado pelos credores, nos termos do art. 58 da LRE.

²⁹ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de – Coordenadores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202.

Nesta esteira, em regra, os contratos serão mantidos durante a recuperação judicial da empresa, especialmente aqueles necessários à continuidade das atividades, notadamente aqueles firmados com fornecedores.

É evidente que, deferido o plano recuperacional, caberá também ao administrador judicial averiguar a efetiva necessidade da continuidade dos contratos firmados pela empresa em recuperação, rescindindo, se o caso, aqueles que entender supérfluos.

Entretanto, é importante destacar que existem contratos que não se submeterão ao plano de recuperação judicial.

O § 3º do artigo 49 suscita que *“Tratando-se de 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, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”*

Sobre este assunto, Lobo³⁰ aquiesce com a tese defendida neste trabalho, ratificando que *“A ação de recuperação judicial não é causa de rescisão unilateral de contrato assinado com o devedor, mesmo que haja cláusula resolutória expressa prevendo a denúncia em caso de recuperação judicial ou falência, conforme sustentei no estudo ‘Efeitos da concordada e da falência em relação aos contratos*

³⁰ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de – Coordenadores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202.

*bilaterais do concordatário e do falido*³¹, em que tratei dos arts. 43 e 165 da LF, cuja exegese se aplica à LRE. ”

No que se refere a cessão fiduciária de títulos de crédito e de direitos creditórios em garantia de empréstimos e financiamentos bancários Lobo³² salienta que se formaram-se duas correntes doutrinárias: a majoritária sustenta que a cessão de recebíveis não está sujeita ao concurso de credores, enquanto que a minoritária aduz que, excluir tais créditos da recuperação ou falência constitui a concessão de discutível privilégio aos bancos, em detrimento dos interesses dos demais credores.

Entretanto, indicando ser seguidor da corrente majoritária, Lobo³³ argui que tanto o proprietário fiduciário proveniente de um contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quanto de recebíveis, por contribuir, na forma instrumental, para o desenvolvimento econômico e social do país, não seguem a ideia de justiça, mas sim de eficácia técnica, o que justifica a sua exclusão dos processos de recuperação judicial e de falência do devedor-fiduciante.

É evidente, como bem observado por Jorge Lobo, que a exclusão dos mencionados proprietários dos processos concursais pode, *a priori*, se apresentar como uma injustiça, notadamente porque, em regra, referidos credores são potências econômicas, não se justificando, assim, a sua não sujeição aos referidos processos. Entretanto, em se tratando de um sistema criado para fomentar a circulação de bens e riquezas balizado em legislação própria que confere ao proprietário fiduciário do bem algumas garantias para evitar prejuízos, é evidente que, para manter a fidúcia, ou seja, a confiança no referido sistema, é necessária a relativização da Lei nº 11.101/2005 para evitar que este caia em desuso, mormente diante das constantes e profundas crises pelas quais o país tem passado.

Quanto aos contratos de locação, Lobo ainda destaca que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a retomada, tanto da sede,

³¹ LOBO, Jorge. Efeitos da Concordata e da Falência em Relação aos Contratos Bilaterais do Concordatário e do Falido. Revista Forense, v. 95, n. 347, p. 137-147, jul./set. 1999.

³² ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de – Coordenadores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

quando de unidades produtivas isoladas de empresas em recuperação judicial, deixando claro que concorda com tal entendimento.

Embora, num primeiro momento, a rejeição a ideia seja muito mais atraente do que a concordância com os Ministros do STJ, salta aos olhos o fato de que, estando a recuperanda inadimplente com os alugueres dos imóveis em que exerce sua atividade, abalada está, logo no alicerce, a sua viabilidade econômico-financeira, não sendo crível a possibilidade de sua recuperação, num primeiro momento.

É claro que um plano de recuperação judicial bem elaborado deve apresentar não só a forma com a qual os credores serão adimplidos, mas também toda a sorte de ajustes e cortes possíveis para, mantendo a empresa em funcionamento, enxugar o orçamento, o que pode desencadear, por exemplo, o encerramento das atividades em determinada unidade produtiva isolada ou mesmo uma mudança de sede, por exemplo.

Apesar dos esforços para a continuidade da empresa, através da difusão da ideia de que esta em funcionamento tem mais valia do que falida, é latente que a assembleia geral de credores, ao analisar um plano que apresenta um substancial débito proveniente de alugueres inadimplidos, dificilmente concordará com a concessão do beneplácito da recuperação.

Expostas algumas exceções ao concurso geral de credores na recuperação judicial, passar-se-á, a partir de agora, a analisar a cláusula resolutiva expressa, também conhecida como cláusulas *ipso facto*, com maior profundidade.

7 A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA *IPSO FACTO*

Conforme já sustentado exhaustivamente, a cláusula resolutiva expressa é comumente encontrada nos mais variados tipos de contratos bilaterais, concedendo,

³³ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de – Coordenadores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

em síntese, o direito a uma das partes rescindi-lo imediatamente caso a outra seja declarada insolvente.

É também chamada de *ipso facto* porque constitui hipótese de resolução contratual apenas pela mera declaração de insolvência por uma das partes, ou seja, ainda que nenhuma outra obrigação contratualmente prevista tenha sido inadimplida, exceto a de se manter solvente, o instrumento firmado entre as partes será rescindido.

Já foi asseverado, ao longo deste trabalho que se envereda para o fim, que a tropicalização do instituto da recuperação de empresas teve como principal foco contornar a crise que, vez por outra, assola o país, mantendo em funcionamento empresas que, antes do advento da Lei nº 11.101.2005, tinham como possibilidades para superar crises econômicas financeiras apenas o pedido de concordata ou de falência, este normalmente por parte de seus credores.

A ilustre Deborah Kirschbaum³⁴ acrescenta ser curiosa a persistência da inclusão desta cláusula na prática contratual, considerando que ainda no Decreto-lei 7.661/1945, mais precisamente no artigo 43 deste, já era atribuído ao síndico a prerrogativa sobre a decisão quanto à continuidade dos contratos bilaterais, situação que permanece até os dias atuais, na medida em que o artigo 117 da Lei 11.101.2005 ostenta entendimento idêntico.

Ademais, consoante pode ser observado na Jurisprudência abaixo transcrita, há um posicionamento inclinado à nulidade da cláusula *ipso facto*, mormente porque a maior parte da doutrina acede com tal entendimento.

“DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por UNANIMIDADE de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. INSTRUMENTO

³⁴ KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutive expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 40.

PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO. OCORRÊNCIA. INOPERABILIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM FACE DO ADVENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA. PREPONDERÂNCIA DO BEM COMUM E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. NULIDADE DA CLÁUSULA.RECONHECIMENTO. REGULARIDADE DOS PAGAMENTOS E DAS PARCELAS ADIMPLIDAS NESTE ÍNTERIM. FALTA DE INTERESSE NA INTERPOSIÇÃO DA HABILITAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-PR - AI: 12923810 PR 1292381-0 (Acórdão), Relator: Luís Sérgio Swiech, Data de Julgamento: 22/07/2015, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1619 03/08/2015) ”

De fato, ao afastar a aplicação da cláusula resolutiva expressa pela simples declaração de insolvência de uma das partes, o Judiciário entende que se deve buscar atender ao interesse comum não particulares, não sendo admissível que a vontade contratual revelada na cláusula resolutiva expressa se sobreponha à lei especial que rege a recuperação judicial de empresas.

Ademais, se houve o deferimento da recuperação judicial, embora a empresa ostente um quadro de crise econômico-financeira, de rigor a apresentação de diversos documentos contábeis e laudos que demonstrem a viabilidade de sua recuperação, circunstância que confere aos credores maior segurança e aumenta, significativamente, a possibilidade de êxito na reabilitação da empresa.

A figura do administrador judicial também é deveras importante, posto que sua fiscalização, aliada àquela realizada pelo Poder Judiciário, minimiza as possibilidades de fraudes e de inobservância do plano aprovado.

Logo, a junção de todas as garantias que o legislador fez questão de prever para melhor aplicação da Lei 11.101.2005 aliadas à nova visão internacional de que é muito mais interessante, sob o ponto de vista econômico e social, uma empresa em funcionamento, ainda que enfrentando uma crise, do que uma empresa paralisada, inexistem motivos justos, em regra, para que a cláusula resolutiva

expressa seja aplicada e, mais do que isso, continue sendo aplicada indistintamente em vários contratos, como uma espécie de cláusula padrão.

É importante consignar que a ideia central deste trabalho não é demonstrar a nulidade da cláusula *ipso facto*, mas trazer à tona um viés mais esclarecido sobre a efetividade de sua aplicação e, principalmente, sobre os riscos reais que a sua retirada pode desencadear em uma relação contratual.

7.1 Implicações econômicas da presença da cláusula resolutiva expressa nos contratos empresariais

Deborah Kirschbaum³⁵ nos ensina, com um poder de síntese e brilhantismo fantásticos, que o desenvolvimento da atividade empresarial é permeado por uma série de contratos estáveis e de execução continuada, muitas vezes estratégicos e necessários à continuidade da atividade como os de locação, fornecimento de matéria-prima, transferência de *know-how*, licença de direito de uso de marca etc. que, desta feita, constituem verdadeiros elementos patrimoniais.

Notadamente, continua Kirschbaum, é bastante difícil identificar o valor de uma determinada relação contratual e, mais ainda, utilizar esta valoração para tornar a referida relação como elemento patrimonial da empresa, de modo a torná-lo parte de seu ativo.

Inobstante, é importante consignar que este tipo de correlação tem sido amplamente utilizado para a valorização da empresa no mercado, mormente quando se está falando de um contrato de exploração da licença de uso de marca, por exemplo. É evidente que, se determinada indústria no segmento vestuário detém a licença para fabricar e explorar uma determinada marca internacional, a perda deste contrato poderá ocasionar-lhe diversos prejuízos e, inclusive, a sua quebra, na medida em que tal contrato pode constituir-se na principal e mais rentável atividade explorada pela referida indústria.

Outrossim, acrescenta Kirschbaum, é comum aos credores contratarem e ajustarem suas expectativas de risco após análise do conjunto patrimonial do

³⁵ KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 40.

devedor que, em tempos de crise, levam em conta os chamados contratos “relevantes” que, se resolvidos, pode sim desencadear um efeito “cascata”, influenciando negativamente em outros contratos firmados.

O receio de experimentar prejuízos substanciais torna a perda de um importante contrato, não raras vezes, como justo motivo para que outros contratos venham a ser rescindidos, ainda que a parte interessada na rescisão tenha que arcar com um percentual a título de multa. A justificativa para este tipo de atitude é muito simples: antes amargar o pagamento de uma multa do que aguardar e suportar um prejuízo ainda maior.

E é aí, aponta Deborah Kirschbaum, que se faz necessário distinguir as frustrações legítimas daquelas infundadas e baseadas em meras conjecturas.

Nitidamente, a insolvência do devedor é fonte de frustração imediata aos seus credores, na medida em que envolverá algum tipo de prejuízo, seja ele através de eventual calote, no caso da falência, ou de novação, nos casos de recuperação judicial.

Ao primeiro sinal de insolvência, há uma percepção generalizada, por parte dos credores, de que o patrimônio do devedor não será suficiente para fazer frente às suas obrigações, especialmente frente ao passivo trabalhista, um dos primeiros a ser liquidado.

Neste cenário, destaca Kirschbaum, é muito propícia a proliferação de credores buscando algum tipo de tratamento mais favorável ao seu crédito que, na prática, pode consubstanciar-se na constituição de uma garantia real às vésperas da declaração de insolvência ou mecanismos que o impeçam de participar do concurso de credores.

É manifesto que, dependendo do momento em que se descobre a insolvência por parte do credor, a busca por um tratamento mais favorável não seja mais possível, especialmente porque alguns destes mecanismos pode vir a constituir fraude anulável pelo Poder Judiciário.

A cláusula resolutiva expressa, assim, tornou-se figura comum nos contratos necessários ao exercício da atividade empresarial exatamente porque constitui uma

via legalmente aceita, ante a liberdade de contratar existente, para que, ao menor indício de insolvência, os contratos firmados possam ser rescindidos sem que haja, em contrapartida, o pagamento de multas ou indenizações.

É claro que a rescisão de um contrato mediante aplicação da cláusula resolutiva expressa gera prejuízos à empresa insolvente, mas também gera prejuízos ao credor, na medida em que deixará de perceber os benefícios que auferiria se desse continuidade à relação contratual. Contudo, este é um risco previamente calculado que muitas empresas preferem assumir para evitar a assunção de prejuízos ainda maiores com um calote, ainda mais quanto a rescisão com supedâneo na cláusula resolutiva expressa não gera o dever de indenizar.

Kirschbaum sintetiza o pensamento: *“Em substância, a cláusula ipso facto tem um duplo impacto econômico: exclui a ressarcibilidade, já que seu efeito é plenamente ‘liberador’, e acentua a dissipação de valor do conjunto patrimonial da devedora, limitando as possibilidades de recuperação da empresa ou de liquidação com maximização de seu valor para os credores.”*³⁶

Por estas e outras razões que ainda serão exploradas, analisar a cláusula *ipso facto* apenas sob o viés contratualista, alicerçado no princípio da livre contratação, o que, como bem notou Kirschbaum, parece sempre ter norteado os pensamentos de diversos doutrinadores sobre o tema, é olvidar que a aplicação generalizada deste instituto pode trazer consequências econômicas desastrosas para a atividade empresarial e, de outra banda, comprometer seriamente a efetividade da Lei 11.101/2005.

7.2 A aplicação da cláusula resolutiva expressa no Direito Comum e no Direito da Insolvência

Apesar de presente nas relações jurídicas antes mesmo do advento da Lei 11.101/2005, a cláusula resolutiva expressa foi muito mais explorada sob a ótica do direito comum, como bem observa Kirschbaum, do que sob o enfoque do regime de insolvência empresarial.

³⁶ KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 41.

Presente, usualmente, nos contratos de execução continuada, a cláusula resolutiva expressa serve de válvula de escape, nos dizeres da professora Deborah Kirschbaum, para os casos de inadimplemento da obrigação. Nesta toada, inadimplida a obrigação e presente a referida cláusula, dá-se a rescisão contratual motivada.

A doutrina civilista tradicional, defende Kirschbaum, considera válida a resolução expressa ocorridas circunstâncias que minem a essência do negócio, como é o caso do inadimplemento. Entretanto, a resolução expressa do contrato difere completamente daquela decorrente da insolvência de uma das partes, na medida em que houve, de fato, o descumprimento de uma obrigação que desencadeou, inequivocamente, prejuízos à parte credora.

Já no que tange à insolvência empresarial, presente a cláusula resolutiva expressa, a mera possibilidade de descumprimento de uma obrigação contratual já gera o direito a rescisão, ou seja, a mera suspeita de probabilidade de inadimplemento, disciplinada no artigo 477 do Código Civil:

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

A exceção do contrato não cumprido, prevista no artigo supracitado, efetivamente, prevê a possibilidade da resolução expressa do contrato em caso de suspeita de insolvência. Contudo, a parte interessada deverá fazer prova de seu receio para insolvabilidade da outra parte, concedendo-lhe, assim, o direito de ofertar garantias ou reforços às garantias outrora concedidas para assegurar o cumprimento do contrato.

Até então, como bem elucida Kirschbaum, não houve a declaração expressa de insolvência, mas apenas e tão somente uma suspeita por parte do credor de que o devedor não poderá cumprir com uma ou mais obrigações previstas no contrato.

Logo, como bem resume Kirschbaum, *“O fato que demarca as situações de solvência ou de insolvência é a declaração desta. Até a declaração, o credor que suspeita da solvabilidade do devedor submete-se às regras do art. 477 do Código Civil, as quais asseguram ao devedor o direito de oferecer garantias ao cumprimento de sua obrigação.”*

Decretada a falência, passa a ser aplicado o quanto disposto no já citado artigo 49, § 2º, e 117 da Lei 11.101/2005 que, em síntese, determinam:

“Art. 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.”

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

Deste modo, explica Kirschbaum, *“Em termos estritamente econômicos, a decisão do administrador deverá apurar a diferença líquida entre o valor atribuído pela empresa ao contrato no momento da decisão e o preço do contrato (montante ajustado para a prestação). Se a diferença for positiva, o administrador deverá optar pela manutenção do contrato; caso a diferença seja negativa, o administrador deverá optar pela resolução.”*

Autores como J. Silva Pacheco, Jorge Lobo e Manoel Justino Bezerra Filho, entre outros mais, compartilham da ideia trabalhada neste trabalho de que a cláusula resolutiva expressa vinculada exclusivamente à insolvência é inadmissível.

Sobre o tema, Bezerra Filho³⁷ entende pela não validade da cláusula que prevê a resolução, rescisão ou vencimento do contrato para o caso de falência, caso

³⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *“Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo”*. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 311

o administrador judicial decida, tomando por base o quanto disposto no artigo 117 supra, dar continuidade ao contrato. Isso acontece, segundo este ilustre doutrinador, porque, embora situada no campo do direito empresarial e do direito privado, a falência extrapola o mero interesse privado, podendo atingir, consoante outrora suscitado, o direito de terceiros interessados.

Bezerra Filho ainda acrescenta: “*O adágio segundo o qual jus publicum privatorum pactis mutare non potest aplica-se aqui para impedir que o pacto entre os particulares, feito quando ainda não havia falência, venha a prejudicar o interesse público a ser resguardado no processo falimentar. Não se perde de vista que o direito falimentar, como parte do processo comercial ou empresarial, está dentro do campo do direito privado. No entanto, o caráter público de vários aspectos do direito falimentar não pode ser negado.*”

Na contramão do entendimento acima, Kirschbaum cita doutrinadores do calibre de Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira, para os quais a cláusula é válida em observância à literalidade do texto, à liberdade de contratar e ao pragmatismo voltado aos interesses do credor.

Atacando abertamente o entendimento destes, Deborah Kirschbaum³⁸ argumenta que “*A admissão da legitimidade da transferência de recursos sem a devida contrapartida contraria princípio básico de direito, que se encontra expresso em diversas normas jurídicas.*” Ainda segundo esta ilustre doutrinadora, referidos doutrinadores não se atentaram para o fato de que a aplicação desta cláusula causa impacto sobre a distribuição de riquezas entre os titulares de interesses afetados.

A liberdade de contratar também é argumento discutível, como bem acentua Kirschbaum³⁹. Segundo esta, “*não é dado à empresa dispor de elementos de seu patrimônio sem a devida contrapartida*”, o que não se sustenta nem na solvência, nem na insolvência, já que contraria a lógica do direito empresarial, posto que o próprio devedor contribui ativamente para a dissipação de valor de seu patrimônio sem a devida contraprestação.

³⁸ KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “*Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica*”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 44.

³⁹ KIRSCHBAUM, Deborah. *Op. cit.*, p. 45.

Ainda sobre a liberdade de contratar, Kirschbaum acrescenta que tratar-se de um mecanismo de defesa criado para conferir um maior controle sobre a qualidade das decisões financeiras tomadas por gestores, especialmente ante a análise equivocada que uma crise econômico-financeira pode desencadear.

7.3 A cláusula resolutiva expressa *ipso facto* e os custos da crise

Deborah Kirschbaum, ao defender a nulidade de pleno direito da cláusula resolutiva expressa *ipso facto*, entende que esta medida pode reduzir os custos da crise, entendimento este internalizado pelo Direito de países como França, Canadá e Estados Unidos, no qual a cláusula resolutiva expressa é apelidada de *ipso facto* ou *bankruptcy clause*.

Este entendimento, repise-se, considera os contratos existentes quando da adoção dos procedimentos para a recuperação empresarial como parte do patrimônio da empresa que, deste modo, deve ser preservado ao máximo para possibilitar o sucesso da empreitada, especialmente se houver necessidade de alienar ativos no curso da do plano recuperacional, especificamente falando.

Kirschbaum⁴⁰ salienta, dentre os principais argumentos que reforçam a ideia de invalidade da cláusula *ipso facto*, destacam-se a manutenção da atividade empresarial, seja para maximizar o valor de liquidação (potencialmente superior se a empresa for alienada em pleno funcionamento, ao invés de segmentada) ou viabilizar a recuperação. Ademais, a invalidade da cláusula expressa resolutiva *ipso facto* também reduz o poder de barganha do fornecedor essencial à atividade do devedor que, desta feita, não poderá fazer uso da ameaça de resilição do contrato para obter vantagens indevidas para si.

Já como argumentos favoráveis, continua Kirschbaum, aponta-se a injustiça da prerrogativa concedida ao administrador judicial de escolher entre quais contratos pretende manter em vigor, levando em consideração os interesses da massa ou da empresa em recuperação. Ademais, parte-se do pressuposto que a empresa falida

⁴⁰ KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 46.

ou em recuperação não ostenta capacidade para cumprir referidos contratos, sendo inútil, portanto, a protelação de sua vigência.

Para Alan Schwartz⁴¹, todavia, a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* é plenamente possível, justificando, para tanto, que, se o contrato apresentar vantagens posteriormente à configuração do estado de insolvência, a relação será mantida independentemente da *ipso facto*, podendo o fornecedor fazer uso da mencionada cláusula apenas se a continuidade da relação contratual com a empresa insolvente lhe for desvantajosa.

Ainda segundo sua visão, a proibição à utilização da cláusula *ipso facto* desestimula o engajamento, por parte dos gestores da empresa insolvente, a tentar manter a saúde financeira desta.

Kirschbaum, entretanto, novamente refuta os argumentos trazidos à baila, defendendo que o “efeito disciplinador” trazido por Schwartz não se sustenta, mormente porque este não considera os custos que a quebra traz à reputação da empresa, os efeitos reais produzidos pela cláusula sobre os cenários possíveis de negociação posterior à caracterização do estado de insolvência, bem como a dinâmica dos interesses entre os credores envolvidos.

Nesta toada, não há efeito disciplinador, mas sim uma espécie de corrida ao tesouro, obtendo maiores vantagens aqueles que possuem um contrato com a cláusula *ipso facto*, seja para minguar qualquer possibilidade de prejuízo futuro, através da rescisão do contrato, seja para utilizar a norma como forma de conduzir negociações com uma empresa fragilizada, obtendo, com isso, dependendo da importância do contrato que se ameaça rescindir, eventuais vantagens indevidas, em detrimento dos interesses dos demais credores.

Como se vê, os maiores prejudicados, se inserida e levada a efeito a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* e verificada a insolvência de uma das partes contratantes, são os terceiros, os demais credores que não participaram da firmação

⁴¹ SCHWARTZ, S. L. “*A contract theory approach to business bankruptcy*”, v. 107, p. 1807-1845 *apud* KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “*Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica*”. Revista Direito FGV, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006, p. 46.

do contrato, mas que terão revertidos contra si os efeitos os efeitos da aplicação da referida cláusula.

Incongruente, portanto, a ideia de que a concordância com a utilização difundida deste tipo de cláusula trará como consequência direta um maior empenho e dedicação, por parte dos gestores das empresas, para se evitar a quebra, especialmente porque não serão eles, como dito anteriormente, os maiores prejudicados com a rescisão de um contrato considerado fundamental para a continuidade das atividades de uma empresa em recuperação judicial, por exemplo.

Em sendo assim, entende-se que a aplicação da cláusula resolutiva expressa *ipso facto* contraria, em regra, a ideia central de recuperação da empresa, na medida em que esta pode influenciar negativamente na valoração da empresa e, conseqüentemente, na sua recuperação.

8 CONCLUSÃO

Consoante pode ser avaliado ao longo do presente trabalho, a junção entre o estado de insolvência, desde que não motivado por motivos escusos, e a boa vontade em adimplir obrigações tem no Estado um importante apoio que é o instituto da Recuperação Judicial de empresas.

Notadamente, muito mais do que os ativos constituídos por bens físicos, as empresas têm ostentado um ativo empresarial que vai além dos bens materiais, abrangendo valores como a marca, a valorização no mercado e, inclusive, eventuais contratos que lhe confirmam algum tipo de vantagem substancial, como são os casos dos contratos de exploração exclusiva de algum bem ou serviço.

Partindo deste ponto, é importante destacar que os contratos relevantes, por serem, não raras vezes, fundamentais à continuidade das atividades pela recuperanda, precisam receber uma atenção especial por parte do Estado, com vistas a evitar que a presença de cláusulas como a resolutiva expressa *ipso facto* sejam aventadas e, porque não dizer, utilizadas de forma coercitiva por eventuais credores da recuperanda para obterem para si um benefício, em detrimento ao direito dos demais credores, notadamente os trabalhistas.

Por esta razão, este trabalho teve como objetivo apontar uma dissonância entre a utilização desta cláusula e o instituto da recuperação judicial, decorrente da insolvabilidade, especialmente quando o contrato a ostentar esta cláusula for fundamental à continuidade da empresa em recuperação.

Neste diapasão, a pertinência dos contratos que ostentem este tipo de cláusula deve ser analisada caso a caso, mormente para evitar a perpetuidade de contratos desnecessários à manutenção da empresa, face à reorganização decorrente da aplicação do plano de recuperação.

E é com este cuidado que o Judiciário tem tratado a questão, sempre com vistas a defender os interesses de todos, mas com especial ênfase àqueles que, por

não ostentarem um poderio considerável, possam ter seus interesses desatendidos, ainda que indiretamente.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de – Coordenadores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil anotado*, vol. 4, anot. ao art. 1.079.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 11 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BOARIN, Lucas. *Diferenças entre o Instituto da Concordata e da Recuperação Judicial*. Publicado em: 2014. Disponível em: <<https://lucasboarin.jusbrasil.com.br/artigos/137611655/diferencas-entre-o-instituto-da-concordata-e-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em 01.02.2017.

FARIAS, Thélío. *Da necessidade do protesto especial para a decretação de falência*. Publicado em 06/1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/763/da-necessidade-do-protesto-especial-para-a-decretacao-de-falencia>>. Acesso em 01.02.2017.

GOMES, Eduardo Caetano. *Concordata Preventiva e Suspensiva*. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/concordata-preventiva-e-suspensiva>>. Acesso em 01.02.2017.

KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. *Revista Direito FGV*, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006.

LOBO, Jorge. *Efeitos da Concordata e da Falência em Relação ao Contratos Bilaterais do Concordatário e do Falido*. *Revista Forense*, v. 95, n. 347, p. 137-147, jul./set. 1999.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 17. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. Vol. 02, São Paulo – Saraiva: 1995.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência : teoria e prática na Lei 11.101/2005*. João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo, Almedina – 2016.

SCHWARTZ, S. L. *A contract theory approach to business bankruptcy*, v. 107, p. 1807-1845 *apud* KIRSCHBAUM, Deborah. Artigo “Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica”. *Revista Direito FGV*, v. 2, n. 1, p. 037-054, jan-jun 2006.

SKEEL Jr., David A. *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001, p. 62 *apud* Scalzilli, *op. cit.*

SOUSA, Luís Gustavo Matos de. *Uma ideia sobre o princípio da relatividade dos contratos*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4826, 17 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51077>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

TABB, Charles; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 2003, p. 595, *apud* SCALZILLI, João Pedro. *Recuperação de empresas e falência : teoria e prática na Lei 11.101/2005*. João Pedro Scalzilli, Luiz Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. São Paulo, Almedina – 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014 – (Coleção direito civil; v. 2).

Site consultado:

Site: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fal%C3%Aancia>, acessado em 01.02.2017.