CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS: AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E A PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS

CONFLICT BETWEEN PRINCIPLES: AUTONOMY OF WILL AND CONTRACTUAL RELATIONS IN PRESERVATION OF BUSINESS ACTIVITY IN RECOVERY AND BANKRUPTCY LAW FIRMS

Renata Albuquerque Lima¹
Átila de Alencar Araripe Magalhães²

Resumo

O presente trabalho visa à investigação do conflito entre o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais e o princípio da preservação da atividade empresarial à luz da Lei de Recuperação e Falência de Empresas – Lei 11.101/2005. Fez-se um estudo da teoria contratual clássica e da contemporânea, verificando as peculiaridades de cada uma. Focou-se, no presente artigo, a cláusula *ipso facto*, encontrada em contratos bilaterais, a qual proporciona a um dos sujeitos da relação contratual o direito de dissolver o contrato, caso o outro sujeito da relação confesse o estado de insolvência. Analisa-se tal cláusula no contexto do objetivo maior da Lei no. 11.101 de 2005, que é preservar a atividade empresarial da empresa que está sofrendo um processo de falência ou de recuperação. Com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, além da lei supramencionada, a atividade empresarial é elevada a condição de “organismo multidisciplinar”, motivo pela qual o interesse na preservação dessa atividade extrapola a órbita do seu titular, despertando o interesse da sociedade, dos colaboradores, dos investidores, dos consumidores, do mercado e do Estado. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva. Por fim, conclui-se que na superação da situação de crise econômico-financeira da empresa, bem como na busca pela preservação da atividade empresarial, a cláusula *ipso facto* é ilegítima por expropriar à massa ou à empresa sob reabilitação o direito de beneficiar-se de valor positivo de um específico direito contratual.

Palavras-Chave: Princípio da autonomia da vontade. Cláusula *ipso facto*. Princípio da preservação da atividade empresarial. Lei no. 11.101/2005.

Abstract

The present study aims to investigate the conflict between the principle of freedom of choice in contractual relations and the principle of preservation of corporate activity in the light of the Recovery Act and Bankruptcy of Companies - Law 11.101/2005. There was a study of contract theory classical and contemporary, checking the peculiarities of each. Focused, in this article, the *ipso facto* clause, found in bilateral contracts, which provides one of the subjects of the contract the right to dissolve the contract if the other guy's relationship confessing insolvent. We analyze such a clause in the context of the larger goal of Law. 11 101 2005, which is to preserve

¹ Renata Albuquerque Lima é doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza/ UNIFOR. É mestra em Direito Público/UFC. É graduada em Direito/UFC e Administração de Empresas/UECE. É professora da Universidade de Fortaleza das disciplinas de Direito Empresarial e Hermenêutica Jurídica. É professora efetiva do curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. E-mail: realbuquerque@yahoo.com ou renataalbuquerque@unifor.br

² Átila de Alencar Araripe Magalhães é advogado. Mestrando em Administração de Empresas pela UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. É professor das disciplinas de Direito Processo Civil II e III da Universidade de Fortaleza – UNIFOR e coordenador da monitoria da Faculdade Luciano Feijão. E- mail: atila@leiteararipe.adv.br

the business activity of the company is undergoing a bankruptcy procedure or recovery. With the 1988 Federal Constitution, the Civil Code of 2002, besides the above-mentioned law, business activity is elevated condition "disciplinary body", which is why the interest in preserving this activity goes beyond the orbit of its holder, arousing interest society, employees, investors, consumers, the market and the state. For this, we used a literature search, qualitative and descriptive. Finally, we conclude that in overcoming the situation of economic-financial crisis company and the quest for preservation of business activity, the clause is ipso facto illegitimate by the mass or expropriate the company under rehabilitation entitled to benefit positive value of a specific contractual right.

Keywords: Principle of freedom of choice. Ipso facto clause. Principle of preservation of corporate activity. Law. 11.101/2005.

1 Breves Considerações sobre o Princípio da Autonomia Contratual

O contrato está contextualizado no direito das pessoas, não podendo ser desconsiderado a importância da vontade sobre o instituto, pois se trata de negócio jurídico por primazia. Entre os doutrinadores clássicos, ensina Carvalho de Mendonça que a influência da vontade dos contratantes sobreveio de um brando processo histórico resultante do “acordo entre cavaleiros”, principal herança dos contratos romanos e manifestação alavancadora da visão de contrato como fonte obrigacional. (*apud* MENDONÇA, 1957).

A origem contratual tem como princípio fundamental o da Autonomia da Vontade que passa a ter concordância o resultado da declaração de vontade das partes contratantes. A autonomia da vontade simboliza a liberdade de contratar fundamentada no desejo dos indivíduos de se obrigarem livremente, qualificando, desta forma, o exercício da liberdade subjetiva, na qual o desejo se julga totalmente livre. Essa compreensão de liberdade, na qual não há uma divisão entre a vontade e o ato voluntário, prevalece na teoria contratual clássica, sendo princípio fundamental para a subsistência dos contratos, isto é, aquele condiciona a existência deste.

Nos comentários de Olney Queiroz Assis (2002, p.509):

A análise histórica mostra a toda evidencia que primeiro aparece o contrato e só depois é que se articula a liberdade de contratar. Portanto, historicamente é o contrato que condiciona o aparecimento da liberdade de contratar; o contrato se revela não como uma instituição que pressupõe a liberdade como comumente é tratado pela tecnologia jurídica, mas que institucionaliza a liberdade.

Na antiguidade, a liberdade de contratar não estava acompanhada de subjetividade, mas associada à colocação que o indivíduo encontrava-se na sociedade, isto é, estava submetida ao status econômico, social e político do homem. Quem usufruía do poder

econômico, por ser detentor de patrimônio e conseqüentemente de influência social ou de um cargo político, no momento da concepção de um contrato, não sofria a interferência estatal externa e existia uma justificada liberdade de o indivíduo acordar livremente. Já na contemporaneidade, a pessoa e não o patrimônio é o bem de maior valia, sendo a liberdade de contratar um direito subjetivo que os cidadãos possuem entre si, fomentando a ideia de que tal autonomia se refere à humanidade. (NEGREIROS, 2002)

Nesse aspecto, na percepção da teoria contratual clássica, o indivíduo é livre para entrar em acordo no que queira, obedecendo ao limite de não ofensa à ordem pública e aos bons costumes, obrigando-se espontaneamente sobre o que melhor lhe aprouver. A vontade, nesse caso, é indefinida, não havendo previsibilidade quanto à sua definição. Na teoria contratual clássica, predomina o Princípio da Intangibilidade do Contrato, isto é, o seu significado não pode ser alterado ou modificado pelo Estado. Este tem por objetivo, unicamente, garantir o resultado contratual acordado entre as partes.

O entendimento do Princípio da Autonomia da Vontade prepondera na teoria contratual clássica, que a fundamenta como a liberdade de contratar desprotegida de qualquer interferência factual, seja no aspecto econômico, social ou político, que possa resvalar em um limite à essa autonomia.

2 Teoria Contratual Clássica x Teoria Contratual Contemporânea.

Foi no ápice do liberalismo, durante o século XIX, que o exclusivismo econômico dava conjuntura à concepção tradicional do instituto dos contratos, cujo sustentáculo tinha como armação a autonomia da vontade, autêntico representante da liberdade individual como imperativo contratual. No entendimento da teoria clássica, a autonomia da vontade está associada à ideia de uma vontade completamente livre, sem intervenção externa, justificada no livre arbítrio do indivíduo, isto é, de acordo com seus interesses.

Nesse aspecto, nos escritos de Cláudia Lima Marques (2005, p. 60), “... é a vontade que, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.”

Em parágrafos anteriores, Olney Queiroz Assis já teceu comentários em sentido contrário, quando verificou historicamente que primeiro surge o contrato e posteriormente é proferida a liberdade de contratar. Desta forma, o contrato não se evidencia como um instituto

que presume a liberdade como objeto comum convencionado pela tecnologia jurídica, contudo institucionaliza a liberdade.

Em que se fundamente o pensamento oposto de doutrinadores de que o contrato é anterior à liberdade ou de que a liberdade é quem regula o surgimento do instituto, o que se realça é que na concepção tradicional dos contratos, a vontade é a sede da liberdade individual, propagando a ideia de que essa vontade é completamente livre para se expressar, justificando a imperatividade da obrigação acordada entre as partes e imputando-lhe força obrigatória.

De acordo com a teoria contratual clássica, nos comentários de Cláudia Lima Marques (2005, p. 63), “ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato.”

Na percepção clássica, a autonomia da vontade tinha que ser conservada em consideração à liberdade subjetiva enunciada pelo indivíduo e consentida pela lei. Nessa situação, a regulamentação geral era a não intervenção do Estado nos contratos e a prestação da tutela jurisdicional, a fim de conservar o acordado, isto é, a vontade expressa das partes, assegurando o resultado que almejavam com a confirmação do contrato. A intervenção estatal ficava condicionada à causalidade de que a vontade de uma das partes na relação contratual estivesse adulterada, dando oportunidade, à anulação do negócio jurídico. Concretiza-se, mais uma vez, que o cumprimento do acordo está submetido à vontade que o ensejou.

Na compreensão clássica, não se discute o conteúdo do contrato ser justo ou injusto, mas sim se a vontade é livre ou viciada, pois ainda que injusto a essência contratual, se a vontade manifesta for livre de vício da aquiescência, o sujeito compulsoriamente fica vinculado aos termos do negócio jurídico celebrado, justificando a legitimidade desse assentimento na vontade declarada pela parte no instante da confirmação do contrato.

Percebe-se, nesse significado, a importância do pensamento kelseniano na explicação da teoria dos contratos, de acordo com a versão clássica, uma vez que o contrato será interpretado conforme a sua validade, portanto, de acordo com Kelsen, o procedimento poderá ser válido ou inválido, jamais justo ou injusto.(1999, p.105-107)

Henri de Page *apud* Orlando Gomes (2001, p. 23):

Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer as linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo de contrato, nos limites legais imperativos.

Visualiza-se que mesmo no auge da dimensão reconhecida à autonomia da vontade no direito contratual, constantemente existiram imposições de fronteiras legais à prática dessa autonomia, seja por aspectos econômicos, políticos ou sociais que limitavam o desenvolvimento da liberdade contratual das partes em determinados contratos, as sujeitando às normas legais.

Todavia, normalmente, na percepção clássica do Direito Contratual, os regulamentos legais eram complementares, isto é, aplicados supletivamente quando os sujeitos dos contratos não se apresentavam de forma expressa sobre algo. O caráter de subsidiariedade das normas legais predominava na teoria contratual clássica, o que contemplava o momento histórico da época em que essa teoria se prolongava chegando ao seu ápice. Garantia-se a independência dos sujeitos de contratarem livremente e como resultado a não intervenção estatal na formação dos pactos, justificando-se essa ampla liberdade na isonomia presumida das partes no contrato.

Com o passar do tempo, percebeu-se que, no plano da teoria contratual clássica, na qual a autonomia da vontade era mantida como garantia legal da independência de contratar, essa liberdade começou a aparentar uma ficção, uma ilusão jurídica, que se apresentava interessante ao Estado espalhá-la como verdade entre os homens da nação. Essa utopia permanecia na teoria clássica, uma vez que era fundamental e necessária para suprir aos interesses do Estado naquele momento histórico.

Portanto, sujeitos livres para pactuar sempre foi uma qualidade presumida das partes, uma emblemática utopia jurídica que o Estado se esforçava em preservar, formando no indivíduo a crença de que é completamente independente para contratar, e proporcionando a defesa e a irrelevância do ordenamento jurídico, por longo tempo, em olhar com maior precisão a evolução das relações contratuais mantidas nos modelos da teoria contratual clássica.

As violações decorrentes do exercício da autonomia da vontade concludente pela larga liberdade contratual e pela isonomia suposta das partes fizeram que o direito contratual sofresse significativas indagações, colocando incertezas, entre o final do século XIX e começo do século XX. Dessa forma, verifica-se uma aferição mais específica ao sujeito da relação contratual e suas condições.

Além disso, sucessivamente, o liberalismo foi perdendo terreno para o Estado Social, convertendo abruptamente a teoria clássica na ideologia jurídica contemporânea. Permuta-se de uma percepção liberal e individualista para um perfil social do contrato,

direcionada para o Estado social, isto é, para o coletivo. Nesse aspecto, o preceito da autonomia da vontade e do prognóstico de isonomia das partes se flexibiliza diante da confirmação das diferenças econômicas, sociais, políticas e jurídicas entre os sujeitos, fomentando a mendicância da intervenção estatal no cerne dos contratos, estabelecendo, dessa forma, o dirigismo contratual.

Portanto, de acordo com a Teoria Clássica, essa liberdade contratual independente produz uma percepção de que há autonomia para pactuar de acordo com nossos interesses, livres de influências exteriores. Todavia, na contemporaneidade, percebe-se que essa liberdade contratual clássica foi considerada, por muitos, uma ficção, assim como a heteronomia do Estado se evidencia como tal, na forma que também tolera influências econômicas, políticas e sociais em concordância com os empenhos da organização política e a estrutura ideológica de cada momento histórico, bem como da classe dominante de cujos interesses o Estado é e sempre foi representante.

Verifica-se nos comentários de Orlando Gomes (2001, p.24):

Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais poderão ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à organização política e a infraestrutura ideológica.

De acordo com a teoria contratual clássica, essas barreiras à autonomia da vontade, embora existissem, não foram aptas para dificultar os excessos decorrentes do exercício exacerbado da liberdade contratual, perecendo paulatinamente. Já conforme o pensamento contemporâneo, esse ideário da autonomia da vontade enfatizada pela liberdade contratual justificada pela vontade subjetiva dos sujeitos, agora passa a ser compreendida como algo inadequado à realidade política, econômica e social atual. Passa-se, no momento, a opor-se ao princípio em questão, aplicando limites ao seu exercício, adicionando-se a eles a intervenção estatal e novos princípios contratuais que se convertem na teoria contratual contemporânea.

O Código Civil de 2002 introduziu novos princípios contratuais, cuja importância torna-se fundamental nas relações pactuadas na contemporaneidade. Solidifica-se, portanto, com a força de tal regulamento, a teoria contratual contemporânea ou, como outros doutrinadores pensam, a modernização da teoria contratual clássica, conduzindo novas características interpretativas do instituto em questão e alterando, expressivamente, a percepção do mesmo na atualidade.

Com o surgimento dos princípios da boa fé objetiva, que condiciona os atributos de lealdade, honestidade, do princípio da função social do contrato, expostos na disposição das cláusulas gerais da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, todas decorrentes do código civil atual, os princípios da força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*) e da autonomia da vontade, tão bem expostos pela teoria contratual clássica, tornaram-se mais flexíveis na versão contemporânea, possuindo sua utilidade diminuída no contrato.

Portanto, verificou-se uma alteração primordial da teoria contratual clássica, a qual tinha a autonomia da vontade o lugar da liberdade contratual, não sendo mais percebida nos tempos atuais, mas dando oportunidade a uma nova certeza na celebração dos pactos ou uma nova reestruturação na forma de contratar. O sujeito da relação contratual e não mais o patrimônio é o bem de maior importância a ser protegido não somente pelo direito contratual contemporâneo, mas por todo tratamento civil que se ajusta com os princípios enaltecidos pela Constituição Federal de 1988.

Atenta-se, segundo trabalhado em outros parágrafos, que o preceito da autonomia da vontade como legalizador do contrato e fonte obrigacional passa a ser discutido, no final do século XIX, começo do século XX, em relação ao tamanho dessa concordância sobre o princípio da autonomia da vontade. Essa fase contingente evidencia a mudança da percepção liberal do contrato para incluir barreiras mais rígidas, diminuindo tal amplitude de outrora conferida à autonomia da vontade pela agravada liberdade contratual das partes, com o intuito de estabelecer o dirigismo contratual, confirmando, nos dias atuais, um maior intervencionismo estatal nos contratos, conforme preceitua a teoria contratual contemporânea.

3 Aspectos Conceituais sobre o Princípio da Preservação da Atividade Empresarial presente na Lei no. 11.101/2005

Com o surgimento da atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005), aportam, na teoria e na prática, debates em torno da interpretação e aplicação de determinados preceitos legais de tal legislação, sejam elas alusivas à assembléia de credores, ao plano de recuperação, à classificação dos créditos na falência e a outros temas. Nessa circunstância, o que se percebe é que, o desfecho pode ser encontrado na correta aplicação do princípio da preservação da empresa viável, que tende a ser cada vez mais aplicado pelos operadores do direito em estratégias de defesa e no embasamento de decisões judiciais. Nota-se que tal preceito não teve seu nascimento em uma lei específica, mas é

resultado de uma lenta evolução, sendo pormenorizado na medida em que o interesse da coletividade voltava-se para a preservação das empresas. Nesse sentido, pode-se verificar pensamento de Ecio Perin Júnior (2009, p. 5), nos seguintes termos:

Aproveitando a experiência francesa, a pretensão finalística é preservar a empresa, dissociada da figura do empresário, titular dela, que de alguma forma a controla, direta ou indiretamente, através de participação societária.

A empresa é, numa visão moderna e menos obtusa, muito mais social que privada. Social no sentido de que ao mesmo tempo que serve aos interesses do empresário, credores e acionistas em geral, serve também aos interesses da sociedade.

A empresa serve ao empresário e acionistas em geral como fonte de obtenção de lucros decorrentes do capital investido para sua constituição e desenvolvimento; aos credores, como garantia de venda de seus produtos, e por conseqüência, também à obtenção de lucros; à sociedade serve, uma vez que gera empregos, recolhe tributos e produz ou circula bens ou serviços, exercendo, dessa forma, função social indispensável, que proporciona, em sentido lato, a tutela da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade premente na conservação da empresa, tendo em vista que esta não traz benefícios apenas aos seus sócios controladores, mas à toda uma comunidade, seja de credores, de fornecedores, da sociedade civil, do próprio Estado. Efetivamente, se considerarmos a mudança histórica do Direito Falimentar, observa-se que, num primeiro momento, o interesse coletivo estava individualmente à procura de meios eficazes para o pagamento dos credores, mediante a arrecadação e a alienação da totalidade do patrimônio do falido. Posteriormente à Primeira Guerra Mundial, é que foi admissível observar, em alguns países, o início de uma maior preocupação com a preservação das empresas, notadamente nos Estados Unidos, onde a aguda crise de 1929 levou ao aparecimento de uma nova política, o *New Deal*, acompanhado pela promulgação do *Chandler Act* de 1938, que modificou o *National Bankruptcy Act* norte-americano para prever a reparação do devedor como alternativa para a liquidação. (ABRÃO, 1985, p. 10.)

Desta forma, na medida em que aumentava o papel da empresa no meio social, o Direito Falimentar foi evoluindo de regras com o único propósito de liquidação e pagamento dos credores para a busca de mecanismos voltados para a preservação da atividade empresarial. A transformação, no Brasil, de uma cultura jurídica de conservação das empresas sucedeu de maneira branda e gradual. O Decreto-lei nº 7.661, de 1945, que permaneceu em atividade por cinco décadas, e que foi utilizado nas ações de falência e concordata antes da atual lei, trabalhavam, fundamentalmente, com normas que evidenciavam um sistema legalista, predominando o zelo com os credores, em prejuízo da preservação da atividade empresarial.

Percebeu-se, desta forma, que o decreto-lei supracitado estava desatualizado com as

adversidades da sociedade moderna, realçando a urgência do nascimento de instrumentos que proporcionassem o restabelecimento das empresas com complicações financeiras.

Uma alternativa de solução aos desejos da sociedade veio com o surgimento da Constituição Federal de 1988. Com seus traços e princípios, a Constituição evidenciou um ponto essencial para a estabilização do Princípio da Preservação da Empresa, na proporção que consolidou os fundamentos e metas que passariam a orientar a composição, explicação e adequação da legislação. É no artigo 170, que a Constituição dispôs sobre a ordem econômica e financeira, estabelecendo em seu conteúdo, os princípios gerais da atividade econômica, na seara da propriedade privada, da função social da propriedade e a da busca pelo pleno emprego.

A atual Lei de Recuperação de Empresas, no entanto, nasceu com mecanismos direcionados com a finalidade de preservar a atividade empresarial, como a interrupção de ações e execuções contra a sociedade em reabilitação judicial pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, § 4), a casualidade de afastamento, em determinadas situações, dos administradores da sociedade (art. 64) e possibilidade de alienação da empresa sem que ocorra a sucessão das dívidas trabalhistas e tributárias do arrematante nas obrigações do devedor (art. 141). Sabe-se que a Lei 11.101 de 2005 isoladamente não poderá fazer uma revolução no sentido de soerguer todas as empresas em crise, mas muitos foram os benefícios existentes com a entrada em vigor de referida legislação, conforme se depreende do pensamento de Luiz Guerra, (2011, p. 70), a seguir exposto:

Óbvio que a Lei de Recuperações e de Falências, isoladamente, não viabilizará o crescimento econômico do Brasil. Porém, a adoção de políticas, ao lado da lei concursal, contribuirá para o crescimento da economia, desde que compreendido o seu correto espírito – de preservação da atividade empresarial – o que elevará o PIB nacional, além de constituir decisivo fator de chamada e de segurança para novos investimentos estrangeiros para o Brasil.

Posto que o revigoramento do princípio da preservação da empresa na seara econômica, sua aplicação na interpretação e utilização das leis com o intuito de garantir a casualidade da recuperação da empresa não pode ser ilimitada, como consequência de acabar várias vezes por causar transtorno em vez de favorecer a sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho fez o seguinte comentário (2002, p. 218). “quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores”.

Levando as palavras de Fábio Ulhoa em consideração, a doutrina estabelece como marco principal para demarcar a aplicação do princípio comentado o da viabilidade econômica, isto é, apenas as empresas com capacidade econômica viáveis, aptas para restauração, devem permanecer. Outrossim, deve-se levar em consideração a importância da empresa no aspecto social, analisando-se as vantagens que a sua reabilitação levará para seus acionistas e para a coletividade em largo aspecto, num extenso prazo. Essa análise será de fundamental importância para fundamentar a não caracterização da inviabilidade econômica da empresa.

Observa-se, na nova visão do Direito Falimentar, que a aplicação do quesito da viabilidade econômica ou da importância para definir se a empresa insolvente deve ou não ser conservada é mais adequado com a realidade da coletividade de acordo com os preceitos estabelecidos. Sendo assim, o princípio em primazia deve ser caracterizado continuamente como o princípio da viável preservação da empresa ou de relevante interesse social, deduzindo essas duas particularidades direcionar sua utilização.

4 A Cláusula Resolutiva Expressa nos Contratos Empresariais diante da Declaração do Estado de Insolvência da Empresa (Falência) ou do Deferimento da sua Recuperação Judicial.

A cláusula *ipso facto* regulamente encontrada em contratos bilaterais de diversas qualidades proporciona a um dos sujeitos da relação contratual o direito de dissolver o contrato, caso o outro sujeito da relação confesse o estado de insolvência. Essa cláusula equivale à transmissão de um ativo, podendo ser considerado importante para a maximização do valor dos ativos da empresa ou para o seu restabelecimento. A cláusula *ipso facto* tem o objetivo de operar o desfecho do contrato mesmo que nenhuma outra obrigação nela renunciada fosse descumprida, salvo o compromisso de permanecer em condições de manter as obrigações contraídas.

Observa-se os questionamentos de Deborah Kirschbaum (2006,p. 38):

É curiosa a persistência da inclusão desta cláusula na prática contratual, considerando que: (a) há mais de sessenta anos existe norma no ordenamento jurídico nacional determinando que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, pois o art. 117 da Lei 11.101/2005 do diploma vigente é substancialmente idêntico ao do art. 43 do Decreto-lei 7.661/1945 da norma revogada, ao atribuir ao síndico ou administrador judicial a prerrogativa sobre a decisão quanto a continuidade dos contratos bilaterais; (b) há uma notável inclinação por parte dos Tribunais de Justiça Estaduais no sentido de julgarem nula a cláusula *ipso facto*: (c)

a maior parte da doutrina contemporânea reconhece que a norma é racionalmente necessária.

Foi no auge do liberalismo, em meados do Século XIX, que os seguidores da cláusula *ipso facto* encontraram a melhor época para aplicá-la, pois o individualismo econômico dava ensejo à concepção tradicional do instituto dos contratos, cujo fundamento se estruturava na autonomia da vontade, autêntico representante da liberdade individual como imperativo contratual. Logo, se há liberdade para contratar, há também autonomia de como pactuar e quais critérios devem ser obedecidos.

Coadunado com o liberalismo estava a Teoria Contratual Clássica e a autonomia da vontade que preservava o respeito à liberdade subjetiva expressa pelo indivíduo e autorizada por lei. Na teoria clássica, a autonomia da vontade está relacionada à ideia de uma vontade plenamente livre, sem interferência externa, fundamentada no livre arbítrio do indivíduo de pactuar sem obstáculos, de auto obrigar-se, de acordo com seus interesses.

Na concepção clássica, verifica-se a influência Kelseniana na interpretação dos contratos, pois tal jurista não questionava se o contrato era justo ou injusto, ou abundantemente oneroso para um dos sujeitos da relação contratual. Para ele, seu pensamento se condensa na legalidade do contrato celebrado, isto é, se o acordo é autêntico ou não diante do ordenamento em que foi criado. Não interessava se o contrato acarretava um evidente desequilíbrio econômico entre as partes e, deste modo, evidenciando um mecanismo de manipulação dos mais fortes sobre os mais fracos.

Para Hans Kelsen (1999), não existe um direito subjetivo, pois se assim fosse, seria a influência de um dever jurídico dentro do sistema de normas. Destarte, Kelsen incapacita a realidade de um direito subjetivo, o projetando como um acontecimento normativo disposto para as partes e não como uma qualidade da vontade do indivíduo.

Kelsen afirma (1999, p. 286) “o fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes”. E assim, continua a discorrer (1999, p. 288) “fala-se de conclusão de um contrato e quer-se significar, com isso, os atos que formam o fato gerador de normas. Fala-se de vigência de um contrato e quer-se significar a norma criada através deste fato, pois só uma norma – e não um ato – pode ter vigência.”

Levando-se em consideração o Princípio da Autonomia Contratual com a Teoria Clássica da época do liberalismo mais o pensamento positivista de Hans Kelsen, têm-se elementos fundamentais para justificar a prática freqüente da cláusula *ipso facto* nos contratos empresariais bilaterais. Tal cláusula, portanto, ganha força para operar a resolução do contrato

ainda que nenhuma outra obrigação nele prevista tenha sido inadimplida, exceto o compromisso de manter-se solvente.

Carvalho de Mendonça tutela a legalidade da cláusula e declara (1960, p. 376 e 470) “não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso da superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. Não se dá ofensa a princípio algum de ordem pública. O direito da massa, agindo está como representante do falido, mede-se pelo direito deste”.

Waldemar Ferreira, em lugar de patentear sua própria opinião quanto à validade da cláusula, aludi um acórdão do TJRJ juntamente com um ensinamento francês a favor da legitimidade da cláusula, justificando pragmaticamente o empenho do credor. E assim afirma (1965, p. 515 e 516) “para não ter que demandar judicialmente a resolução do contrato em caso de falência da outra parte, pareceu a Georges Ripert lícito a um contratante inserir no contrato a cláusula prevendo-lhe a resolução, de pleno direito, em caso de falência”.

Como se pode perceber, as razões expressadas por Waldemar Ferreira e Carvalho de Mendonça partem das seguintes premissas: em primeiro lugar, aborda-se a essencialidade do texto normativo, pois não existe interdição à cláusula; num segundo aspecto, leva-se em consideração o livre arbítrio para contratar; e por último, trabalha-se o pragmatismo voltado aos interesses do credor.

Contestando os posicionamentos dos referidos autores acima, que se baseiam na hipotética liberdade de contratar, tal autonomia não é aceita no âmbito da solvência, pois não é atribuída à empresa a possibilidade de dispor de itens de seu patrimônio sem a devida compensação. A liberdade comentada por Carvalho de Mendonça não vigora na solvência e nem muito menos na insolvência. Na verdade, não houve zelo normativo nos comentários de ambos os doutrinadores ao defenderem seus contrapontos, pois eles não abordaram as conseqüências negativas da cláusula sobre a repartição de riquezas entre os titulares de interesses afetados, ou seja, eles não trabalharam os efeitos da existência da cláusula resolutiva *ipso facto* ocasionados à massa falida, aos outros credores, à sociedade, bem como ao Estado.

A teoria contratual contemporânea, considerada uma regeneração da teoria contratual clássica, conserva os princípios contratuais clássicos da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, todavia adicionando-se a eles outros princípios contratuais com caracteres sociais que se estabilizaram com o advento do Código Civil de 2002 e que demarcaram a importância dos princípios contratuais clássicos. Referido código tem seu pensamento voltado para a sociedade como um todo, estabelecendo regras de conduta com a finalidade de combater atos

de improbidade nas relações civis, não dando margem à existência de cláusulas resolutivas expressas.

Quando do advento de um processo de falência ou de recuperação empresarial, a cláusula resolutiva presente no contrato vai de encontro ao princípio da preservação da atividade empresarial, tendo em vista que extingue a relação existente entre partes pactuantes, trazendo consequências negativas à massa falida e conseqüentemente aos objetivos do direito da insolvência de criar condições para a recuperação da empresa, quando viável.

Dessa forma, a resolução desse contrato provavelmente ocasionará a extinção da empresa, tendo em vista a relevância da existência de tal pacto para a sociedade empresária falida. Portanto, prejudicará o exercício da atividade empresarial que tenta se recuperar, e impede que, por exemplo, a empresa seja alienada em funcionamento do que fracionada, não proporcionando a maximização do valor de sua liquidação, ou seja, a empresa viável vale mais em andamento do que liquidada em frações de ativos dissolvidos.

Outro aspecto temerário da cláusula é seu efeito oposto à coerência de incentivos hipoteticamente desejados, pois penaliza os credores e demais titulares do topo da hierarquia e não os titulares residuais dos créditos, que são os sócios da devedora. Em uma relação contratual, aquele que deseja abolir o fornecimento de determinado bem ou serviço à sua contraparte contratual deve reembolsá-la pelas perdas e danos causados. Esse ressarcimento resulta como uma contrapartida pela transferência de riqueza. A cláusula resolutiva expressa não apenas desobriga o contratante, como também lhe confere o direito de causar dano sem ter que pagar nada por isso.

É necessário perceber que, mesmo existindo ruptura contratual com compensação financeira, esta empresa, numa circunstância grave como da insolvência, dificilmente equilibrará o prejuízo da prestação contratual extinta. Para uma empresa com adversidades financeiras, um crédito derivado de perdas e danos é incomparável com as vantagens de se estar operando e cumprindo responsabilmente o provimento de bens ou serviços essenciais à sua atividade. A complexidade para obter novos contratos, em períodos de exiguidade econômica, é propriamente impraticável.

O efeito da cláusula resolutiva expressa para o desenvolvimento da atividade empresarial é devastador, pois a empresa deriva de uma rede de contratos, assiduamente de execução repetida. Nessa rede, existem contratos avaliados como estratégicos e relevantes e que, desta forma, estabelecem o bem mais precioso e fundamental para o crescimento da atividade empresarial. O desfecho de um desses contratos pode decepcionar não apenas o desempenho da empresa devedora, mas também, as outras empresas que com ela contrataram,

cogitando-as como ponto essencial do patrimônio da devedora.

A maior exposição da representatividade econômica de uma empresa é a percepção quanto à interdependência entre valores dos elementos patrimoniais, e que o embasamento para a deliberação do valor de um ativo é a referência de sua predisposição para geração de riqueza futura. Desta forma, o mercado interpreta que uma empresa vale mais em plena atividade do que em fragmentos de ativos.

A cláusula resolutiva vai de encontro com a tríade legalista que se instaurou no país a partir de 1988, e teve como marco a Constituição Federal e o seu protecionismo ao desenvolvimento das atividades empresariais, acompanhado do Código Civil de 2002 e a Lei de Recuperação e Falência de 2005. A Constituição Federal estabeleceu um novo método jurídico, consistindo em princípios como o da dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, dentre outros. Sucessivamente, é publicado, em 2002, o Código Civil, com consistentes tendências de caráter constitucional. E, mais tarde, a atual Lei de Recuperação e Falência de Empresas – 11.101/2005 -, nesse novo método jurídico, é antecipado como um mecanismo preceptivo para a realização dos fundamentos e finalidades da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII e 170 da CF/88). Desse modo, as empresas e os contratos firmados com a utilização da cláusula resolutiva expressa convergem no sentido contrário ao novo método jurídico trazido pela atual ordem jurídica.

CONCLUSÃO

A base para determinação do valor de um ativo é estabelecido em função de sua capacidade de geração de riqueza futura. A empresa viável vale mais em funcionamento do que liquidada em frações de ativos desagregados. Assim, credores contratam e ajustam suas expectativas de risco em função de um determinado conjunto patrimonial de titularidade do devedor, ou seja, os contratos relevantes firmados pela empresa devedora. Quando ocorre a resolução automática de tais contratos, poderá ocorrer a frustração não apenas da empresa devedora, como também da comunidade de credores.

Como já foi dito no item anterior, no exercício da atividade empresarial, existem contratos que são primordiais à estruturação da produção. São os denominados “contratos relevantes”. Permitir a viabilidade de resolução, *ipso facto* da insolvência, desses contratos que concorrem peremptoriamente para a composição de valor positivo dos ativos da empresa, implica imputar direito ao devedor, facilitando a perda do valor dos ativos da empresa associado à prioridade do credor em questão, em prejuízo dos demais e fazer que os demais

credores sejam punidos pela perda.

Desse modo, a cláusula resolutiva automática não apenas libera o contratante que se beneficia de tal cláusula, como também lhe confere o direito de causar dano sem ter de pagar por isso. Mesmo havendo ruptura contratual com ressarcimento, este dificilmente compensará a perda da prestação contratual numa situação crítica como a da insolvência.

Para uma empresa em dificuldades econômico-financeiras, um crédito ilíquido (por perdas e danos) é bastante inferior ao benefício pelo cumprimento de uma obrigação de fornecimento de bem ou serviço relevante à sua atividade.

A Cláusula Resolutiva Automática em Contratos Empresariais, com o advento da decretação de Falência ou Pedido de Recuperação Empresarial, tem duplo impacto econômico, ou seja, 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.

Portanto, a cláusula *ipso facto* é ilegítima por expropriar à massa ou à empresa sob reabilitação o direito de beneficiar-se de valor positivo de um específico direito contratual, ou seja, por um aspecto, essa escassez acaba sendo tolerada pelos demais credores que contratam com referência num específico patrimônio, não envolvendo a contratação que prevê a *ipso facto*, todavia sentem a perda de valor de determinado patrimônio pela retirada de elemento que deveria integrá-lo. Em outro sentido, a cláusula essencialmente corresponde a um instrumento de isolamento privado ou impenetrável contra as consequências da insolvência da contraparte.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Néson. **O novo direito falimentar**: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: RT, 1985.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito. Justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmem, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965. 14v.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Luiz. **Falências e recuperações de empresas**: crise econômico-financeira.

Comentários à Lei de recuperações e de falências. 1º. Vol. Brasília: Guerra Ed., 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIRSCHBAUM, Deborah. **Cláusula Resolutiva Expressa por Insolvência nos Contratos Empresariais**: uma análise econômico jurídica. São Paulo: Revista Direito GV. Ano 2006, v.2, n.1, mês jan-jun, pag. 037-054.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, J.X. Carvalho de. **Tratado de Direito comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. 7v.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Contratos no direito brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, t.1, p.7.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERIN JÚNIOR, Écio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.