

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA *IPSO FACTO* E A CRISE DA EMPRESA: PARÂMETROS PARA EXAME DA LEGITIMIDADE DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO EM CASO DE INSOLVÊNCIA DO CONTRATANTE

Victor Willcox

Mestrando em Direito Civil na UERJ.
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

Sumário: **1** Efeitos da recessão econômica sobre os contratos *business-to-business* – **2** A cláusula resolutiva expressa como instrumento de repartição de riscos entre os contratantes – **3** O risco de insolvência, falência e recuperação judicial ou extrajudicial – **4** Possíveis parâmetros para ponderação dos interesses colidentes – **5** Conclusão

1 Efeitos da recessão econômica sobre os contratos *business-to-business*

Nos últimos anos, como se sabe, o Brasil tem passado por uma crise econômica severa, o que tem contribuído para que os requerimentos de falência e recuperação judicial venham atingindo números recordes.¹

Em 2016, por exemplo, as empresas integrantes do grupo econômico Oi requereram recuperação judicial, indicando um passivo total de aproximadamente R\$ 65 bilhões à época.²

No requerimento de recuperação judicial, as empresas requerentes alegaram a existência de contratos em vigor com diversos fornecedores, com vistas à

¹ “Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2015, aponta Serasa”. *Valor Econômico*, 11.1.2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4386032/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2015-aponta-serasa>>. Acesso em: 20 jul. 2017. No ano seguinte, o recorde foi superado: “Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2016, nota Serasa”. *Valor Econômico*, 3.1.2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4824392/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2016-nota-serasa>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

² “Oi pede recuperação judicial de R\$ 65 bilhões, a maior da história do Brasil”. *Folha de S. Paulo*, 20.6.2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1783621-oi-pede-recuperacao-judicial-de-r-53-bilhoes.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

prestação de serviços acessórios (tais como interconexão, constituição de redes de telecomunicações, direitos de passagem, etc.), cuja eventual resolução, a seu ver, poderia inviabilizar sua atividade-fim (qual seja, a prestação dos serviços de comunicação aos seus clientes).

Por tal razão, as requerentes do grupo Oi postularam a concessão de liminar que lhes assegurasse a continuidade dos referidos contratos, o que foi deferido pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. O Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana entendeu que, “no confronto entre a aplicabilidade da cláusula que prevê a rescisão contratual e as consequências danosas da interrupção de serviços essenciais e contínuos, prestados e direcionados a consumidores, deve prevalecer aquele que atende à função social do contrato, vale dizer, prevalece a suspensão da eficácia da referida cláusula contratual”.³

O exemplo citado evidencia como o atual cenário de recessão econômica tende a reverberar nos contratos em curso, celebrados pela parte falida ou em recuperação judicial ou extrajudicial.

Assim como as empresas do grupo Oi, na vasta maioria dos contratos empresariais (usualmente denominados *business-to-business*), especialmente quando dotados de maior complexidade, estipula-se cláusula resolutiva expressa, contemplando a possibilidade de qualquer das partes resolver a avença em caso de decretação de falência ou deferimento de recuperação judicial ou extrajudicial da outra parte. Eis a chamada cláusula *ipso facto*.

Por vezes, na praxe negocial, as partes vão além, pactuando que o contrato se dará por resolvido mediante a simples instauração de requerimento de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial (sendo prescindível, em tais hipóteses, a sua efetiva chancela pelo Judiciário).

A esse respeito, a legislação falimentar em vigor dispõe, de forma genérica, que os contratos bilaterais não se resolvem automaticamente pela falência (Lei n. 11.101/05, art. 117, *caput*). No que tange à recuperação judicial, a lei prevê que, em princípio, as obrigações anteriores ao seu deferimento observarão as condições originalmente contratadas (Lei n. 11.101/05, art. 49, §2º).

Tais dispositivos têm dado margem a controvérsias, tal como se viu no caso da Oi. Por um lado, reconhecer a resolução automática dos contratos em vigor poderia ir de encontro à finalidade precípua da Lei n. 11.101/05, consistente na preservação da empresa, em virtude de sua função social.

Por outro lado, obrigar o credor a prosseguir em uma relação contratual com parte insolvente poderia lhe impor ônus demasiadamente gravoso, especialmente

³ Decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, em 29.6.2016, nos autos do processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001 (cf. fls. 89.511 do processo eletrônico).

nas hipóteses de cláusula resolutiva expressa assegurando a possibilidade de resolução do contrato, em caso de falência ou recuperação judicial da outra contratante.

Tendo em vista o problema narrado acima, que pode vir a se tornar recorrente no Judiciário, busca-se, no presente trabalho, examinar a eficácia da cláusula resolutiva *ipso facto* em consonância com os valores previstos no ordenamento civil-constitucional brasileiro.

2 A cláusula resolutiva expressa como instrumento de repartição de riscos entre os contratantes

Inicialmente, é necessário analisar o conceito e a função desempenhada pela cláusula resolutiva expressa nas relações contratuais, à luz do ordenamento jurídico vigente.

Doutrinariamente, a cláusula resolutiva expressa tem sido conceituada como estipulação pactuada nos contratos bilaterais, por meio da qual a qualquer dos contratantes, caso não prefira reclamar o cumprimento da prestação, é assegurada a faculdade de provocar a resolução do contrato.⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que a prestação contemplada na cláusula resolutiva expressa deverá ser “relevante para a economia do contrato”.⁵

Como é intuitivo, a cláusula resolutiva expressa tem como fundamento a autonomia privada.⁶ Isto porque, se à própria autonomia privada é facultada a criação do vínculo contratual, mediante regulamentação dos interesses das partes, por uma questão de paralelismo de formas, as partes também podem regular as hipóteses em que o vínculo contratual poderá ser desfeito. É a própria autonomia privada que dá ensejo a esta modalidade de autotutela contratual,⁷ dispensando-se a chancela do Estado, por meio do Poder Judiciário, para que as partes se liberem do vínculo contratual.

⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118-119.

⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. VI, tomo II: da extinção do contrato (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 394.

⁶ “Fruto da autonomia privada dos contratantes, que ajustam, livre e conscientemente, sua inclusão no contrato, a cláusula resolutiva expressa permite ao credor desvincular-se de relação jurídica disfuncionalizada, incapaz de cumprir o programa negocial traçado pelas partes, de forma célere, mediante simples declaração receptícia de vontade” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 8).

⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 55.

A maior vantagem proporcionada pela pactuação de cláusula resolutiva expressa parece residir na possibilidade de resolução extrajudicial, mediante simples declaração receptícia de vontade, a operar efeitos de pleno direito, tal como prevê o art. 474 do Código Civil. Afinal, o dinamismo do ambiente negocial demanda a resolução de relação jurídica disfuncionalizada com segurança, previsibilidade e celeridade.⁸

Segundo Aline de Miranda Valverde Terra, a autonomia privada manifestada na redação da cláusula resolutiva expressa não é absolutamente insindicável, nem infensa a eventual controle de merecimento de tutela.⁹ Sobre os possíveis problemas que podem advir da cláusula resolutiva expressa, adverte Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

A cláusula tem a vantagem de permitir a regulação dos interesses das partes no caso de inadimplemento; daí a tendência de vir a ser utilizada com maior frequência no futuro imediato. Traz benefícios, mas também traz desvantagens, pois facilita a destruição dos contratos e permite à parte dominante impor-se ao outro, ainda que haja desproporção entre os efeitos da resolução e os do inadimplemento. Por isso, corrente importante atribui aos juízes um poder moderador, e estes têm invocado o princípio da boa-fé para resguardo do princípio de justiça.¹⁰

⁸ Nesse sentido: "(...) a cláusula resolutiva expressa contribui para a criação de ambiente negocial mais seguro e previsível para os contratantes: permite-lhes preestabelecer livre e conjuntamente, em que situações a relação poderá ser resolvida por não ser capaz de promover os interesses concretamente perseguidos, e faculta à parte lesada livrar-se imediatamente da relação disfuncional, imprestável à finalidade a que se dirige, sem que, para isso, tenha de se submeter às agruras de um processo judicial" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 235).

⁹ "O mero consenso na definição do seu conteúdo, conquanto seja um aspecto fundamental, não lhe garante a legitimidade necessária ao seu merecimento de tutela. Não basta, portanto, a conformidade procedimental na elaboração da cláusula, a constatação de que o seu teor resultou da vontade livre, informada e consciente de ambas as partes; é indispensável averiguar sua adequação à economia contratual, tomando como parâmetro a boa-fé objetiva, sob pena de se produzirem cláusulas distorcidas, e, por isso, inválidas.

Qualquer que seja o suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a investigação a respeito da legitimidade da autonomia privada na sua elaboração requer a análise sistemática do contrato, avaliando a cláusula no contexto negocial unitário, em cotejo com todas as demais disposições contratuais. O exame não prescinde da consideração do programa contratual e dos concretos interesses perseguidos pelas partes. Imperativo considerar que a cláusula resolutiva encerra uma das várias peças do intrincado quebra-cabeças que é o arranjo negocial, de modo que apenas partindo da visão global do ajuste é possível ter a exata noção dos reais termos do regulamento de interesses e, consequentemente, da efetiva conformação da cláusula à legalidade constitucional" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 74).

¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II: da extinção do contrato, cit., p. 397.

O evento contemplado na cláusula resolutiva expressa há necessariamente que ser relevante, de modo que a sua ocorrência comprometa substancialmente o atingimento do resultado útil programado.¹¹ O descumprimento da obrigação contemplada na cláusula resolutiva expressa deve acarretar “un’alterazione tale da non consentire più la realizzazione della funzione economica del contratto e, di conseguenza, una situazione che rende privo di giustificazione il vincolo contrattuale”.¹²

Além disso, a redação da cláusula resolutiva expressa deve enumerar, da maneira mais específica possível, as obrigações que, uma vez violadas, dariam ensejo à resolução.¹³ ¹⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior pondera que os cuidados que se impõem na redação da cláusula resolutiva se justificam na medida em que o exercício do direito de resolver o contrato é uma medida drástica ao programa contratual:

Para validade e eficácia da cláusula resolutiva, não se exige fórmula sacramental, desde que redigida com clareza, de modo a evidenciar a real intenção das partes quanto ao efeito extintivo da inexecução, e resultar do exposto acordo de vontade dos contratantes. Isso porque tal cláusula atribui ao descumprimento da obrigação o mais grave dos efeitos a incidir sobre a relação, que é a sua extinção, com a restituição à situação anterior, e o pagamento de indenização pelos danos resultantes do descumprimento (...).

A cláusula deve referir com precisão qual a prestação cujo descumprimento resolverá o contrato, a natureza desse descumprimento e seu

¹¹ Neste sentido: “A elaboração da cláusula resolutiva expressa pressupõe a avaliação das partes sobre a relevância das obrigações assumidas no contexto do escopo econômico do contrato; a inclusão da obrigação no suporte fático indicará que o seu cumprimento é indispensável para a consecução do resultado útil programado e, por conseguinte, para a realização do programa negocial. Significa, em definitivo, que os contratantes, de comum acordo, reconhecem que a sua inexecução fere, irremediavelmente, o interesse do credor na prestação” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais* para sua fixação, cit., p. 75).

¹² SERVER, Rafael Verdera. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Padova: CEDAM, 1994, p. 95.

¹³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais* para sua fixação, cit., p. 82.

¹⁴ A referência à exigência de especificidade das obrigações contempladas na cláusula resolutiva expressa é também recorrente na doutrina italiana, consoante observa Perlingieri: “I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva qualora una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In presenza di un tale inadempimento, pur se di scarsa importanza, il contratto si risolve in quanto le parti hanno concordato che esso giustifica la risoluzione. Le parti devono comunque indicare specificamente le obbligazioni e le modalità di adempimento alle quali attribuiscono carattere di essenzialità in quanto un’indicazione generica è considerata di mero stile e quindi priva di valore impegnativo” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 638).

efeito. A menção ao cumprimento de todas as prestações deve ser vista como uma cláusula de estilo, não propriamente uma cláusula resolutiva.¹⁵

O fato de as partes contemplarem determinada obrigação contratual na cláusula resolutiva expressa leva à “presunção de sua essencialidade para a realização do escopo negocial”.¹⁶ Tal presunção poderá, eventualmente, ser infirmada pelo devedor, se demonstrar que o não cumprimento perfeito de tal obrigação não comprometeria a essencialidade do programa negocial, hipótese em que a cláusula resolutiva violaria a boa-fé objetiva.¹⁷

É imprescindível, portanto, que o programa negocial seja substancialmente impactado pelo descumprimento (ou cumprimento imperfeito) da obrigação contemplada na cláusula resolutiva expressa:

A cláusula resolutiva expressa não se presta à promoção de caprichos, de modo que apenas os atrasos ou as imperfeições que ofendam substancialmente a obrigação, e comprometam a consecução do programa negocial, podem integrar seu suporte fático. Não é suficiente que a prestação se torne menos valiosa, sem repercussões na sua utilidade; indispensável que se torne incapaz de promover o interesse perseguido pelas partes.¹⁸

Em sentido aparentemente contrário, no ordenamento italiano, Vincenzo Roppo mostra-se refratário a eventual controle judicial da relevância que a obrigação inadimplida possua na economia contratual. Para o autor, a esfera de atuação do Judiciário estaria adstrita à averiguação do grau de descumprimento ou cumprimento imperfeito da obrigação contemplada na cláusula resolutiva expressa.¹⁹

¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II: da extinção do contrato, cit., p. 399-400.

¹⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 80-81.

¹⁷ “(...) a inclusão de certa obrigação na cláusula resolutiva expressa, de comum acordo pelas partes, conduz à presunção de sua essencialidade para a realização do escopo negocial. No entanto, como não há ato de autonomia imune ao filtro da legitimidade, afasta-se o merecimento de tutela do exercício da autonomia quando restar demonstrado, pelo devedor, que a previsão daquela obrigação no suporte fático da cláusula viola a boa-fé objetiva, tendo em vista sua incapacidade de afetar o equilíbrio econômico do contrato e impedir a consecução do resultado útil programado, à luz do concreto programa negocial” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 80-81).

¹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 93.

¹⁹ “(...) è escluso il sindacato giudiziale sull'importanza che l'obbligazione inadempita ha nell'economia del contratto; ma non anche quello sull'entità della lesione che l'obbligazione abbia ricevuto. Se l'obbligazione dedotta nella clausola è stata adempiuta in modo solo leggermente imperfetto (com um retardo minimo, con

No direito brasileiro, contudo, parece-nos que o espaço de atuação do Judiciário não pode estar restrito à hipótese de adimplemento substancial da obrigação contemplada na cláusula resolutiva expressa, assistindo-lhe, outrossim, espaço para controle da validade por si só da cláusula, partindo-se da premissa de que o exercício legítimo da autonomia privada depende sempre de uma análise de merecimento de tutela.

Em consonância com o entendimento exposto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior parece ser partidário de uma visão mais ampla quanto à possibilidade de controle judicial:

Em razão da força da cláusula resolutiva, a sua aplicação deve dar-se com a preocupação de resguardo da justiça contratual. Nada dispondo a lei, cabe ao juiz julgar as demandas de acordo com o princípio da boa-fé, da igualdade e da função social do contrato, uma vez que nem sempre o pactuado corresponde ao exigido por esses princípios. Tudo se passa fora do juízo. Porém, na discordância sobre a existência da cláusula, seu conteúdo, seus efeitos, as partes poderão ir a juízo.

Ao juiz é permitido examinar a existência de dispositivo resolutivo; o atendimento dos seus requisitos para que produza efeitos, quanto à clareza e à importância da prestação; a existência e a relevância do inadimplemento; o comportamento do credor depois do inadimplemento; a restituição de prestações já efetuadas de parte a parte; a multa e a avaliação das perdas e danos etc.²⁰

Em sentido semelhante, Darcy Bessone de Oliveira Andrade destaca que, conquanto a cláusula resolutiva expressa faculte ao credor a resolução extrajudicial, tal circunstância não afasta a possibilidade de controle judicial *a posteriori*, provocado pelo devedor insatisfeito com a medida drástica adotada pelo credor:

A declaração de que o contrato se resolverá de *pleno direito*, ao verificar-se certa forma de inadimplemento, exprime a dispensa de prévia decisão jurisdicional a respeito de sua ocorrência. Ela não impossibilita, todavia, a apreciação do fato *a posteriori* pela Justiça,

qualche trascurabile difetto qualitativo), non sembra che il creditore possa invocare la clausola: posto che a essere pignoli un'imperfezione può sempre trovarsi, sarebbe come mettergli in mano un'inammissibile condizione risolutiva meramente potestativa" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 905).

²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II: da extinção do contrato, cit., p. 412.

inclusive porque pode esta considerar improcedente a arguição de inadimplemento. Apenas significa que o prejudicado pode, de plano, considerar-se desvinculado, sem ter de recorrer previamente ao Judiciário para obter a resolução do contrato.²¹

De forma geral, a doutrina costuma dar destaque à utilidade da cláusula resolutiva expressa na regulação do inadimplemento absoluto. Aline de Miranda Valverde Terra, no entanto, parece propor um alargamento da função da cláusula resolutiva expressa, ao destacar a sua importância em relação à gestão de riscos contratuais pelas partes (embora reconheça que o inadimplemento absoluto é, por si só, um risco contratual).

Ou seja, para a autora, em termos mais abrangentes, a cláusula resolutiva expressa se presta à “gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio”.²² A autora vislumbra, inclusive, a possibilidade de as partes regularem, por meio da cláusula resolutiva expressa, a responsabilidade decorrente da assunção de riscos decorrentes de caso fortuito ou força maior²³ e de vícios redibitórios,²⁴ os quais, uma vez implementados, resultem na impossibilidade de cumprimento da prestação.

Em tal hipótese, a implementação do risco equiparar-se-á ao inadimplemento absoluto, em virtude de sua assunção expressa pela parte.²⁵ Aline de Miranda Valverde Terra ressalva, apenas, a necessidade de que a assunção de risco extraordinário por uma das partes não acarrete o desequilíbrio econômico do contrato, de modo que tal assunção seja compensada por alguma vantagem econômica ou normativa.²⁶

²¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 318-319.

²² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 53.

²³ TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 90.

²⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 96-97.

²⁵ “Comprometendo-se o devedor a prestar mesmo que sobrevenha o risco assumido, a impossibilidade decorrente do caso fortuito indicado na cláusula não o exonera da obrigação, mas configura, em vez disso, inadimplemento absoluto. A gestão da superveniência do evento inevitável e necessário transforma um risco econômico extraordinário em um risco de inadimplemento no âmbito do concreto regulamento de interesses. O inadimplemento, nesse caso, não decorre de inexecução culposa, mas da assunção contratual do risco: embora o caso fortuito exclua o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a inexecução da prestação, a assunção expressa do risco estabelece um nexo de imputação entre o evento inevitável e o devedor, a atribuir-lhe a responsabilidade pela execução” (TERRA, de Aline Miranda Valverde, *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 91).

²⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 97.

Por fim, sem embargo desta exposição teórica sobre os aspectos estruturais e funcionais da cláusula resolutiva expressa, é imprescindível que, como corolário lógico da adoção da metodologia civil-constitucional,²⁷ o exame de determinada cláusula específica leve em consideração todas as peculiaridades concretas da economia contratual respectiva.²⁸

Analizado o papel da cláusula resolutiva expressa no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a examinar a possibilidade de a mesma contemplar a hipótese específica de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial.

3 O risco de insolvência, falência e recuperação judicial ou extrajudicial

Para enfrentar, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade de tal espécie de estipulação contratual, parece inócuo averiguar se a situação de insolvência civil, caracterizada pela falência ou pela recuperação judicial ou extrajudicial, consistiria em um fato imputável ao devedor ou se, ao contrário, configuraria caso fortuito ou força maior.²⁹

²⁷ “Do confronto fato-norma se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ‘ordenar’. Fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista, destinado a proceder do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se fundam a convivência social e a justiça de cada caso. A teoria da interpretação (entendida como unidade de interpretação e qualificação) supera a contraposição entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, e almeja a máxima valorização das particularidades do fato. Isto, não mediante um procedimento mecânico de subsunção em rígidos (e não completamente correspondentes) esquemas legislativos, mas individuando a normativa mais compatível com os interesses e os valores em jogo, segundo a hierarquia que deles propõe o ordenamento e tendo em conta todas as circunstâncias atenuantes e agravantes do caso, de modo a relativizar a decisão sem atentar ao princípio da igualdade. Trata-se de valorar o fato — analisando-o também naquelas condições ou modalidades que poderiam parecer marginais ou acessórias —, determinar a normativa do caso concreto à luz das normas e dos princípios, procurando no âmbito do ordenamento a disciplina mais adequada àquela composição dos interesses” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 657-658).

²⁸ Sobre esse ponto: “(...) importa investigar a configuração do inadimplemento absoluto da obrigação constante de cláusula resolutiva expressa. (...) trata-se de análise a ser empreendida no caso concreto, a partir da particular economia contratual, uma vez que o resultado programado em cada contrato é único, dotado de peculiaridades que não se repetem em qualquer outro negócio. Por essa razão, há que se afastar qualquer tentativa de abstratização da análise acerca da licitude e legitimidade da cláusula resolutiva expressa; certa execução de obrigação que, em determinado contrato, não assume relevância, pode se revelar grave em outro contexto contratual, a autorizar, neste caso, mas não naquele, a resolução extrajudicial” (TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 119-120).

²⁹ Sobre tal indagação, Rubens Requião observava: “O caso fortuito, ou força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não é possível evitar ou impedir, diz o art. 1.058 do Código Civil. A insolvência, como a falência, são fatos perfeitamente previsíveis, resultantes dos riscos inerentes a que estão sujeitos os empresários comerciais” (*Curso de direito falimentar*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 192).

Afinal, conforme analisado acima, quer se trate de riscos extraordinários e imprevisíveis, quer se trate de riscos ordinários, decorrentes do exercício regular de determinada atividade econômica, bem como do próprio ordenamento jurídico, não se pode pretender impedir que as partes, no exercício de sua autonomia negocial, procedam à realocação de tais riscos conforme melhor lhes aprouver.

Aliás, é razoável afirmar que, ao prever a chamada *exceção de insegurança* (Código Civil, art. 477), o ordenamento jurídico considera merecedora de tutela a preocupação do credor com a ocorrência de diminuição no patrimônio do devedor que seja capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se houver obrigado. Trata-se de interesse legítimo do credor em não cumprir de imediato a obrigação que lhe incumbe, enquanto persistir a debilidade patrimonial do outro contratante.

Logo, à luz do ordenamento jurídico vigente, há fortes indícios de legitimidade e merecimento de tutela da estipulação contratual que prevê a resolução do contrato em caso de falência ou recuperação judicial de uma das partes.

Mesmo no regime falimentar anterior – isto é, ainda à luz do Decreto-Lei n. 7.661/45 –, Carvalho de Mendonça já reconhecia a possibilidade de estipulação de cláusula resolutiva expressa contemplando a hipótese de falência do contratante:

Não vemos, porém, razões que vedem os contratantes a se premunirem contra certas consequências da falência, como a incerteza, a demora ou a dificuldade que esta produzirá relativamente à execução dos contratos, ou, ainda, certos contratos *intuitu personae*, onde se atende especialmente à pessoa do contratante e à inconveniência da sua substituição pela massa falida ou por terceiro. Não há proibição de os contratantes estipularem, para o caso de superveniência da falência, a rescisão do contrato, antes de cumprido inteiramente. Não se dá ofensa a princípio algum de ordem pública. O direito da massa, agindo esta como representante do falido, mede-se pelo direito deste. Então, o contrato não continuará com a massa. É válido, portanto, o pacto em virtude do qual a declaração da falência opera como condição resolutiva do contrato, cessando as relações jurídicas criadas, para que o síndico ou liquidatário não substitua o falido na execução; não seria lícito, entretanto, ao co-contratante reclamar preferências ou privilégios fundados nesse pacto, salvo o seu direito de concorrer na falência.³⁰

³⁰ *Curso de direito comercial: direito de empresa*. V. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

Trajano de Miranda Valverde, em seus comentários ao Decreto-Lei n. 7.661/45, expunha opinião semelhante:

A falência de um dos contraentes não se inclui entre as causas legais de rescisão do contrato. Nem mesmo os contratos feitos *intuitu personae debitoris*, salvo disposição em contrário, se resolvem de pleno direito com a falência (...). É comum, entretanto, as partes pactuarem a rescisão do contrato no caso de falência de um dos contraentes. A cláusula encontra-se, geralmente, nos contratos de execução continuada, como no de locação de coisas. A sua validade é, em princípio, aceita, tanto pela doutrina, como pela nossa jurisprudência.³¹

Embora não tenha enfrentado a questão a fundo, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente reconhecendo que “mesmo os contratos bilaterais podem ser resolvidos pela falência, quando o Síndico deixa de executá-los, especialmente se há cláusula resolutiva expressa”.³²

Não obstante o reconhecimento de um instrumento legítimo de tutela dos interesses do credor, por meio da estipulação de cláusula resolutiva expressa, o exame de sua eficácia não pode prescindir do enfrentamento dos princípios específicos que inspiram o regime legal da falência e da recuperação judicial.

No ordenamento constitucional em vigor, como se sabe, o exercício da livre iniciativa deve ser funcionalizado à tábua axiológica constitucional, de modo a promover valores que sejam caros ao ordenamento, o que poderá extrapolar, em alguma medida, a mera racionalidade econômica norteadora das decisões empresariais.

Se o ordenamento condiciona a utilização legítima da propriedade ao atendimento da sua função social (Constituição Federal, arts. 5º, XXIII, e 170, III), o emprego dos bens de produção utilizados pela empresa na consecução de sua atividade empresarial, naturalmente, também deverá atender a interesses extraproprietários (*e.g.*, interesses dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade, etc.).³³

³¹ *Comentários à Lei de Falências*, atualizado por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 298.

³² STJ, 3ª Turma, REsp 846.462/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julg. 15.5.2007.

³³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 109-110.

Em consonância com o comando constitucional, aos poucos, o legislador infraconstitucional começou a positivar, em dispositivos esparsos, a necessidade de que a empresa atenda à sua função social.

No ponto que interessa ao presente trabalho, a Lei n. 11.101/05 prevê, em seu art. 47, que:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua *função social* e o estímulo à atividade econômica.

Em seu art. 75, prevê que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.

Conquanto seja árdua a tarefa de densificar o princípio da função social da empresa e dele extrair comandos normativos específicos, é possível afirmar que a sua adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, militará, em regra, favoravelmente a que a atividade produtiva da empresa se mantenha ativa.

Em geral, como benefícios gerados pela atividade empresarial, além daqueles decorrentes da mera racionalidade econômica (geração de lucro), é possível apontar os seguintes: geração de riquezas e empregos, recolhimento de tributos ao erário, avanços tecnológicos, etc.

Consoante observa Ana Frazão, “o princípio da manutenção da empresa restringe consideravelmente a margem de atuação de todos os interessados em relação à companhia, pois nenhum gestor, acionista ou credor pode sobrepor seus interesses ao interesse maior relativo à continuidade da empresa”.³⁴ Fabio Ulhôa Coelho demonstra semelhante preocupação, explicitando os prejuízos que normalmente advêm da crise da empresa:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição

³⁴ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*, cit., p. 430.

na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.³⁵

No que tange ao objeto do presente trabalho, constata-se uma aparente colisão entre, de um lado, o princípio da autonomia negocial, que culminou na estipulação de cláusula resolutiva expressa em caso de falência ou recuperação judicial, e, de outro lado, o princípio da função social da empresa, o qual torna preferível, sempre que possível, a sua preservação.

De um lado, a autonomia privada não é imune a qualquer controle,³⁶ podendo tornar-se disfuncional, eventualmente, o exercício do direito de resolução de determinado contrato, caso não seja medida estritamente necessária à proteção dos interesses do credor. De outro lado, o princípio da função social da empresa não pode ser invocado a qualquer custo, caso a preservação do contrato sacrifique demasiadamente os interesses do contratante prejudicado pela situação de insolvência da outra parte.³⁷

Como visto, a legislação falimentar dispõe, de forma genérica, que os contratos bilaterais não se resolvem automaticamente pela falência (Lei n. 11.101/05, art. 117, *caput*) e que, na hipótese de recuperação judicial, as obrigações anteriores ao seu deferimento observarão as condições originalmente contratadas (Lei n. 11.101/05, art. 49, §2º).

Conquanto tais dispositivos legais possam levar à interpretação de que eventual cláusula resolutiva expressa seria ineficaz *tout court*, não parece ser esta a melhor solução para o problema, na medida em que tenderia a asfixiar a autonomia privada das partes que pactuaram a cláusula resolutiva expressa, confiando em sua eficácia.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito empresarial*, vol. 3, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251..

³⁶ Segundo Gustavo Tepedino, “a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República” (*Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016).

³⁷ Ao examinar a função social da empresa, Ana Frazão, com fundamento na doutrina alemã, adverte que o princípio não é absoluto e que o seu reconhecimento “não quer dizer que os demais interesses dos acionistas, dos trabalhadores e do público em geral não devam ser considerados e ponderados uns em relação aos outros” (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 215).

Mais recentemente, já à luz do disposto na Lei n. 11.101/05, a controvérsia tem sido enfrentada por outros doutrinadores, os quais se têm mostrado refratários à validade e à eficácia da cláusula resolutiva expressa *ipso facto* em caso de insolvência, propondo restrições à sua aplicação.

Manoel Justino Bezerra Filho entende que o administrador judicial poderá desconsiderar a cláusula resolutiva, caso pretenda dar cumprimento ao contrato, eis que “a falência, por se tratar de instituto colocado à disposição dos interessados para afastar do meio comercial aquele empresário que já está falido de fato, assume características que extrapolam o mero interesse privado”.³⁸ Jorge Lobo também defende a impossibilidade de resolução do contrato, mesmo que haja cláusula resolutiva expressa em caso de falência ou recuperação judicial.³⁹

Há também opiniões intermediárias, tais como a posição defendida por João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, segundo a qual seria válida a cláusula resolutiva expressa contemplando a hipótese de falência,⁴⁰ mas ineficaz a cláusula relativa à hipótese de recuperação judicial (ou extrajudicial), por ir de encontro ao princípio da preservação da empresa.⁴¹

Em sentido diverso, Ricardo Tepedino entende que a cláusula resolutiva expressa *ipso facto* é nula, ante a natureza cogente dos dispositivos da legislação falimentar, mas ressalva que a estipulação será válida quando “a contratação do falido se tiver dado *intuitu personae* – se realmente for esse o caso, e a massa tiver perdido as características personalíssimas visadas pelo contratante (o que necessariamente não ocorrerá na continuação dos negócios)”.⁴² Para o autor, incumbiria ao contratante que almejar fazer valer a cláusula resolutiva o ônus de provar o prejuízo a ser suportado com a preservação da avença.

³⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 282.

³⁹ LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coords. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118.

⁴⁰ “A despeito de posições contrárias, entendemos ser válida a previsão contratual dessa natureza inserida no pacto anteriormente à decretação da quebra, em virtude da qual o evento da falência do devedor opera como verdadeira cláusula resolutiva expressa do contrato (o que é permitido, nos termos do art. 474 do Código Civil), fazendo cessar as relações jurídicas criadas” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 552).

⁴¹ “A cláusula contratual prevendo a resolução automática do contrato caso uma das partes ajuíze a sua recuperação judicial (ou extrajudicial) – bastante comum na prática – deve ser declarada ineficaz, especialmente quando o contrato é essencial para o sucesso do esforço recuperatório, pois atenta frontalmente contra o princípio da preservação da empresa” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 292).

⁴² TEPEDINO, Ricardo. Seção VIII: Dos efeitos da decretação da falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422.

Em âmbito jurisprudencial, os Tribunais têm oscilado, ora reconhecendo a validade e eficácia integral da cláusula resolutiva expressa *ipso facto*, ora priorizando a manutenção das relações contratuais em curso, em prol da preservação da empresa, sempre a depender das circunstâncias concretas.

No primeiro sentido, de modo favorável à eficácia da cláusula resolutiva expressa, o Tribunal de Justiça de São Paulo já referendou a resolução de determinado contrato de compra e venda de participação acionária, uma vez decretada a falência de uma das partes. Entendeu o Tribunal que, no referido caso,

(...) não se trata de contrato de fornecimento, nem de locação, nem de arrendamento de máquinas, veículos ou equipamentos, que eventualmente pudessem ser indispensáveis à continuidade provisória da empresa (situação, aliás, não delineada nos autos), mas, pura e simplesmente, cessão de participação acionária em companhia. Cuidarse, na realidade, de negócio jurídico complexo, ou seja, contrato de venda e compra de participação acionária e outras avenças.⁴³

No segundo sentido, de modo refratário à eficácia da cláusula resolutiva expressa, o Tribunal de Justiça de São Paulo já julgou caso em que determinada empresa em regime de recuperação judicial ajuizara ação contra a fornecedora de gás natural canalizado, almejando que a mesma fosse compelida a restabelecer o serviço de fornecimento do insumo, paralisado em virtude da implementação do evento previsto na cláusula resolutiva expressa.

Em sede de cognição sumária, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu liminar para proibir a fornecedora de gás de rescindir o contrato firmado com a recuperanda. Isso porque, segundo o Tribunal, o fato de o serviço público de fornecimento de gás ser prestado pela concessionária sob regime de monopólio inviabilizaria a recuperação futura da empresa, caso fosse rescindido o contrato de fornecimento, por se tratar de insumo essencial à manutenção de sua estrutura produtiva.⁴⁴

⁴³ TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação n. 0003654-06.2011.8.26.0100, Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, julg. 6.5.2015.

⁴⁴ “O mesmo não se pode dizer em relação ao contrato de fornecimento de gás canalizado firmado entre a agravante e a Gás Brasileiro, em razão da peculiaridade do regime de monopólio que existe no comércio de distribuição de gás canalizado. Por força de contrato firmado com o Poder Público (cláusula 5ª, subcláusula 6ª; fls. 1407/1408), não há outra empresa distribuidora intermediária de gás GNC na região de Araraquara e Ribeirão Preto a fazer concorrência com a Gás Brasileiro. Nem pode, ao que consta, a agravante socorrer-se de outra distribuidora, em outra região. Como não pode haver concorrência no segmento de mercado sob regime de monopólio, há que se relativizar os princípios da liberdade de contratar e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Se assim não for, ainda que se defira o processamento da recuperação judicial à agravante, as possibilidades reais de soerguimento econômico restarão esvaziadas, porque, considerado o regime de monopólio e rescindido o contrato em razão do ajuizamento do pedido de recuperação, ela não terá o insumo necessário e indispensável ao prosseguimento

Nota-se, assim, que o Judiciário, ao enfrentar a eficácia da cláusula resolutiva expressa *ipso facto*, tem estado atento à função individualmente desempenhada por cada contrato em relação às atividades da empresa, de forma mais ampla.

Por fim, outra controvérsia prática que se põe diz respeito à necessidade de notificação, pelo contratante que pretender resolver o contrato, do outro contratante, que se sujeitar à situação de insolvência, já que é comum, no dia a dia empresarial, a previsão de que a resolução do contrato, em caso de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, dar-se-á automaticamente, independentemente de qualquer interpelação das partes.

Em tal hipótese, a rigor, não se cuidará de cláusula resolutiva expressa, mas sim de *condição* resolutiva, tal como possibilita o art. 127 do Código Civil. Ou seja, o negócio jurídico vigorará enquanto a parte não tiver sua falência decretada ou sua recuperação judicial deferida; sobrevivendo um desses eventos futuros e incertos, o contrato se resolverá para todos os efeitos, nos termos do art. 128 do Código Civil.

Assim como na Itália,⁴⁵ a doutrina brasileira⁴⁶ também vem destacando a existência de uma linha tênue a diferenciar as cláusulas resolutivas das condições

de sua atividade comercial" (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 0121739-23.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Teixeira Leite, julg. 12.3.2013).

⁴⁵ Nessa linha, pondera Vincenzo Roppo: "Se nel contratto è inserita una condizione (risolutiva) d'inadempimento, si avrebbe un meccanismo apparentemente simile a quello della clausola risolutiva espressa. In realtà, ci sarebbero differenze: l'effetto risolutorio sarebbe automatico (anche se evitabile con la rinuncia della parte interessata alla condizione, certamente unilaterale), anziché legato alla dichiarazione di avvalersi della clausola; e opererebbe con retroattività reale anche in odio ai terzi, anziché limitarsi a retroagire fra le parti. Se il non automatismo e la non retroattività (reale) dell'effetto risolutorio dipendente dall'inadempimento dovessero considerarsi principi di ordine pubblico, ne conseguirebbe l'inammissibilità della condizione d'inadempimento. Invece ammissibile, se quei principi si qualificassero derogabili.

La contiguità alla condizione d'inadempimento segnala la natura ambigua della clausola risolutiva espressa: un po' rientrante nella logica del rimedio, perché reagisce a un malfunzionamento del contratto, qual è l'inadempimento; un po' estranea ad essa, perché può reagire a inadempimenti che non presentano i requisiti generalmente necessari per dare ingresso al rimedio della risoluzione, e in questo senso trova piuttosto la sua ragione nel modo in cui le parti hanno costruito il programma contrattuale" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, cit., p. 907).

⁴⁶ Segundo Aline de Miranda Valverde Terra: "Sob o aspecto estrutural, a condição resolutiva constitui elemento accidental do negócio jurídico, uma vez que não integra o tipo abstrato do negócio, mas é aposta, no concreto regulamento de interesse, pela vontade das partes. (...)

Por outro lado, a cláusula resolutiva, esta sim, encerra cláusula ou disposição acessória do contrato: é inserida pela autonomia privada e conserva, durante todo o desenrolar da relação jurídica, a característica da acessoriedade; é disposição que opera no plano da eficácia, e segue o princípio da gravitação jurídica, pelo que eventual vício da cláusula não afeta a existência ou validade do contrato.

No que tange ao suporte fático objetivo, a condição resolutiva requer que o evento futuro e incerto seja externo ao negócio, e por isso não pode corresponder nem a elemento essencial do contrato, nem a momento típico do desenvolvimento do vínculo obrigacional. O evento há de constituir fato estruturalmente autônomo, a operar externamente ao negócio, não se relacionando diretamente à realização do programa negocial. É e por essa razão, que o inadimplemento não constitui evento idôneo a figurar no contrato como condição resolutiva (...).

A cláusula resolutiva expressa, ao contrário, contempla eventos já alocados pela lei entre as partes e cujos efeitos se busca alterar, eventos inerentes ao contrato – inexecuções de obrigações que conduzem ao inadimplemento absoluto e vício redibitório – ou a ele internalizado pela autonomia privada dos contratantes – caso fortuito e força maior" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*, cit., p. 65-69).

resolutivas, podendo haver pontos de interseção entre ambos os institutos. Incumbe ao intérprete valorar, à luz das circunstâncias concretas em cada caso, a real natureza da cláusula pactuada pelas partes, identificando se ela estabelece um *direito* de resolver o contrato ou uma condição resolutiva.

Quando as partes pactuarem a resolução automática do contrato em caso de decretação de falência ou deferimento de recuperação judicial de qualquer delas, tratar-se-á de *condição* resolutiva, e não de cláusula resolutiva. Nesta hipótese, implementado o evento, o contrato se resolverá automaticamente. Por outro lado, na hipótese da cláusula resolutiva expressa, não basta que se implemente o evento nela contemplado; é necessário, ademais, que a parte prejudicada invoque o direito de resolver o contrato perante a parte contrária, mediante declaração receptícia de vontade.⁴⁷

Sem embargo da aparente validade de tal estipulação contratual a dispensar a interpelação da parte contrária, é evidente a insegurança jurídica que ela pode causar, podendo levar à incerteza acerca da efetiva vigência do contrato. Em determinado julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo sinalizou para a desnecessidade de qualquer declaração receptícia de vontade para que a resolução produzisse efeitos, os quais se operariam automaticamente, a partir da situação de insolvência por si só.⁴⁸ Em outro julgado, em sentido diametralmente oposto, o mesmo Tribunal considerou imprescindível a notificação da parte contrária, como decorrência da boa-fé objetiva.⁴⁹

Problematizada a questão e expostas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no seu enfrentamento, constata-se a dificuldade de se tentar abstrativizar a discussão acerca da eficácia da cláusula resolutiva expressa em caso de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial.

⁴⁷ A esse respeito, no âmbito do ordenamento jurídico italiano, Perlingieri observa: “Affinché la risoluzione si verifichi non è sufficiente l’inadempimento ma è necessario che la parte che lo subisce dichiari alla parte inadempiente di volersi avvalere della clausola risolutiva (1456). La parte non inadempiente, infatti, potrebbe avere interesse a mantenere il vincolo contrattuale (interesse che non troverebbe possibilità di realizzazione se la risoluzione fosse automatica). La parte può tanto rinunciare, tanto in forma espressa o tacita, alla clausola risolutiva espressa, quanto agli effetti della risoluzione dopo aver dichiarato di volersi avvalere della clausola” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 638).

⁴⁸ “Trata-se, pois, de hipótese em que ocorre a resolução do contrato ainda que nenhuma outra obrigação, afora a de manter-se solvente, tenha sido descumprida. Assim, não é necessário que qualquer uma das partes faça pleito de resolução da avença. Por se tratar de cláusula resolutiva expressa, seus efeitos operam de pleno direito, independentemente da interpelação de alguma contratante” (TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 4002604- 92.2013.8.26.0038, Relator Desembargador Hélio Nogueira, julg. 19.5.16).

⁴⁹ “Agravado de instrumento. Recuperação judicial. Ação de reintegração de posse. Contrato de locação de bem móvel. Cláusula resolutiva expressa pactuada para as hipóteses de inadimplemento e requerimento de recuperação judicial. Necessidade de notificação prévia da agravada, até mesmo em decorrência do princípio da boa-fé objetiva. Decisão mantida. Agravado não provido” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravado de Instrumento n. 2065394-95.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Pereira Calças, julg. 20.05.15).

Havendo princípios constitucionais colidentes, impõe-se ao intérprete a tarefa de ponderá-los à luz das circunstâncias casuísticas, motivo pelo qual, no próximo capítulo, se passará a buscar parâmetros específicos para nortear tal atividade ponderativa.

4 Possíveis parâmetros para ponderação dos interesses colidentes

À luz das peculiaridades analisadas no trabalho, que permeiam a resolução da controvérsia, parece-nos que a análise da eficácia da cláusula resolutiva expressa deverá ser feita de acordo com as peculiaridades do caso concreto e não poderá prescindir do exame da *essencialidade*, para a parte insolvente, do contrato em que consta referida cláusula, bem como do *grau de lesão ao interesse do outro contratante*, caso o contrato prossiga em vigor.

Ao invés de se defender uma posição *tout court* a favor ou contra a eficácia da cláusula resolutiva expressa *ipso facto*, propõe-se que o intérprete, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, pondere os princípios e interesses colidentes.

Exemplificativamente, sugere-se que a atividade ponderativa leve em consideração os seguintes parâmetros: (i) grau de relevância do contrato para a continuidade da empresa; e (ii) grau de probabilidade de a execução do contrato vir a ser impactada negativamente pela situação de insolvência.

Caso o contrato esteja umbilicalmente ligado à atividade-fim da empresa falida ou em recuperação judicial, a sua resolução implicará sacrifício desproporcional à comunidade, que será afetada negativamente pela provável paralisação das atividades empresariais.

Por outro lado, não se pode deixar de analisar a situação sob a ótica da parte prejudicada pelo advento da implementação do risco de insolvência da parte contrária, contemplado na cláusula resolutiva expressa.

Caso a situação de insolvência do devedor não tenda a impactar negativamente na execução das prestações a que tiver se obrigado contratualmente, a resolução da avença seria, na prática, um capricho do credor, representando um sacrifício desnecessário aos interesses da coletividade.

Caso, contudo, a crise financeira do devedor possa levar efetivamente ao mau cumprimento das obrigações a que se tiver comprometido (e.g., se a obrigação assumida pela parte insolvente for de pagamento de quantia), a resolução será legítima, na medida em que resguardará os interesses do credor, liberando-o de uma relação contratual possivelmente estéril, que não atingiria o resultado útil almejado.

5 Conclusão

Se, por um lado, a autonomia negocial confere às partes amplo espectro de liberdade para gerirem, por meio da cláusula resolutiva expressa, os riscos a que desejam submeter-se – incluindo, portanto, o risco de insolvência –, por outro lado, a legislação falimentar, em homenagem à função social da empresa, busca prestigiar a preservação de suas atividades produtivas e das relações contratuais em curso. É este o impasse que instigou o presente trabalho.

Sem qualquer pretensão de esgotar as inúmeras variáveis que tangenciam a controvérsia, foram propostos, no presente trabalho, dois possíveis parâmetros capazes de auxiliar o intérprete a decidir, no caso concreto, se dará prevalência à preservação do contrato (e, tendencialmente, da atividade produtiva da empresa) ou à autonomia negocial dos contratantes que pactuaram cláusula resolutiva expressa em caso de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WILLCOX, Victor. A cláusula resolutiva expressa *ipso facto* e a crise da empresa: parâmetros para exame da legitimidade da resolução do contrato em caso de insolvência do contratante. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 197-215, jul./set. 2017.
