

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito/Curso de Pós-Graduação

NATHÁLIA MILAGRES MENDES

ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULAS PERANTE A RECUPERAÇÃO

JUDICIAL

VENCIMENTO ANTECIPADO, COMPENSAÇÃO E RESOLUÇÃO

BELO HORIZONTE

2019

NATHÁLIA MILAGRES MENDES

**ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULAS PERANTE A RECUPERAÇÃO
JUDICIAL
VENCIMENTO ANTECIPADO, COMPENSAÇÃO E RESOLUÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”.

Projeto estruturante: “Desenvolvimento e Mercado no Contexto da Sociedade Globalizada”.

Projeto Coletivo: “Desenvolvimento e Empresa no Mercado”.

Área de estudo: “Empresa no Mercado”.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Rubia Carneiro Neves.

BELO HORIZONTE

2019

Mendes, Nathália Milagres
M538a Análise da validade de cláusulas perante a recuperação judicial: vencimento antecipado, compensação e resolução / Nathália Milagres Mendes. – 2019.

Orientadora: Rubia Carneiro Neves.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito Empresarial – Teses 2. Contratos – Teses 3. Cláusulas (direito) –
Teses 4. Sociedades comerciais - Recuperação – Teses 5. Compensação (direito)
– Teses I. Título

CDU 347.736

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.



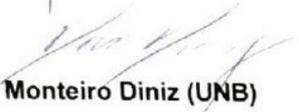
FACULDADE DE DIREITO UFMG

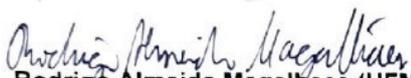
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA nota 100,00
 Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Christian Sahb Batista Lopes, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Felisberta Moutinho dos Santos, Servidor Público Federal lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:


 Prof. Dr. Rubia Carneiro Neves (orientador da candidata/)


 Dayi Monteiro Diniz (UNB)


 Rodrigo Almeida Magalhães (UFMG)


 - CIENTE: Nathália Milagres Mendes (Mestranda)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Dissertação intitulada **Análise da validade de cláusulas perante a recuperação**

judicial: vencimento antecipado, compensação e resolução, de autoria da mestranda

Nathália Milagres Mendes, avaliada pela banca examinadora constituída pelos

professores:

Professora Doutora Rubia Carneiro Neves – Orientadora

Professor Doutor Davi Monteiro Diniz

Professor Doutor Rodrigo Almeida Magalhães

Belo Horizonte
2019

Aos meus pais, Orlando e Marisa.

Às minhas irmãs, Patrícia e Marina.

Ao Victor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Orlando e Marisa, pelo carinho e torcida constante em todos os projetos. Ao meu pai, por ter inculcado todos os valores e princípios importantes, e à minha mãe, por toda a dedicação e pelo suporte diário prestado nesta fase.

À Patrícia, pelo encorajamento ao ingresso no Mestrado e aos desafios, bem como por cada palavra de incentivo compartilhada.

À Marina por oferecer sempre perspectivas otimistas em qualquer situação.

Ao Victor pela leveza que traz aos meus dias, pela compreensão e por estar sempre do meu lado.

Ao Orlando José, pelo carinho sempre dedicado.

À minha orientadora, Professora Rubia Carneiro Neves, pela acolhida, entusiasmo, dedicação, conhecimento compartilhado e por oferecer tanto, em tão pouco tempo.

Ao Professor Rodrigo Almeida Magalhães, pelos conselhos e generosidade.

Ao Professor Davi Monteiro Diniz, à Professora Natália Chaves e à Professora Ana Paula de Barcellos, por terem disposto de tempo para debater o tema e prestar valiosas contribuições.

Ao Gabriel, à Larissa, à Sarah, à Pollyana, ao Eric, ao Tomás, à Deliana e à Vanessa, pelo gentil apoio e amizade.

Ao Luiz Gustavo, pelos conselhos que tanto contribuíram com a minha formação profissional e pessoal.

A virtude consiste em saber encontrar o meio-termo entre dois extremos.

Aristóteles

RESUMO

O objetivo principal da pesquisa que levou à elaboração desta dissertação foi verificar se a autonomia privada para a celebração de contratos privados poderia estar limitada pelo interesse público envolto no âmbito de aplicação do instituto correspondente à recuperação judicial de empresa. Para realizar essa verificação, decidiu-se fazer recorte de abordagem sobre a validade de três cláusulas: antecipação de dívida, compensação e resolução, cujos efeitos teriam sido contratualmente condicionados à ocorrência do pedido recuperacional, deferimento do seu processamento ou à aprovação do plano de recuperação. Com base na vertente metodológica jurídico-teórico-dogmática, exegese normativa, revisão bibliográfica e na análise jurisprudencial, o referido recorte foi feito a partir da identificação de divergência doutrinária e jurisprudencial com adoção de posicionamentos antagônicos, ou seja, favoráveis e contrários à validade das três cláusulas. Mapeou-se latente conflito normativo, que se procurou solucionar, aplicando regras de hermenêutica, como no caso do princípio da preservação da empresa em confronto com o princípio da autonomia privada. Ou ainda, em relação ao princípio da autonomia privada em contraposição ao princípio de tratamento igualitário dos credores. A partir daí, tendo em vista a vertente metodológica jurídico-exploratória, o objetivo específico enfrentado foi delinear parâmetros hermenêuticos que pudessem ser observados pelo aplicador da lei, quando tivesse que decidir sobre a validade dessas cláusulas e aplicar uma norma em detrimento da outra. Como resultado, em relação às cláusulas de vencimento antecipado e a de compensação, constatou-se que os princípios da preservação da empresa e do tratamento igualitário dos credores sobrepõem-se ao princípio da autonomia privada, levando à invalidade dessas cláusulas no âmbito da recuperação judicial. No que se refere à cláusula de resolução, verificou-se a possibilidade de ser declarada a sua validade, conforme a análise do caso concreto. Diante dessa constatação, foram traçados três parâmetros para auxiliar o aplicador da lei ao decidir sobre essa cláusula, no plano da validade. De acordo com o primeiro, deve-se analisar se o contrato seria tido como personalíssimo em negócios jurídicos envolvendo transferência de estabelecimento empresarial, cisão, fusão ou incorporação societária. Pelo segundo critério, deve-se averiguar se a cláusula foi posta em contrato relevante ou essencial à recuperação da recuperanda contratante, observando em que medida a resolução contratual importará na paralisação de suas atividades, ou ainda, se o objeto contratual estaria umbilicalmente atrelado aos seus fins sociais, se há dependência de clientela ou se presentes contratos coligados. O terceiro critério determina que, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, sejam analisados os impactos negativos produzidos pela resolução do contrato à contraparte.

Palavras-chave: Contrato. Autonomia privada. Cláusulas. Vencimento antecipado. Compensação. Resolutiva. Validade. Recuperação judicial. Critérios hermenêuticos.

ABSTRACT

The main objective of this research that led to the draft of this dissertation was to verify if the private autonomy to celebrate private agreements could be limited by public interest that surrounds the application of the institute regarding the corporate recovery. In order to execute this verification, this work was carried out with a methodological cut related to three clauses: anticipation of debt; compensation and resolution, effects of which would be contractually conditioned to the occurrence of the corporate recovery request, grating of the corporate recovery process and approval of the corporate recovery plan. This cut was adopted based on the dogmatic judicial-theoretical methodology, normative exegesis, bibliographical review and the analysis of the case-law with adoption of antagonistic positions, in other words, arguments favorable and against the validity of the three clauses. It was mapped a latent normative conflict, that was solved by applying hermeneutic rules, as in the case of the principle of preservation of the company in conflict with the principle of autonomy privacy. Or even, in the case of the principle of autonomy privacy in opposition to the principle of equal treatment of the creditors. From then on, based on the judicial-exploratory methodology, the specific objective faced was to outline hermeneutic parameters that could assist the law enforcer to decide on the validity of three clauses and application of one rule over the other. As a result, with regards to anticipation of debt and compensation clauses, it was verified that the principle of preservation of the company and equal treatment of the creditors should prevail over the principle of private autonomy, leading to the invalidity of these clauses in respect of the company recovery. In light of this situation, three parameters were drawn to assist the law enforcer in the analysis of this clause in the plan of validity. According to the first, it shall be analyzed if the agreement would be seen as strictly personal in cases of sale and purchase of a business establishment, spin-off, merger or incorporation. By the second criterion, it must be ascertained whether the clause has been included in a relevant or essential agreement for the corporate recovery, considering whether the resolution of the business relation would result in the suspension of the activities of the company under corporate recovery, whether the contractual object would be umbilically linked to the social purposes of the of the company under corporate recovery, whether the relation maintained with the other contracting party would show dependence on customers and whether the relation would involve two or more related contracts. The third criterion requires the analysis of the negative impacts on the counterparty from the perspective of the proportionality principle.

Key words: Agreement. Private autonomy. Clauses. Anticipation of debt. Compensation. Resolution. Validity. Judicial recovery. Hermeneutic criteria.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento

AC – Apelação Cível

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

AgRg. – Agravo Regimental

AREsp. – Agravo no Recurso Especial

Art – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

ED – Embargos de Declaração

LRF – Lei de Recuperação de Empresas e Falência

LPRF – Lei Processual de Recuperação e Falência

P. – Página

Min. – Ministro

Rel. – Relator

REsp. – Recurso Especial

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJAC – Tribunal de Justiça do Estado do Acre

TJAL – Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

TJAP – Tribunal de Justiça do Estado do Amapá

TJES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJTO – Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 NOÇÕES CONCEITUAIS: CONTRATO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL	
2.1 Introdução	17
2.2 O contrato e a relativização de sua força obrigatória	17
2.3 A recuperação judicial de empresa.....	20
2.3.1 Os órgãos da recuperação judicial.....	22
2.3.1.1 O juiz.....	22
2.3.1.2 O Ministério Público	23
2.3.1.3 O administrador judicial	23
2.3.1.4 Assembleia geral de credores e comitê de credores.....	24
2.3.2 As fases do processo de recuperação judicial.....	29
3 A (IN) VALIDADE DE ALGUMAS CLÁUSULAS QUE MITIGAM OS RISCOS ADVINDOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	
3.1 Introdução	36
3.2 A (in)validade das cláusulas em face do ordenamento jurídico vigente.....	39
3.2.1 A cláusula de vencimento antecipado da dívida.....	39
3.2.2 A cláusula de compensação.....	50
3.2.3 A cláusula resolutiva expressa	56
3.2.3.1 Outros mecanismos legais alternativos à resolução	57
3.2.3.2 Análise da cláusula resolutiva no plano de validade	61
3.2.4 A possibilidade de o plano de recuperação alterar as cláusulas de vencimento antecipado, compensação e resolução	67
3.3 A (in)validade da cláusula de vencimento antecipado, compensação e resolutiva expressa em face do ordenamento jurídico projetado	69
3.3.1 As alterações legislativas projetadas	70
4 PROPOSTA DE CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA INTERPRETAR ALGUMAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DIANTE DO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	
4.1 Introdução	75
4.2 Os métodos clássicos hermenêuticos	76
4.2.1 Proposta de organização metodológica do processo interpretativo	80
4.2.1.1 A cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação	86
4.2.1.2 A cláusula resolutiva expressa	89
4.3 A técnica da ponderação e a cláusula resolutiva expressa.....	92
4.3.1 Uma proposta em três etapas.....	94
4.3.1.1 A Primeira etapa: identificação do conflito normativo.....	94
4.3.1.2 Segunda etapa: identificação de alguns fatos relevantes.....	95
A) Contratos personalíssimos.....	96
B) A essencialidade ou relevância do contrato à preservação da empresa.....	100
C) Análise dos impactos negativos produzidos à contraparte sob a ótica do princípio da proporcionalidade	104
4.3.1.3 Terceira etapa: fase decisória	107

5 CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta dissertação consiste na análise da validade de três cláusulas livremente pactuadas em contratos privados: a de vencimento antecipado da dívida, a de compensação entre créditos e débitos e a cláusula resolutiva expressa, cuja eficácia está subordinada à ocorrência de eventos atrelados à recuperação judicial: o pedido de recuperação judicial de empresa, o deferimento do processamento da recuperação ou aprovação do plano de recuperação judicial.

A despeito de essas cláusulas serem comumente previstas em contratos privados, verificou-se a admissibilidade de sua invalidação com a não produção dos efeitos desejados pelos contratantes diante da intervenção do Estado no âmbito do processo de recuperação judicial de empresa.

Admitindo-se que as três cláusulas tenham sido livremente pactuadas pelas partes, deve-se aceitar que assim desejaram seus resultados. Não seria lícito, portanto, que qualquer das partes pudesse, por meio de tutela jurisdicional, pleitear a revisão das cláusulas sob comento para não se sujeitar aos seus efeitos.

Sendo a recuperação judicial de empresa, contudo, instituto que tutela o interesse público, que visa proteger a continuidade da empresa, identificou-se uma aparente incompatibilidade entre tais cláusulas e o regime jurídico da recuperação judicial. Partindo-se do pressuposto de que os interesses públicos em torno da recuperação devem se sobrepor aos interesses individuais, uma vez que eles venham ser prejudiciais à recuperação, admitiu-se a hipótese de que as três cláusulas são inválidas.

Para verificar em que medida poderia ser confirmada a hipótese formulada, realizou-se revisão bibliográfica e análise de jurisprudência¹, de modo a identificar os parâmetros trazidos pela ordem constitucional de aplicação imediata, pelo regime da recuperação judicial, Direito das Obrigações e Direito dos Contratos que devem ser observados pelo aplicador da lei, no âmbito da recuperação judicial, para decidir sobre a validade das referidas cláusulas.

O trabalho foi desenvolvido tomando como base as seguintes premissas: (i) as cláusulas estão previstas em contratos privados; (ii) as normas jurídicas que fundamentam às

¹ Frisa-se, por oportuno, que não se objetivou realizar levantamento quantitativo sobre o entendimento jurisprudencial predominante acerca da validade das três cláusulas no âmbito do Poder Judiciário ou comentários relativos a cada decisão colacionada neste trabalho.

cláusulas em foco são válidas sob o ponto de vista formal²; (iii) os direitos fundamentais possuem aplicação imediata nas relações de Direito Privado³ e a Constituição da República Federativa do Brasil é fonte irradiadora de valores constitucionais que influenciam a interpretação do ordenamento jurídico, inclusive no campo do Direito das Obrigações, Direito Contratual e da recuperação judicial de empresas; (iv) as três cláusulas reúnem todos os elementos necessários à sua existência⁴; e (v) os contratos (que contemplam quaisquer das três cláusulas) foram celebrados, antes do pedido recuperacional e estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial⁵.

No que diz respeito à pesquisa de jurisprudência perante os tribunais, foram selecionados, dentre os 27 (vinte e sete) tribunais estaduais do Brasil, os 5 (cinco) de maior porte (JUSTIÇA., 2018, p. 26)⁶ para estudo, por razões de ordem temporal: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Optou-se por consultar somente acórdãos que versassem sobre as cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa, adotando-se para fins de busca nos sites, a expressão “recuperação judicial” combinada com as seguintes: (i) “vencimento antecipado”; (ii) “cláusula de compensação” ou “compensação”; e (iii) “cláusula resolutive” ou “cláusula resolutive”.

² A validade formal depende da confirmação de que os enunciados foram elaborados em conformidade com o processo legislativo e se eles são coerentes com a Constituição da República Federativa do Brasil (BARCELLOS, 2014, p. 257).

³ Neste trabalho, não se pretende discutir as diversas teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴ A análise das cláusulas pode ser realizada em três planos sucessivos: existência, validade e eficácia. Assim, uma vez que a análise do plano de existência precede ao da validade, objeto de estudo desta dissertação, presume-se que as cláusulas reúnem todos os elementos necessários à sua existência (AZEVEDO, 2008, p. 9).

⁵ Neste trabalho não se incluiu a análise dos contratos que não se sujeitam ao plano de recuperação judicial, de acordo com os §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRF) (BRASIL, 2005).

⁶ Destaque-se que a classificação dos tribunais baseada no seu porte foi divulgada no Relatório de JUSTIÇA em números, de 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, dentre seus objetivos, tem o de garantir o acesso público à informação e ainda contribuir com a eficiência do Poder Judiciário. Nesse sentido, a classificação dos tribunais conforme o porte foi realizado com base nos seguintes critérios: “[...] despesas totais; casos novos; processos pendentes; número de magistrados; número de servidores (efetivos, requisitados, cedidos e comissionados sem vínculo efetivo); e número de trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juizes leigos e conciliadores). A consolidação dessas informações forma um escore único, por tribunal, a partir do qual se procede ao agrupamento em três categorias, segundo o respectivo porte: tribunais de grande, médio ou pequeno porte. Outro aspecto relevante é a simetria entre os portes, as regiões geográficas e os dados demográficos. Nota-se que, na Justiça Estadual, as regiões Sul e Sudeste são compostas, basicamente, por tribunais de grande porte (com exceção do TJSC e do TJES). Os cinco maiores tribunais estaduais (TJRS, TJPR, TJSP, TJRJ e TJMG) concentram 65% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e 51% da população brasileira, ao passo que os cinco menores tribunais estaduais (TJRR, TJAC, TJAP, TJTO, TJAL) são os responsáveis por apenas 2% do PIB e 3% da população [...]” (JUSTIÇA., 2018, p. 26).

Quando as buscas apontaram a existência de mais de cem acórdãos, limitou-se a análise aos cem primeiros, segundo a ordem cronológica de sua apresentação no site. Em seguida, selecionaram-se aqueles cujo conteúdo apresentava fundamentos para decisão acerca da validade ou não das três cláusulas e que eram pertinentes para a dissertação. Acrescentou-se que foram colhidos com base em critérios distintos, mas em caráter excepcional, outros acórdãos, que se mostravam relevantes ao objetivo da pesquisa jurisprudencial.

Compõe-se este trabalho, além desta introdução e da conclusão, de outros três capítulos desenvolvidos com base na vertente metodológica jurídico-teórico-dogmática, eis que os dados coletados foram analisados à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente. No capítulo 2, foram apresentadas noções gerais sobre o contrato, incluindo-se a análise quanto à possibilidade de relativização da sua força obrigatória, da recuperação judicial de empresa, sua natureza jurídica, órgãos atuantes no processo de recuperação e respectivas fases processuais. O capítulo 3 foi subdividido em três partes. Na primeira, foram apresentados os argumentos favoráveis e contrários à validade das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive. Na segunda, os resultados da análise quanto à possibilidade de o devedor, por meio do plano de recuperação, delimitar os efeitos produzidos pelas cláusulas em comento. E, na terceira, apresentaram-se os reflexos das propostas legislativas que vão ocasionar mudanças capazes de influenciar a Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005) e a análise das cláusulas, no plano da validade. No capítulo 4, também se adotou a vertente metodológica jurídico-exploratória, apresentando proposta de ordenação do processo metodológico de interpretação das três cláusulas em conflito com interesses públicos, procurando delinear parâmetros preferenciais capazes de contribuir com o trabalho do aplicador da lei.

2 NOÇÕES CONCEITUAIS: CONTRATO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.1 Introdução

Neste capítulo apresentam-se noções conceituais necessárias ao estudo das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa, no âmbito da recuperação judicial: o conceito de contrato seguido de análise quanto à possibilidade de relativizar sua força obrigatória e o conceito do instituto da recuperação judicial, incluindo a análise de sua natureza jurídica, dos principais órgãos que atuam no processo de recuperação judicial e de suas fases processuais.

2.2 O contrato e a relativização de sua força obrigatória

O Direito dos Contratos não define a palavra “contrato”, cabendo, portanto, à doutrina tal missão. Nesse sentido, a concepção tradicional do contrato é “[...] um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2003, p. 7).

Revela-se, assim, o contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa satisfazer aos interesses particulares e necessidades das partes. Sob esse prisma, as partes têm o poder de escolher com quem contratar e decidir se querem ou não contratar, bem como o conteúdo do contrato (PEREIRA, 2003, p. 5), podendo até mesmo prever hipóteses de vencimento antecipado, compensação e resolução, que serão exploradas no próximo capítulo.

Esse poder que as partes detêm de se autorregular é baseado no princípio da autonomia privada. Em suma, pode-se dizer que o princípio da autonomia privada “[...] (i) constitui o fundamento da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação própria de interesses” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248 - 249).

Tratando-se, portanto, de relações jurídicas de direito privado, o Estado assegura às partes o poder de estipular normas jurídicas individuais que prescrevem o comportamento e os resultados produzidos por este (CABRAL, 2011, p. 132). Daí dizer que o contrato é lei entre as partes, em consonância com o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*). Caso a contratante tenha negociado e aceitado as cláusulas, a presunção de que estas foram

livremente avençadas, no âmbito da autonomia da vontade, impede eventual rediscussão do contrato (GOMES, 2009, p. 39).

O princípio da força obrigatória do contrato está assentado na ideia de “[...] irreversibilidade da palavra empenhada [...]” (PEREIRA, 2003, p. 14). Esse princípio protege a parte contratante contra futuras mudanças de interesses ou da vontade da outra parte que possa afetar as normas voluntariamente aceitas, quando da celebração do contrato. Com efeito, a força obrigatória do contrato garante estabilidade, segurança jurídica e previsibilidade às relações.

A regra geral que o contrato faz lei entre as partes, todavia, comporta exceções, que estão previstas no ordenamento de modo assegurar a aplicação do princípio da equidade (GOMES, 2009, p. 40). A intervenção do juiz é cabível, a pedido da parte contratante, para relativizar as cláusulas do contrato de execução continuada ou diferida, quando da concretização de eventos extraordinários e imprevisíveis.

É a hipótese, por exemplo, de resolução judicial do contrato em razão da ocorrência de evento superveniente, extraordinário e imprevisível, que torna o cumprimento de uma prestação excessivamente onerosa a uma das partes e gera extrema vantagem para outra. Logo, o contrato é extinto para evitar o rompimento do equilíbrio contratual (Lei n. 10.406/2002)⁷.

Outra exceção ao princípio da força obrigatória do contrato é a concretização de eventos extraordinários, imprevisíveis ou previsíveis de efeitos imprevisíveis, tidos como caso fortuito ou força maior (Lei n. 10.406/2002)⁸. Tais eventos não importam a responsabilização da parte contratante quanto ao descumprimento de a norma jurídica contratual decorrer da concretização do caso fortuito e força maior.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico traça os preceitos legais para caracterização dos eventos como de onerosidade excessiva ou caso fortuito e força maior. Todavia, não traz, de forma exemplificativa ou taxativa, tais eventos. Por isso, convém analisar no próximo capítulo se o ingresso de qualquer dos contratantes no regime de recuperação judicial pode justificar a relativização das cláusulas, objeto deste trabalho.

⁷ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação” (BRASIL, 2002).

⁸ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002).

Visto que o ordenamento jurídico regula a possibilidade de relativização do princípio da força obrigatória do contrato, passa-se ao estudo das matérias de ordem pública porque elas estabelecem limitações à autonomia privada (Lei n. 10.406/2002, art. 122)⁹.

As matérias de ordem pública são “[...] as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos” (PEREIRA, 2003, p. 26).

Assim, partindo-se do pressuposto de que nenhuma cláusula contratual prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública (Lei n. 10.406/2002, art. 2.035)¹⁰, neste estudo, trata-se especificamente do seguinte preceito: função social do contrato (FACHIN, 2011, p. 282).

Em consonância com o princípio da função social, o contrato, ainda que concebido no espaço privado, não é tido como veículo de concretização da vontade apenas das partes contratantes. “A locação ‘função social’ traz a ideia de que o contrato visa atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais” (GOMES, 2009, p. 49).

O legislador atentou aqui para a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos (PEREIRA, 2003, p. 13).

O contrato reflete os interesses das partes, mas também deve desempenhar sua função social. Isso significa que é cabível a intervenção do Estado no âmbito da autonomia privada quando se verificar que as cláusulas ajustadas ferem os interesses da coletividade que deveriam prevalecer (PEREIRA, 2003, p. 13). Nesse sentido, o juiz poderá rever suas cláusulas ou liberar o contratante quanto ao cumprimento de obrigações que causem prejuízos a terceiros (PEREIRA, 2003, p. 28).

⁹ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (BRASIL, 2002).

¹⁰ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (BRASIL, 2002).

Por isso, considerando a possibilidade de intervenção do Estado no âmbito do contrato para assegurar o cumprimento de normas de ordem pública, faz-se necessário, também, avaliar mais adiante, no capítulo 3, se há normas dessa natureza que limitam as cláusulas que dispõem sobre o vencimento antecipado, compensação e resolução do contrato, no âmbito da recuperação judicial.

2.3 A recuperação judicial de empresa

A recuperação judicial é instituto imposto pelo ordenamento jurídico para superação da crise econômico-financeira do empresário e pessoa jurídica empresária viável, pela adoção de medidas prescritas pela LRF ou outras, à escolha do devedor¹¹. Cuida-se, assim, de instituto relevante para tutela dos interesses públicos, pois assegura a preservação da empresa e, com isso, a sua capacidade de gerar postos de trabalho e riquezas (Lei n. 11.101/2005, art. 47)¹².

A concessão à recuperação judicial da empresa é processada em juízo, de acordo com as normas processuais e materiais prescritas pela LRF. Daí surge a dúvida se a recuperação judicial é instituto de direito material ou processual.

Aqui, há interesse de ordem prática na solução dessa dúvida, pois, em princípio, as normas de direito material disciplinam as relações entre partes privadas (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2) e asseguram espaço para que pactuem outras normas regulamentadoras de comportamento, se não for diversamente disciplinado em lei (VAZ, 2018, p. 51). Considera-se, assim, que os pactos estariam menos sujeitos à revisão judicial para conformá-los aos interesses da lei.

À luz da concepção de direito material, a recuperação judicial representa negócio jurídico privado realizado por meio do plano e celebrado entre a coletividade de credores e o devedor (CAMPINHO, 2018, p. 32-34). A par dessa constatação, o plano encerra as medidas preventivas acordadas, no âmbito da autonomia privada, para soerguimento do devedor, sujeito apenas ao poder sancionatório do juiz da recuperação (PENTEADO, 2007, p. 85).

¹¹ Neste trabalho, os termos “devedor” e/ou “recuperanda” correspondem àquele que ingressou com pedido de recuperação, independentemente do deferimento do processamento da recuperação ou da sua concessão.

¹² “Art. 47. 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” (BRASIL, 2005).

Tendo em vista que a concessão pela recuperação judicial não alteraria o conteúdo do plano, que vincula as partes, a atuação do juiz seria limitada a aferir a legitimidade do seu conteúdo (CAMPINHO, 2018, p. 32-34). Por isso, a intervenção judicial não retiraria o caráter contratualista do instituto da recuperação.

Tal concepção, entretanto, estaria sujeita a críticas, porque, de acordo com as normas gerais fixadas pelo Código Civil (BRASIL, 2002), o pacto só seria válido se celebrado com a anuência das partes contratantes, o que não é o caso na recuperação judicial (LOBO, 2005, p. 177). O plano vincularia todos os credores, incluindo-se aqueles que votaram contra os seus termos, o que prejudicaria a feição contratual do plano.

Já a noção processualista do instituto da recuperação judicial justifica-se pelo fato de a LRF integrar o grupo de normas de Direito Público, que regula o exercício da função jurisdicional do Estado (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2).

A LRF regula, no art. 48, §1^o¹³, as normas referentes à propositura da ação de recuperação pelo devedor ou àqueles legitimados extraordinariamente pela lei. Além disso, prescreve, de forma ordenada, os atos a serem praticados no âmbito da recuperação judicial para salvaguarda do empresário e pessoa jurídica empresária em crise econômico-financeira.

A visão eminentemente processualista do instituto, no entanto, não seria adequada, pois o regime jurídico da recuperação judicial não seguiria os ditames ordinários do Direito Processual:

[...] 1º) o credor não é citado para responder a uma demanda judicial, sob pena de revelia, mas chamado a opinar; 2º) o juiz não decide uma lide, *rectius*, um conflito de interesses, que são compostos, consensualmente, pelo devedor e seus credores no âmbito da assembleia geral de credores, sobretudo quando os credores apresentam modificações ao plano de recuperação; 3º) não há produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenação em honorários de sucumbência, etc. (LOBO, 2016, p. 178).

Além disso, o juiz da recuperação aplicaria normas de direito material que, como se verá adiante, implicaria avaliar se o devedor, ao apresentar o pedido recuperacional, atenderia os requisitos materiais da LRF, tais como, exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos, não ser falido, não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial (LOBO, 2016, p. 177).

Compreende-se, assim, que o instituto da recuperação judicial não encerra uma única natureza e que abarca interesses públicos e privados. Não há como negar que a LRF reúne

¹³ “Art. 48. [...] § 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente” (BRASIL, 2005).

normas jurídicas de natureza material e processual (SCALZILLI; TELLECHEA; SPINELLI, 2017, p. 154) com o objetivo comum de regular a superação da crise econômico-financeira do devedor. Assim, para melhor compreensão das normas que subsidiam a recuperação, cumpre aprofundar-se, a seguir, na sua estrutura organizacional da recuperação e nas suas fases processuais, antes de passar ao exame da compatibilidade entre estas e as cláusulas de vencimento antecipado, compensação e resolução convencionada pelas partes para regular sua relação.

2.3.1 Os órgãos da recuperação judicial

O processo de recuperação judicial é estabelecido com a participação de cinco órgãos: o juiz, o Ministério Público, o administrador judicial, a assembleia de credores e o comitê de credores, cada um deles analisados a seguir.

2.3.1.1 O juiz

A regra de competência territorial determinada para propositura e julgamento da ação de recuperação judicial corresponde ao local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de sociedade que tenha sede fora do Brasil.

Cumprida a regra de competência territorial, a ação é distribuída no foro competente a determinado juiz, que exercerá no âmbito da recuperação judicial, em suma, três poderes: o poder-fim, poder-meio e o poder administrativo (LOBO, 2016, p. 58).

O poder-fim refere-se aos poderes decisórios relacionados ao exercício da atividade jurisdicional – por exemplo, o de decidir quanto ao deferimento do processamento da recuperação, à objeção do plano de recuperação pelo credor, à decretação da falência do devedor em caso de rejeição do plano pela assembleia de credores e ao encerramento do processo de recuperação judicial (LOBO, 2016, p. 241-242).

O poder-meio refere-se ao poder para dirigir o processo, em conformidade com as normas jurídicas (LOBO, 2016, p. 241-242). É a hipótese, por exemplo, de o juiz determinar a suspensão das ações e execuções ajuizadas contra o devedor, avaliar se as normas de pagamento dos credores previstas no plano não violam o princípio de tratamento igualitário dos credores, decidir, depois de ouvido o comitê de credores, se a disposição do patrimônio do devedor durante ao processo vai ao encontro dos interesses da recuperação (salvo se previsto no plano),

se a assembleia de credores foi validamente instalada e o plano votado de acordo com as normas da LRF.

“A atuação judicial nesses casos é óbvia e indispensável, porque não poderia o Poder Judiciário confirmar atos jurídicos manifestamente contrários ao texto da lei que os regula” (VAZ, 2018, p. 104). Reconhece-se, assim, que o juiz tem o poder-dever de supervisionar o processo e assegurar que as negociações travadas entre credores e a recuperanda, bem como os resultados produzidos por estas, atendem às normas de conduta prescritas na LRF e todas as previstas no ordenamento jurídico (VAZ, 2018, p. 192).

Por último, o poder de cunho administrativo diz respeito às atividades rotineiras praticadas no âmbito do processo, que incluem – sem a isso se limitar, na ocasião em que deferir o processamento da recuperação – intimar o Ministério Público e nomear o administrador judicial (LOBO, 2016, p. 241-242). O Ministério Público e o administrador, juntamente com os credores, reunidos na assembleia geral e no comitê de credores, auxiliam o juiz no efetivo desempenho das suas tarefas e no regular desenvolvimento do processo, como será exposto a seguir.

2.3.1.2 O Ministério Público

O Ministério Público não tem participação na fase postulatória do processo de recuperação (GUIMARÃES, 2009, p. 379), visto que este passa a ter conhecimento quanto à existência da ação ajuizada pelo devedor, quando da decisão que defere o processamento da recuperação.

A partir daí, o Ministério Público participa do processo como órgão incumbido de tutelar os interesses da coletividade, podendo auxiliar o juiz na atividade de exame das habilitações e impugnações dos credores, promover ação de exclusão, reclassificação ou retificação de crédito, nas hipóteses elencadas pela LRF, requerer a substituição do comitê de credores ou administrador judicial, quando sua conduta não estiver em consonância com os preceitos da LRF, recorrer contra a decisão concessiva da recuperação judicial, propor ação penal competente, se verificar ocorrência de qualquer crime, comparecer junto com o juiz na assembleia geral dos credores, como ouvintes (LOBO, 2016, p. 162). Enfim, o Ministério Público pode auxiliar o juiz, fiscalizando a atuação dos demais órgãos da recuperação e em todos os demais atos processuais (LOBO, 2016, p. 224).

2.3.1.3 O administrador judicial

A escolha do administrador judicial cabe ao juiz, que deverá nomear profissional idôneo, imparcial e preferencialmente com formação de advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada (Lei n. 11.101/2005, art. 21)¹⁴.

No âmbito da recuperação judicial, o administrador judicial desempenha funções específicas (Lei n. 11.101/2005, art. 22)¹⁵, de natureza executória – como a elaboração da lista com a relação dos credores e consolidação do quadro geral de credores – e de natureza fiscalizatória, ao verificar o cumprimento do plano de recuperação e das atividades do devedor, durante o processo de recuperação, especialmente, considerando que este permanece com a gestão dos seus bens e patrimônio. Em caso de seu descumprimento do plano, o administrador judicial requererá a falência do devedor.

Por fim, cumpre destacar que o administrador judicial exerce suas atividades sob a direção do magistrado e ainda se sujeita à fiscalização do comitê de credores (se instalado), com cujo órgão atua em conjunto e de forma ativa no processo de recuperação judicial (TOLEDO, 2016, p. 111).

2.3.1.4 Assembleia geral de credores e comitê de credores

Os credores têm a possibilidade de atuar ativamente no processo de recuperação, por meio da constituição de dois órgãos colegiados: a assembleia geral de credores e do comitê de credores. Antes de compreender o papel desempenhado por cada um, no entanto, faz-se necessário compreender quem são os credores do devedor à luz dos critérios da LRF que podem integrar tais órgãos.

¹⁴ “Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada” (BRASIL, 2005).

¹⁵ “Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: I – na recuperação judicial e na falência: a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51, o inciso III, do *caput* do art. 99 ou o inciso II do *caput* do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito; b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados; c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fê de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações; e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei; f) consolidar o quadro geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei; g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões; h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções; i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei; II – na recuperação judicial: a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do *caput* do art. 63 desta Lei; [...]” (BRASIL, 2005).

A rigor, o credor (sujeito ativo) é aquele que tem relação obrigacional com o devedor (sujeito passivo), que se obrigou a satisfazer uma prestação, que constitui obrigação de fazer e de dar, ou de não fazer, em proveito daquele (GOMES, 1978, p. 18, 23, 46, 55).

Acontece que, na ação recuperacional, o credor corresponde ao titular de crédito existente, vencido ou vincendo, até a data de ingresso do pedido recuperacional (Lei n. 11.101/2005, art. 49, *caput*)¹⁶. Tais créditos ficam sujeitos ao plano, se assim o devedor desejar, com exceção do rol de créditos excluídos por determinação legal (Lei n. 11.101/2005, art. 49, §§ 3º e 4º)¹⁷ (SOUSA, 2005, p. 228).

Mas, e o que vem a ser “créditos existentes”?

Para ilustrar o que se entende por créditos existentes, considere-se que “A” é contratada para prestar serviço de assistência técnica preventiva à sociedade empresária, “B”, sendo acordado que os serviços seriam prestados, mensalmente, e que “A” receberia a contraprestação no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a ser paga no prazo de 5 (cinco) dias, a contar a realização do serviço.

Neste exemplo, o crédito origina-se de contrato de assistência técnica, que é classificado como de execução continuada. Isso significa que as prestações se repetem em determinada periodicidade (GOMES, 2009, p. 97). Todo mês “A” presta serviço de assistência à “B” e, em contrapartida, faz jus à satisfação do crédito respectivo pelo serviço.

A classificação dos contratos também se divide em de execução imediata e diferida. Os primeiros são aqueles, “[...] cujas prestações podem ser realizadas em um instante [...]” (GOMES, 2009, p. 93) – por exemplo, a compra e venda à vista. Nos segundos, a prestação de uma das partes está sujeita a termo, como a compra e venda a prazo (GOMES, 2009, p. 96).

Admitindo-se que os contratos imediatos são cumpridos no ato da sua celebração, a recuperação judicial não lhes traria impactos, já que não ficam sujeitos aos efeitos produzidos por eventos futuros externos ao contrato. Por isso, considera-se que os créditos existentes, quando originários de contrato, decorrem dos de execução continuada e diferida.

¹⁶ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos” (BRASIL, 2005).

¹⁷ “Art. 49 [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei” (BRASIL, 2005).

Destaque-se, também, que a recuperação judicial produz efeitos sobre os créditos existentes que atendem o seguinte marco temporal: o pedido de recuperação (SOUSA, 2005, p. 228). Para melhor compreender como o marco temporal influi na existência do crédito, retomase o exemplo anterior, acrescentando-lhe novas informações.

Imagine-se que “A” prestou os serviços de assistência técnica, sem ter recebido, após o transcurso do prazo de 5 (cinco) dias, a contraprestação devida. Em seguida, “B” distribui o pedido de recuperação judicial. Neste caso, conclui-se que “A” é credora do devedor e titular de crédito vencido correspondente a R\$ 1.000,00 (mil reais), que fica sujeito aos efeitos da recuperação.

Agora, considerando que o pedido recuperacional tenha sido distribuído 1 (um) dia, após a prestação dos serviços por “A”, ou seja, antes da data de vencimento da prestação correspondente a R\$ 1.000,00 (mil reais), já que foi pactuado no contrato o prazo de cinco dias para pagamento, mesmo sendo o crédito vincendo, ele já existia antes do pedido de recuperação. “A” cumpriu a prestação que lhe cabia para fazer jus ao pagamento. Então, “A” é credora do devedor, segundo os ditames da LRF. “Nem poderia ser diferente, eis que todos os créditos existentes, entendem-se contraídos, ainda que vincendos, são responsáveis pela situação de crise do empresário que pretende o benefício da recuperação judicial, merecendo ser abrangidos” (SOUSA, 2005, p. 229).

Com base no estudo sobre o tema, no entanto, pontua-se que o marco temporal determinado pela LRF para a existência de crédito, quando envolve obrigação ilíquida e incerta, abarca duas possibilidades interpretativas. A primeira é que o crédito existe se o fato que lhe deu origem ocorreu até a ocasião do pedido recuperacional. Já sob o prisma da segunda, o crédito somente existe quando representado por obrigação pecuniária instrumentalizada sob a forma de título executivo até a data do pedido recuperacional (DILL, 2018; SCHUELER JR, 2018).

A título de exemplo, considere-se que uma pessoa física, “A”, propõe ação judicial com pedido de danos morais em face de pessoa jurídica “B”, para o juiz arbitrar o valor da indenização. No curso do processo, “B” ajuíza pedido recuperacional. Somente após o deferimento do processamento da recuperação, B é condenada, por sentença transitada em julgado, a pagar indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (SCHUELER JR, 2018, p. 2). Nesse caso, observa-se que o fato gerador da obrigação de indenizar ocorreu antes do pedido recuperacional. Acontece que, nessa ocasião, a prestação pecuniária exigida pelo autor da ação ainda não era dotada de exigibilidade, certeza e liquidez. Contudo, a exigibilidade não representa um óbice para sujeição do crédito à recuperação, visto que abarca créditos

vencidos e vincendos. As discussões, portanto, que suscitam dúvidas estão atreladas ao requisito de certeza e liquidez.

A certeza, no caso do exemplo acima, depende do reconhecimento, na via judicial, da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da parte em regime de recuperação judicial e o resultado danoso causado ao autor da ação, para gerar a obrigação de indenizar. Constituída tal prova e reconhecida a pretensão indenizatória do autor da ação, tem-se a certeza do crédito com a decisão condenatória proferida pelo juiz competente.

No que diz respeito à liquidez, a LRF determina a suspensão de todas as ações ou execuções ajuizadas em face do devedor pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), salvo as execuções de natureza fiscal e as ações que demandar quantia ilíquida. Uma vez liquidado o valor, o crédito apurado será habilitado no quadro geral dos credores. Na situação hipotética acima, observa-se que o valor, a título de danos morais, só foi definido na ordem de R\$ 50.000,000 (cinquenta mil reais), em sede de sentença.

Considerando-se a data de concretização do fato gerador como determinante para considerar o crédito existente, esse entendimento é corroborado pelo fato de que, se os créditos fossem excluídos da recuperação, não faria sentido a LRF determinar as regras atinentes ao processamento das ações que versam sobre quantia ilíquida. Assim, os créditos ficam sujeitos à recuperação, podendo o juiz da recuperação determinar a reserva da importância estimada, que, uma vez liquidada, será incluída no quadro geral de credores (SCHUELER JR, 2018, p. 3).

Já sob a ótica do momento em que a obrigação é instrumentalizada em documento escrito (título executivo), admite-se que se o crédito só passou a existir depois do pedido recuperacional, por decisão judicial, não estará sujeito aos efeitos da recuperação (SCHUELER JR, 2018, p. 3).

Assim, conclui-se que as duas formas de interpretar a existência do crédito pautada na data do fato gerador ou da data de constituição do título executivo gera dúvida quanto ao crédito, que pode se sujeitar à recuperação e, com efeito, se o seu titular é credor ou não do devedor. Portanto, a despeito de a regra geral ser a de que todos os créditos existentes na data do pedido recuperacional são submetidos ao processo de recuperação, há casos em que sua aplicação gera controvérsias.

Passa-se, então, a análise da assembleia dos credores, órgão deliberativo composto pelas seguintes classes de credores: (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes do acidente do trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e (iv)

titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (Lei n. 11.101/2005, art. 41)¹⁸.

Como regra geral, terão direito de voto na assembleia os credores que estiverem arrolados no quadro geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor. Além disso, será garantido o direito de voto aos credores que estiverem habilitados na data da realização da assembleia ou, mesmo que não estejam habilitados, que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, incluindo as que tenham obtido reserva de importâncias para satisfação de créditos objeto de discussão judicial (Lei n. 11.101/2005, art. 39, *caput*)¹⁹.

A LRF, portanto, atua de forma restritiva na concessão do poder de voto, excluindo da votação os credores: (i) titulares de créditos retardatários (Lei n. 11.101/2005, art. 10, §1º)²⁰; (ii) titulares da posição de proprietário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, até mesmo em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (Lei n. 11.101/2005, art. 39, §1º)²¹; (iii) titulares de créditos originados de adiantamento de contrato de câmbio; e (iv) credores cujos créditos contraídos antes da recuperação não tenham sido objeto de alteração pelo plano (Lei n. 11.101/2005, art. 45, §3º)²².

¹⁸ “Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV – titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 1º Os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho votam com a classe prevista no inciso I do *caput* deste artigo com o total de seu crédito, independentemente do valor. § 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do *caput* deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do *caput* deste artigo pelo restante do valor de seu crédito” (BRASIL, 2005).

¹⁹ “Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do *caput*, 99, inciso III do *caput*, ou 105, inciso II do *caput*, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei [...]” (BRASIL, 2005).

²⁰ “Art. 10. [...] § 1º Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembléia-geral de credores” (BRASIL, 2005).

²¹ “Art. 39. [...] § 1º Não terão direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação os titulares de créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei” (BRASIL, 2005).

²² “Art. 45. [...] § 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de *quorum* de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito” (BRASIL, 2005).

No que tange às atribuições da assembleia, esta tem poderes de votar a desistência do pedido recuperacional pelo devedor, a nomeação do gestor (se afastado o devedor), qualquer matéria de interesse dos credores, bem como a aprovação ou rejeição de recuperação. Há, ainda, a possibilidade de a assembleia votar pela modificação do plano apresentado pelo devedor, cuja eficácia fica sujeita à sua aceitação.

A assembleia também tem poder para constituir o comitê de credores e eleger seus membros, de acordo com os ditames da LFR. O comitê de credores trata-se de órgão facultativo (Lei n. 11.101/2005, art. 26, *caput*)²³ na recuperação judicial, que, se instalado, fiscaliza, juntamente com administrador judicial, as atividades exercidas pelo devedor, examina as contas do administrador judicial, zela pelo bom andamento do processos, informa eventuais atos que violem ou prejudiquem os interesses dos credores, podendo requerer a convocação da assembleia de credores (Lei n. 11.101/2005, art. 27)²⁴.

Percebe-se, assim, que, se constituído, o comitê atua ativamente na recuperação, na qualidade de órgão auxiliar da justiça representando os interesses dos credores. Contudo, caso não constituído, competirá ao administrador judicial ou juiz exercer suas atribuições.

Finalizada esta breve exposição sobre os órgãos da recuperação judicial, passa-se a análise das fases do processo de recuperação judicial.

2.3.2 As fases do processo de recuperação judicial

²³ “Art. 26. O Comitê de Credores será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição: I – 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; II – 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; III – 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes. IV – 1 (um) representante indicado pela classe de credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, com 2 (dois) suplentes” (BRASIL, 2005).

²⁴ “Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei: I – na recuperação judicial e na falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei; II – na recuperação judicial: a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial. § 1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juiz, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor. § 2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz” (BRASIL, 2005).

O processo de recuperação judicial pode ser dividido em quatro fases: a postulatória, a apuratória, a deliberatória e a executória (DOMINGOS, 2019, p. 111), que serão apresentadas a seguir.

A primeira fase do processo refere-se à postulatória, que se inicia com a distribuição da petição inicial de recuperação judicial, instruída com as informações e documentos exigidos pela LRF, dentre os quais, destacam-se, as causas da crise econômico-financeira, a lista dos credores, incluindo-se a natureza, classificação, origem e valor do crédito, a lista das ações judiciais em que figura como parte (Lei n. 11.101/2005, art. 51)²⁵. É por meio desta, que o devedor provoca, então, a tutela jurisdicional para concessão do benefício da recuperação.

Em seguida, cumpridas as exigências da LRF, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, determinará (Lei n. 11.101/2005, art. 52):²⁶ (i) a dispensa

²⁵ “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes” (BRASIL, 2005).

²⁶ “Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei; III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei; IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. § 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà: I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor

de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto quando for contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; (ii) a apresentação de contas mensais pelo devedor; (iii) a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas, no âmbito Federal, Estadual e Municipal, em que o devedor tiver estabelecimento; (iv) nomeação do administrador judicial; e (v) a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, salvo as ações que versem sobre quantias ilíquidas e execuções fiscais.

No que diz respeito ao período de suspensão das ações e execuções, é importante notar que a suspensão visa evitar que atos capazes de repercutir negativamente na esfera do patrimônio da recuperanda – por exemplo, atos de constrição patrimonial – prejudiquem a negociação com credores acerca das medidas preventivas a serem dotadas no plano de recuperação visando à superação da sua crise.

Ressalte-se que há divergência quanto ao juízo da recuperação ser universal para decidir sobre ações que versam sobre os interesses, bens e negócios da recuperanda, pois a LRF não regulou tal matéria (SALOMÃO, 2012, p. 68). Por um lado, entende-se que o juízo é universal apenas para falência, por força do art. 76 da LRF²⁷, e não na recuperação (LOBO, 2016, p. 187). Por outro lado, há entendimento no sentido de que o juízo da recuperação pode decidir questões controvertidas que forem objeto de ação ajuizada contra o devedor ou trazidas no bojo dos autos da recuperação (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 66).

Em relação a uma parte dessa divergência, que reside sobre a competência para decidir sobre aos bens da recuperação, o STJ já se posicionou que, a partir da aprovação do plano, a competência do juiz da recuperação é universal, desde que os bens estejam abrangidos pelo plano²⁸.

Feitas tais considerações, destaque-se que a segunda fase do processo recuperacional inicia-se a partir da decisão de deferimento do processamento da recuperação (DOMINGOS, 2019, p. 122). A fase apuratória corresponde à ocasião de verificação e

nos termos do art. 55 desta Lei. § 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei. § 3º No caso do inciso III do *caput* deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes. § 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores” (BRASIL, 2005).

²⁷ “Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo” (BRASIL, 2005).

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 480. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa (BRASIL, 2012).

habilitação de créditos dos credores, momento a partir do qual eles passam a participar do processo recuperacional.

A lista inicial de credores, contemplando o valor do crédito, a classificação e endereço do credor é apresentada pelo devedor. O juiz determina a publicação de edital com essa lista para que os credores, no prazo de 15 (quinze) dias habilitem os seus créditos ou apresentem suas divergências quanto, por exemplo, à legitimidade, ao valor ou à classificação do crédito (TOLEDO, 2016, p. 84).

A partir daí, compete ao administrador judicial elaborar a segunda lista de credores, que formará o quadro geral de credores, com base nas informações disponibilizadas pelo devedor e pelos credores. Essa segunda lista também é publicada, do que se permite aos credores oferecer impugnação, no prazo 10 (dez) dias, sendo tais impugnações autuadas em apartado e decididas pelo juiz da recuperação.

Os credores que não se manifestarem no prazo legal de impugnação têm como alternativa proceder à habilitação retardatária. Contudo, nesta hipótese, os credores ficarão sujeitos a consequências negativas impostas pela lei, tais como não terem o direito de votar na assembleia geral ou de participar de rateios realizados antes da habilitação.

Nos 60 (sessenta) dias seguintes à publicação da decisão de deferimento do processamento da recuperação, o devedor, por sua vez, deve apresentar o plano de recuperação, sob pena de decretação da falência. Conforme definido no art. 53²⁹ da LRF, no plano deve ser demonstrada a viabilidade econômica do devedor para continuidade do exercício das suas atividades, constar a lista dos ativos acompanhado do respectivo laudo de avaliação e a discriminação pormenorizada dos meios que devem ser empregados para superação da crise, considerando, para tanto, os meios listados no art. 50³⁰ da LRF.

²⁹ “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei” (BRASIL, 2005).

³⁰ “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X –

Atente-se para o fato de que o art. 50 em comento contempla um rol exemplificativo das medidas preventivas que poderão ser empregadas pelo devedor para evitar a falência. Em outras palavras, a LRF lhe confere liberdade para emprego de outros meios de superação da crise, desde que visem à preservação da empresa.

Uma vez apresentado o plano, o juiz determina a publicação do edital com o seu conteúdo, oportunizando prazo para objeção pelos credores. Na hipótese de o plano não sofrer objeção, o juiz concede a recuperação judicial.

Por outro lado, apresentada qualquer objeção, o juiz deve convocar a assembleia geral de credores para deliberação a respeito do plano, momento no qual se inicia a fase deliberatória (DOMINGOS, 2019, p. 130). A partir daí, os credores, reunidos em conclave, decidirão pela aprovação, rejeição ou modificação do plano com anuência do devedor.

No que diz respeito à votação sobre o plano, para fins de aprovação deste, faz-se necessário à obtenção do *quorum* descrito no art. 45³¹ da LRF. Contudo, há a hipótese de o plano ser aprovado pelo juiz, mesmo que rejeitado pela assembleia de credores com o propósito de assegurar a preservação da empresa. É a hipótese de o plano ter obtido o voto favorável dos credores, conforme o *quorum* definido pelo art. 58³² da LRF, e cuja aprovação não enseja o

constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor” (BRASIL, 2005).

³¹ “Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. [...]” (BRASIL, 2005).

³² “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado” (BRASIL, 2005).

tratamento diferenciado de credores na mesma classe, em observância, assim, ao princípio *par condicio creditorum*³³.

Uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, seja por decisão assemblear seja por judicial, tem-se a concessão da recuperação ao devedor e o início da fase executória (DOMINGOS, 2019, p. 144).

Na fase executória, a recuperanda deve cumprir os termos previstos no plano, que substituem as obrigações originalmente contraídas por esta, antes do pedido recuperacional, art. 59³⁴ da LRF, por força do instituto da novação, que, no âmbito da LRF, possui duas características que merecem destaque: a primeira é que os termos previstos no plano de recuperação substituem as condições anteriormente acordadas pelo devedor antes do pedido recuperacional. Há, assim, a extinção das obrigações originais; a segunda é que a novação fica sujeita a uma condição resolutiva. Se o devedor descumprir o plano no prazo de até 2 (dois) anos, a contar da concessão da recuperação judicial, ficam reconstituídas as obrigações originais.

Já o cumprimento das obrigações previstas no plano, no período de 2 (dois anos) tem como consequência o encerramento do processo de recuperação judicial, incluindo-se a prestação das atividades desempenhadas pelo administrador judicial e comitê de credores (caso instalado).

Isso não significa que eventuais obrigações acordadas no plano, cujo termo de vencimento seja posterior ao prazo de 2 (dois) anos, não podem mais ser exigidas do devedor que até então se beneficiou do regime recuperacional. A parte ainda deve cumprir as obrigações assumidas no plano e, em caso de descumprimento, o credor pode exigir o cumprimento, por meio de tutela específica, ou a decretação da falência.

Após o encerramento do processo de recuperação, todavia, os credores não terão direito de reconstituir os créditos originais e eventuais descumprimentos não implicam em falência automática do devedor, pois tal ato dependerá de provocação da tutela jurisdicional pelo credor prejudicado.

Por fim, a partir dos marcos conceituais explorados neste capítulo, busca-se a seguir compreender se é possível dar cumprimento às cláusulas de vencimento antecipado da dívida,

³³ Caso o plano não seja aprovado pela assembleia ou pelo juiz, nos termos definidos pela LRF, caberá, então, decretação da falência, cujo processamento não foi apresentado neste trabalho em virtude de recorte metodológico.

³⁴ “Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei” (BRASIL, 2005).

de compensação e resolutive expressa, se uma das partes contratantes ingressar com o pedido de recuperação judicial de empresas.

3 A (IN) VALIDADE DE ALGUMAS CLÁUSULAS QUE MITIGAM OS RISCOS ADVINDOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 Introdução

O empresário e a pessoa jurídica empresária celebram diversos contratos para promover a circulação de bens ou serviços no mercado, isto é, para desempenhar o exercício da empresa, podendo fazê-lo com clientes, empresários ou consumidores, bem como com fornecedores³⁵.

Acontece que, dependendo do tipo de contrato celebrado, seus efeitos podem estar sujeitos a eventos futuros, cuja ocorrência pode impactar o cumprimento das prestações obrigacionais pactuadas. Da qualificação de riscos previsíveis e imprevisíveis que podem impactar a execução do contrato é possível extrair, respectivamente, o conceito de álea ordinária e extraordinária, sendo que somente a presença desta última autoriza a revisão ou a resolução dos contratos.

A álea ordinária abrange os riscos usuais suportados pelos contratantes, nos termos da legislação aplicável. É a hipótese, por exemplo, do pedido de recuperação judicial, da obtenção do deferimento do processamento da recuperação judicial ou da aprovação do plano de recuperação judicial por uma das partes contratantes. Tais eventos são tidos como riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial, que sofre influência de diversos fatores, externos e internos, que apresentam graus distintos de previsibilidade e controle pelo empresário e pessoa jurídica empresária (COELHO, 2005, p. 164).

A parte que contrata com o empresário ou a pessoa jurídica empresária (Lei n. 10.406/2002)³⁶ está exposta ao risco usual advindo de crise econômica, financeira ou patrimonial que os permita ter acesso ao instituto da recuperação judicial. Diante dessa álea ordinária, tem sido usual que com fundamento na autonomia privada, as partes contratantes procurem afastar ou minimizar, por meio da instituição de cláusulas contratuais, os riscos

³⁵ Neste trabalho, não são abrangidos os contratos celebrados pelo empresário ou pessoa jurídica com consumidores e, portanto, não se inclui a análise das normas jurídicas aplicáveis às relações consumeristas, em especial, a Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

³⁶ “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. [...] Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150). [...] Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária” (BRASIL, 2002).

correspondentes à submissão ao regime jurídico da recuperação judicial, na hipótese do ingresso do pedido recuperacional pela parte contratante.

Neste trabalho, optou-se por analisar, no plano de validade, três espécies de cláusulas contratualmente estabelecidas, com o fim de controlar os riscos advindos do pedido de recuperação judicial ou do deferimento do processamento da recuperação judicial ou da aprovação do plano de recuperação judicial. São elas: (i) a cláusula de vencimento antecipado da dívida; (ii) a cláusula de compensação; e (iii) a cláusula resolutiva expressa³⁷. Esta opção justifica-se pela existência de limites temporais para conclusão desta dissertação e pelo fato de as três cláusulas compartilharem alguns elementos comuns.

O primeiro elemento comum refere-se ao fato de que as três cláusulas instituem a subordinação da eficácia do contrato à ocorrência de condições, isto é, eventos futuros e incertos (Lei n. 10.406/2002, art. 121)³⁸, que nesta dissertação, correspondem: (i) ao pedido de recuperação judicial; (ii) ao deferimento do processamento da recuperação judicial; e (iii) à aprovação do plano de recuperação judicial.

As cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutiva expressa produzirão, em princípio, os seus efeitos, somente quando da concretização de quaisquer dos três eventos mencionados. Nesse sentido, a cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida produz o efeito correspondente à sua exigência imediata. A compensação enseja a extinção da obrigação por compensar créditos e débitos das partes contratantes e a cláusula de resolução do contrato visa pôr fim à relação contratual.

Todas as três cláusulas, portanto, encerram a instituição de condições. As cláusulas de vencimento antecipado da dívida e de compensação classificam-se como condições suspensivas. Isso porque somente quando da concretização dos eventos previstos no contrato que elas produzirão seus efeitos. Já a terceira cláusula qualifica-se como condição resolutiva porque o contrato produz seus efeitos até que o advento de quaisquer dos eventos nele previstos faz cessá-los (Lei n. 10.406/2002, art. 27)³⁹.

O segundo elemento é que as três cláusulas estão respaldadas pelo princípio da autonomia privada. As partes acordam livremente as cláusulas que regulam a relação contratual e “[...] atribuem os efeitos designados como queridos [...]” (AZEVEDO, 2002, p. 16). Com

³⁷ Saliente-se que, neste capítulo, qualquer referência à cláusula resolutiva expressa, ao vencimento antecipado e de compensação está sempre atrelada ao evento da recuperação judicial, independentemente de menção expressa, salvo se disposto diversamente.

³⁸ “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (BRASIL, 2002).

³⁹ “Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido” (BRASIL, 2002).

efeito, em tese, tais cláusulas deveriam ser cumpridas, nos exatos termos pactuados, em observância ao princípio de força obrigatória dos contratos⁴⁰.

O terceiro elemento diz respeito às razões que justificam a inclusão das três cláusulas nos contratos celebrados entre as contratantes. Apesar de as três cláusulas produzirem efeitos distintos, conforme visto, elas se prestam a evitar ou reduzir os prejuízos da contraparte em relação àquela que ingressa com o pedido recuperacional. Conclui-se, então, que as cláusulas são motivadas, em última análise, pelo temor de que a crise econômico-financeira da parte que ajuizou o pedido recuperacional dê causa ao inadimplemento contratual.

O último elemento remete ao fato de que a validade das três cláusulas tem suscitado dúvidas diante do ordenamento jurídico brasileiro, que combina a proteção de interesses públicos e privados. Para ser válida, a cláusula precisa produzir os efeitos desejados pelas partes e estar de acordo com as normas jurídicas (AZEVEDO, 2002, p. 42), sendo objetivo central deste capítulo a verificação da compatibilidade entre os interesses dos contratantes ao instituir cada uma dessas três cláusulas e os interesses públicos que permeiam o regime da recuperação judicial.

A verificação dessa compatibilidade vai além da análise do ordenamento jurídico vigente, debruçando-se também sobre as três propostas que podem ocasionar mudanças capazes de influenciar a Lei n. 11.101/2005, em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, a saber: o Projeto de Lei n. 1.572/2011, que institui o Código Comercial (BRASIL, 2011)⁴¹, o Projeto de Lei n. 487/2013 (BRASIL, 2013)⁴², que trata da reforma do “Código Comercial e o Projeto de Lei n. 10.220/2018 (BRASIL, 2018a)⁴³, que altera a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

⁴⁰ Logo, nesta discussão não se tratará de relações assimétricas de poder e dominação na negociação, em especial, no contexto da Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990).

⁴¹ A última movimentação do referido projeto é datada em 31 de janeiro de 2019 e refere-se ao arquivamento do referido projeto em razão do fim da legislatura 2015-2018, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Destaque-se, ainda, que, de acordo com o disposto no referido art. 105, o desarquivamento do Projeto de Lei n. 1.572/2011 poderá ser requerido pelo seu autor até 1º de agosto de 2019, considerando que o prazo, para tanto, é de 180 dias, a contar da primeira sessão legislativa de 2019-2023, que se deu em 2 de fevereiro de 2019. Na hipótese de desarquivamento, o projeto retomará a tramitação no estágio que se encontrava que neste caso era fase de discussão pela Comissão Especial com o propósito de realizar o exame de admissibilidade e do mérito da proposição.

⁴² Ressalte-se que a última movimentação do referido projeto é datada em 3 de janeiro de 2019 e dispõe que o projeto aguarda a deliberação do plenário.

⁴³ Destaque-se que a última movimentação do referido projeto é datada em 18 de maio de 2018 e determina o seu encaminhamento ao Projeto de Lei n. 6.229 de 2005. Em razão do encaminhamento, o projeto foi encaminhado para apreciação das Comissões competentes e ainda se determinou a criação da Comissão Especial para o exame de admissibilidade e do mérito da proposição.

3.2 A (in) validade das cláusulas em face do ordenamento jurídico vigente

Inicialmente, este subcapítulo é dedicado à análise da validade ou não das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e a que visa à resolução do contrato. A seguir, verifica-se a possibilidade jurídica de o plano de recuperação alterar os termos pactuados em contrato firmado entre as partes antes do pedido de recuperação judicial, a ponto de impedir que as três cláusulas produzam os efeitos originalmente almejados.

3.2.1 A de vencimento antecipado da dívida

As prestações pecuniárias contraídas pelo devedor são exigíveis no seu vencimento (Lei n. 10.406/2002, art. 315)⁴⁴, que pode se dar por advento do termo ou implemento de condição. Antes do vencimento, o credor não pode exigir o pagamento da dívida, salvo em situações excepcionadas por lei ou contrato, via inclusão de cláusula de vencimento antecipado da dívida.

Mas será válida a cláusula de vencimento antecipado da dívida celebrada sob as condições suspensivas determinadas acima⁴⁵?

O Direito das Obrigações prevê hipóteses em que o credor poderá cobrar a dívida antes do termo, que envolvem a falência, concurso de credores, a penhora de bens dados em garantia ao credor, a falta de reforço ou substituição de garantias do débito, fidejussórias ou reais (Lei n. 10.406/2002, art. 333)⁴⁶. Isso significa que o credor pode optar por não aguardar o advento do termo da dívida, para, então, realizar a cobrança, quando da ocorrência de hipóteses legais que geram risco de inadimplemento do devedor (RODRIGUES, 2002, p. 155). Trata-se, portanto, de prerrogativa do credor para compelir o devedor a quitar a dívida ante a ocorrência de sua falência ou de concurso de credores, ou em situações que as garantias não asseguram pagamento.

⁴⁴ “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes” (BRASIL, 2002).

⁴⁵ Neste subitem, o termo “cláusula” significa aquela que prevê a antecipação do vencimento da dívida, salvo se disposto diversamente.

⁴⁶ “Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I – no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las” (BRASIL, 2002).

Sob esse prisma, indaga-se: as hipóteses legais de vencimento antecipado da dívida seriam capazes de tornar o contrato mais oneroso ao devedor e romper com a comutatividade contratual?

A resposta é negativa. Em primeiro lugar, porque a hipótese de vencimento antecipado não favorece apenas a parte contratante (credora) em detrimento do devedor, mas também, em última análise, toda a coletividade. As hipóteses previstas no art. 333 do Código Civil beneficiam todos aqueles que figuram como credores, atendendo ao interesse social de segurança às relações creditórias (RODRIGUES, 2002, p. 154).

Em segundo lugar, porque a cláusula não rompe a comutatividade da relação contratual. A comutatividade está atrelada à ideia de justiça, considerando a necessidade de equivalência subjetiva das prestações das partes, isto é, das vantagens e dos sacrifícios assumidos no contrato (GOMES, 2009, p. 88). Há comutatividade, portanto, se as partes têm certeza quanto à existência da prestação e contraprestação pactuadas no contrato (GOMES, 2009, p. 88-89). Tendo em vista que as hipóteses legais de vencimento antecipado não alteram a certeza quanto à prestação e contraprestação, não se justifica explorá-las como causas de rompimento de comutatividade.

Adicionalmente, seria equivocado pressupor que a regulação da antecipação do termo da dívida oneraria as obrigações originalmente assumidas pelo devedor. As circunstâncias que a legitimam estão previstas em lei, de modo que o devedor quando decide contratar assume os riscos de sua ocorrência. Por isso, a concretização de qualquer hipótese de vencimento antecipado da dívida não altera os riscos assumidos pelos contratantes, quando se avaliou as vantagens e desvantagens de contratar.

De todo modo, pontua-se que o Direito das Obrigações regula hipóteses de crise definitiva econômico-financeira do devedor, como é o caso da falência e concurso de credores, mas não a crise temporária. Conclui-se, então, que o art. 333 do Código Civil não é aplicável à recuperação judicial⁴⁷.

⁴⁷ Cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal do Rio Grande do Sul. **AC n. 70071012934**, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, Apelante: Master Alimentos e Cereais Ltda. Apelado: Osmar Luiz Giovelli e Outros. Datado de 29 nov. 2016. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, grifo nosso). Trata-se ação de execução de título extrajudicial ajuizada pela Master Alimentos e Cereais Ltda. em face de Osmar Luiz Giovelli e outros sujeitos, que figuravam como fiadores no instrumento particular de compra e venda de soja, celebrado entre a Master Alimentos e Cereais Ltda. e Giovelli & Cia. Ltda., que ingressou em regime de recuperação judicial. Neste caso, a petição inicial foi indeferida e o processo foi extinto, nos termos do art. 295, inciso I, c/c o art. 267, inciso IV e o art. 614, inciso I, todos do CPC. A Apelante recorreu da decisão, alegando que, a despeito do vencimento da obrigação ser prevista para 30 de abril de 2016, a obrigação constante do título de crédito venceu antecipadamente em face dos fiadores, com base no art. 333, I, do CC. No entanto, o Tribunal entendeu pela inaplicabilidade do art. 333, I, do CC ao caso, uma vez que a sociedade empresária afiançada estava sob o regime de recuperação judicial, e não de

Diante deste cenário, poderiam as partes disciplinar, por meio de cláusula contratual, o vencimento antecipado da dívida subordinado à ocorrência de determinados eventos no âmbito do processo recuperacional?

Não há no ordenamento jurídico norma expressa que regule o vencimento antecipado da dívida em caso de crise econômico financeira superável, o que justifica a necessidade de investigação de normas gerais a fim de verificar quanto à possibilidade jurídica de celebração desse tipo de cláusula.

Foram identificadas, no estudo sobre a questão, pelo menos, três formas diferentes de interpretar as normas gerais sobre a validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida. Passa-se a expor a interpretação que se mostra contrária à validade da cláusula em foco no âmbito da recuperação judicial⁴⁸.

A recuperação judicial reúne uma multiplicidade de interesses, notadamente do devedor, dos trabalhadores e dos credores. No que se refere aos credores, pode-se dizer que o legislador optou por reunir sujeitos com interesses comuns em classes e conferir tratamento paritário aos membros da mesma classe (NEDER CERZETTI, 2002, p. 280).

Assim, quando se fala em tratamento paritário dos credores (princípio da *par conditio creditorum*), sob a perspectiva do instituto da recuperação judicial, refere-se à igualdade formal. Os credores que integram a mesma classe devem receber igual tratamento pela lei, considerando, inclusive, que o patrimônio do devedor é garantia comum dos credores (REQUIÃO, 1995, p. 22).

O referido princípio veda diferenciação arbitrária e injustificada entre os credores, em observância ao princípio da igualdade preconizado no art. 5º Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁹. Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio de tratamento igualitário

falência ou concurso de credores. Por fim, o Tribunal julgou extinto o feito, sem julgamento do mérito com base no art. 485, IV, do CPC ante a inexigibilidade do crédito constante do título extrajudicial.

⁴⁸ Cf. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AI n. 1292381-0**. Rel. Des. Luis Sérgio Swiech. 17ª Câmara Cível. Agravante: Becker, Pizzatto & Advogados. Agravada: Piergo Indústria e Comércio de Aço Ltda. Datada em 22 jul. 2015 (PARANÁ, 2015, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida na fase de habilitação do crédito, no âmbito do processo de recuperação judicial da Agravada, que considerou o crédito da Agravante quitado. Segundo dispõe o Acórdão, a Agravante exigiu o pagamento antecipado da dívida, com base em cláusula permissiva prevista no contrato de confissão de dívida, em razão do advento da recuperação judicial da Agravada, cujo deferimento do pedido ocorreu em 24 de outubro de 2012. O Tribunal considerou que a cláusula em comento era incompatível com o princípio da função social e preservação da empresa, que deveriam preponderar sobre os interesses das contratantes. Além disso, o Tribunal entendeu que a dívida, objeto de cobrança, estava quitada, uma vez que o contrato prescrevia a concessão de um desconto correspondente ao valor da última parcela da dívida, isto é a parcela de n. 41º, caso a Agravada adimplisse corretamente todas as parcelas até a de n. 40º, o que o Tribunal entendeu que foi feito.

⁴⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

dos credores se concretiza quando os credores da mesma classe estão sujeitos às normas jurídicas idênticas:

O princípio constitucional de igualdade, assim, não veda toda e qualquer diferenciação. Ele impede que a lei estipule discriminações injustificáveis. As diferenciações legais que sejam justificáveis sob o ponto de vista lógico ou axiológico, são plenamente compatíveis com o princípio constitucional da igualdade. Recebem, em decorrência, tratamento isonômico da lei aqueles que não foram discriminados injustificadamente. [...]

A paridade entre os credores impõe que se tratem igualmente os credores iguais (quer dizer, os integrantes da mesma classe), determinando o pagamento de valor proporcional ao crédito, se não houver recursos para a completa satisfação dos créditos da mesma classe; e que se tratem desigualmente credores desiguais (integrantes de classes diversas), pagando uns antes dos outros, podendo perfeitamente ocorrer de os de classes superiores receberem todo o crédito e os das inferiores, não receberem nada (COELHO, 2012 p. 106-107).

A cláusula de vencimento antecipado da dívida pode ser considerada inválida no âmbito da recuperação judicial por infringir o princípio de tratamento igualitário entre os credores. Isso porque o evento que provoca a antecipação do termo da dívida, com base no contrato, torna exigível seu pagamento; logo, a cláusula pode colocar determinado credor em situação mais favorável do que outros titulares de créditos vincendos, que integram a mesma classe de credores.

Acontece que, por força da LRF, em regra, (i) todos os créditos existentes, vencidos e vincendos, na data do pedido de recuperação estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial; e (ii) o deferimento do processamento da recuperação suspende o curso da prescrição das dívidas do devedor e de todas as ações e execuções movidas em face dele (Lei n. 11.101/05, art. 6º, *caput*)⁵⁰. Então, como se daria o tratamento desigual entre os credores?

A título de exemplo, considere-se que um contrato de prestação de serviços foi celebrado entre duas pessoas jurídicas empresárias – uma prestadora, “A”, e outra, tomadora dos serviços, “B” – no qual se estabeleceu que os pagamentos seriam realizados no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da conclusão dos serviços. Acontece que, imediatamente após a sua conclusão, “B” ingressa com pedido recuperacional. Diante disso, “A” exige o pagamento antes do termo, com base no contrato firmado entre as partes, que prevê o vencimento imediato da dívida em razão do pedido de recuperação judicial.

O crédito, portanto, torna-se exigível a partir do pedido de recuperação judicial e, se não for quitado, pode ser cobrado judicialmente de “B”. Acontece que a LRF impõe a

⁵⁰ “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário” (BRASIL, 2005).

suspensão das ações ou execuções contra o devedor, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do deferimento do processamento da recuperação (Lei n. 11.101/2005, art. 6º, § 4º)⁵¹. Tal interregno visa garantir tempo hábil à negociação, aprovação do plano de recuperação (NORONHA; LIMA, 2009, p. 96).

A eventual ação judicial proposta em face do devedor, por isso, tramita normalmente entre a data de pedido de recuperação e de deferimento do seu processamento, quando é determinada a suspensão da ação. Após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, se o plano ainda estiver pendente de aprovação, as ações são retomadas (NORONHA; LIMA 2009, p. 97). No entanto, quando o plano for aprovado⁵², as ações e execuções devem prosseguir apenas quanto aos créditos que não integram o plano de recuperação e, portanto, não restaram novadas.

Assim, no caso hipotético acima, a estipulação de antecipação do vencimento viabiliza à promoção imediata de medidas judiciais, por “A”, para cobrança do crédito, o que aumenta a possibilidade de sua satisfação. Ainda que a ação ajuizada por “A” possa ser suspensa, é possível que antes disso, esta eventualmente tenha recebido o valor corresponde ao crédito.

Caso haja suspensão e a não quitação da dívida até que tenha findado o prazo de 180 (cento e oitenta dias), ocorre a retomada do trâmite processual e a continuidade das medidas satisfatórias do crédito não novado. Nessa hipótese, “A”, em princípio, ocupa posição mais vantajosa em relação àqueles titulares de créditos não novados: (i) vencidos e/ou (ii) vencidos até o termo do prazo de suspensão, pois eles não puderam intentar medidas judiciais com caráter acautelatório ou satisfatório do seu crédito. Isso, visto que, nos termos da LRF, art. 6º, § 4º, tais titulares de créditos vencidos e vencidos deverão aguardar, respectivamente, o advento do termo previsto no contrato e o término do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para executar seus créditos (WALD; WAISBERG; 2009, p. 350).

A antecipação do termo, por previsão contratual, também pode colocar o credor em posição mais vantajosa que os demais, caso o crédito esteja garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários (Lei n. 11.101/2005,

⁵¹ “Art. 6º [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial” (BRASIL, 2005).

⁵² As hipóteses de não apresentação ou aprovação do plano não foram exploradas, uma vez que acarretam a falência da recuperanda, o que não é objeto de estudo desta dissertação.

art. 49, § 5º)⁵³. O beneficiário da cláusula de vencimento antecipado pode exigir o pagamento do crédito, por meio da liquidação da garantia. Portanto, o credor pode ter a dívida quitada se o valor referente à liquidação da garantia for pago até o deferimento do processamento. Conclui-se, então, que:

[...] o titular do crédito pode executar o devedor no período que flui entre o pedido de recuperação judicial e o despacho que defere seu processamento. Nesse ínterim, poderá o titular da garantia exigir a entrega pelo devedor em recuperação do “valor eventualmente recebido em pagamento das garantias”, uma vez que as execuções não estão suspensas até o despacho do deferimento (WALD; WAISBERG; 2009, p. 350).

A partir da decisão do deferimento do processo da recuperação, o valor recebido em razão da liquidação da garantia fica depositado em conta judicial, durante o prazo de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias (WALD; WAISBERG; 2009, p. 350). Findo esse prazo, o credor pode levantar este valor, salvo se o plano novar o crédito.

Caso o valor do crédito sofra alteração, por meio do plano, o credor pode levantar o valor depositado em conta judicial até o montante previsto no plano e conforme condições ali estipuladas (SZTAJN, 2007, p. 230).

Assim, a crítica que se faz à validade cláusula ante o princípio de tratamento isonômico decorre do fato de que a exigência imediata da dívida pode implicar a quitação, integral ou parcial, do crédito. Enquanto isso, os demais membros da classe dos credores, titulares de créditos vincendos, devem aguardar a negociação dos seus créditos, conforme previsão no plano de recuperação.

No que diz respeito aos planos de recuperação, estes usualmente abarcam condições especiais de pagamento dos créditos (Lei n. 11.101/2005, art. 50, inciso I)⁵⁴, tais como a remissão parcial das dívidas e/ou novos prazos de pagamento e/ou parcelamento da dívida. De modo geral, as condições para pagamento dos créditos previstas no plano são mais favoráveis ao devedor em relação àquelas originalmente previstas no contrato. Os credores, assim, suportam os sacrifícios advindos da alteração dos seus créditos, sobrepondo os interesses da recuperação sobre os seus individuais. Além disso, os credores que ficam vinculados às

⁵³ “Art. 49. [...] § 5º. Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei” (BRASIL, 2005).

⁵⁴ “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; [...]” (BRASIL, 2005).

condições previstas no plano para recebimento dos créditos ficam mais expostos aos riscos do inadimplemento da recuperanda. Isso porque a satisfação do crédito está intimamente ligada à situação econômico-financeira da recuperanda, que pode ser agravada com o decurso do tempo, caso os meios adotados no âmbito da recuperação não sejam eficazes para a superação da crise.

A despeito de a recuperação ser destinada ao empresário ou pessoa jurídica cuja empresa seja viável, não é possível eliminar o temor de que a recuperanda não se reerga e, ao cabo, torne sua crise definitiva. Como a falência é o momento de maior incerteza quanto à situação patrimonial do devedor, não se sabe se o seu patrimônio será suficiente para liquidar todas as dívidas acumuladas e, com efeito, se todos os créditos virão a ser pagos.

Tais situações que envolvem a renegociação dos créditos e os riscos de inadimplemento demonstram a discrepância do tratamento conferido a certos credores em relação àqueles que podem viabilizar, por meio da cláusula de vencimento antecipado, a satisfação da dívida. Neste último caso, o pagamento (total ou parcial) da dívida elimina ou reduz os sacrifícios a serem suportados em razão da recuperação, rompendo com a sistemática da LRF que demanda dos credores iguais sacrifícios com o propósito comum de preservar a empresa (FERNANDES, 2006, p. 9).

Os credores, portanto, que já satisfazem seus créditos com base nos efeitos produzidos pela cláusula em questão ficam em posição mais vantajosa em relação aos demais credores da mesma classe, mas, depois da apresentação do plano, a cláusula de vencimento antecipado da dívida em decorrência da aprovação do plano poderia ser tida como válida?

Após aprovação do plano, os credores devem observar as condições de pagamento ali previstas, pois há a produção da novação das obrigações pactuadas pela recuperanda. Por essa razão, os credores não podem antecipar o termo de vencimento da dívida em caso da aprovação do plano, com base na cláusula contratual permissiva, pois tal conduta contraria os termos previstos no plano ao qual estão vinculados.

Situação diversa é se o plano não incluir determinados créditos. Nesta situação, os credores cujos créditos estiverem vencidos podem cobrá-los, em conformidade com as condições pactuadas nos contratos celebrados pelas partes.

Os credores cujos créditos estiverem vencidos até aprovação do plano ou que passem a ser exigíveis a partir da sua aprovação, por força de previsão contratual, podem, portanto, tomar, a partir daí, as medidas judiciais para sua satisfação. Já outros credores titulares de créditos vincendos, não incluídos no plano, devem aguardar o advento do termo das dívidas não novadas para promoção das medidas judiciais cabíveis com o propósito de satisfazê-los.

Mesmo nessa situação, portanto, a cláusula de vencimento antecipado pode ser tida como inválida, por infringir o princípio do tratamento igualitário dos credores.

Não se pode deixar de considerar, também, que a cláusula em referência levada a efeito pela parte contratante é capaz de agravar a crise da recuperanda e, com isso, acarretar a falência (SACRAMONE, 2016a, p. 138). Mesmo que o crédito não integre o plano de recuperação, a satisfação de determinados créditos, no curso do processo recuperacional, pode onerar e prejudicar a capacidade do devedor de realizar o pagamento dos demais credores, nos termos previstos no plano.

Na hipótese de o crédito vencido ser satisfeito antes da aprovação do plano de recuperação, este não será passível de renegociação. Logo, a parte submetida ao regime recuperacional não pode obter condições mais benéficas para seu pagamento.

A cláusula de vencimento antecipado da dívida também “[...] impediria o desconto dos juros remuneratórios das parcelas vincendas [...]” (SACRAMONE, 2016a, p. 137), o que poderia vir a ser prejudicial à preservação da empresa.

No caso de contrato de mútuo bancário (sujeitos à LRF), a parte que ingressou com pedido recuperacional poderia solicitar a liquidação antecipada do débito, total ou parcial, com redução dos juros remuneratórios, conforme art. 2º da Resolução n. 3.516/2007⁵⁵. Acontece que, com o vencimento antecipado da dívida, eventual pagamento não será considerado como antecipado, mas realizado no seu termo final, sendo inaplicável qualquer desconto.

A cláusula em foco, vista sobre o prisma dos interesses que permeiam o regime recuperacional, portanto, pode ser tida como inválida por contrariar o princípio da preservação da empresa. Apesar de se tratar de um princípio de difícil conceituação, “[...] cabe dizer que o intuito de preservação da empresa estaria vinculado ao resguardo de uma organização, que abrange inúmeros interesses e cujo fundamento de existência refere-se exatamente ao respeito a esses mesmos interesses” (NEDER CEREZETTI, 2012, p. 215).

Outro argumento que se coaduna com a interpretação desfavorável à validade da cláusula em foco pode ser extraído do art. 49, § 2º, da LRF, segundo o qual as obrigações originalmente contratadas pela recuperanda não são alteradas em razão do seu ingresso na recuperação (SOUSA, 2005; COELHO, 2005; WALD; WAISBERG, 2009). Com base nessa

⁵⁵ “Art. 2º O valor presente dos pagamentos previstos para fins de amortização ou de liquidação antecipada das operações de que trata o art. 1º contratadas a taxas prefixadas deve ser calculado: § 1º A taxa de desconto aplicável para fins de amortização ou liquidação antecipada, observado o disposto nos incisos I e II deste artigo, deve constar de cláusula contratual específica” (BRASIL, 2007).

premissa, é vedada a alteração contratual que antecipa a data de exigibilidade do crédito (LOBO, 2016, p. 206), pois ela representa uma mudança não autorizada, por lei, no contrato.

A cláusula de vencimento antecipado da dívida, desse modo, apesar de atender aos interesses privados dos contratantes, contraria o interesse público que permeia o instituto da recuperação judicial. A submissão de uma das partes contratantes à LRF importa a alteração do regime jurídico dos contratos privados, em razão da incidência de interesses públicos. Os contratos passam a transcender os interesses subjetivos das partes, dada a relevância dos interesses da coletividade beneficiada pela preservação da empresa (SACRAMONE, 2016a, p. 136-139).

Os argumentos acima demonstram as razões pelas quais a cláusula seria inválida. No entanto, há corrente contrária a tal interpretação (FAZZIO JÚNIOR, 2015; WALD; WAISBERG, 2009).

Quem admite válida a cláusula entende que a tese acima exposta não se sustenta, pois: (i) não teria tido o cuidado de examinar todas as normas que repercutiriam sobre o caso, desconsiderando o princípio da autonomia privada, e (ii) não faria a congruente interpretação do § 2º do art. 49 da LRF.

Para a tese a favor da validade da cláusula, o princípio da autonomia privada aplicável ao caso confere respaldo para se defender a liberdade das partes em contratar as condições que regulam sua relação jurídica⁵⁶. Essa liberdade concilia-se com o princípio da livre iniciativa extraído do art. 170 do texto constitucional⁵⁷, tratando-se, portanto, de princípio legítimo (BARCELLOS, 2014, p. 1995). Além disso, a tese em desfavor da validade da cláusula não esclareceria como o aplicador da lei deveria conciliar os interesses dos credores com os interesses individuais dos contratantes ao pactuarem a cláusula de vencimento antecipado da dívida com base no princípio da autonomia privada.

Quanto à interpretação conferida à LRF, pode-se dizer que, em virtude de a norma admitir que as obrigações não sofrem alteração pelo advento da recuperação, tal disposição

⁵⁶ Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AC n. **1018055-80.2017.8.26.0003**. Rel. Des. Jacob Valente. 12ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Or Service com Serviços de Imagem Ltda. e Mario Takeshi Oku. Apelado: Banco Itaú S.A. Datada em 5 maio 219 (SÃO PAULO, 2019b, grifo nosso). Segundo o Acórdão, o vencimento antecipado em decorrência de recuperação judicial do devedor prevista em confissão de dívida é legal, pois não há prova de alteração superveniente ao contrato que torne impossível o cumprimento das cláusulas ou qualquer constatação de ilegalidade ou abusividade que eivariam o contrato. Assim, prevaleceu o entendimento de que a cláusula de vencimento antecipado era legal, aplicando-se a cláusula geral *pacta sunt servanda* em detrimento da cláusula geral *rebus sic standibus*.

⁵⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do homem e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]” (BRASIL, 1988).

também se aplicaria à cláusula de vencimento antecipado da dívida e, portanto, deveria ser admitida válida a ponto de produzir os efeitos pretendidos pelas partes contratantes.

A validade da cláusula também produziria, como efeito, a possibilidade de a parte contratante cobrar os pagamentos dos devedores solidários (se existentes)⁵⁸. Isso porque as ações ajuizadas contra os devedores solidários não estão sujeitas à suspensão do prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Uma vez quitada a dívida pelos devedores solidários, eles devem habilitar-se no processo de recuperação para cobrar o respectivo valor do devedor (LOBO, 2016, p. 197).

Além desses argumentos, reforçaria admiti-la como válida o entendimento segundo o qual a cláusula não se prestaria a reduzir os riscos do inadimplemento. “Na hipótese de crédito concursal, a cláusula não permitiria recebimento imediato, pois o crédito permaneceria submetido às condições do plano de recuperação judicial” (SACRAMONE, 2016a, p. 136-137)⁵⁹. Nesse contexto, os efeitos produzidos pela cláusula não importariam tratamento diferenciado entre os credores, pois todos estariam sujeitos à negociação, conforme proposto no plano de recuperação.

Acontece que é também possível identificar inconsistências nessa interpretação que admite válida a cláusula de vencimento antecipado da dívida. O aplicador da lei não poderia escolher um princípio para fundamentar a solução por ele adotada em detrimento de outros princípios que, em tese, também seriam aplicáveis ao caso, tais como o tratamento igualitário dos credores e a preservação da empresa, sem expor as justificativas que legitimam sua decisão. Afinal, “[...] o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm mesma hierarquia e devem ser interpretadas de maneira harmônica, não admite essa solução” (BARCELLOS, 2005b, p. 32).

Parece também incongruente o entendimento de que a cláusula em referência não seja capaz de ofender o princípio do tratamento igualitário dos credores, considerando que o crédito tido como vincendo não seria imediatamente satisfeito e estaria sujeito às condições previstas no plano. A antecipação do vencimento da dívida seria capaz de romper com a sistemática da LRF que impõe o compartilhamento de esforços e sacrifícios dos credores para salvaguarda da recuperanda.

⁵⁸ Neste ponto, destaque-se que há entendimento doutrinário no sentido de que o vencimento antecipado é oponível somente ao devedor principal, e não aos coobrigados, fiadores ou obrigados regressivamente (FAZZIO JÚNIOR, 2015; WALD; WAISBERG, 2009).

⁵⁹ A despeito de o argumento ora explanado ser desfavorável à validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida, cumpre esclarecer que o autor não se posiciona de forma favorável à validade da cláusula em foco.

Ademais, mesmo que se admita que a cláusula de vencimento antecipado da dívida não produza o resultado útil esperado pela contraparte, isto é, a satisfação da dívida, tal assertiva estaria ligada ao plano de eficácia da cláusula, e não ao da validade. Portanto, tal argumento não estaria apto a justificar a validade da cláusula, isto é, a sua conformidade com as normas jurídicas.

Por último, é possível conferir terceira interpretação à cláusula de vencimento antecipado, que, em suma, depende da análise do caso concreto pelo aplicador da lei. A cláusula pode ser tida como válida, mas quando “[...] importar em ônus excessivo à recuperação, pode o juiz examinar a sua validade e eficácia à luz do princípio da preservação da empresa” (SCALZILLI; TELLECHEA; SPINELLI, 2017, p. 396). Em outras palavras, como regra geral, o aplicador da lei deve decidir pela validade e eficácia dessa cláusula, exceto quando ela causar onerosidade excessiva ao devedor.

Essa interpretação também se apresenta suscetível a críticas, pois não demonstraria, de forma racional e objetiva, como se deu a construção do raciocínio que concluiria, ora a favor da validade e eficácia da cláusula, ora contra quando importar ônus excessivo à recuperação.

Além disso, tal interpretação não ofereceria diretrizes consistentes para o aplicador da lei decidir, diante do caso concreto, acerca da controvérsia sobre a validade da cláusula de vencimento da dívida. Seria possível até mesmo cogitar diversas dúvidas, tais como: Por que prevalece a validade da cláusula como regra geral e a invalidade como exceção? Quais fatos onerariam excessivamente a recuperação judicial?

Haveria que se levar em conta, também, que o problema da validade da cláusula demandaria a análise de sua conformidade com as normas jurídicas, e por esta interpretação não se identificam todas as normas que poderiam conduzir o aplicador da lei à decisão sobre a validade ou não da cláusula, em conformidade com o caso concreto.

Conclui-se, então, que tais diretrizes concebidas em abstrato não teriam como ser utilizadas no caso prático, pois a aplicação do direito consistiria em submeter o fato (a cláusula) à norma jurídica identificada como cabível ao caso:

A aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei em relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente os interesses humanos (MAXIMILIANO, 2006, p. 7).

Feitas essas considerações acerca das possíveis interpretações conferidas à cláusula de vencimento antecipado, observa-se que seu exame, no plano de validade, reúne a análise das

seguintes normas: (i) o princípio do tratamento igualitário; (ii) o princípio da preservação da empresa; e (iii) o princípio da autonomia privada.

A aplicação, em conjunto, dos princípios de tratamento igualitário e preservação da preservação e/ou a aplicação, isolada, do princípio da autonomia privada, todavia, parecem conduzir o aplicador da lei a duas conclusões contraditórias. Por um lado, a aplicação, em conjunto, dos princípios do tratamento igualitário dos credores e da preservação da empresa oferecem subsídios para aplicador da lei decidir pela invalidade da cláusula; por outro, o princípio da autonomia privada permite que a cláusula seja percebida como válida pelo aplicador da lei.

Ante a impossibilidade de solucionar a dúvida com base nos argumentos ora explorados, faz-se necessário se aprofundar, no próximo capítulo, sobre os recursos hermenêuticos que podem ser empregados pelo aplicador da lei para dotar de racionalidade, coerência e lógica o processo de interpretação da cláusula de vencimento antecipado da dívida, de modo a superar os aparentes conflitos identificados acima.

3.2.2 A cláusula de compensação

A compensação é modo de extinção de obrigações recíprocas e, a rigor, distingue-se em três espécies: a legal, judicial e convencional (DINIZ, 2008; GOMES, 1978; LÔBO, 2017; RIZZARDO, 2009). No campo do Direito das Obrigações, a compensação legal é aquela prevista no art. 368 do CC⁶⁰ e seguintes da Lei n. 10.406 de 2002 (CC), que prevê a extinção de obrigações recíprocas, quando há dívidas líquidas, vencidas e fungíveis. A compensação judicial é determinada por decisão do juiz. A convencional decorre da existência de cláusula contratual permissiva de compensação, que é objeto deste trabalho.

A compensação, em qualquer das suas modalidades, garante o pagamento da dívida e desempenha duas funções: a de simplificar o ato do pagamento e economia processual, pois não se faz necessário, em tese, o ajuizamento de ação para sua realização (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 671).

Feitas tais considerações, a cláusula que prevê a compensação de créditos e débitos porque uma das contratantes entrara com o pedido recuperacional ou obtivera o deferimento do processamento da recuperação ou aprovação do plano de recuperação suscita dúvida quanto à

⁶⁰ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem. Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis” (BRASIL, 2002).

sua validade⁶¹. Contudo, verifica-se que o ordenamento jurídico não oferece respostas objetivas a essa dúvida, pois não há regulamentação expressa a respeito dessa cláusula no âmbito do regime recuperacional.

Com base no estudo sobre o tema, é possível interpretar as normas gerais de duas formas para esclarecer sobre a validade ou não da cláusula de compensação perante o juízo recuperacional.

A primeira interpretação considera inválida⁶² a cláusula de compensação com base no princípio do tratamento igualitário dos credores. Para compreender a aplicação deste argumento na avaliação da validade da cláusula de compensação, pode-se fazer uso do raciocínio crítico adotado por alguns doutrinadores à regra de compensação prevista no regime

⁶¹ Neste subitem, o termo “cláusula” significa a cláusula de compensação, salvo se disposto diversamente.

⁶² Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AI n. 1.0290.12.008612-6/001**. Rel. Des. Kildare Carvalho. 3ª Câmara Cível. Agravante: Plaster Indústria e Comércio de Resinas Plásticas Ltda. Agravado: Comércio de Indústria Refiate Ltda. Datado de 21 ago. 2013 (MINAS GERAIS, 2013, grifo nosso). No caso, a Agravante figurava como credora quirografária, no âmbito da recuperação judicial da Agravada, cuja origem do crédito era a venda de matéria-prima para a Agravada. Nesse contexto, a Agravada, para garantir a continuidade do exercício das suas atividades empresariais, realizou, no curso da recuperação, acordo extrajudicial com seus fornecedores, dentre eles a Agravante, para continuidade da parceria comercial mediante pagamento antecipado da matéria-prima. No entanto, uma vez efetuado o depósito na forma combinada, a Agravante não enviou a matéria-prima e informou que os valores pagos foram empregados na compensação dos créditos quirografários, já habilitados no processo, cabendo, portanto, sua exclusão e devolução dos valores pagos a maior que os créditos. Segundo o Acórdão, a conduta da Agravante foi tida como ilegal, pois todos os créditos existentes na data do pedido estavam sujeitos à recuperação. Entendeu o Tribunal, ainda, que a compensação implicaria fraude contra credores e tratamento desigual dos credores no que diz respeito às condições de pagamento dos seus créditos. Por fim, o Tribunal considerou inaplicável os arts. 368 e 369 do Código Civil ao caso, uma vez que, nesse ponto, a Lei n. 11.101/2005 traz regras específicas para pagamento dos credores; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI n. 70079360996**. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. 5ª Câmara Cível Agravante: Volvo do Brasil Veículos Ltda. Agravada: Comil Ônibus S.A (em recuperação judicial). Datada em 5 dez. 2018 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que julgou improcedente a impugnação de crédito. No caso, a Agravante e Agravada mantinham relação comercial que compreendia a venda de chassi pela Agravante à Agravada, com objetivo desta última realizar a venda de carroceria ao cliente final. Na ocasião da data de pedido de recuperação judicial, Agravante e Agravada tinham celebrados três contratos n. 025/16, 017/16 e 009/16, que originaram o débito e crédito, respectivamente no valor de R\$ 3.678.370,36 e R\$ 2.189.813,89. A despeito do Acórdão não indicar a natureza dos valores ou quem é credor ou devedor, consta que a Agravante pretendia receber os valores que lhe eram devidos por meio de compensação (não há informação se é a legal ou convencional). O Tribunal entendeu que a compensação importaria afronta ao princípio da *par conditio creditorum*, bem como à ordem de pagamentos estabelecida no plano e aprovada pela maioria dos titulares dos créditos. Por fim, o Tribunal negou provimento ao recurso; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI n. 70040898488**. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. 5ª Câmara Cível. Agravante: Itaú Unibanco S.A, Agravada: Comercial de Eletrodomésticos Pedro Obino Júnior S.A. Julg. 25 maio. 2011. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão que, no âmbito da recuperação judicial da Agravada, deferiu a abstenção de apropriação de qualquer quantia pertencente à Agravada decorrente das vendas realizadas aos seus clientes, por meio de pagamento via cartão de crédito. Segundo o Acórdão, a compensação (não se indica se é legal ou convencional) é incabível, pois a pretensão de pagamento mediante a apropriação de valores decorrentes de vendas efetuadas pela sociedade em recuperação judicial a seus clientes importaria em afronta o princípio da *par conditio creditorum* e ao disposto no art. 49 da LRF. Por fim, o Tribunal negou provimento ao agravo de instrumento.

anterior ao da recuperação, concordata⁶³, regulado pelo revogado Decreto-Lei n. 7.661/1945, apesar de a recuperação e a concordata serem institutos distintos.

Sob a égide do art. 46 e art. 164 do Decreto-Lei n. 7.661/1945⁶⁴, o pedido de concordata preventiva autorizava a compensação legal de todos os créditos quirografários. Para parte da doutrina, apesar de legalmente instituída, a compensação representava uma ofensa ao princípio de tratamento igualitário aos credores (REQUIÃO, 1975; VALVERDE, 1955).

O credor que podia compensar sua dívida, na verdade, não se submetia aos efeitos do processo de concordata que usualmente, previa perdão de parte da dívida e a dilação do prazo para pagamento (VALVERDE, 1955, p. 221). Assim, por um lado, o credor satisfazia imediatamente o crédito e, de outro, os demais credores deveriam aguardar o trâmite do processo de concordata para negociação do débito e quitação da dívida.

Apesar de não haver previsão legal expressa que autorizasse a compensação no âmbito da recuperação judicial, aquele fundamento apresentado para criticar a compensação no regime da concordata poderia ser utilizado para considerar inválida a cláusula sob enfoque à luz da LRF, como a seguir se exemplifica.

Considere-se que foi celebrado, em 9 de maio 2012, um contrato de compra e venda de mercadoria, pelo prazo de 2 (dois) anos, portanto, de execução continuada. O contrato previa o dever de pagamento mensal do valor total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) na hipótese de atraso na entrega da mercadoria. A compradora “A” descumpre o contrato e, no ano de 2012, não efetua os pagamentos referentes aos meses de junho, julho e agosto de 2012. No mesmo ano, a vendedora “B” atrasa a entrega das mercadorias no mês de outubro, incorrendo na multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a favor da compradora “A”, mas também não efetua o pagamento. Em fevereiro de 2013, “A”, compradora, distribui pedido de recuperação judicial, cujo processamento é deferido. Em seguida, “B”, credora de “A”, habilita o crédito no valor total de R\$ 14.500,00 (quatorze mil e quinhentos reais), informando que a dívida se refere a três meses de serviços prestados e não pagos, da qual foi

⁶³ O Decreto-Lei n. 7.661/1945 previa a concordata como favor legal, que consistia na dilação do pagamento dos prazos. A concordata era dividida em duas modalidades: a preventiva, que evitava a falência do devedor e possibilitava a renegociação dos débitos quirografários, e a suspensiva, que provocava a suspensão do processo de falência (BRASIL, 1945).

⁶⁴ “Art. 46. Compensam-se as dívidas do falido vencidas até o dia da declaração da falência, provenha o vencimento da própria sentença declaratória ou da expiração do prazo estipulado. Parágrafo único. Não se compensam: I – os créditos constantes de título ao portador; II – os créditos transferidos depois de decretada a falência, salvo o caso de sucessão por morte; III – os créditos, ainda que vencidos antes da falência, transferidos ao devedor do falido, em prejuízo da massa, quando já era conhecido o estado de falência, embora não judicialmente declarado. Art. 164. Compensar-se-ão as dívidas vencidas nos termos prescritos no artigo 46 e seu parágrafo” (BRASIL, 1945).

subtraído o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), que correspondia à multa devida à “A”, com base na cláusula de compensação prevista no contrato de prestação de serviços.

Na situação hipotética acima, a credora, “B”, teria, por meio da cláusula de compensação, garantido a satisfação imediata de R\$ 500,00 (quinhentos reais) da sua dívida. O valor remanescente de R\$ 14.500,00 (quatorze mil e quinhentos reais) estaria sujeito às normas jurídicas da LRF e, por isso, às condições previstas no plano de recuperação, juntamente com os créditos detidos pelos demais credores. Logo, nesse caso a compensação convencional permitiria a quitação imediata de parte da dívida, enquanto os demais credores aguardariam a negociação do plano de recuperação.

Mas se a compensação se der em razão da aprovação do plano de recuperação?

O plano, uma vez aprovado, sujeita os créditos às condições de pagamento nele previstas, que são novados. Por essa razão, o credor não pode compensar a dívida em caso da aprovação do plano com base na cláusula contratual permissiva, pois tal conduta significaria o pagamento, em condições diversas das previstas no plano.

Mesmo se o plano não abarcar determinados créditos, poder-se-ia defender que a cláusula de compensação que produzir efeitos com base na decisão de aprovação do plano também seria inválida. Isso porque a cláusula criaria vantagem a determinados credores em detrimento dos demais, que deveriam aguardar o pagamento do crédito, nos termos do plano ou, nas condições previstas no contrato, se o plano não dispuser diversamente.

Para essa corrente que defende a invalidade da cláusula, além de romper com o tratamento paritário dos credores, a compensação seria contrária à norma que institui sujeição de todos os créditos existentes ao regime jurídico da recuperação (*caput* do art. 49 da LRF)⁶⁵.

No caso hipotético acima, a satisfação imediata do crédito de R\$ 500,00 (quinhentos reais) detido pela recuperanda “A”, em razão da sujeição de “B” à multa contratual, reduziria sua dívida referente às mercadorias adquiridas e não pagas. Caso a cláusula de compensação fosse considerada válida, o crédito que “B” faria jus a receber seria reduzido em razão da compensação, quando seria mais benéfico para a recuperanda “A” ser paga e sujeitar o crédito total de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) aos efeitos passíveis de serem produzidos pelo plano de recuperação – por exemplo, a remissão parcial da dívida e a concessão de novos prazos de pagamento.

Segundo a tese contrária à validade da compensação, além de a cláusula romper com a sistemática imposta pela Lei n. de 11.101/2005 de compartilhamento de sacrifícios e

⁶⁵ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos” (BRASIL, 2005).

esforços entre os credores, esta também não estaria coerente com o princípio da equidade. No exemplo anterior, não pareceria justo que a vendedora “B”, mesmo inadimplente, tivesse seu crédito (parcial ou totalmente) satisfeito, enquanto os demais credores que cumpriram os contratos celebrados com a recuperanda “A”, e não eram devedores desta, compartilhariam os sacrifícios impostos pela recuperação.

Outro argumento que poderia ser utilizado para inadmitir a validade da cláusula de compensação é baseado no art. 66 da LRF⁶⁶, que determina a necessidade de autorização judicial para prática de atos que afetem o patrimônio da recuperanda (SACRAMONE, 2016b, p. 468). O sentido da norma é garantir que a gestão do patrimônio da recuperanda seja realizada de forma a melhor atender aos interesses envolvidos com a superação de sua crise econômico-financeira. Logo, como a compensação consiste em pagamento, esta só poderia ser levada a efeito com autorização judicial.

Retomando o exemplo anterior, a vendedora “B” poderia compensar o crédito de R\$ 500,00 (quinhentos reais) detidos contra a “A” em decorrência do pedido de recuperação, desde que obtivesse autorização judicial prévia. Caso contrário, tal prática seria ilegítima, ainda que a recuperanda “A” concordasse com a compensação convencional.

Apesar de esse posicionamento desfavorável à validade da cláusula de compensação apresentar argumentos coerentes com o ordenamento jurídico, foi possível verificar a presença de inconsistências em alguns de seus elementos de argumentação. Isso porque não é feita qualquer menção ao princípio da autonomia privada, que fundamentaria a liberdade de as partes escolherem os termos que regulam sua relação jurídica contratual.

Assim, pode-se dizer que nessa posição não foram identificadas todas as normas aplicáveis ao caso, mostrando-se argumentação incompleta. Daí que seria possível formular nova posição, segundo a qual a cláusula de compensação seria válida, segundo o art. 49, §2º da LRF tomando como fundamento o princípio da autonomia privada⁶⁷.

⁶⁶ “Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial” (BRASIL, 2005).

⁶⁷ Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI n. 2165982-13.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Ricardo Negrão. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Agravadas: Garcia e Participações Ltda., Jaraguá Equipamentos Industriais Ltda., Jaraguá Equipamentos Industriais do Nordeste Ltda. e Jaraguá Engenharia Instalações Industriais Ltda. Datada em 8 de março de 2016 (SÃO PAULO, 2016a, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que nos autos da recuperação judicial das Agravadas decidiu pelo indeferimento do pedido de compensação convencional formulado pela Agravante e determinou o depósito do valor de R\$ 5.594.661,24, que foi considerado indevidamente compensado por esta. No caso, a Agravante teria compensado débitos devidos às Agravadas em decorrência dos serviços contratados com os créditos equivalentes aos prejuízos causados em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas, tributárias e fundiárias assumidas pelas Agravadas, na qualidade de prestadora de serviços. O Tribunal entendeu que não haveria óbice legal para a realização da compensação convencional quando presentes os requisitos de

Há, ainda, aqueles que defendem, com base no princípio da autonomia privada, que a compensação convencional não está adstrita aos critérios definidos para compensação legal, pelo art. 368 do CC⁶⁸, a saber: existência de dívida líquida, certa, exigível e vencida (COELHO, 2016; DINIZ, 2008; LÔBO, 2017; RIZZARDO, 2009).

As partes, no âmbito da liberdade, podem definir os critérios da compensação. É a hipótese, por exemplo, de a disposição contratual prever que eventuais débitos poderão ser compensados com créditos vincendos.

A cláusula também poderia ser tida como válida e eficaz, sob o enfoque das normas da LRF. Primeiro, porque ao pedido de recuperação judicial por parte da contratante ou do deferimento do seu processamento não altera o contrato pactuado pelas partes, incluindo-se a cláusula de compensação, nos termos preceituados pelo § 2º do art. 49 da LRF (COELHO, 2015, p. 138)⁶⁹. Segundo, porque ela não implicaria ofensa ao princípio do tratamento igualitário dos credores:

Não sendo a recuperação judicial um concurso de credores, não há que se falar em ‘massa’, isto é, numa comunhão de interesses juridicamente qualificada como sujeito de direito despersonalizado. Ao contrário do que ocorre na falência, em que há concurso e os credores disputam um patrimônio em liquidação, na recuperação judicial não se constitui nenhum sujeito de direito despersonalizado a reunir o conjunto dos credores. A coletividade dos credores que participam da recuperação judicial não é titular de nenhum direito em que se possa fundamentar qualquer

exigibilidade, liquidez e certeza de dívidas recíprocas e contemporâneas, em ocasião anterior ao processo de recuperação judicial. Contudo, o Tribunal considerou que no caso, os créditos de titularidade da Agravante careciam de liquidez e exigibilidade, pois eram controversos, visto que as Agravadas não reconheciam os prejuízos alegados pela Agravante. Por fim, o Tribunal negou provimento ao recurso; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI n. 2166093-94.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Agravada: Schahin Engenharia S.A. Decisão de 3 maio 2016. (SÃO PAULO, 2016d, grifo nosso). Refere-se ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, no âmbito da recuperação judicial, determinou o pagamento pela Agravante à Agravada (sociedade empresária em recuperação judicial) a importância de R\$ 4.211.419,33 referente aos serviços de exploração de sondas de perfuração de poços de petróleo e/ou gás, prestados pela Agravada, que teriam sido objeto de compensação convencional. No caso, a natureza do débito detido pela Agravante contra a Agravada era controversa. Por um lado, a Agravante afirmou que não realizou o pagamento referente aos serviços prestados pela Agravada, pois, a pedido desta última, realizou a compra de materiais e serviços que competiam à Agravada, por força do contrato 0800.0071510.002. Por outro lado, a Agravada alegou que o débito era equivalente à multa de rescisão do contrato 008000071510.00.2. Segundo o Acórdão, a administradora judicial (KPMG) manifestou que, independentemente, da natureza do débito, ambos são oriundos de contratos celebrados antes do pedido de recuperação judicial datado de 17/03/2015, considerando que o contrato 0800.0071510.002 foi firmado em 2013, antes da recuperação e que a rescisão do contrato 0800.0071510.002 foi em 10 de março de 2014. Não obstante o disposto, o Tribunal entendeu que o débito, objeto de compensação, estava atrelado à compra de materiais e que inexistia óbice legal à compensação realizada em 27 de abril de 2015 e 4 de maio de 2015, pois esta foi realizada antes do deferimento do pedido de recuperação datado de 4 de maio de 2015. O Tribunal considerou que somente após o deferimento do pedido de recuperação é que se poderia cogitar o fato de a cláusula violar a paridade dos credores, o que, portanto, inexistiu no caso. Por fim, o Tribunal deu provimento ao recurso e reconheceu a validade da compensação.

⁶⁸ “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem” (BRASIL, 2002).

⁶⁹ Trata-se de opinião do autor explanada em parecer emitido a favor da Petróleo Brasileiro S.A. Cf. p. 54.

tentativa de resistência à compensação convencional celebrada entre a recuperanda e um credor específico. (COELHO, 2016, p. 140)⁷⁰.

Examinando-se os argumentos favoráveis à validade da cláusula, observa-se que essa interpretação, apesar de identificar e refutar os fundamentos contrários à sua validade, também apresenta algumas fragilidades.

A LRF tutela os interesses dos credores e o seu tratamento paritário durante todo o processo de recuperação. Assim, é frágil o argumento de que a coletividade de credores não seria titular de qualquer direito que pudesse ser lesado pelos efeitos produzidos pela cláusula de compensação. Afinal, a cláusula implicaria a satisfação imediata do crédito de determinados credores, enquanto os demais ficariam expostos aos riscos de inadimplemento e sacrifícios decorrentes da repactuação do seu crédito. Portanto, a compensação de crédito e débitos, caso levada a efeito poderia, sim, ser vista como afronta ao tratamento igualitário dos credores.

Vista as distintas interpretações passíveis de serem sustentadas no âmbito do juízo recuperacional, é necessário considerar dois cenários com o objetivo de aferir a validade ou não da cláusula de compensação. Por um lado, o argumento acerca da validade da cláusula de compensação com base somente no princípio da autonomia privada não apresentaria razões e motivos pertinentes que se prestariam a justificar a não incidência do princípio do tratamento igualitário dos credores ao caso. Por outro, caso se privilegiasse o princípio de tratamento igualitário dos credores em detrimento do princípio da autonomia privada, aquele poderia fundamentar a invalidade da cláusula.

Levando-se em consideração esses dois cenários, não seria possível concluir como o aplicador da lei equacionaria as tensões (SARMENTO, 2003, p. 29) provocadas por princípios que, em tese, conduzem a conclusões aparentemente contraditórias. Por isso, a existência de interpretações antagônicas desafia reflexões sobre os métodos hermenêuticos que podem ser utilizados pelo aplicador da lei para tentar resolver o problema da validade da cláusula de compensação, o que será feito no próximo capítulo.

3.2.3 A cláusula resolutiva expressa

⁷⁰ Trata-se de opinião do autor explanada em parecer emitido a favor da Petróleo Brasileiro S.A. Cf. p. 54.

A resolução do contrato é admitida no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de eventos posteriores à sua celebração a partir do estabelecimento de cláusula resolutiva tácita ou de cláusula resolutiva expressa.

No caso da cláusula resolutiva tácita, tida como implícita em todo contrato bilateral (ANDRADE, 1997, p. 252), a parte tem o direito de exigir o cumprimento da prestação inadimplida ou de resolver o contrato, mediante prévia interpelação judicial. Já na cláusula resolutiva expressa, o término do contrato decorre da ocorrência de determinado evento descrito no contrato. A resolução opera-se de “pleno direito”, pois não demanda a interpelação judicial para produzir efeitos.

Neste trabalho, propõe-se o estudo da validade ou não da cláusula que subordina à resolução do contrato a ocorrência de quaisquer dos três eventos. Primeiramente, investigando-se a possibilidade de a contraparte valer-se de outros mecanismos legais para o resguardo dos seus interesses quanto aos efeitos produzidos pela ação recuperatória sobre o contrato e, em seguida, pela análise das possíveis interpretações a serem conferidas à cláusula no plano da validade.

3.2.3.1 Outros mecanismos legais alternativos à resolução

Uma das principais razões que justificam a inclusão da cláusula resolutiva expressa no contrato decorre da vontade das partes de evitar ou reduzir os prejuízos passíveis de ocorrerem como consequência do ingresso de qualquer destas com pedido recuperacional. Assim, antes de adentrar na análise quanto à validade dessa cláusula, vale refletir se há outros mecanismos legais que resguardam a contraparte de tais riscos.

Mas por que a análise acerca da existência de outros mecanismos legais seria relevante para o estudo da validade da cláusula resolutiva expressa?

Ora, se concluído que a contraparte teria como se valer de outros mecanismos legais que atendem às razões (evitar ou reduzir os prejuízos) que motivam a adoção da cláusula resolutiva expressa, não haveria necessidade de promover o rompimento do contrato para resguardo da contraparte. No entanto, chama-se atenção para o fato de que o raciocínio posto não se prestaria a resolver o problema da validade da previsão em foco.

De fato, quando se trata da possibilidade de a prática de atos extrínsecos ao contrato contribuírem para a obtenção do resultado útil desejado pela parte contratante, está-se falando de fatores de eficácia (AZEVEDO, 2002, p. 55). Ocorre que, se concluído que a cláusula é inválida na análise mais adiante, já se terá apurado a existência de outros mecanismos legais

eficazes para o resguardo da contratante (evitar ou reduzir prejuízos) e, em última análise, para harmonizar eventuais interesses particulares e públicos conflitantes.

Passa-se, assim, a avaliar duas alternativas legais identificadas no estudo sobre o tema: (i) a suspensão do cumprimento das obrigações contratuais em decorrência de caso fortuito e força maior; e (ii) a exceção do contrato não cumprido.

A regra geral é que o contrato faz lei entre as partes, devendo ser cumprido em observância ao princípio da força obrigatória do contrato. No entanto, tal regra pode ser excepcionada quando o cumprimento de determinadas obrigações contratadas for impedido pela ocorrência do caso fortuito e força maior.

Nessa hipótese, a parte afetada por eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de efeitos imprevisíveis, cuja ocorrência se dá após a celebração do contrato, não é responsabilizada pelos prejuízos ocasionados por tais eventos. As obrigações contratuais que as partes ficaram impedidas de cumprir restam suspensas enquanto perdurar os efeitos do caso fortuito ou força maior.

Os eventos atrelados ao processo de recuperação judicial, entretanto, não são tidos como caso fortuito e força maior. Isso porque se trata de eventos inseridos na álea ordinária de contratação, sendo que eventuais crises econômicas e financeiras que ocasionam o ingresso no regime recuperacional fazem parte do risco de exercício de atividades empresariais⁷¹. Logo, se a ocorrência de tais eventos não pode ser enquadrada como caso fortuito e força maior, não há como a parte se furtar, em tese, quanto ao cumprimento das obrigações contratuais, sob pena de ser considerada em mora (art. 394 do CC)⁷². Nessa situação, a mora será constituída de forma automática ou por interpelação judicial da contraparte inadimplente para obrigações com data de vencimento ou sem termo, respectivamente.

Uma vez que a contraparte é constituída em mora, a recuperanda poderá cobrar os prejuízos que sua mora der causa, juros de mora, correção monetária e perdas e danos (CC, art. 402)⁷³, sendo incluídos danos emergentes, lucros cessantes e honorários advocatícios do advogado contratado com objetivo de compelir a contraparte pagar tais valores.

⁷¹ Tal entendimento já predominava sob a constância do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (BRASIL, 1945) para as situações de crise econômico-financeira que envolviam a falência e a insolvência: “A insolvência, como falência, são fatos perfeitamente previsíveis, resultantes dos riscos inerentes a que estão sujeitos aos empresários comerciais” (REQUIÃO, 1995, p. 163).

⁷² “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (BRASIL, 2002).

⁷³ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002).

Não se pode deixar de assinalar, também, que o descumprimento contratual confere à recuperanda o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, se possível, ou, alternativamente, a resolução contratual, sem prejuízo da indenização cabível (CC, art. 395)⁷⁴.

Conclui-se, então, que a recuperação judicial não está abarcada pela teoria do caso fortuito e força maior. Por isso, eventual conduta que suspenda o cumprimento do contrato ante a falta de respaldo legal restará caracterizada como inadimplemento e, por isso, sujeitará a contraparte ao pagamento de penalidades legais cabíveis.

Quanto à regra exceção do contrato não cumprido (CC, art. 476)⁷⁵, ela representa um meio de defesa do qual uma parte contratante poderá se valer, com o objetivo de deixar de cumprir a prestação que lhe cabe enquanto não for cumprida ou garantida a prestação devida pela outra parte.

Mas seria tal regra aplicável em caso de inadimplemento da contratante que ingressou com pedido recuperacional?

Observa-se que a regra da exceção do contrato não cumprido prevista no âmbito do Direito dos Contratos permanece aplicável no âmbito recuperacional, desde que atendidos os seguintes pressupostos legais: contrato bilateral, prestações simultâneas, obrigação vencida e inadimplida. Por isso, com base nessa regra, a contraparte pode recusar o cumprimento da prestação que lhe cabe, enquanto a recuperanda está inadimplente e, ainda, valer-se do direito de exigir a apresentação da garantia idônea para o cumprimento contratual (CC, art. 477)⁷⁶.

Essa regra abrange até mesmo a noção de justiça (GAGLIARDI, 2010, p. 42). Não seria justo que a recuperanda pudesse exigir cumprimento da prestação que lhe favorece, enquanto está inadimplente. A referida regra visa, então, proteger a contratante que age de boa-fé, conferindo mecanismos para compelir o adimplemento da outra parte e preservar o vínculo contratual.

Não se pode deixar de notar, todavia, que os meios de defesa contra o inadimplemento da recuperanda – a exceção do contrato não cumprido e a exigência de garantias – também podem ser tidos como ineficazes em determinadas situações.

⁷⁴ “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002).

⁷⁵ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (BRASIL, 2002).

⁷⁶ “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la” (BRASIL, 2002).

Tais meios de defesa não resguardariam os interesses da contraparte que celebrou contratos unilaterais com a recuperanda. A exceção do contrato não cumprido e a exigência de garantias de cumprimento de obrigação contratual estão vinculadas à existência de um “[...] nexo de interdependência [...]” (GAGLIARDI, 2010, p. 67) das obrigações assumidas pelas partes, que está presente somente nos contratos bilaterais.

Apesar de a regra da exceção do contrato não cumprido poder ser invocada, na seara judicial, tal regra também não seria eficaz em qualquer fase do seu processo de recuperação diante da existência de normas jurídicas que determinariam a suspensão de ações e execuções ajuizadas contra a recuperanda.

Outra situação que a regra não resguardaria a contraparte seria no caso de o plano alterar os créditos vinculados às ações ou execuções e este fosse aprovado. Nessa situação, haveria a extinção dos créditos detidos contra a recuperanda pelo instituto da novação. Com efeito, extinguiria o direito à exceção, pela falta do seguinte pressuposto legal: obrigação inadimplida.

Na hipótese de exigência de garantias para que se dê o cumprimento contratual, durante o processo de recuperação judicial, tal medida também poderia ser ineficaz diante da imposição de restrições legais que afetam à gestão do patrimônio da recuperanda.

Tome-se o exemplo em que uma sociedade empresária “A”, em regime de recuperação, foi compelida, por “B” a apresentar garantia hipotecária para o cumprimento do contrato de prestação de serviços celebrado entre elas. Nessa situação, ainda que a recuperanda tenha interesse de apresentar um imóvel como garantia, as partes devem buscar autorização judicial, haja vista que tal bem integra o seu ativo permanente e a decisão de dispor dele está sujeita às restrições impostas pela LRF. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a qualquer contrato por meio do qual a recuperanda seja compelida a apresentar garantia, após a distribuição do pedido de recuperação.

Desse modo, a vontade das partes contratantes não se sobrepõe aos interesses da recuperação. O pedido de garantia deve ser indeferido pelo juízo da recuperação, caso comprovado que este não contribui com a superação da crise econômico-financeira da pessoa jurídica empresária ou do empresário individual.

Além disso, a despeito de o acesso ao regime recuperação judicial ser limitado ao empresário e à pessoa jurídica empresária em crise econômico-financeira, a incapacidade de a

parte dar cumprimento ao contrato não se presumiria em razão do seu mero ingresso no regime recuperacional, devendo restar comprovada no caso concreto⁷⁷:

É possível que, em alguns contratos, o credor possa exigir do devedor em recuperação judicial a apresentação de garantias suficientes para satisfazer sua obrigação contratual, quando a situação econômico-financeira do devedor tome duvidosa a entrega da prestação. Trata-se, evidentemente, de matéria de fato, pois essa necessidade de prestar caução dependerá do exame de cada caso. Havendo necessidade de prestação de garantias, o credor deve interpelar o devedor para esse fim no juízo da recuperação judicial. É lógico que a competência para examinar essa matéria é privativa do juiz que processa o pedido de recuperação, pois o devedor não pode onerar bens sem autorização judicial (SANTOS, 2012, p. 230).

Tendo em vista os aspectos observados quanto à impossibilidade da suspensão das obrigações pela existência de caso fortuito e força maior e os fatores que podem restringir a eficácia da regra da exceção do contrato não cumprido, incluindo-se apresentação de garantias, tem-se que o estudo da cláusula resolutiva expressa ainda é necessário para produzir o resultado útil esperado pelas partes, por meio da imposição desta cláusula: evitar ou reduzir prejuízos.

3.2.3.2 *Análise da cláusula resolutiva no plano de validade*

A cláusula resolutiva atrelada à ocorrência de quaisquer das três condições suspensivas exploradas neste trabalho é suscetível de interpretações antagônicas, pois o ordenamento jurídico vigente não a regula expressamente⁷⁸, no âmbito da recuperação judicial. Em geral, os aspectos controversos sobre a validade da cláusula podem ser sintetizados em três posições, expostas a seguir.

A resolução do contrato não seria válida, pois os contratos viabilizam a troca de bens e serviços com o mercado, sendo necessários ao exercício da atividade empresarial. Assim,

⁷⁷ Este argumento é extraído da decisão proferida nos autos da recuperação judicial que envolve as seguintes sociedades: Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A., Oi Móvel S.A., Copart 4 Participações S.A., Copart 5 Participações S.A., Portugal Telecom International Finance B.V. e Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. O juiz da recuperação se posicionou desfavorável à aplicação da regra da exceção do contrato não cumprido, nos seguintes termos: “[...] É preciso destacar de plano, o fato de não raras vezes o estado de insolvência está ligado tão somente a uma falta momentânea de liquidez, situação que neste momento prefacial parece ser o que levou as devedoras a formularem o seu pedido de recuperação judicial. Contudo, tal fato não pode se configurar, sem uma análise mais detida das relações contratuais existentes, a plena e clara configuração de que as devedoras não possuem meios para satisfação dos contratos por elas firmados, devendo, com isso haver uma relativização do contido no art. 477 do CC [...]”. Por fim, cumpre destacar que a decisão foi identificada por meio de pesquisa realizada sem observância dos critérios delineados no recorte metodológico (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 020371-65.2016.8.19.0001**. Decisão datada em 29 de junho de 2016. Juiz de Direito Fernando Viana. 7ª Vara empresarial da Comarca de Rio de Janeiro). (RIO DE JANEIRO, 2016, grifo nosso).

⁷⁸ Neste subitem, o termo “cláusula” significa aquela que prevê a resolução do contrato, salvo se disposto diversamente.

a manutenção desses contratos seria medida necessária para permitir a manutenção das atividades exploradas pela recuperanda, sob pena de violação ao princípio da preservação da empresa⁷⁹.

⁷⁹ Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AI n. 1.0000.16.084734-9/001**. Rel. Des. Peixoto Henriques. 7ª Câmara Cível. Agravante: Golden Log Distribuição e Logística Ltda. (em recuperação judicial). Agravada: Virbac do Brasil Indústria e Comércio Ltda. Decisão datada em 4 de dezembro de 2017 (MINAS GERAIS, 2017, grifo nosso). Trata-se de decisão proferida, no âmbito da recuperação judicial da Agravante que indeferiu seu pedido de manutenção do contrato de distribuição celebrado com a Agravada com base exclusivamente no deferimento do processamento da sua recuperação judicial. No caso, a Agravante era distribuidora de produtos fabricados pela Agravada e que se fazia necessário a manutenção do contrato de distribuição, pois, em suma: (i) não havia prejuízo à Agravada, já que os pagamentos seriam realizados à vista; (ii) não existia produtos similares no mercado ante a exclusividade da fórmula desenvolvida pela Agravada; (iii) impossibilidade de aquisição de produtos de terceiros; e (iv) a inviabilidade da sua recuperação, sem a manutenção do contrato. Segundo o Acórdão, a Agravada enviou notificação em 14/07/2016, informando o término do contrato de distribuição verbal que deu início em 13/09/2013 em virtude do ajuizamento do processo de recuperação judicial pela Agravante. O Tribunal entendeu que a manutenção do contrato não apresentava risco à Agravada ante o compromisso assumido pela Agravante de realizar os pagamentos à vista, para fins de aquisição dos produtos. Logo, o Tribunal considerou que o contrato deveria ser restabelecido com base no princípio da preservação da empresa e função social para viabilizar a superação da crise econômico-financeira e a reinserção da Agravante no mercado. Para tanto, reformou a decisão agravada, determinando a manutenção do contrato e que a Agravada se abstinhasse de invocar o processo de recuperação como causa de término do contrato de distribuição. Por fim, esclarece-se que: (i) não obstante a decisão não envolver a cláusula resolutiva expressa, julgou-se oportuno citá-la em razão dos aspectos fáticos e decisórios do caso que envolve a resolução de contrato em decorrência do pedido de recuperação; (ii) a decisão foi identificada por meio de pesquisa realizada sem observância dos critérios delineados no recorte metodológico. (PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Processo Judicial Eletrônico 1º Grau **n. 0001598-70.2015.8.17.2990**. Juíza de Direito: Eunice Maria Batista Prado. Requerente: Mediterrânea Distribuidora de Bebidas Ltda., Atlântica Distribuidora de Bebidas Ltda., Atlântica New Distribuidora de Bebidas Ltda. e Luciana Gomes Transportes Ltda. Decisão datada em 20 de setembro de 2017) (PERNAMBUCO, 2017, grifo nosso). Trata-se de decisão proferida, no âmbito da recuperação judicial do Grupo Mediterrâneo, que determinou a manutenção dos contratos de revenda e distribuição celebrado entre este último e a Hnk Br Indústria de Bebidas Ltda. (“Heineken”), bem como o restabelecimento do fornecimento de bebidas para fins de distribuição. No caso, a Heineken alegou, dentre outras matérias, que enviou notificação extrajudicial enviada às Requerentes suspendendo o atendimento aos pedidos de compra das bebidas, com base nas cláusulas 12.1 e 12.2 dos contratos de revenda e distribuição (sem mencionar o conteúdo das tidas cláusulas). Segundo a decisão, a Heineken suspendeu e/ou rescindiu os referidos contratos, mesmo ciente que o juízo da recuperação tinha determinado a prorrogação destes em razão da essencialidade da sua manutenção para preservação da empresa. Nesse contexto, a juíza entendeu que a análise da manutenção dos contratos deveria ser realizada sob dois aspectos: (i) os contratos eram os ativos mais valiosos das Requerentes e (ii) existia cláusula de exclusividade nos contratos, razão pela qual durante a vigência da relação, estas não poderiam distribuir produtos de terceiros. Deste modo, a juíza entendeu que os contratos eram relevantes e estratégicos, bem como vitais para à existência e sobrevivência das Requerentes. Além disso, a juíza entendeu que a continuidade dos contratos era essencial para cumprimento do plano de recuperação. Logo, a juíza decidiu, dentre outras matérias, que a Heineken deveria estabelecer imediatamente o fornecimento das bebidas e vedou que esta rescindisse unilateralmente os contratos. Por fim, esclarece que a despeito do recorte metodológico adotado nesta dissertação, teve-se acesso a esta decisão, por meio do site. (HEINEKEN..., 2017); RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Ag n. 0002437-24.2014.8.19.0000**. Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. 5ª Câmara Cível. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás. Agravada: TQM Service Consultoria e Manutenção Ltda. Decisão datada em 25 de fevereiro de 2014 (RIO DE JANEIRO, 2014, grifo nosso). No caso em referência, o recurso foi interposto contra decisão do juiz de primeiro grau que, em sede de ação cautelar inominada, deferiu parcialmente o pedido formulado pela Agravada, para determinar, dentre outras medidas, que os contratos de prestação de serviços firmados com a Agravante não fossem dados como resolvidos após o ajuizamento da recuperação pela Agravada, a despeito de existir neles cláusula autorizando a Agravante a resolver de pleno direito os ajustes na hipótese de deferimento de recuperação judicial ou homologação de recuperação extrajudicial da Agravada. O Tribunal entendeu que a resolução contratual não era legítima, uma vez que a referida cláusula colocava a Agravada em notória desvantagem, visto que a Agravante figurava como destinatária exclusiva dos serviços da Agravada; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AI n. 1.0000.16.060359-3/001**. Rel. Des. Wander Marotta. 5ª Câmara Cível, Agravante: Ruraltech Produtos Agropecuários Ltda. Agravada: Merck Sharp & Dohme Saúde

Animal Ltda. Datada em 6 de dezembro de 2016 (MINAS GERAIS, 2016). Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da recuperação judicial da Agravada, que determinou o restabelecimento do contrato de distribuição celebrado entre as partes. Neste caso, a Agravada era distribuidora de produtos e defendia a manutenção do contrato, alegando, em suma que: (i) ausência de risco à Agravante, pois os pagamentos seriam realizados à vista; (ii) ausência de produtos idênticos no mercado e impossibilidade de aquisição de terceiros; e (iii) existência de distribuidores de outras marcas na região, de modo que o mercado já estava organizado. Segundo o Acórdão, a Agravante alegou que questões como a resolução e a rescisão de contratos bilaterais não poderiam deveriam ser resolvidos nos próprios autos do processo de recuperação. Todavia, o Tribunal entendeu que a ação de recuperação judicial que era meio adequado para o pedido de nulidade de rescisão contratual, visto que a matéria é relevante à preservação da empresa. A despeito da decisão não indicar se o contrato de distribuição contemplava cláusula resolutiva expressa, menciona-se a invalidade da resolução contratual fundada no pedido de recuperação judicial da Agravada. O Tribunal considerou que o contrato de distribuição representava 49,9% do faturamento da Agravante e que, sem este, a recuperação restaria inviabilizada, razão pela qual, se fazia necessário mantê-lo com o propósito de garantir o cumprimento do plano de recuperação que estava em fase de elaboração e, com isso, promover a preservação da empresa e a continuidade do negócio desenvolvido. O Tribunal também enfatizou que seria indevida a resolução do contrato somente em razão do pedido e deferimento da recuperação judicial, inclusive, porque tal conduta “soaria” como retaliação, além de inviabilizar a recuperação da Agravada. Por fim, o Tribunal decidiu, dentre outras matérias, que o contrato deveria ser mantido e os produtos adquiridos mediante pagamento antecipado; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI n. 2017701-76.2019.8.26.000**. Rel. Des. Maurício Pessoa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravantes: Saraiva Educação S.A, Editora Ática S/A e Editora Scipione S/A. Agravadas: Saraiva e Siciliano S/A (em recuperação judicial) e Saraiva S.A. Livreiros Editores (em recuperação judicial). Datada em 13 de junho de 2019. (SÃO PAULO, 2019a, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento com pedido de tutela recursal interposto contra decisão proferida, no âmbito da recuperação judicial das Agravadas (“Grupo Saraiva”) que concedeu tutela de urgência para suspender os efeitos da manifestação das Agravantes (“Grupo Somos”) que decidiram pela resolução dos contratos de fornecimentos em razão do processamento da recuperação judicial do Grupo Saraiva. Segundo o Acórdão, o Grupo Somos alegou a incompetência do juízo da recuperação para julgar a questão e a validade da cláusula em questão. Todavia, o Tribunal entendeu que o juízo da recuperação poderia julgar acerca da essencialidade dos contratos celebrados com a recuperanda, assim como os assuntos correlatos em razão dos elevados interesses na conservação das atividades empresariais. No caso, o Administrador judicial do Grupo Saraiva manifestou que as partes celebraram contrato de fornecimento, pelo qual o Grupo Somos controlava os selos editoriais do Grupo Saraiva, que eram produtos relevantes à recuperação e que os valores advindos das vendas do Grupo Somos eram aproximadamente de R\$ 11.735.000,00 sendo representativo de 7,92% do faturamento total médio do Grupo Saraiva. Com base na manifestação do Administrador Judicial, o Tribunal considerou estavam presentes os pressupostos de concessão da tutela de urgência e, por fim, negou o provimento ao recurso; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo eletrônico n. **1007992-28.2015.8.26.0597**. Juíza de Direito Daniele Regina de Souza Duarte. 1ª Vara Cível da Comarca de Sertãozinho/SP. Requerente: Usina Santa Elisa S/A e Outros (“Grupo Zanini”). Decisão datada em 5 de fevereiro de 2016 (SÃO PAULO, 2016c, grifo nosso). Nesse caso, decidiu-se, no âmbito do processo de recuperação judicial do Grupo Zanini, (“Locatária”) pela manutenção do contrato de locação de guindastes celebrado com a credora Lokan Máquinas e Equipamentos Ltda. (“Locadora”) haja vista que os guindastes eram utilizados pelas Locatárias no projeto mais rentável desenvolvido no curso da recuperação, de modo que eventual resolução poderia pôr em risco à viabilidade da recuperação. Logo, a juíza considerou que a manutenção do contrato estava em consonância com os preceitos determinados pelo art. 47 da LRF, determinando que a Locadora mantivesse o contrato de locação. Por fim, destaca-se que a despeito do recorte metodológico adotado nesta dissertação, esta decisão foi obtida, por meio da monografia de Fernanda Athanagildo Corrêa, Limitações Contratuais Impostas pela Lei de Falências e Recuperações Judiciais (Lei n. 11.101/2005) Ilegalidades da Cláusula de Declaração de Vencimento Antecipado Culminando na Resolução Automática do Contrato Motivada Exclusivamente pelo Ajuizamento do Pedido de Recuperação Judicial, Insper Instituto de Ensino e Pesquisa; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC n. 0027843-77.2013.8.26.0003**. Rel. Des. Sá Duarte. 33ª Câmara de Direito Privado. Apelante: A&B Comércio de Calçados Ltda. (em recuperação judicial). Apelada: Companhia Santa Cruz. Datada em 5 de julho de 2016 (SÃO PAULO, 2016a, grifo nosso) Trata-se de apelação interposta contra sentenças proferidas em duas ações conexas. Na primeira, a Companhia Santa Cruz (“Locadora”) ajuizou ação de despejo contra A&B Comércio de Calçados Ltda. Em recuperação judicial (“Locatária”), por infração contratual, sendo a ação julgada procedente. Na segunda, A&B Comércio de Calçados Ltda.- Em recuperação judicial (“Locatária”) ajuizou ação declaratória em face da Companhia Santa Cruz (“Locadora”) a fim de reconhecer a nulidade de cláusula que prevê a resolução do contrato de locação celebração entre as partes em razão da recuperação judicial ou extrajudicial, ou falência da Locatária. Segundo o Acórdão, é lícito as partes contratantes estabelecer os termos da sua relação, salvo se a lei não dispuser diversamente. O Tribunal entendeu que a resolução do contrato

Além disso, a preservação da empresa dá concretude a outros princípios igualmente tutelados pela LRF, tal como o princípio da função social da empresa. A preservação das atividades empresariais é pressuposto para que o empresário ou a sociedade empresária cumpra o princípio da função social da empresa (TOLEDO, 2005, p. 103).

Observa-se, assim, que o princípio da preservação da empresa visa promover a satisfação dos valores tutelados pelo instituto da recuperação judicial (TOLEDO, 2005, p. 103). Tal assertiva é corroborada pela interpretação literal do art. 47 da LRF:

O art. 47 consigna que a “recuperação judicial tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor”. Este objetivo, por sua vez, é fixado com o propósito de “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, para que, desse modo, seja promovida, “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Salientam-se quatro pontos:

- (I) Os objetivos estão conectados uns com os outros;
- (II) Nenhuma palavra estabelece qualquer espécie de hierarquia axiológica entre os objetivos. Ao contrário, o texto indica uma harmonia entre eles, como se todos se materializassem sem colisão, mesmo, *in thesi*, no plano fático;
- (III) A ordem em que as palavras foram inseridas não fixa, ao menos neste texto, uma hierarquização, até porque flagrante o encadeamento das orações; “[...] tem por objetivo [...] a fim de [...] promovendo, assim [...]”;
- (IV) O sentido do texto parece corresponder à pretensão jurídica de realizar o conjunto de objetivos da forma mais eficiente possível (BARUFALDI, 2017, p. 160).

Além disso, o princípio da preservação da empresa também permite o cumprimento de outros princípios constitucionais (WALD; WAISBERG, 2019, p. 218). Exemplo disso, é que a continuidade das atividades empresariais tutela a livre iniciativa, o valor social do trabalho

de locação na hipótese de recuperação judicial contraria o art. 47 da LRF. Isso, pois, na hipótese de resolução, as atividades empresariais da Locatária exercidas no imóvel locado seriam interrompidas, o que é prejudicial à recuperação. Ainda, o contrato de locação estava garantido por fiança, de modo que eventual aluguel não pago em razão do deferimento do pedido de recuperação poderia ser cobrado do fiador. O Tribunal ainda considerou que com a recuperação a Locatária não perdeu a administração dos seus bens e os aluguéis continuam a ser exigíveis no curso da recuperação. Por fim, o Tribunal julgou improcedente a ação de despejo e ação declaratória procedente, considerando, portanto, nula a cláusula resolutiva expressa; PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AC n. 0000953-49.2017.8.16.0162**. Rel. Des. Lenice Bodstein. Apelante: Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S.A. Apeladas: Copel Distribuição S/A e Outras. Datada em 8 de junho de 2018 (PARANÁ, 2018, grifo nosso). Trata-se de ação cautelar de tutela de urgência incidental, proposta pelas Apeladas com objetivo de manter os contratos de fornecimento e distribuição de energia elétrica firmados, no âmbito do mercado livre de comercialização de energia. Segundo o Acórdão, as Apeladas moveram ação, considerando que ajuizaram pedido recuperacional, cujo processamento foi deferido e tinham o temor que os contratos viessem a ser resolvido pelas Apelantes com base na cláusula que autorizava o término da relação em razão do deferimento da recuperação judicial. No caso, as Apelantes defenderam, entre outras matérias, que a relação contratual se deu no ambiente de mercado livre de comércio de energia, o qual é pautado pela livre concorrência e a autonomia das partes, razão pela qual poderiam acordar os termos que regulavam sua relação. Todavia, o Tribunal entendeu que a ampla liberdade da contratação deveria ser estabelecida, nos limites da função social, razão pela qual se deveria relativizar o princípio da *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, o corte no fornecimento de energia inviabilizaria a exploração das atividades empresariais das Apeladas, impossibilitando que esta cumprisse a sua função social e seu plano de recuperação judicial. Logo, o término do contrato, em última análise, causaria o prejuízo e lesão a toda a cadeia de fornecedores, funcionários e demais credores, que não teriam seus créditos satisfeitos. Por fim, o Tribunal negou provimento ao recurso.

e a busca do pleno emprego (CF, art. 1º)⁸⁰. Sob tal prisma, a preservação da empresa concretiza, também, esses preceitos constitucionais com o fim de assegurar certos interesses da coletividade.

Não obstante o disposto, esta primeira interpretação não encerra as controvérsias a respeito da validade da cláusula resolutiva expressa, pois seus argumentos apresentam certas fragilidades.

Como o ingresso com o pedido recuperacional não alteraria as condições contratadas, poder-se-ia se inferir que a resolução do contrato representa uma mudança contratual não autorizada pela lei. No entanto, tal interpretação estaria equivocada com base na interpretação literal da LRF. Se a recuperação não alteraria as condições originalmente avençadas pelas partes, seria possível concluir que a recuperação não retiraria validade ou eficácia da cláusula resolutiva expressa.

A segunda posição admite válida a cláusula resolutiva expressa com base no princípio da autonomia privada⁸¹. À luz desse princípio, a cláusula resolutiva expressa seria

⁸⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, 1988).

⁸¹ Cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI n. 70078610342**. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Décima Segunda Câmara Cível. Agravantes: Itaú Corretora de Valores S.A e Itaú Unibanco S.A. Agravado: Recrusul S.A (em recuperação judicial). Datada em 19 de março de 2019. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, grifo nosso). Trata-se de agravo de instrumento interposto pelas Agravantes contra decisão proferida no âmbito de ação que considerou a presença de requisitos ensejadores de tutela de urgência e determinou a manutenção do contrato de prestação de serviços de escrituração de ações celebrados entre Itaú Corretora de Valores S.A e Itaú Unibanco S.A (“Prestadoras de Serviços”) e a Recrusul S.A. em recuperação judicial (“Tomadora de Serviços”), em 2006. No caso, a Tomadora de Serviços alegou, dentre outras matérias, que as Prestadoras de Serviços comunicaram, em 9 de março de 2018, a resolução do referido contrato em virtude do fato de ela estar em recuperação judicial. Ainda, a Tomadora de Serviços alegou a ilegalidade da cláusula que autorizava a resolução contratual, em suma, em razão do seu ingresso no regime de recuperação, considerando (i) a essencialidade dos serviços contratados, (ii) a recusa de outras instituições em prestar os mesmos serviços, e (iii) a manutenção do contrato era necessária para o cumprimento do seu plano de recuperação judicial, já aprovado. Todavia, o Tribunal entendeu que a resolução era válida, pois inexistia qualquer documento ou prova, demonstrando: (i) a recusa de outras instituições em prestar o serviço contratado e (ii) o interesse em eventuais credores em subscrever ações da Tomadora de Serviços. Além disso, o Tribunal considerou que existia prova de inadimplemento contratual por parte da Tomadora de Serviços e que está estava tentando-se furta dos efeitos causados pelo seu inadimplemento. Por fim, o Tribunal considerou válida a resolução do contrato, dando provimento ao recurso; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC n. 1040916-60.2017.8.26.0100**. Rel. Des. Maia da Cunha. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelantes: Urbplan Desenvolvimento Urbano S.A e Fleche Participações e Empreendimento Ltda. Apeladas: Cacique Agrícola S/A e Companhia Cacique de Café Solúvel. Datada em 21 de setembro de 2018. (SÃO PAULO, 2018, grifo nosso). Trata-se de apelação contra decisão que, dentre outras matérias, julgou válida cláusula resolutiva em caso de recuperação judicial proferida no âmbito de ação de rescisão contratual ajuizada por Cacique Agrícola S/A e Companhia Cacique de Café Solúvel em face de Urbplan Desenvolvimento Urbano S.A e Fleche Participações e Empreendimento Ltda. Segundo o Acórdão, Apelantes e Apelados celebraram contrato de parceria para a implantação de loteamento, pelo qual a Cacique Agrícola S.A cederia um terreno localizado na cidade de Paulínia/SP, enquanto cumpriria às Apeladas a aprovação de loteamento e a realização das obras de infraestrutura, com a divisão do produto da venda dos lotes entre as partes. O Tribunal entendeu que diante do fato das partes contratantes terem celebrado livremente a cláusula resolutiva não poderia as Apelantes serem desincumbidas do seu cumprimento com base no princípio da preservação da empresa, pois tal conduta feria o dever de lealdade e boa-fé. Ainda, o Tribunal considerou

resultado de negociação realizada, de comum acordo entre as partes, que pretendiam controlar o risco de superveniência da recuperação pela previsão de término da relação.

Essa interpretação, no entanto, também apresenta fragilidades, pois não identifica o princípio da preservação da empresa como, em tese, aplicável ao caso e não fundamenta os motivos pelos quais este é afastado em prol do princípio da autonomia privada.

A terceira posição admite válida a cláusula resolutiva expressa mediante aplicação da regra de ponderação, diante do caso concreto, em que os princípios tidos como aplicáveis ao caso estão em posição conflitante, quais sejam, o princípio da autonomia privada e o da preservação da empresa são sopesados pelo aplicador da lei a fim de identificar qual deve prevalecer⁸².

Em primeiro lugar, não pode deixar de atentar para o caso concreto, especialmente porque permitir-se que o contrato permaneça em vigor, pode em alguns casos, legar a novos inadimplementos e prejudicar a própria atividade da contraparte- além de afrontar os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. Por isso, será preciso ponderar, à luz do caso concreto, o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual como princípio da preservação da empresa (não sendo adequado apontar, *ex ante* e para todas as hipóteses, qual deles deve prevalecer) (SCALZILLI; TELLECHEA; SPINELLI, 2017, p. 365-364).

Embora os esforços desta interpretação tragam elementos para coerência e harmonização do princípio de autonomia privada e o da preservação da empresa, verifica-se ausente de consistência metodológica a ideia de o aplicador da lei dever ponderar os princípios aplicáveis ao caso concreto e apresentar a solução para o conflito normativo, notadamente decidindo sem apresentar parâmetros, racionais e objetivos para o exercício dessa ponderação a fim de se chegar à decisão mais adequada.

que o contrato não deveria ser mantido, pois era da essencial da contratação que as Apelantes tivessem condições financeiras de cumprir as condições avençadas entre as partes. Por fim, o Tribunal negou provimento ao recurso.

⁸² Nesse sentido, cita-se a seguinte decisão que recorreu à ponderação para atribuir pesos aos princípios conflitantes: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça **AI n. 2170597-75.2017.8.26.0000**. Rel. Des. Maurício Pessoa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Soproval Embalagens Plásticas Ltda. (em recuperação judicial). Agravado: O Juízo. Datada em 22 de novembro de 2017. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso). Refere-se ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de apreciação do pedido de recuperação judicial indeferiu tutela de urgência destinada, dentre outras matérias, a manutenção do contrato de seguro resolvido pela Alfa (“Seguradora”) com base em cláusula resolutiva de insolvência. Segundo o Acórdão, a LRF não impõe proibição expressa à cláusula resolutiva expressa. Ainda, o Tribunal entendeu que a Agravante não demonstrou a essencialidade do contrato de seguro para continuidade das suas atividades empresariais, inclusive, sequer informou o objeto do seguro. Considerou, ainda, que a Agravante poderia contratar com outras seguradoras ante a oferta de seguros no mercado. No que diz respeito ao art. 49, § 2º, da LRF, entendeu que, a despeito de a norma estipular que as cláusulas contratuais podem ser modificadas pelas previsões dispostas no plano de recuperação judicial, a manutenção ou não do contrato não está no escopo do plano de recuperação, cujo objetivo precípua é a renegociação das dívidas acumuladas pela Agravante. O Tribunal considerou que, por meio do sopesamento dos princípios da autonomia privada e a força obrigatória dos contratos, deveria prevalecer o da autonomia privada e, com efeito, a validade da cláusula resolutiva expressa por insolvência. Por fim, negou-se provimento ao recurso.

Feitas essas considerações, é possível extrair das três posições, o conflito normativo entre o princípio da autonomia privada e o da preservação da empresa, levando à permanência da dúvida sobre a validade da cláusula resolutiva expressa.

Como visto acima, cada uma das três cláusulas, objeto deste trabalho, possui posições contrárias e favoráveis à sua validade e à respectiva produção de efeitos no âmbito do regime da recuperação judicial. No próximo capítulo, serão retomados esses posicionamentos a fim de subsidiar a proposição de metodologia e parâmetros que podem ser utilizados pelo aplicador da lei para realizar a interpretação das normas aplicáveis às cláusulas em foco, a fim de definir em que medida podem ser consideradas válidas.

3.2.4 A possibilidade de o plano de recuperação alterar as cláusulas de vencimento antecipado, compensação e resolução

As obrigações previstas nos contratos celebrados pela recuperanda são mantidas, nos exatos termos pactuados, salvo se alteradas pelo plano de recuperação judicial. Em outras palavras, a recuperanda tem a opção de alterar as condições originais contratadas, por meio do plano. “Mas essa liberdade que o devedor dispõe para propor modificações não é absoluta, cabendo indagar quais seriam esses limites” (SANTOS, 2005, p. 436).

A dúvida que surge pela interpretação literal do § 2º do art. 49 da LRF, portanto, é se a recuperanda poderia, por meio do plano de recuperação, alterar os contratos que celebrou antes da recuperação a fim de impedir a produção dos efeitos das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolutive expressa.

Como exemplo, imagine-se que uma pessoa jurídica empresária, “A”, celebrou dois contratos. No primeiro, “A” é locatária em contrato de locação de equipamentos, e “B”, a locadora. No segundo, “A” ocupa a posição de prestadora de serviços e “C”, a de tomadora dos serviços de assistência técnica em equipamentos, tendo no curso da relação descumprido o contrato, incorrendo em multa não adimplida no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Acontece que “A” ajuíza pedido recuperacional, cujo processamento é deferido, e, em seguida, apresenta seu plano de recuperação, no qual consta, dentre outras previsões, que: (i) as cláusulas de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolutive previstas nos contrato de locação e prestação de serviços celebrados, respectivamente, com “B” e “C” não produzirão efeitos diante da aprovação do plano de recuperação e (ii) o pagamento de crédito de titularidade de “C” com 25% (vinte e cinco por cento) de desconto sobre o valor total da dívida, em parcelas mensais, vencendo-se a primeira 30 (trinta) dias após a aprovação do plano.

O plano proposto pela recuperanda “A” é submetido ao crivo da assembleia de credores. No entanto, como visto no capítulo 2, a assembleia não é composta de todos os credores do devedor. Apenas os credores que têm seu crédito alterado pelo plano podem participar da assembleia de credores e deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano.

Com base no caso hipotético acima, observa-se que o devedor, na ocasião do pedido de recuperação, não devia aluguel, multa ou qualquer indenização à “B” em decorrência da relação mantida entre as partes. Com efeito, “B” não se posiciona sequer na condição de credor de “A”, de acordo com os ditames da LRF (SADDI, 2009, p. 303).

Situação diversa ocorre quanto à “C”. A recuperanda devia a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quando do pedido recuperacional, e incluiu no plano de recuperação previsão de redução do valor de crédito vencido de titularidade de “C”. Levando-se em consideração, portanto, os marcos conceituais delineados no capítulo 2, “C” é tido como credor do devedor e, por existir uma proposta de alteração no valor do crédito, por meio do plano, a LRF assegura o direito de “C” votar a respeito da aprovação do plano.

Na hipótese de o plano ser aprovado em sede assemblar, “C” estará vinculada às novas condições de pagamento do seu crédito, mesmo se votar em desfavor ao plano. Isso porque os credores, reunidos em assembleia, manifestam seus votos e, com base no princípio da deliberação majoritária, é apurado se o quórum legal de aprovação da matéria foi atendido.

A LRF não obriga a recuperanda a obter a autorização de cada credor para aprovação do plano. A deliberação sobre o plano dispensa a necessidade de manifestação unânime de todos os credores, pois “[...] o interesse do particular cede em detrimento do coletivo, com vistas a garantir o alcance aos objetivos da lei [...]” (NEDER CEREZETTI, 2012, p. 329). Com efeito, o plano aprovado, de acordo com o quórum legal, vincula todos os credores da recuperanda, incluídos aqueles não habilitados no processo, ausentes, dissidentes ou aqueles que tenham conflitos de interesses (SCALZILLI, TELLECHEA; SPINELLI, 2017, p. 247-248), bem como eventuais sucessores e cessionários de direitos creditórios.

Partindo-se da premissa de que só vota na assembleia dos credores aquele cujo valor do crédito ou condições originais de pagamento de crédito é alterado por meio do plano, conclui-se que não seria adequado tratar ali outras alterações relacionadas aos contratos celebrados antes da recuperação. Isso porque, a LRF não oportunizaria a participação de todos os sujeitos titulares de direitos obrigacionais de fazer ou não fazer, ou de dar (coisa diversa de dinheiro), ou outros interesses não pecuniários (SOUSA, 2005, p. 231), como é o caso de “B”. A LRF até mesmo nem regulamenta mecanismos eficazes de assegurar a participação de

credores de obrigações não pecuniárias na assembleia. Afinal, o quórum de instalação e deliberação na assembleia é baseado no valor dos créditos e o voto dos credores é proporcional, também, ao montante do crédito (SOUSA, 2005, p. 232).

Não se pode ignorar que, a despeito do caráter vinculante do plano explorado acima, é assegurada pela LRF a participação dos credores afetados diretamente pela recuperação. Logo, admitir que a negociação com vista a introduzir mudanças no contrato de locação celebrado por “B” pudesse ser conduzida à margem de qualquer participação dela parece ser contrário à equidade e à própria sistemática da LRF.

Pode-se dizer, assim, que a rigor, no que diz respeito aos contratos celebrados antes da recuperação, o plano está vinculado a mudanças relacionadas às cláusulas que versam sobre valor e condições de pagamento de obrigação pecuniária. Por isso, defende-se que o plano não é instrumento adequado para o devedor repactuar cláusulas, tais como, de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolutive expressa e restringir, de modo a restringir sua eficácia.

Concluindo as exposições feitas até aqui sobre as cláusulas de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolução expressa, objeto de estudo, observou-se que o ordenamento jurídico não apresenta respostas expressas às dúvidas suscitadas sobre a validade destas. Assim, ante a falta de regramento, convém ampliar a análise para além da investigação da legislação vigente, explorando os principais projetos de lei capazes de influenciar as disposições da LRF.

3.3 A (in)validade da cláusula de vencimento antecipado, compensação e resolutive expressa em face do ordenamento jurídico projetado

Há três propostas legislativas apresentadas, no âmbito da Câmara dos Deputados e Senado Federal que podem ocasionar mudanças capazes de impactar as normas jurídicas da LRF. São eles: (i) o Projeto de Lei n. 1.572/2011 (BRASIL, 2011), apresentado pelo deputado Vicente Cândido, que institui o Código Comercial e é resultado da proposta de Fabio Ulhoa Coelho de um novo Código Comercial somada à contribuição de outros profissionais ao tema; (ii) o Projeto de Lei n. 487/2013 (BRASIL, 2013), que reforma o Código Comercial e apresenta proposta de alteração à LRF, com base na redação de uma comissão presidida por João Otávio Noronha; e (iii) o PL n. 10.220/2018 (BRASIL, 2018a) de autoria do Poder Executivo, que tramita na Câmara dos Deputados, e tem como objetivo alterar a Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Os dois primeiros projetos citados acima têm em comum a iniciativa de dispor sobre os novos ditames do Código Comercial. Contudo, como foram propostos em casas legislativas distintas, estes ficam sujeitos à regra de prioridade de tramitação prevista no Regimento Comum do Congresso Nacional (BRASIL, 2007). Segundo esta regra, terá prioridade para discussão e votação aquele projeto que for primeiro aprovado na casa iniciadora e chegar à revisão da outra.

Atualmente, o PL n. 487/2013 está com prioridade sobre o PL n. 1.572/2011, o qual foi arquivado em virtude do final da legislatura (2014-2018), enquanto aquele já foi enviado para votação do Senado. De todo modo, julga-se oportuno avaliar e descrever as mudanças intentadas por ambos os projetos no que diz respeito às três cláusulas, objeto deste estudo, considerando que há a possibilidade de o PL n.º 1.572/2011 ser desarquivado após a conclusão desta dissertação e, com efeito, prosseguir na tramitação no estágio em que se encontrava.

Mas qual seria a relevância de apresentar essas três proposições legislativas para o estudo das três cláusulas, objeto deste trabalho?

As discussões que versam sobre a validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa, no plano da validade, demandam a análise da sua conformidade com as normas jurídicas. Dada a possibilidade de o ordenamento jurídico vir a sofrer alterações por essas proposições legislativas, neste trabalho também se avalia se estas sanarão as dúvidas sobre a validade e a eficácia das três cláusulas, no âmbito da recuperação, e, caso positivo, como ocorrerão tais soluções.

3.3.1 As alterações legislativas projetadas

Observa-se que o PL n. 487/2013 e o PL n. 1.572/2011 não disciplinam as três cláusulas, objeto deste trabalho, cujos resultados são aqui apresentados. Este último, entretanto, inova ao propor a segregação dos enunciados de natureza processual e material da LRF, determinando a alteração da sua intitulação para Lei Processual de Recuperação e Falência (“LPRF”) e suas competências, nos termos do art. 599 do PL n. 1.572/2011:

Art. 599. A Lei Processual de Recuperação e Falência disciplinará:

- I – os requisitos e procedimento da recuperação judicial, da homologação da recuperação extrajudicial e da falência;
- II – o procedimento especial de recuperação judicial de microempresários e empresários de pequeno porte;
- III – a ação revocatória, o pedido de restituição, a verificação de créditos e demais incidentes;
- e IV – demais disposições relativas à recuperação de empresa e falência, não previstas neste Código (BRASIL, 2011).

Mas como essa preposição legislativa poderia impactar as normas aplicáveis às três cláusulas, objeto deste trabalho?

Cumpra observar que as cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa estão atreladas às normas de direito material, que cuidam de fixar as normas jurídicas que regulamentam as relações mantidas entre as partes contratantes (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2). Em tese, portanto, tais normas seriam de competência do Código Comercial.

Acontece que o Código Comercial não exclui a competência da LPRF para regular as demais disposições relativas à recuperação quando não previstas nele. Portanto, tendo em vista que o PL n. 1.572/2011 não abrange no seu texto uma proposta de redação da LPRF, em caso de sua aprovação, será necessária posterior revisão da Lei n. 11.101/2005, então vigente, para fins de harmonização dos textos legais.

Pode-se concluir, então, que as dúvidas acerca dos impactos do Código projetado na LRF sobre as cláusulas de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolutive expressa não há como serem sanadas, neste momento, com base na redação do PL n. 1.572/2011. Tais questões devem ser oportunamente aprofundadas, caso aprovado o texto legal.

Outra proposição legislativa relevante, para fins desta dissertação, é o PL n. 10.220/2018, cujo objetivo é alterar a Lei n. 11.101/2005. Dentre as suas propostas de modificação, vale enfatizar a modificação do art. 49 da LRF para: (i) alterar o § 7º do art. 49 e (ii) incluir os §§ 8º, 9º, 10º, 11, 12, 13, 14 e o art. 49-A.

Em conformidade com o disposto na redação projetada, o § 9º do art. 49 terá a seguinte redação:

Art. 49. [...].

§ 9º Fica facultado ao devedor denunciar contratos que inviabilizem a sua recuperação, hipótese em que inscreverá como crédito quirografário as perdas e os danos devidos à contraparte (BRASIL, 2018a).

A proposta contida do § 9º inova ao conferir à parte recuperanda a opção de dar continuidade ou não aos contratos que impedem sua recuperação. Trata-se de um direito unilateral, ou seja, é garantido somente à parte recuperanda, sem necessidade da anuência da outra parte.

Várias dúvidas, todavia, surgem da análise desse enunciado que não se consegue responder apenas com base neste texto de proposta de lei. Quais os critérios que devem ser adotados para avaliar se o contrato inviabiliza ou não a recuperação? O direito de denunciar o contrato poderá ser exercido em qualquer fase do processo de recuperação (postulatória,

apuratória, deliberatória e executória)? O direito de denunciar o contrato estará subordinado à autorização prévia do juiz da recuperação? Se o contrato estipular multa em decorrência da denúncia, ela será tida como válida?

Quanto ao § 10, a redação proposta é a seguinte:

Art. 49. [...].

§ 10 Os contratos bilaterais não se resolvem em razão do pedido da recuperação judicial e será considerada nula qualquer disposição contratual em contrário, exceto quanto às exceções expressamente previstas nesta Lei.

[...] (BRASIL, 2018a).

Com base na interpretação literal do § 10, transcrito, pode-se dizer que os contratos bilaterais não se resolverão pelo pedido de recuperação judicial e que a lei não regula os efeitos da recuperação sobre os contratos unilaterais. Ainda, qualquer cláusula que dispuser diversamente sobre a resolução do contrato será tida como nula. É possível deduzir, portanto, que a cláusula resolutiva expressa será interpretada como inválida.

Observa-se, no entanto, que parece existir um desalinhamento entre o texto desta norma e a Exposição de Motivos do PL n. 10.220/2018, que, a respeito do § 10 do art. 49, dispõe:

Também foram incluídas cláusulas no projeto para uniformizar o entendimento de quais créditos se sujeitam ou não à recuperação judicial e a determinação de que os contratos bilaterais não se extinguem automaticamente em razão do pedido de recuperação judicial, pois cabe às partes, em cada caso específico, decidir a conveniência da manutenção do contrato (BRASIL, 2018a).

Na Exposição de Motivos determina-se a preservação do contrato bilateral em razão do pedido de recuperação, admitindo-se caber às partes – no plural – decidir acerca da continuidade ou não do contrato.

Ocorre que a proposta prevê inclusão de norma que atribui apenas à recuperanda o poder de decidir sobre a manutenção do contrato, ou seja, tal poder não é conferido a ambas as partes contratantes. Outra contradição se verifica quando a proposta inclui norma que prevê a nulidade de qualquer cláusula contratual que determine a resolução do contrato em razão do pedido de recuperação, enquanto a Exposição de Motivos demonstra a intenção de garantir o direito de as partes decidirem sobre o término ou não do contrato.

Cumprе observar, também, que a Exposição de Motivos não deixa claro se a intenção do legislador era promover a negociação sobre a manutenção dos contratos no curso do processo, ou, em momento anterior, quando da celebração do contrato, por meio da cláusula resolutiva expressa. É relevante destacar que, a despeito da falta de clareza da Exposição de

Motivos, ela é relevante para interpretação histórica das normas jurídicas, pois contribuiu com a compreensão da vontade do legislador e justificativas para as mudanças legislativas à época da elaboração das normas propostas nos projetos de lei.

Acontece que, ante a aparente divergência entre o § 10 do art. 49 e a Exposição de Motivos, pode-se afirmar que há uma tendência em prevalecer a interpretação literal da norma sobre a interpretação histórica (BARROSO, 2008, p. 131).

A norma existe de forma autônoma. “Nem a vontade do legislador, nem o espírito da lei vinculam o intérprete” (GRAU, 2007, p. 168). Logo, diante de eventual divergência entre a interpretação da norma jurídica e a interpretação histórica da Exposição de Motivos, a interpretação literal deve, em princípio, prevalecer por estar mais próxima ao sentido do texto legal. Sob tal prisma, a cláusula será tida como inválida.

Já no que diz respeito à cláusula de compensação, o § 6º do art. 49 do PL n. 10.220/2018 determina a invalidade da referida cláusula:

Art. 49. [...].

§ 6º Após o ajuizamento da recuperação judicial, os credores não poderão alegar compensação, legal ou convencional, com créditos sujeitos à recuperação judicial (BRASIL, 2018a).

Assim, como o ordenamento jurídico passará a regular, de forma expressa e objetiva, a cláusula de compensação, não persistirá qualquer dúvida sobre sua invalidade.

Por último, vale apontar a proposta de inclusão do art. 49-A, incisos I e II, do PL n. 10.220/2018:

Art. 49. A. São ineficazes em relação ao processo de recuperação judicial, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título, ressalvadas as obrigações de direito público;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado nos noventa dias anteriores ao pedido de recuperação judicial, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato [...] (BRASIL, 2018a).

De acordo com o disposto no *caput* do art. 49-A e seu inciso II, é ineficaz perante a recuperação o pagamento de dívidas vencidas ou vincendas, no período de 90 (noventa) dias que precede o pedido de recuperação. Contudo, os enunciados projetados não tratam do pagamento de crédito declarado vencido em razão de previsão contratual expressa. Assim, a princípio, não há resposta expressa quanto à validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida nas alterações projetadas.

Feitas essas considerações, sintetizam-se as alterações legislativas projetadas no que diz respeito ao problema da validade da cláusula de vencimento antecipado, compensação e resolutive expressa: (i) o PL n. 1.572/2011 tem a intenção de segregar os enunciados de natureza material e processual da LRF, mas é provável que não represente qualquer reflexo no tema, haja vista a suspensão do seu trâmite; (ii) o PL n. 487/2013 não altera as três cláusulas, objeto deste trabalho; e (iii) o PL n. 10.220/2018 confere, no (iii.a) art. 49, § 9º, o direito unilateral de a parte recuperanda denunciar o contrato que inviabilize a recuperação, (iii.b) no § 10º do art. 49, a nulidade de cláusula prevista em contrato bilateral que tenha o pedido de recuperação judicial como causa da resolução do contrato, (iii.c) no § 6º, art. 49, a nulidade da cláusula de compensação vinculada ao pedido de recuperação judicial da parte contratante, e (iii. d) não regula expressamente a cláusula de vencimento antecipado da dívida.

Apesar dos esforços de mudança da legislação da LRF, pode-se concluir que estas não seriam, a princípio, suficientes para resolver as dúvidas sobre a validade das três cláusulas, de modo que as reflexões traçadas nesta dissertação mantêm sua pertinência e aplicabilidade, em caso de aprovação dos projetos de lei.

Passa-se à apresentação de proposta de parâmetros e critérios para contribuir com o trabalho do aplicador da lei para decidir sobre a validade ou não da cláusula de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa no âmbito do regime da recuperação judicial de empresas.

4 PROPOSTA DE CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA INTERPRETAR ALGUMAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DIANTE DO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

4.1 Introdução

No capítulo anterior, o objetivo foi verificar a possibilidade de compatibilização dos interesses privados das partes contratantes e os interesses públicos que permeiam a recuperação judicial, quando da celebração da cláusula de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa. Tendo-se verificado que as três cláusulas suscitam controvérsia interpretativa.

As cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive podem ser tidas como válidas ou não com base em fundamentos comuns. Por um lado, a interpretação das três cláusulas como inválidas decorre da aplicação do princípio da preservação da empresa. Por outro lado, a validade delas decorre da aplicação do princípio da autonomia privada.

Acrescente-se que há fundamentos também específicos. A invalidade da cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação também é fundamentada com base no princípio do tratamento igualitário dos credores. Já a cláusula resolutive expressa admite uma terceira possibilidade interpretativa, que consiste na análise casuística para se decidir por sua validade ou não.

Percebe-se, portanto, que a análise das três cláusulas, no plano da validade, envolve conflitos normativos tidos como antinomias jurídicas. Isso porque as normas jurídicas citadas acima: (i) prescrevem soluções ao problema da validade que, em última análise, se contradizem; e (ii) são válidas, bem como estão situadas no mesmo patamar hierárquico⁸³ (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 188). As antinomias jurídicas são classificadas de duas formas: as reais ou aparentes. De modo geral, as primeiras referem-se aos conflitos que não possuem critérios normativos no ordenamento jurídico para solucioná-los, ao passo que, as segundas são aquelas, cuja solução possui critérios normativos (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 190).

⁸³ De acordo com um dos marcos conceituais utilizados neste trabalho, admite-se não haver hierarquia entre os princípios no ordenamento jurídico brasileiro (ALEXY, 2006, p. 93-94).

Neste capítulo, parte-se do pressuposto de que o problema da validade das três cláusulas diz respeito às antinomias jurídicas aparentes⁸⁴. Logo, o objetivo central deste capítulo é elaborar critérios e parâmetros passíveis de contribuir com atividade jurisdicional exercida pelo aplicador da lei para solucionar o problema da validade pertinente às três cláusulas⁸⁵ mediante o emprego de métodos hermenêuticos clássicos e da técnica da ponderação.

A escolha dos métodos hermenêuticos clássicos e da técnica da ponderação justifica-se com base na análise desenvolvida no capítulo 3, no qual foi possível identificar a falta de uso de métodos hermenêuticos ou ainda o seu uso inadequado (ÁVILA, 2007, p. 139)⁸⁶ diante de conflitos normativos para analisar a respeito da validade das três cláusulas aqui estudadas.

4.2 Os métodos clássicos hermenêuticos

O aplicador da lei, conforme for o caso, pode-se valer de um ou mais método hermenêutico clássico para resolução de conflitos normativos. Assim, para melhor compreensão sobre sua aplicação na solução do problema da validade das três cláusulas ora estudadas, neste subtópico, cuida-se do exame de cada método hermenêutico clássico, na seguinte ordem: o literal, histórico, teleológico e sistemático.

O método de interpretação literal⁸⁷ corresponde ao início do processo de interpretação de toda norma pelo aplicador da lei (BARROSO, 2008; FERRAZ JÚNIOR, 1988). Utilizando-se esse método, a norma é compreendida com base em seu texto, considerando a conexão entre os signos linguísticos no contexto no qual estão inseridos

⁸⁴ Neste trabalho, entendeu-se que os conceitos de hermenêutica jurídica e interpretação não se confundem. A hermenêutica “[...] tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2006, p. 1). Já “[...] extrair da norma tudo o que a mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2006, p. 1). Por isso, nesta dissertação faz-se uso das ferramentas hermenêuticas para descobrir os princípios e regras que serão usados na interpretação das normas jurídicas, ou seja, na sua compreensão a fim de concluir pela validade ou não das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, compensação e resolutiva expressa (MAXIMILIANO, 2006, p. 1).

⁸⁵ Os critérios e parâmetros delineados neste trabalho decorrem de estudo e análise realizadas com especial ênfase nos parâmetros propostos por Ana Paula de Barcellos, na obra intitulada *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional* (BARCELOS, 2005b).

⁸⁶ Esclarece-se que neste capítulo foram utilizados, também, critérios e parâmetros inspirados nas diretrizes traçadas por Humberto Ávila na obra intitulada *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (ÁVILA, 2007), sem, contudo, segui-los à risca, eis que não se pretendeu realizar a identificação de postulados normativos tal como proposto pelo autor.

⁸⁷ Destaque-se que a interpretação literal é também conhecida como gramatical, textual, verbal, semântica e filosófica (BARROSO, 2008, p. 131).

(FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 260-261) e os limites semânticos impostos pela redação do texto normativo para captar adequadamente seu sentido (BARROSO, 2008, p. 130).

Um exemplo de como esse método literal é empregado para resolver problemas concretos diz respeito ao conflito de competência entre os juízos da recuperação judicial e da execução fiscal, submetido ao exame do Superior Tribunal de Justiça. Nessa situação, a Segunda Seção manifestou entendimento favorável ao prosseguimento da execução fiscal contra empresário e sociedade empresária em regime de recuperação judicial perante o juízo universal da recuperação. Nos termos do voto da Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, a continuidade das execuções fiscais se justifica com base na interpretação literal do § 7º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, cujo teor dispõe que as ações de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento do pedido de recuperação judicial⁸⁸.

Já o método histórico consiste na identificação do sentido da norma na ocasião da sua criação com observância de estudos baseados em precedentes normativos e trabalhos preparatórios. Os precedentes normativos referem-se às normas revogadas que antecederam à norma sob análise. Já os trabalhos preparatórios correspondem aos pareceres, projetos de lei, emendas preteridas, dentre outros documentos elaborados no momento da criação da norma (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 263).

Nesse sentido, pode-se citar, para fins exemplificativos, a decisão proferida na Sessão Plenária do Superior Tribunal Federal, que considerou constitucional o inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005⁸⁹ no que diz respeito à qualificação dos créditos trabalhistas como quirografários quando estes superarem o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. No termos do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, exemplo de como a interpretação histórica é referenciada no voto é quando se refere ao limite quantitativo de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos como mudança introduzida pela LRF, que significou, sob o aspecto histórico, uma ruptura da sistemática do Decreto-Lei n. 7.661/1945, que tinha como foco a figura do credor, e não na preservação da empresa. Logo, prevaleceu o entendimento de que o limite quantitativo imposto pela LRF é razoável para alcançar maior número de

⁸⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no Conflito de Competência n. 81.922/RJ**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 2ª Seção. Suscitante: Veplan Hotéis e Turismo S/A. (em recuperação judicial). Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Juízo de Direito da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Julg. 25 fev. 2016 (BRASIL, 2016, grifo nosso).

⁸⁹ “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; [...]” (BRASIL, 2005).

trabalhadores, incluindo, aqueles que auferem salários mais baixos, bem como para harmonizar a aplicação do princípio de proteção aos trabalhadores e o da preservação da empresa⁹⁰.

Outro método é a interpretação teleológica, que busca revelar o fim, o valor ou o bem jurídico tutelado por meio da norma (BARROSO, 2008, p. 143). Nesse sentido, o aplicador da lei pode adotar algumas diretrizes para identificar os fins da norma: (i) as leis, conforme os seus fins, devem ser compreendidas de modo a não produzir decisões conflitantes; (ii) se o fim é extraído de um conjunto de leis, cada lei deve ser compreendida, de modo a manter uma identidade com o objetivo comum perseguido por estas leis; e (iii) identifica-se o fim, considerando que o sentido há de ser favorável, e não prejudicial, a quem a lei visa tutelar (MAXIMILIANO, 2006, p. 128).

Um exemplo de decisão que recorreu à interpretação teleológica é a proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que adotou tese favorável à aprovação do plano de recuperação pelo juízo da recuperação a fim de preservar a empresa, mesmo na hipótese de rejeição pela assembleia de credores e na falta de preenchimento dos requisitos legais prescritos no inciso III do art. 58 da LRF. No caso concreto, na classe de credores em que o plano foi rejeitado, obteve-se voto favorável equivalente a 1/3 (um terço) dos credores, e não superior a 1/3 (um terço), como define a LRF, para concessão da recuperação judicial⁹¹. Não obstante o disposto, o Relator, Min. Luis Salomão, em seu voto sustentou que, com base na interpretação teleológica do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, a aprovação do plano visa atender ao propósito de salvar a empresa, preservar empregos e os créditos. Logo, defendeu que a interpretação conferida ao regime da recuperação deveria ser fiel ao seu fim em detrimento do requisito formal prescrito pelo inciso III do art. 58 da LRF.

Por último, cumpre explorar o método de interpretação sistemática, que está atrelado à ideia de unidade do ordenamento jurídico (BARROSO, 2008; FERRAZ JÚNIOR, 1988; PEIXINHO, 2015). Cabe ao aplicador da lei investigar as normas jurídicas aplicáveis à determinada situação baseando-se na interpretação do ordenamento jurídico, e não de forma isolada.

Apesar de o ordenamento jurídico abranger uma diversidade de normas, este é tido como um sistema dotado de elementos de coerência e coesão (SARMENTO, 2003, p. 27). Tais

⁹⁰ Cf. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI n. 3.934**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Datada em 5 de novembro de 2018 (BRASIL, 2018d, grifo nosso).

⁹¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 1.337.989/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: W S Indústria e Comércio Ltda. Datada em 4 de junho de 2018 (BRASIL, 2018c, grifo nosso).

elementos decorrem do fato da validade das normas ser extraída de uma fonte comum: a Constituição da República Federativa do Brasil (SARMENTO, 2003, p. 28).

Logo, determinada norma não pode ser compreendida de forma apartada do texto constitucional, considerando apenas determinado campo de sua aplicação – por exemplo, o Direito das Obrigações, Direito dos Contratos ou o regime jurídico da recuperação judicial. As normas precisam ser compreendidas no ordenamento jurídico, e o aplicador da lei deve buscar harmonizar as consequências que o conjunto de leis pretende produzir, considerando os preceitos constitucionais.

A fim de exemplificar como a interpretação sistemática é empregada na seara judicial, cita-se a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que adotou a tese de dispensa de apresentação de certidão negativa de recuperação prevista no art. 31 da Lei n. 8.666/1993⁹² para sociedade empresária submetida ao processo de recuperação participar de licitação, desde que demonstre quando da fase da habilitação, a sua viabilidade econômica. Segundo o voto do Rel. Min. Gurgel de Faria, a interpretação sistemática dos dispositivos da Lei n. 8.666/1993 e LRF demanda a harmonização dos seus princípios. Desse modo, não se admite a exclusão automática da recuperanda do certame com base em requisito formal em prol da sua preservação. Contudo, a dispensa da certidão não exige a sociedade empresária submetida à LRF de comprovar a sua capacidade econômica para participar da licitação e, se vencedora, de cumprir as obrigações do futuro contrato administrativo. Desse modo, sob o viés sistemático, os objetivos visados pelas leis referenciadas são atendidos, de modo a auxiliar a superação da crise econômico-financeira, sem expor a Administração Pública aos riscos do inadimplemento⁹³.

Visto a pluralidade de métodos hermenêuticos clássicos a dispor do aplicador da lei, nota-se que, apesar de estes adotarem critérios distintos para revelar o sentido das normas, estes têm em comum o fato de recorrerem, em última análise, à subsunção para resolução de conflitos normativos (BARCELLOS, 2005b, p. 30).

Isso acontece porque, uma vez revelado o sentido das normas jurídicas passíveis de serem aplicadas ao caso concreto mediante a utilização dos métodos hermenêuticos, faz-se necessário aplicar a norma. Nessa ocasião, busca-se demonstrar, sob a lógica dedutiva

⁹² “Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...] II – certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; [...]” (BRASIL, 1993).

⁹³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp. n. 309.867/ES**. Rel. Min. Gurgel de Faria. 1ª Turma. Agravante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda. (em recuperação judicial). Agravado: Município de Vitória. Datado de 8 ago. 2018 (BRASIL, 2018b, grifo nosso).

subsuntiva, qual é norma adequada à resolução do conflito normativo (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 288).

A subsunção é um processo que pode ser estruturado em três etapas. Primeiro, o aplicador da lei identifica, dentre as normas jurídicas pertinentes, a premissa maior, isto é, a norma jurídica aplicável. Em seguida, delimita-se a premissa menor que está associada aos fatos relevantes do caso concreto. Por último, compete ao aplicador da lei adequar a norma jurídica, extraída da premissa maior, ao caso concreto (SOARES, 2013, p. 139).

Passa-se, então, ao estudo dos critérios e parâmetros para o emprego de um ou mais métodos hermenêuticos pelo aplicador da lei para análise do problema da validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutiva expressa.

4.2.1 Proposta de organização metodológica do processo interpretativo

O objetivo, neste subtópico, é organizar metodologicamente as etapas comuns ao processo interpretativo acerca da validade das três cláusulas sob enfoque, em face do: (i) pedido de recuperação judicial por uma das contratantes ou; (ii) deferimento do processamento da recuperação; ou (iii) aprovação do plano de recuperação.

A primeira fase do processo interpretativo consiste em identificar as normas em tensão que devem ser levadas em conta na análise da controvérsia acerca das três cláusulas. Nessa fase, o aplicador da lei deve tomar alguns cuidados para assegurar a racionalidade e a objetividade do processo interpretativo.

Ao identificar as normas pertinentes ao caso concreto, não se deve realizar análise isolada de partes do ordenamento jurídico. Nessa fase, é recomendável o emprego do método sistemático, pois o aplicador da lei deve analisar o ordenamento jurídico para cotejar as normas pertinentes ao caso *sub judice*.

Essa proposta visa, especialmente, evitar interpretações tendenciosas. É a hipótese, por exemplo, de o aplicador da lei já vislumbrar, de forma intuitiva e no início do processo interpretativo, a solução adequada ao caso concreto. O processo interpretativo sofrerá distorções que prejudicam a racionalidade e objetividade da decisão, se o aplicador da lei buscar identificar apenas as normas que o conduzem à solução vislumbrada, e não considerar as demais normas existentes no ordenamento jurídico que podem apontar soluções diversas (BARCELLOS, 2005b, p. 111-112)⁹⁴.

⁹⁴ A despeito de o estudo desenvolvido por Ana Paula de Barcellos, na obra intitulada *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional* (BARCELOS, 2005b), ser voltado para a ponderação, vale-se também das suas

Ainda, nessa fase inicial, o aplicador da lei pode, em tese, valer-se da exposição dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas no caso *sub judice* para identificar as normas pertinentes ao caso. Neste cenário, supõe-se que as partes trarão à baila as normas passíveis de respaldar sua pretensão, que contribuirão com esta primeira fase do processo interpretativo (BARCELLOS, 2005b, p. 94).

Sem prejuízo do uso de outros recursos, destaca-se a possibilidade de as normas pertinentes serem identificadas com base na análise de precedentes judiciais.⁹⁵ Nesse ponto, algumas diretrizes podem ser traçadas. A análise deve considerar a fundamentação de casos semelhantes a fim de identificar “[...] quais normas foram aplicadas e como foram aplicadas” (ÁVILA, 2007, p. 141). Ainda, na falta de casos semelhantes que identifiquem as normas aplicadas, estas podem ser reveladas pelo aplicador da lei mediante análise do raciocínio e fundamentos adotados para alcançar a solução apontada (ÁVILA, 2007, p. 141).

Aplicando esse procedimento para avaliar a validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação verificara-se aplicáveis os seguintes elementos normativos: o princípio da autonomia privada, o princípio da preservação da empresa e o princípio tratamento isonômico dos credores. Com exceção deste último princípio, observa-se que os outros dois elementos normativos também são necessários à análise da validade da cláusula resolutiva expressa.

Uma vez identificado os elementos normativos pertinentes ao caso concreto, compete ao aplicador da lei fazer uma tentativa de harmonização das normas jurídicas envolvidas neste suposto conflito (MAXIMILIANO, 2006, p. 110). Para isso, pode-se avaliar se alguma dessas normas tem seu sentido precisado, excepcionado ou limitado pela outra, de modo a elidir a existência de tensões normativas (MAXIMILIANO, 2006, p. 111).

Posto isso, busca-se identificar a possibilidade de as normas aparentemente conflitantes serem harmonizadas. Assim, partindo-se da premissa de unidade do ordenamento jurídico, recorre-se à análise dos fundamentos das três cláusulas à luz da interpretação sistemática, que remete ao estudo do texto constitucional. Verifica-se que a validade do princípio da autonomia privada é extraída do princípio da livre iniciativa. Este último é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático brasileiro e é tido como um princípio específico da ordem econômica, ao lado da valorização do trabalho humano.

contribuições aqui para aplicação dos métodos clássicos hermenêuticos (o literal, histórico, teleológico e sistemático).

⁹⁵ Entende-se por precedente, aqui, “[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos [...]” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 43).

A livre iniciativa remete à liberdade de acesso ao mercado e, por isso, está associada ao liberalismo econômico e ao modelo capitalista (GRAU, 2007, p. 202). Já no âmbito de liberdades individuais, o princípio da livre iniciativa abrange a liberdade de associação, o livre exercício dos trabalhos e profissões, bem como a concretização de outros princípios constitucionais: liberdade de empresa, de lucro, propriedade privada e liberdade de contratar, que inclui com quem contratar e do que contratar (BARCELLOS, 2014, p. 1996).

Acrescente-se, também, que a livre iniciativa não é concebida, no texto constitucional, como um princípio absoluto. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no próprio texto, uma série de princípios limitadores da livre iniciativa, tais como os princípios de funcionamento da ordem econômica (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade) e os princípios fins da ordem econômica (redução da desigualdade regional, busca pelo pleno emprego) (BARCELLOS, 2014, p. 1996).

Essas limitações introduzidas no texto constitucional relevam, de modo geral, um processo de mudanças de paradigmas, que se deu depois da Segunda Guerra Mundial. A partir daí, as constituições buscaram incorporar direitos fundamentais e preceitos de justiça social a fim de aplacar as desigualdades geradas pelos regimes autoritários, nazistas e fascistas, que culminaram na Segunda Guerra Mundial (BARCELLOS, 2005a, p. 86).

As constituições contemporâneas, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas gerais (como a redução de desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com nazismo e fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado (BARCELLOS, 2005a, p. 86).

Trata-se, assim, de uma ruptura com o modelo liberal, incluindo-se a concepção clássica de modelo de contratos, no qual prevalecia a vontade das partes, cabendo ao Estado a proteção dessa vontade e intervenção mínima na economia. Isso aconteceu, especialmente, porque o modelo liberal e de individualismo exacerbado não foram capazes de aplacar as desigualdades sociais e crises econômicas, que fortaleceram, nesse período, o crescimento de ideais nazistas e fascistas, que contradiziam o liberalismo econômico.

As limitações ao princípio da livre iniciativa no ordenamento jurídico brasileiro tidas como necessárias nesse contexto de atuação intervencionista estatal, no entanto, não se deram de forma arbitrária, mas, sim, para conformá-lo aos fins constitucionais. A legalidade

das limitações presentes na legislação infraconstitucional, portanto, emana do próprio texto constitucional:

Por fim, é importante observar que não existe uma antinomia⁹⁶ ou conflito essencial entre a livre iniciativa e valorização do trabalho humano, nem há nada de injurídico ou inválido ou errado, sob o ponto de vista constitucional, no desenvolvimento de uma atividade econômica e na obtenção de lucro não abusivo. Muito ao contrário. São princípios que dizem respeito a aspectos diferentes de um mesmo fenômeno, de modo que a convivência entre eles é não apenas inevitável como indispensável para construção da sociedade pretendida pelo sistema constitucional (BARCELLOS, 2014, p. 2.070-2.071).

Diante do exposto, observa-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil aceita a limitação à liberdade individual de contratar, que é uma das facetas da autonomia privada. Por isso, a limitação é legítima, quando as normas jurídicas, que restringem o campo da autonomia privada, estão associados à concretização dos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, é possível identificar alguns dos limites da autonomia privada, dentre os quais são o de maior relevância para este trabalho: a função social do contrato e a ordem pública (Lei n. 10.406/2002 art. 22).⁹⁷

A noção clássica de função social do contrato determina que o instrumento particular não visa atender somente aos interesses das partes contratantes, pois ela também repercute no campo de interesses de terceiros. Acontece que, recentemente, a regulamentação da função social do contrato foi objeto de mudança legislativa (ainda de caráter provisório) introduzida no Código Civil pela Medida Provisória n. 881/2019 que instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”⁹⁸.

Assim, cumpre avaliar se a seguinte redação proposta ao art. 421 do Código Civil prescreve comportamento às partes que difere da noção clássica da função social do contrato:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional (BRASIL, 2019).

⁹⁶ Aqui, tem-se uma antinomia real.

⁹⁷ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (BRASIL, 2002).

⁹⁸ Saliente-se que a análise desta Medida Provisória partiu da premissa de que o seu texto estava vigente quando da elaboração desta dissertação e que ainda não tinha sido votada pelas duas casas do Congresso Nacional do Brasil.

Infere-se da norma transcrita acima que a liberdade de contratar ainda deve ser exercida em razão da função social do contrato. Apesar de a redação atual do art. 421, nesse ponto, não inovar em relação à anterior, faz-se necessário esclarecer que a função social não é fator de motivação da contratação, mas, sim, de limitação da autonomia privada quando da negociação das condições que regem a relação das partes (LEONARDO; RODRIGUES JÚNIOR, 2019).

A norma também não parece inovar no que diz respeito à redução da atuação intervencionista do Estado, por qualquer dos seus poderes, no âmbito contratual. A prestação da tutela jurisdicional depende da provocação da parte contratante interessada na revisão contratual (Lei n. 13.105/2015, art. 2º)⁹⁹ e, mesmo que requerida pelo ajuizamento da ação competente, o acolhimento de tal pretensão representa uma exceção à regra que o contrato faz lei entre as partes, como visto no capítulo 2.

A rigor, os instrumentos particulares devem cumpridos nos exatos termos pactuados entre as partes, em observância ao princípio da força obrigatória dos contratos, sendo as exceções delimitadas pelo próprio Código Civil (TARTUCE, 2019; SCHREIBER, 2019) – por exemplo, na hipótese de caso fortuito e força maior. Logo, o exercício da função jurisdicional pelo Estado para fins de promoção da revisão contratual já se encontra regulamentado pelas normas jurídicas vigentes até então.

Como se pode observar, as alterações legislativas introduzidas pela Medida Provisória n. 881/2019, no campo do Direito das Obrigações, não modificam os parâmetros para a análise dos contornos decorrentes do princípio da função social do contrato. Por isso, pode-se afirmar que ainda é aplicável a concepção clássica da função social do contrato.

Nesse sentido, o contrato não tem como escopo apenas sua função econômica de circulação de riquezas entre as partes contratantes, haja vista que também está intrinsecamente ligado à concretização dos ditames constitucionais:

A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro- de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para ordem econômica da livre iniciativa (AZEVEDO, 1988, p. 117).

⁹⁹ “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2015).

A função social do contrato impõe, então, que as partes contratantes adotem um comportamento socialmente adequado (AZEVEDO, 1988, p. 117), de modo a dar concretude ao ditame da solidariedade social. Isso significa que as partes devem evitar que a contratação represente prejuízo à ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ou aos interesses sociais, que repercutem na esfera de terceiros.

A função social do contrato, vista como limite à autonomia privada, demonstra a relevância do contrato para toda a sociedade, conformando fundamento para normas de ordem pública tutelarem matérias relevantes à coletividade, que não são passíveis de derrogação pela vontade das partes.

No âmbito do instituto da recuperação, observa-se que o art. 47 da LRF, ao disciplinar que a recuperação tem como fim a preservação da empresa viável, de modo a garantir a sua manutenção como fonte produtora de riquezas e de empregos, é matéria de ordem pública e de relevante interesse social. O dito artigo tutela o interesse da coletividade, incluindo os sócios, os trabalhadores, os credores e o fisco. Afinal, a continuidade do exercício das atividades empresariais tende a ser benéfica a todos esses sujeitos.

Assim, sob o enfoque sistemático e teológico, a norma que prescreve o dever de preservar a empresa em crise empreendida por empresário ou pessoa jurídica empresária está em consonância com o preceito constitucional de valorização do trabalho humano, uma vez que possibilita preservar a organização econômica e profissional, que gera emprego aos trabalhadores e, com isso, postos de trabalho, pretendendo assegurar-lhes uma vida digna.

O princípio da preservação da empresa também se coaduna com o princípio da livre iniciativa, de modo que assegura a continuidade do exercício profissional da empresa pela pessoa física do empresário ou dos titulares de participação na pessoa jurídica empresária, permitindo-lhes a possibilidade de remuneração por meio do recebimento de lucro.

Tendo em vista a relação do princípio da preservação da empresa e livre iniciativa, percebe-se que é possível harmonizar a aplicação deste em caso de um conflito normativo com o princípio da autonomia privada. Isso porque o princípio da autonomia privada é extraído do princípio da livre iniciativa e esta última aceita, por ordem constitucional, limitações.

Feitas tais considerações, observa-se que, até o momento, as reflexões traçadas são comuns às cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa. Passa-se, então, à análise das particularidades do processo de interpretação, que será feito em duas etapas: a análise conjunta da cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação e, mais adiante, a da cláusula resolutive expressa.

4.2.1.1 A cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação

Interpretado o conflito normativo entre a autonomia privada e a preservação da empresa, conclui-se que esta última prevalece sobre a autonomia privada. No entanto, para responder ao questionamento referente à validade da cláusula de vencimento antecipado da dívida e compensação, faz-se necessário prosseguir com a análise, mas sob novo prisma: as controvérsias interpretativas que versam sobre o conflito entre o princípio da autonomia privada e o princípio do tratamento igualitário entre os credores.

Veja-se, por exemplo, a seguinte situação: uma vendedora titular de crédito vincendo contra uma sociedade empresária, no valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), referente à venda a prazo de matéria-prima para produção de sacos e boninas plásticas comercializados por esta última no mercado, antes do vencimento do crédito, ingressa com pedido recuperacional e acorda com a vendedora que as próximas compras de matéria-prima seriam pagas antecipadamente, o que ela faz em seguida, depositando R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em conta de titularidade da vendedora. Acontece que a vendedora, apesar de receber o pagamento referente à nova compra, não envia a matéria-prima sob a alegação de que, com o pedido de recuperação judicial, todos os créditos vincendos detidos contra o devedor foram declarados antecipadamente vencidos e objeto de compensação entre débitos líquidos, certos e exigíveis com base em cláusulas autorizativas avençadas no contrato de compra e venda que rege a relação das partes. Logo, informa que o seu crédito de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) foi totalmente quitado e que restituiria, via depósito judicial, a diferença equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)¹⁰⁰.

Nessa situação hipotética, somente com o vencimento da dívida referente à aquisição de matéria-prima que a cobrança contra o devedor se tornaria compensável, nos termos do contrato de compra e venda, que determinava a existência de crédito líquido, certo e exigível. Em razão da compensação, há o pagamento da vendedora, por isso esta não é mais credora da recuperanda. Portanto, ela não se sujeita ao processo de recuperação.

Considerando o que foi dito sobre a preservação da empresa, observa-se que eventual reconhecimento da validade das cláusulas em comento viabiliza a satisfação da

¹⁰⁰ Este exemplo é inspirado na seguinte decisão: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AI n. 1.0290.12.008612-6/001**. Rel. Des. Kildare Carvalho. 3ª Câmara Cível. Agravante: Plaster Indústria e Comércio de Resinas Plásticas Ltda. Agravada: Comércio e Indústria Refiate Ltda. Datada em 8 de agosto de 2013. No caso, a sociedade empresária que ingressou com pedido recuperacional é a Agravada e a vendedora de matéria-prima, a Agravante. (MINAS GERAIS, 2013, grifo nosso). Cf. p. 51.

pretensão da vendedora quanto ao pagamento do seu crédito vincendo, mas não é favorável aos interesses do empresário ou pessoa jurídica empresária em crise. Caso o crédito de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil) de titularidade da vendedora seja quitado, fica eliminada a possibilidade de este ser objeto de novação e sofrer alterações.

Tal crédito, portanto, não pode ser renegociado por meio do plano de recuperação, visando, por exemplo, melhores condições de pagamento, como modo de superação da crise da recuperanda. Tal quitação pode ser, portanto, prejudicial à preservação da empresa, podendo vir a comprometer sua manutenção como ente produtivo, gerador de riquezas e empregos, em consonância com os preceitos constitucionais já vistos.

Observa-se, ainda, que a recuperanda despendeu o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para assegurar a continuidade do exercício das atividades empresárias sem ter recebido, em contrapartida, a matéria-prima. Tanto a falta da matéria-prima necessária como o dispêndio de recursos financeiros trazem impactos negativos para sociedade empresária já em crise.

É possível, até mesmo, que a recuperanda não tenha recursos financeiros para comprar a matéria-prima de terceiros e que a falta desta dê causa à interrupção das suas atividades produtivas, considerando que seu objeto social visa apenas à venda de sacos e boninas plásticas. Logo, se a sociedade empresária não se encontra ativa, produzindo riquezas capazes de promover seu reerguimento e quitar suas dívidas, resta prejudicada sua recuperação.

Todas essas considerações demonstram que se as duas cláusulas sob enfoque produzirem seus efeitos, isto é, a antecipação do termo de pagamento e a compensação entre créditos e débitos, haverá a produção de efeitos prejudiciais à preservação da empresa e sua manutenção como ente produtivo e atuante no mercado, podendo gerar, assim, impactos negativos à coletividade, como dificuldades para ter acesso a empregos e fazer negócios visando à circulação de bens e serviços.

Pode-se verificar, também, prejuízo aos demais credores da recuperanda, que devem se submeter aos efeitos da recuperação e do plano, que poderá fixar novas condições de pagamento dos créditos em substituição às originais. Não seria justo com os demais credores que aguardam as condições do plano de recuperação para pagamento dos créditos, uma vez que a vendedora obtém quitação da dívida existente antes da recuperação, a despeito de não ter entregado a matéria-prima que lhe foi paga.

A cláusula, portanto, acaba por gerar uma condição privilegiada à vendedora, que garante a satisfação da dívida sem ter de compartilhar os riscos advindos da recuperação. Dessa

forma, tal situação afronta o princípio do tratamento igualitário dos credores, que é pautado com base nos contornos do princípio da igualdade previsto no texto constitucional.

Não resta dúvida de que o princípio do tratamento igualitário está em consonância com o princípio da preservação da empresa, uma vez que os credores assumem os riscos da recuperação e compartilham os sacrifícios em prol da superação da crise econômico-financeira.

Todas essas considerações demonstram que a autonomia privada admite limitação pelo conjunto de normas aplicáveis ao caso, de modo que o princípio da preservação da empresa e tratamento isonômico dos credores representam a premissa maior a ser adotada pela fórmula de subsunção.

Passa-se, a seguir para a segunda fase do processo interpretativo, que diz respeito aos fatos concretos. Nessa fase, tem-se a análise da cláusula de vencimento antecipado da dívida e a da cláusula de compensação ante o caso concreto.

É a hipótese de se verificar, por exemplo, se o comportamento adotado pela vendedora da matéria-prima está de acordo com as disposições do contrato, se as condições suspensivas previstas no contrato ocorreram (o pedido, deferimento do processamento ou a aprovação do plano da recuperação) para as cláusulas gerarem os efeitos.

No que diz respeito à compensação, faz-se necessário avaliar os requisitos contratuais previstos para sua realização. As partes podem, por exemplo, prever a compensação entre créditos e débitos líquidos, certos e exigíveis, nos modelos da compensação legal, ou, ainda, a compensação entre créditos e débitos vencidos e vincendos, que sejam certos e líquidos.

Por último, tem-se a etapa decisória, na qual o aplicador da lei adapta a norma na solução do caso concreto, a partir da premissa maior isolada. Considerando o que foi dito até o momento, admite-se, em tese, que os princípios da preservação da empresa e tratamento igualitário dos credores conduzem à conclusão de invalidade da cláusula de vencimento antecipado da dívida e de compensação.

Mas para que essa decisão obedeça ao dever de isonomia na prestação da tutela jurisdicional (BARCELLOS, 2005b, p. 31), o aplicador da lei deve averiguar se a solução que conduz à invalidade das duas cláusulas sob análise atende a uma pretensão de universalidade. Isso significa dizer que a solução conferida ao conflito normativo deve ser pautada por argumentos considerados pertinentes e lógicos, de acordo com os valores socialmente aceitáveis (PERELMAN, 2000, p. 557), e ainda ser passível de ser generalizada a casos equiparáveis ou semelhantes:

Com a expressão pretensão de universalidade quer-se significar, na verdade, duas necessidades distintas: uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do intérprete. Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalidade compreensível por todos. Vale dizer: o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para totalidade de pessoas. [...]. O segundo sentido da pretensão de universalidade envolve a decisão formulada pelo intérprete e pode ser descrita de forma simples. A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicação a decisão a que esse chegou a todos os casos similares? (BARCELLOS, 2005b, p. 126-127, 130-131).

Embora se reconheça que a pretensão da universalidade: (i) não é passível de aplicação a qualquer caso *sub judice*, levando-se em consideração que, por vezes, a prestação jurisdicional visa solucionar questões inéditas; e (ii) não oferece critérios materiais para sua aplicação (BARCELLOS, 2005b, p. 132), não há como negar a relevância desse parâmetro.

A pretensão de universalidade, a despeito das fragilidades apontadas, tem aplicação no campo da argumentação jurídica e funciona como controle quanto à coerência e adequação dos fundamentos apontados na fase decisória da lide (BARCELLOS, 2005b, p. 132). Por isso, mesmo que o aplicador não possa se valer do teste da universalização para conferir se a decisão do caso concreto é possível de ser aplicada a casos similares, o critério é relevante para controle dos argumentos que fundamentam a decisão.

4.2.1.2 A cláusula resolutiva expressa

A análise da cláusula resolutiva no plano de validade foi estruturada até a primeira etapa, quando se assentou os elementos que demonstraram que o princípio da preservação da empresa é passível de ser harmonizado com o princípio da autonomia privada. Assim, para fins dessa harmonização, o princípio da preservação da empresa foi adotado como premissa maior no método da subsunção.

Passa-se, então, para a segunda etapa do processo interpretativo, na qual o aplicador da lei verificará os fatos relativos à cláusula resolutiva expressa, de acordo com as particularidades do caso concreto. O momento em que a resolução é levada a efeito, se ocorreu o evento estipulado pelas partes no contrato para cláusula produzir efeitos (o pedido, deferimento do processamento ou a aprovação do plano da recuperação) e, ainda, eventuais regras entabuladas pelas partes para romper o vínculo contratual.

A terceira e última etapa refere-se à fase decisória, quando a norma tida como premissa maior é aplicada aos fatos. Se o princípio da preservação da empresa prevalecer pela lógica da subsunção e emprego dos métodos clássicos hermenêuticos, o princípio da autonomia privada que fundamenta a validade da cláusula resolutiva expressa não terá aplicação e a referida cláusula será considerada inválida.

Nesse cenário, deve-se verificar se a decisão atende a uma pretensão de universalidade, que passa pela análise da adequação da argumentação com valores socialmente aceitos (PERELMAN, 2000, p. 557) e se a solução a ser proferida pode ser aplicada a qualquer caso que trata do conflito desta cláusula (BARCELLOS, 2005b, p. 130)¹⁰¹.

Para ilustrar essa situação: Imagine-se que “A”, sociedade empresária que explora atividades de fornecimentos de gases industriais, celebrou contrato de compra e venda de produtos com “B”, considerando que tais produtos são utilizados como matéria-prima durante o processo de produção de gases.

Imagine-se, ainda, que “A” também celebrou um contrato de locação da máquina profissional de café expresso, chá e *cappuccino* com sociedade empresária locadora desse tipo de máquinas, “C”, visando disponibilizar o consumo dessas bebidas quentes aos seus funcionários.

Ocorre que, durante a vigência desses dois contratos, “A” distribuiu pedido de recuperação judicial, o qual foi deferido. Assim que “B” e “C” tomaram ciência de tal fato, comunicaram à recuperanda “A” sobre o término contrato de compra e venda e de locação, respectivamente, com base nas cláusulas que autorizam a extinção das relações em caso de pedido de recuperação ou deferimento do seu processamento.

Com base no princípio da universalidade, portanto, deve-se valer da mesma hipótese, qual seja, que a premissa maior é a preservação da empresa, e, com efeito, adotar as mesmas consequências, isto é, a invalidade da cláusula resolutiva expressa contemplada no contrato de compra e venda e de locação. Com isso, ambos os contratos serão mantidos após o pedido recuperacional.

Observa-se, contudo, que a solução apontada não estaria adequada aos dois casos hipotéticos. Em primeiro lugar, porque não seria socialmente aceitável que o contrato de locação fosse mantido sob a justificativa de que o uso da máquina para o fim último de viabilizar o fornecimento de bebidas quentes seria essencial ou, no mínimo, relevante para preservação da empresa. Em segundo lugar, porque pode-se falar em adequação quando o meio for

¹⁰¹ Adverte-se, todavia, que aqui também é aplicável a ressalva quanto aos casos únicos e inéditos, que não estão submetidos ao parâmetro da universalidade.

satisfatório para realizar o fim almejado, o que não ocorreria no caso hipotético da locação da máquina (ÁVILA, 2007, p. 158).

A adequação exige a adoção de meio que seja eficaz e capaz de contribuir para a concretização do fim. Nesse sentido, a análise da adequação do meio para a realização de um fim pode ser analisada sob a ótica quantitativa (intensidade), qualitativa (qualidade) e probabilística (certeza):

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que o outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que o outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio (ÁVILA, 2007, p. 164).

A par disso, explica-se a diferença entre as duas situações hipotéticas expostas com base no princípio da adequabilidade. No caso do contrato de compra e venda de produtos, observa-se que a matéria-prima é essencial para produção dos gases industriais. Sem essa matéria-prima, os gases não são produzidos e a recuperanda, “A”, não tem como explorar sua atividade empresária.

A manutenção do contrato de compra e venda é o meio necessário para garantir a compra da matéria-prima, a produção de gases, o fornecimento de produtos aos clientes, a exploração das atividades empresárias, a obtenção de receitas e, conseqüentemente, para atingir o fim último de preservar a empresa. Portanto, nesse caso há uma relação de causalidade entre o meio eleito e a finalidade que se pretende alcançar (ÁVILA, p. 163, 2007).

Já no que diz respeito ao contrato de locação, observa-se que a invalidade da cláusula em referência assegura a continuidade da relação, o uso da máquina pela recuperanda e, com isso, a oferta de bebidas quentes aos funcionários. A continuidade do uso da máquina e consumo de bebidas quentes não implica a geração de riquezas, tampouco contribui com o pagamento das dívidas. Portanto, a medida não assegura minimamente o fim almejado, qual seja, a preservação da empresa.

Examinados esses dois casos hipotéticos, percebe-se que a decisão que, em tese, considera a invalidade da cláusula resolutiva expressa não é uma medida que pode ser, em nível abstrato e geral, sempre considerada adequada para preservação da empresa. Mesmo que existam alguns casos resolvidos pela subsunção, ficou claro que a questão que envolve a cláusula resolutiva expressa é mais complexa e que a subsunção não se presta a solucionar todos os conflitos normativos que envolvem o problema da validade da cláusula resolutiva expressa.

Por tais razões, justifica-se recorrer à ponderação que representa uma técnica alternativa aos métodos hermenêuticos clássicos para solução de antinomias jurídicas.

4.3 A técnica da ponderação e a cláusula resolutive expressa

A rigor, a ponderação é técnica alternativa à subsunção que envolve conflitos normativos mais complexos e difíceis que não podem ser superados pela fórmula lógica dedutiva da subsunção (BARCELLOS, 2005b, p. 41). Nesse contexto, a ponderação é empregada como técnica de solução de “[...] conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005b, p. 23). Trata-se de técnica caracterizada por conferir às normas a dimensão de pesos ou de importância com base em um processo, que pode ser dividido em três etapas, a seguir expostas.

A primeira etapa consiste na identificação das normas jurídicas passíveis de serem aplicáveis no caso concreto e a existência de um conflito normativo complexo que justifica o recurso à técnica da ponderação (SARMENTO, 2003, p. 99). Isso porque deve existir a necessidade de se adotar a técnica da ponderação, evitando sacrifícios ou restrições injustificáveis de normas jurídicas (ALEXY, 2006, p. 591). Por isso, caso seja possível solucionar o problema em foco por outros métodos hermenêuticos, estes devem ser adotados em detrimento da ponderação.

A segunda etapa refere-se à análise das particularidades do caso concreto e de fatos relevantes que repercutem nas normas identificadas como aplicáveis ao caso. A terceira etapa corresponde à fase decisória, na qual o aplicador da lei decide a norma de maior peso que prevalece sobre aquele de menor peso à luz do caso concreto para formular a decisão.

Tal prática de conferir pesos distintos aos princípios não significa hierarquizá-los ou declarar a invalidade de um dos princípios conflitantes. Na fase da decisão, admite-se a prevalência de um princípio sobre o outro, a depender das particularidades do caso concreto, pois se trata de uma relação condicionada aos fatos:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2006, p. 96).

Não obstante a relevância da ponderação na solução de problemas difíceis em especial, considerando a ênfase conferida à técnica pela doutrina e pelos aplicadores da lei nas decisões judiciais, não se pode ignorar que as principais críticas feitas à ponderação estão relacionadas à falta da metodologia na sua aplicação.

De modo geral, critica-se o fato de a ponderação adotar noções vagas para conferência de peso ou relevância às normas jurídicas em conflito, o que oportuniza a tomada de decisões discricionárias. As decisões que recorrem à técnica, muitas vezes, indicam a norma de maior peso ou relevância, sem exposição dos motivos que fundamentaram a solução.

Vários são os esforços registrados pela doutrina contemporânea, todavia, para realizar revisões à técnica da ponderação a fim de dotá-la de racionalidade e de parâmetros objetivos e critérios. A par dessa constatação, nesta dissertação, vale-se das contribuições da doutrina contemporânea para orientar, de forma metodológica, o aplicador da lei na solução de controvérsias concretas que envolvem a validade da cláusula expressa, com base em alguns parâmetros compreendidos como particulares e preferenciais.

A noção de particularidade reside no fato de que os parâmetros se prestam a dirimir antinomias jurídicas presentes na análise da validade da cláusula resolutiva expressa, indicando o princípio de maior peso ou relevância que deve prevalecer ante um conflito concreto. Assim, outros casos que envolvam o conflito normativo do princípio da autonomia privada e da preservação da empresa, tal como é a hipótese da cláusula resolutiva expressa, podem apontar soluções diversas, conforme for o caso.

Pode-se dizer, também, que os parâmetros são preferenciais, pois não possuem caráter absoluto. Ante a impossibilidade fática de apurar todas as particularidades que podem envolver a análise da cláusula resolutiva expressa, no plano da validade, e o dinamismo que permeiam as relações privadas, não se pode afirmar que os parâmetros ora elaborados serão aplicáveis a qualquer tempo e a todo conflito normativo referente à cláusula em foco (BARCELLOS, 2005b, p. 163).

Mas seriam úteis esses parâmetros para a análise da cláusula resolutiva expressa se estes não podem ser tidos como absolutos?

Defende-se que sim, com base nos seguintes motivos:

A despeito de seu caráter preferencial e não absoluto, a utilidade desses parâmetros parece evidente: juntamente com elementos de verificação da racionalidade do discurso jurídico, eles são os únicos instrumentos capazes de controlar em alguma medida as possibilidades quase ilimitadas que a ponderação oferece. O fato de não ser possível ou adequado formular parâmetros absolutos e inderrogáveis não deve

impedir a construção e o emprego daqueles que sejam possíveis e que, na maior parte dos casos, funcionarão apropriadamente (BARCELLOS, 2005b, p. 162).

Compete, assim, ao aplicador da lei avaliar se os parâmetros preferenciais ora elaborados têm aplicação à situação concreta e, caso negativo, fundamentar sua decisão. Nessa situação em que o aplicador da lei julgar que os parâmetros não são pertinentes, ele possui o ônus de argumentar nesse sentido. Esta fundamentação será relevante para construção de novos parâmetros (BARCELLOS, 2005b, p. 162). Mas como esses parâmetros serão auferidos?

Recorre-se, aqui, à ponderação abstrata para colher os parâmetros que devem orientar o aplicador da lei na análise do caso concreto e na conferência de maior ou menor peso às normas em conflito. Assim, trata-se de ponderação abstrata, pois ela não é voltada para a análise do caso concreto.

A ponderação abstrata ocorre quando se examinam os conflitos normativos com base em situações: (i) hipotéticas, sendo, no caso, elaborados com base nos estudos doutrinários; e/ou (ii), que já foram objeto de decisões, no âmbito judicial (BARCELLOS, 2005b, p. 150), adotando-se, para tanto, decisões judiciais que foram colhidas, com base nos critérios metodológicos expostos na introdução desta dissertação, para identificar parâmetros que podem orientar as decisões.

Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos. Na verdade, os subsídios oferecidos ao aplicador pela ponderação em abstrato acabam por transformar muitos conflitos normativos, que seriam casos difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável (BARCELLOS, 2005b, p. 152 e 153).

A ponderação abstrata ora proposta, dessa forma, visa estabelecer alguns parâmetros preferenciais para auxiliar o aplicador da lei na análise de um conflito concreto.

4.3.1 Uma proposta em três etapas

Neste subtópico, propõe-se a revisão das três etapas tradicionais do processo de aplicação da ponderação, de modo a orientar o aplicador da lei no processo interpretativo da validade da cláusula resolutiva expressa.

4.3.1.1 A Primeira etapa: identificação do conflito normativo

Na primeira etapa do processo interpretativo compete ao aplicador da lei identificar as normas em tensão, principalmente quando o conflito normativo aborda oposições entre interesses individuais e política de interesse geral, como é o caso da cláusula resolutiva expressa (BARCELLOS, 2005b, p. 112). Isso porque observa-se que o problema da validade da cláusula é comumente tratado pelo aplicador da lei como um conflito entre interesses coletivos e individuais.

O instituto da recuperação judicial tutela os interesses da coletividade em oposição aos interesses individuais das partes que regularam os termos da sua relação, todavia,

[...] a formulação do conflito nesses termos, como é fácil perceber, gera um equívoco lógico que poderá produzir uma distorção inicial do processo ponderativo em favor da solução que privilegia os interesses da coletividade. [...]
O direito do indivíduo está fundado também em um enunciado normativo geral, que consagra determinada posição jurídica não apenas para o benefício de um indivíduo em particular, mas para o benefício de todos que estejam em situação equivalente (BARCELLOS, 2005b, p. 113).

Por isso, é importante, nesta primeira etapa, conferir às normas conflitantes o mesmo grau de abstração.

Aplicando as ações previstas para esta etapa identificou-se no capítulo 3 a existência de conflito normativo entre o princípio da autonomia privada e o princípio da preservação da empresa.

Nesse contexto, a autonomia privada não tutela apenas interesses individuais, ela é enraizada no texto constitucional como desdobramento da liberdade de contratar. A par dessa constatação, o princípio de autonomia privada exercido no âmbito da contratação, por exemplo, não tutela apenas o interesse de um sujeito, mas de todos aqueles que pretendem criar as normas jurídicas que regulam sua relação. Logo, o princípio da autonomia privada tutela os interesse da coletividade, da mesma forma que a preservação da empresa se diz relevante para a coletividade, incluindo seus sócios, trabalhadores, credores e o fisco.

Assim, uma vez identificada as normas em tensão, passa-se para segunda etapa do processo interpretativo.

4.3.1.2 Segunda etapa: identificação de alguns fatos relevantes

Na segunda etapa cabe examinar os fatos relevantes ao caso concreto (BARROSO, 2008, p. 361). Mas como é dada relevância aos fatos no caso da cláusula resolutiva expressa?

Tais fatos são tidos como relevantes em decorrência do senso comum ou por estarem fundamentados em outras normas jurídicas (BARCELLOS, 2005b, p. 116-117).

A despeito de a noção do senso comum ser ampla, esta pode ser vista como atrelada aos atos cognitivos e as crenças gerais dos indivíduos (SMITH, 1995). Ainda, não raras as vezes, a norma passível de ser aplicada ao caso concreto se relaciona com outras que prescrevem, por exemplo, uma exigência, que também deve ser cumprida pela parte.

Em seguida, é preciso verificar como os fatos repercutem nas normas identificadas na primeira fase. Os fatos podem atribuir maior ou menor peso ou relevância a determinadas normas e, assim, auxiliar o aplicador da lei na fundamentação jurídica da sua decisão (BARCELLOS, 2005b, p. 120).

Feitas estas considerações, traça-se uma a proposta de alguns parâmetros particulares e preferenciais que podem ser adotados pelo aplicador da lei, quando da análise de casos concretos que tratam do problema da validade da cláusula resolutiva expressa. Dessa forma, diante de situações concretas semelhantes às que serão exploradas, o aplicador da lei terá à sua disposição recursos capazes de contribuir com a fundamentação da sua decisão (BARCELLOS, 2005b, p. 151).

A) Contratos personalíssimos

O primeiro parâmetro para análise dos fatos relevantes diz respeito aos contratos personalíssimos ou *intuitu personae*. Os contratos personalíssimos são aqueles em que a pessoa com quem se contrata é fator determinante para formação do vínculo entre as partes, ao contrário dos contratos impessoais, em que tal fator é indiferente. Logo, os contratos personalíssimos decorrem da escolha da parte contratante, por suas habilidades pessoais ou pela confiança que esta inspire na outra parte (ANDRADE, 1997, p. 165).

Compete ao aplicador da lei, dessa feita, averiguar se a cláusula resolutiva expressa está inserida em contratos pessoalíssimos e se, sim, os efeitos que estes reproduzem nas normas em tensão, nas seguintes situações: (i) trespasse do estabelecimento; (ii) cisão, fusão ou incorporação.

O plano de recuperação aprovado pode abranger o trespasse do estabelecimento, hipótese em que sua transferência não importa em ônus ao adquirente ou na sucessão de obrigações do devedor, nos termos do art. 60 da LRF:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei (BRASIL, 2005).

Observa-se que a finalidade da norma transcrita acima é a alienação do estabelecimento, compreendido como o complexo de todos os bens (corpóreos e incorpóreos), para a obtenção de recursos financeiros como meio de contribuir para a superação da crise do alienante.

Nesse sentido, a alienação também permite a preservação da empresa. Isso porque o adquirente do estabelecimento pode continuar com a exploração das atividades empresariais, de modo a atender aos seus interesses particulares e assegurar os postos de trabalhos e a circulação de riquezas (MUNHOZ, 2007, p. 296- 297).

Acontece que não seria possível assegurar a continuidade das atividades empresariais sem que o trespasse incluísse os contratos celebrados pela recuperanda (FÉRES, 2007, p. 63). A interpretação sistemática do ordenamento jurídico corrobora com esse entendimento, visto que o art. 1.148 do CC¹⁰² prevê que o trespasse do estabelecimento importa na sub-rogação do adquirente nos contratos exploratórios celebrados pelo proprietário alienante, se não tiverem caráter pessoal.

Isso significa que a exceção à regra legal de sub-rogação dos contratos refere-se àqueles personalíssimos. Assim, a conclusão que se chega é que o ordenamento jurídico tutela a continuidade dos contratos essenciais à exploração das atividades empresariais, exceto aqueles firmados com base nas características particulares da parte contratante.

Outras hipóteses atreladas aos meios de superação da crise da recuperanda podem repercutir nos contratos personalíssimos celebrados entre as partes. São eles: a cisão, fusão e incorporação (Lei n. 11.105/2005, art. 50, inciso II)¹⁰³. Essas três hipóteses têm em comum o fato de representarem um processo de sucessão, no qual há a transmissão de direitos e deveres.

No que diz respeito à cisão, esta pode se dar de duas formas: total ou parcial. A primeira enseja a extinção da sociedade empresária cindida e a transferência de todo o seu patrimônio para outras existentes ou criadas para tal fim. A segunda trata da transferência de

¹⁰² “Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante” (BRASIL, 2002).

¹⁰³ “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; [...]” (BRASIL, 2005).

parcela do patrimônio da sociedade empresária cindida a uma ou mais sociedades existentes ou criadas especificamente para esse fim, sem extinção daquela cindida (Lei n. 6.404/1976, art. 229)¹⁰⁴.

Veja-se, por exemplo, a seguinte situação: a sociedade empresária “A” explora atividades empresárias no ramo alimentício, por meio de contrato franquia celebrado com a franqueadora “B”. Acontece que “A”, em razão de dificuldades econômicas, ingressa com pedido de recuperação judicial, cujo processamento foi deferido. Na ocasião de apresentação do plano de recuperação judicial, “A” indica como meio de superação da crise a cisão parcial com versão de parcela do seu patrimônio para outra sociedade empresária existente, “C”. Ainda, observa-se que o plano prevê os direitos e deveres que serão cedidos a “C”, quando da cisão, que não incluem o contrato de franquia. Em outras palavras, o contrato de franquia continuará sendo cumprido por “A” perante “B”.

No caso hipotético acima, “A” celebrou um contrato de franquia, que é tido tradicionalmente pela doutrina como personalíssimo. O franqueador divulga um perfil de franqueado na Circular de Oferta da franquia para eventuais interessados e escolhe com quem contratar, considerando suas características pessoais.

A despeito de “A” ter transferido parte do seu patrimônio a “C” e, com isso, sofrido uma redução do seu capital social, esta não transferiu os direitos e obrigações assumidos, por força do contrato de franquia. Não há, em tese, qualquer alteração que repercuta no contrato, sob o ponto de vista da personalidade, a fim de justificar sua ruptura.

Diante do disposto, a regra que se impõe é que a resolução do contrato de franquia com base em cláusula permissiva em razão da aprovação do plano de recuperação, nos termos exemplificados acima, não é justificável sob o ponto de vista do caráter personalíssimo do contrato. Nesse caso, a cisão não é fato relevante que repercute no contrato e, portanto, o parâmetro preferencial ora apresentado não será aplicável. Cumpre, assim, avaliar, mais adiante, outros parâmetros que o aplicador da lei poderá fazer uso para resolver o conflito que permanece entre os princípios da autonomia privada e preservação da empresa.

¹⁰⁴ “Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão. § 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.[...]. § 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação [...]” (BRASIL, 1976).

Diversa, contudo, é a situação em que, por via da cisão parcial, se pretenda transferir o estabelecimento comercial de “A” para “C” e o contrato de franquia, a fim que esta permaneça explorando as atividades no local. Imagine-se que, neste caso, o contrato não regule os efeitos produzidos na relação por eventual trespasse do estabelecimento.

Essa situação é passível de motivar o término do contrato, considerando-se que haverá mudança da parte que figura como franqueadora no contrato. Com base no art. 1.148 do CC¹⁰⁵, o contrato de franquia, por ser personalíssimo, seria, então, resolvido. Aqui, a resolução do contrato não se daria com base na preponderância do princípio da autonomia privada sobre a preservação, visto que é desnecessário analisar o confronto entre tais princípios ante a existência de norma jurídica que impõe a resolução do contrato personalíssimo em caso de trespasse de estabelecimento.

Nesse mesmo sentido, a incorporação e a fusão importam mudanças na parte contratante originária dos contratos. A incorporação é a operação em que uma sociedade empresária já existente integra o patrimônio de uma ou mais sociedades empresárias, sucedendo-as em direitos e obrigações¹⁰⁶. Já a fusão é operação que uma ou mais sociedades empresárias se unem para criar uma nova, que lhes sucedem em direitos e obrigações¹⁰⁷.

Tais operações determinam a alteração subjetiva dos contratos celebrados pelas partes antes da recuperação judicial e, por isso, repercutem de forma relevante nos contratos personalíssimos. Caso os contratos não sejam passíveis de ser transferidos em razão do seu caráter personalíssimo ante a análise do caso concreto, o aplicador da lei deve determinar sua resolução.

Conclui-se, então, que se a recuperanda adotar como meio de superação da crise o trespasse do estabelecimento comercial, a regra geral é que o contrato será resolvido quando de caráter personalíssimo. Já a cisão, fusão ou incorporação devem ser analisadas ante o caso concreto. Em suma, o aplicador da lei deve avaliar se a concretização de qualquer dessas

¹⁰⁵ “Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante” (BRASIL, 2002).

¹⁰⁶ Sobre a incorporação, destacam-se as seguintes previsões: Lei n. 6.404/1976, art. 227: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (BRASIL, 1976); Lei n. 10.406 de 2002, art. 1.116: “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos” (BRASIL, 2002).

¹⁰⁷ Sobre a fusão, destacam-se as seguintes previsões: BRASIL. Lei n. 6.404/1976, art. 228: “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações [...] (BRASIL, 1976); Lei n. 10.406/2002, art. 1.119: “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações” (BRASIL, 2002).

operações determina a mudança de uma parte contratante cujas características pessoais foram decisivas na decisão de contratar, de modo a justificar o término do contrato, por sua natureza personalíssima.

B) A essencialidade ou relevância do contrato à preservação da empresa

Os contratos, para que sejam meios adequados a alcançar os objetivos que permeiam o instituto da recuperação judicial, qual seja, a preservação da empresa, precisam contribuir para a superação da crise da recuperanda. Por isso, pode-se afirmar que um parâmetro para aplicador da lei decidir pela continuidade dos contratos, no âmbito da recuperação, são aqueles tidos como relevantes ou essenciais à superação da crise econômico-financeira do devedor.

Nesse sentido, pretende-se contribuir com a identificação de algumas situações que possam auxiliar o aplicador da lei atestar a essencialidade ou relevância do contrato à luz do caso concreto. São eles: (i) contratos cuja resolução importa na paralisação das atividades empresariais da parte que ingressou com pedido de recuperação ou que obteve sua concessão, (i.a) contratos cujos objetos estão umbilicalmente atrelados aos fins sociais, (i.b) contratos que demonstram dependência de clientela e (ii.c) contratos coligados¹⁰⁸.

Os contratos essenciais à preservação podem ser assim entendidos quando o objeto dos contratos estiver umbilicalmente atrelado aos fins sociais da parte em crise econômico-financeira (SCALZILLI; TELLECHEA; SPINELLI, 2017, p. 366). Nessas situações, observa-se que os contratos são os meios pelos quais o empresário individual ou a pessoa jurídica empresária persegue seus fins sociais e, portanto, são vitais ao exercício da atividade empresarial.

É o caso, por exemplo, do empresário individual ou da sociedade empresária que atuam no mercado como franqueadas, distribuidoras comerciais ou concessionárias e ingressam no regime da recuperação diante de uma situação de crise econômico-financeira. Na hipótese de término do contrato de franquia, distribuição ou concessão comercial, o franqueado, o distribuidor e a concessionária, respectivamente, terão, em tese, suas atividades empresariais interrompidas, pois tais contratos são vitais para a exploração da atividade empresária e a oferta de bens ou serviço no mercado.

¹⁰⁸ Ressalte-se que o aplicador da lei pode, conforme for o caso, valer-se de mais de um destes parâmetros para solução do conflito normativo.

Considere-se, por exemplo, que uma sociedade empresária, “A” que é distribuidora exclusiva de bebidas fornecidas por outra sociedade, “B”, está sob o regime de recuperação judicial. Ainda, considere-se que, durante a fase executória do processo de recuperação, “B” informou que não tem mais interesse na continuidade da relação e requereu, no bojo do processo da recuperação, o término do contrato de distribuição. Em resposta, “A” manifestou, em juízo, que “B” é a principal credora do processo de recuperação e ainda única fornecedora das bebidas que são distribuídas por “A” aos seus clientes¹⁰⁹.

Essa situação hipotética demonstra que a essencialidade do contrato pode ser constatada com base na análise das consequências advindas, em tese, pelo rompimento do vínculo contratual. Caso o fim do contrato represente a paralisação das atividades da parte que ingressou com o pedido de recuperação ou obteve sua concessão, restará evidente que este é essencial para sua operação, até mesmo para a obtenção de recursos necessários à satisfação dos credores e superação da crise. Diante disso, a cláusula em foco deve ser considerada inválida como meio de preservar a empresa.

No caso do contrato de distribuição, eventual decisão que acolha a pretensão de “B” ensejará o término do contrato e, com isso, a interrupção do fornecimento de bebidas à “A”. Quando do término do estoque de “A”, esta não terá como continuar comercializando as bebidas em razão de falta de produtos. Sem a possibilidade de exercer suas atividades, “A” não terá recursos para quitar os créditos e cumprir os termos do plano de recuperação. Logo, a decisão que eventualmente declarar a validade da cláusula resolutiva expressa prevista no contrato de distribuição pode levar à falência de “A”.

É possível, também, que os contratos sejam essenciais em razão de uma relação de dependência entre as partes contratantes.

Imagine-se que “A” seja sociedade empresária que celebrou um contrato de prestação de serviços técnicos de suporte à atividade de exploração petrolífera realizada por “B”. Diante de uma situação de crise econômico-financeira, “A” pretende requerer recuperação judicial. Todavia, antes de fazê-lo, “A” requer, em juízo, tutela com o objetivo de obter o cumprimento de obrigação de não fazer por “B” e, com isso, evitar a resolução do contrato de prestação de serviços celebrado com esta, a despeito de as partes terem pactuado cláusula de

¹⁰⁹ Cf. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Processo judicial eletrônico de 1º grau n. **0001598-70.2015.8.17.2990**. Juíza de Direito: Eunice Maria Batista Prado. Requerente: Mediterrânea Distribuidora de Bebidas Ltda. Datada em 20 de setembro de 2017. No caso hipotético, Requerente e Requerida, respectivamente, “A” e a “B”. Cf., ainda, p. 62 desta dissertação para consulta à síntese da decisão.

resolução expressa na hipótese de deferimento do processamento da recuperação judicial. Ainda, imagine-se que “B” figure até então como única cliente de “A”¹¹⁰.

Nesse caso, observa-se que “A” só tem “B” como destinatária dos seus serviços e, por isso, o contrato celebrado entre elas é vital à preservação da empresa e o seu término poderá acarretar a paralisação das suas atividades. Assim, caso a decisão rejeite a pretensão de “A”, esta ficará vulnerável a eventual pleito de resolução contratual por parte de “B” com base na cláusula resolutiva expressa, quando do pedido de recuperação judicial.

Há casos em que a relevância ou essencialidade de dois ou mais contratos celebrados pela recuperanda são demonstrados por existir uma relação de coligação.

Os contratos coligados podem ser definidos como aqueles que, “[...] por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca” (MARINO, 2008, p. 99).

A coligação *ex lege* refere-se à coligação determinada, por lei (MARINO, 2008, p. 104). Já a coligação acessória refere-se ao contrato que possui natureza acessória, ou seja, que segue a sorte do contrato principal. É a hipótese, por exemplo, do contrato de garantia que é acessório e está vinculado ao principal (MARINO, 2008, p. 106). Por último, a coligação determinada por conteúdo contratual refere-se à situação em que as partes disciplinam, no exercício da autonomia privada, a coligação contratual (LEONARDO, 2013, p. 9). É a hipótese, por exemplo, de os contratantes celebrarem dois instrumentos e prever nestes que o término de qualquer um será causa da extinção do outro.

No que diz respeito à relação de dependência, observa-se que, na unilateral, apenas um contrato depende do outro para ser eficaz. Já na dependência recíproca, há uma unidade na operação funcional e econômica dos contratos, dependendo um do outro (GOMES, 2009, p. 366).

Observa-se aqui, também, a mitigação do princípio da relatividade dos contratos. Os efeitos produzidos pelos contratos não estão adstritos somente às partes, mas também englobam terceiros, que celebraram contratos coligados cujos efeitos dependem de forma unilateral ou recíproca de outro contrato (NANNI, 2011, p. 262).

¹¹⁰ Saliente-se que este exemplo foi elaborado com base na decisão extraída do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Ag. n. **0002437-24.2014.8.19.0000**. Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. 5ª Câmara Cível. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás, Agravada: TQM Service Consultoria e Manutenção Ltda. Datada em 25 de fevereiro de 2014. No caso hipotético, “A” seria Agravada e “B” a Agravante (RIO DE JANEIRO, 2014, grifo nosso). Cf., ainda, p. 62 desta dissertação para consulta à síntese da decisão.

Mas como se identifica a existência de coligação contratual ante o caso concreto? Para tanto, propõem-se os seguintes critérios: (i) análise da pluralidade de contratos celebrados entre as mesmas partes contratantes ou distintas e (ii) análise da existência de uma dependência funcional entre os contratos (KONDER, 2008; MARINO, 2008).

Um exemplo de contrato coligado celebrado entre as mesmas partes contratantes é o contrato de cessão de marcas entre franqueado e franqueador. Além desse contrato, as partes celebraram o contrato de franquia. Assim, se a franqueadora ingressar com o pedido de recuperação e a franqueada, em seguida, decidir pela resolução somente do contrato de cessão de marca com base na cláusula resolutiva expressa, esta comprometerá o sucesso da exploração da franquia (KATAOKA, 2008, p. 144). Isso porque não há como explorar a franquia sem o direito de fazer uso da marca.

Quanto aos contratos celebrados entre partes diferentes, alguns parâmetros podem auxiliar o aplicador da lei a identificar a existência de coligação. É o caso da análise dos contratos, de forma isolada, revelar a existência de um ou mais centros de interesses envolvidos na contratação (MARINO, 2008, p. 122). Isso pode acontecer, por exemplo, quando cada contrato representar, de forma isolada, uma etapa específica de uma operação global (MARINO, 2008, p. 123).

Exemplo disso é a situação em que “A”, sociedade empresária, foi contratada por “B” para prestar serviços de engenharia em um projeto de construção de prédio comercial, que figura até então como o mais rentável de “A”. Com o objetivo de realizar tais serviços, “A” celebra contrato de locação de guindastes com uma sociedade empresária locadora “C”. Acontece que, no curso desses contratos, “A” ingressa com pedido de recuperação, que é deferido. Em seguida, “C” comunica a “A” quanto à decisão de resolver o contrato com base na cláusula que autoriza a resolução em caso de pedido ou deferimento da recuperação¹¹¹.

Nesse cenário, a análise da relevância do contrato de locação para recuperação de “A”, sem considerar o contexto no qual ele está inserido, pode levar à conclusão de que este não é meio adequado à preservação da empresa. Observa-se, contudo, que a locação dos guindastes é essencial à conclusão dos serviços que representa a maior fonte de receitas de “A”,

¹¹¹ Esse exemplo foi inspirado no seguinte precedente judicial: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo eletrônico n. **1007992-28.2015.8.26.0597**. Juíza de Direito Daniele Regina de Souza Duarte. Em trâmite na 1ª Vara Cível da Comarca de Sertãozinho/SP. Requerente: Usina Santa Elisa S/A e Outros (“Grupo Zanini”). Julg. 5 fev. 2016. (SÃO PAULO, 2016c, grifo nosso). A despeito dos métodos metodológicos adotados nesta dissertação, essa decisão foi obtida por meio da monografia de Fernanda Athanagildo Corrêa (Cf. CORRÊA, 2016). Cf., ainda, p. 63 desta dissertação para consulta à síntese da decisão.

razão pela qual existe uma relação de dependência econômica entre o contrato de prestação de serviço e de locação.

O contrato de locação é relevante para cumprimento de uma etapa específica do projeto de construção de prédio comercial e foi firmado para atender a uma única função econômica, que é a circulação de riquezas atrelada ao contrato de prestação de serviços. Logo, a cláusula resolutiva expressa deve ser tida como inválida, em decorrência do princípio da preservação da empresa, que terá maior peso na situação concreta ante o princípio da autonomia privada.

Há, ainda, algumas características que, se existentes nas relações contratuais, podem contribuir para a identificação dos contratos coligados, a despeito de não serem dotadas como critérios:

[...] a) proximidade temporal na realização dos diferentes contratos que compõem o conjunto; b) atuação empresarial conjunta na oferta de produtos e/ou serviços parcelares que se complementam (como, v.g., ocorre em uma loja de automóveis que oferta crédito para a aquisição do bem ou funciona em parceria com a oferta de consórcios para aquisição de produtos); c) a retribuição econômica pela prestação inserta em um contrato se dá por uma prestação integrante de outro contrato; d) utilização conjunta de estratégias e meios de publicidade para a oferta de produtos e serviços; e) mecanismos de controle de qualidade, produtividade ou de operação exercidos entre as partes dos diferentes contratos; f) estabelecimento de metas comuns, prazos ou objetivos integrados; g) fixação de garantias que geram consequências para as diferentes partes que integram o conjunto contratual (LEONARDO, 2013, p. 9).

Pode-se afirmar que tais características são indícios da existência de coligação contratual, que, uma vez considerados em conjunto com os critérios elucidados acima, podem contribuir para a análise do caso *sub judice* pelo aplicador da lei (LEONARDO, 2013, p. 9).

Feitas essas considerações, passa-se o estudo de outro parâmetro, focado na análise dos efeitos produzidos pela decisão que julga a cláusula resolutiva expressa, sob a ótica da contraparte daquela que ingressa com pedido de recuperação.

C) Análise dos impactos negativos produzidos à contraparte sob a ótica do princípio da proporcionalidade

A análise da cláusula resolutiva expressa demanda um exame do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, faz-se necessário responder à seguinte pergunta: As vantagens causadas pela promoção do princípio da preservação da empresa são

proporcionais às desvantagens causadas pela decisão que determinar a invalidade da cláusula resolutiva expressa (ÁVILA, 2007, p. 173)?

Para tentar responder a esta pergunta, eventuais impactos negativos que podem ser produzidos pela decisão que julgar inválida a cláusula resolutiva expressa devem ser avaliados sob a ótica da contraparte daquela que ingressou com pedido de recuperação, visto que esta é que vai suportar eventuais impactos negativos decorrentes de eventual decisão que determinar a invalidade da cláusula, em oposição aos seus interesses.

Nesse sentido, vale lembrar que a decisão que julgar a invalidade da cláusula resolutiva expressa produz como efeito a continuidade do contrato entabulado pelas partes antes da recuperação. Logo, deve-se avaliar se a parte que ingressou com pedido recuperacional tem capacidade de dar continuidade ao cumprimento do contrato, observando que,

[...] 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 (WILLCOX, 2017, p. 214).

A despeito de a recuperação judicial ser concedida apenas ao empresário e à pessoa jurídica empresária viável, isto é, a aqueles que têm condições de superar a crise econômico-financeira, o aplicador da lei deve observar se foram apresentadas provas de que a parte não têm condições de cumprir as obrigações que lhe são imputadas, por força do contrato.

Considere-se a situação hipotética de que a parte contratante compelida a cumprir o contrato está em notória situação de crise econômico-financeira e já avalia a possibilidade de pleitear a recuperação judicial. Se ela for compelida a cumprir o contrato em oposição aos seus interesses sem ser considerada, em contrapartida, os riscos de inadimplemento dos pagamentos, a manutenção do contrato apresentará, dependendo do caso concreto, riscos à solvabilidade da parte contratante.

Destaque-se, aqui, que é também do interesse público a preservação da parte contratante, como ente produtivo capaz de gerar renda, quitar tributos e produzir receitas. Portanto, eventual decisão de manter o contrato e decidir pela invalidade da cláusula resolutiva expressa deve ser avaliada, considerando-se os impactos que a decisão produzirá na esfera das duas partes contratantes.

Considere-se, por exemplo, que sociedade empresária “A”, distribuidora de produtos veterinários fornecidos por sociedade empresária do ramo da indústria farmacêutica veterinária “B”, ingressa com pedido de recuperação judicial. Acontece que “B”, ao tomar conhecimento do pedido recuperacional, comunica ao devedor quanto ao término do contrato de distribuição com base na cláusula que prevê a resolução do contrato, na hipótese de ingresso do pedido de recuperação judicial por qualquer das partes. Em seguida, o devedor requer, no bojo dos autos da recuperação judicial, o reconhecimento da invalidade da cláusula e, com isso, o restabelecimento do contrato de distribuição. Ainda, considere-se que: (i) os produtos adquiridos de “B” para fins de distribuição representam 50% (cinquenta por cento) do faturamento da recuperanda; (ii) a ausência de produtos similares no mercado, pois os produtos fabricados por “B” possuem fórmula exclusiva; e que (iii) a recuperanda propõe que a venda dos produtos por “B” se dê mediante o pagamento à vista, apesar de as partes terem pactuado no contrato de distribuição a realização do pagamento a prazo¹¹².

Diante dessa situação hipotética, observa-se que o contrato de distribuição está umbilicalmente atrelado aos fins sociais perseguidos pela recuperanda. Portanto, é possível admiti-lo como, no mínimo, relevante à recuperação, considerando-se que esta exerce atividades empresárias de distribuição e que a comercialização dos produtos a terceiros representa 50% (cinquenta por cento) da sua renda.

Não se pode deixar de chamar atenção, contudo, para o fato de que a proposta da recuperanda de alterar os termos contratados com vista a realizar o pagamento à vista para aquisição de produtos por “B” mitiga os riscos de inadimplemento. Afinal, “B” não terá a obrigação de entregar a mercadoria sem que tenha recebido, em contrapartida, o pagamento, em consonância com a norma da exceção do contrato não cumprido.

Ao analisar o caso concreto, portanto, o aplicador da lei tem a possibilidade de conciliar os interesses da parte sob o regime de recuperação, considerando que o contrato de distribuição é essencial à operação da recuperanda e o temor de inadimplemento provocado em “B” pela crise econômico-financeira desta. Logo, nesse caso, a decisão que julgar a invalidade da cláusula resolutiva expressa com base no princípio da preservação da empresa em detrimento

¹¹² Ressalte-se que essa situação hipotética foi inspirada na decisão que julgou, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o AI n. **1.0000.16.084734-9/001**. Agravante: Golden Log Distribuição e Logística Ltda. (em recuperação judicial). Agravada: Virbac do Brasil Indústria e Comércio Ltda. Datada em 6 de dezembro de 2016. (MINAS GERAIS, 2016, grifo nosso). Cf., ainda, p. 62 desta dissertação para consulta à síntese da decisão.

da autonomia da vontade assegura a proporcionalidade das vantagens e desvantagens geradas às partes contratantes.

Cumprido destacar, todavia, que a análise dos impactos negativos produzidos a contraparte sob a ótica do princípio da proporcionalidade não tem como escopo assegurar o pagamento dos créditos existentes antes ou depois do pedido de recuperação. O objetivo com o parâmetro ora proposto é garantir a proporcionalidade dos impactos considerados como vantagens e desvantagens promovidos pela decisão que julgar a invalidade da cláusula resolutiva expressa.

4.3.1.3 Terceira etapa: fase decisória

A última fase corresponde à etapa que o aplicador da lei aponta a solução do caso concreto. É nesse momento que são analisados, em conjunto, as normas, os fatos relevantes e como eles repercutem nas normas, a fim de verificar qual a solução adequada ao caso (BARCELLOS, 2005b, p. 122). Nessa fase decisória, é importante lembrar, também, que a decisão deve atender à pretensão de universalidade, de modo a demonstrar sua racionalidade¹¹³.

É nessa etapa que os parâmetros elaborados anteriormente serão aplicáveis ante o caso concreto, considerando-se os seguintes três parâmetros que envolvem a análise: (i) dos contratos personalíssimos diante de situações de trespasse do estabelecimento comercial, cisão, fusão e incorporação; (ii) dos contratos relevantes ou essenciais à recuperação, levando-se em conta se resolução da relação importa a paralisação das atividades da recuperanda, se o objeto contratual está umbilicalmente atrelado aos fins sociais da recuperanda, se a relação mantida com a outra parte contratante demonstra dependência de clientela ou se envolve dois ou mais contratos coligados, e (iii) dos impactos negativos produzidos a contraparte sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Por fim, cumpre observar que tais parâmetros não encerram as controvérsias sobre a validade da cláusula resolutiva expressa. Todavia, sua enumeração cumpre o objetivo proposto nesta dissertação, qual seja, o de organizar metodologicamente o processo interpretativo da cláusula resolutiva expressa e de elaborar parâmetros e critérios capazes de contribuir para a racionalidade das decisões judiciais em que houver necessidade de avaliar a sua validade ante o caso concreto.

¹¹³ Reitera-se que o parâmetro da universalidade não é aplicável a casos que apresentam questões inéditas.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro não traz solução expressa a respeito da validade das cláusulas de vencimento antecipado da dívida, de compensação e resolutive expressa, quando incluídas em contratos privados, para resguardar os interesses dos contratantes e cuja eficácia resta condicionada à ocorrência do pedido recuperação judicial, do deferimento do seu processamento ou da aprovação do plano de recuperação.

Pela análise normativa realizada pôde-se confirmar a hipótese investigada em relação às cláusulas de vencimento antecipado e compensação. Diante do conflito entre, de um lado, o princípio da autonomia privada e, de outro, os princípios da preservação da empresa e do tratamento igualitário dos credores, concluiu-se, por meio da aplicação de métodos hermenêuticos clássicos, que estes últimos devem prevalecer por tutelarem interesses públicos abarcados pelo instituto da recuperação judicial e que as referidas cláusulas devem ser consideradas inválidas.

Observou-se que cabe ao aplicador da lei, a partir do princípio da unidade do texto constitucional, afastar as antinomias aparentes, haja vista que os princípios tutelados pelo instituto da recuperação judicial (preservação da empresa e do tratamento igualitário dos credores) introduzem limites legítimos – originários da Constituição da República Federativa do Brasil – ao princípio da autonomia privada. Daí a harmonização dos princípios, leva a invalidade das cláusulas sob enfoque e a redução do campo de incidência da autonomia privada.

Quanto à cláusula de resolução, a hipótese foi parcialmente confirmada, porque a decisão sobre sua validade depende da análise do caso concreto. Tal cláusula não é sempre inválida no âmbito da recuperação judicial de empresa. Pode ser assim considerada, a fim de garantir a preservação da empresa em detrimento da autonomia privada, quando a sua invalidade não se mostrar o meio adequado para alcançar o fim pretendido pelo regime jurídico da recuperação e, resguardar os interesses públicos ali tutelados.

Por outro lado, demonstrou-se a existência de casos em que a cláusula resolutive pode ser considerada como válida, em consonância com princípio da autonomia privada. Considerando que em relação a essa cláusula não foi possível formular modo de interpretação universal e adequado a toda e qualquer circunstância, três parâmetros foram delineados visando contribuir para a atividade jurisdicional exercida pelo aplicador da lei decidir sobre a validade ou não dessa cláusula à luz do caso concreto.

O primeiro parâmetro delineado propõe que se realize a análise da classificação do contrato, verificando em que medida se qualifica como personalíssimo diante de negócios

jurídicos envolvendo trespasse de estabelecimento empresarial, como também em caso de cisão, fusão ou incorporação. Isso porque, nos contratos personalíssimos, as características da contratante é fator decisivo para contratação. Assim, considerando que no trespasse há, como já visto, norma jurídica proibitiva da cessão do contrato quando personalíssimo (art. 1.148, do CC), cabe, então, a sua resolução. Já no caso da cisão, fusão ou incorporação, compete ao aplicador da lei avaliar se a concretização de qualquer dessas operações determina a mudança de uma parte contratante, cujas características pessoais tenham sido determinantes na decisão de contratar, de modo a justificar o término do contrato, por sua natureza personalíssima.

Pelo segundo parâmetro, deve-se verificar se a cláusula foi posta em contrato relevante ou essencial à recuperação da contratante, levando-se em conta se resolução contratual importará na paralisação das atividades da recuperanda, se o objeto contratual está umbilicalmente atrelado aos seus fins sociais, se há dependência de clientela ou se envolve contratos coligados. Nota-se que se tais circunstâncias existirem no caso *sub judice*, o parâmetro em foco se presta a fundamentar a decisão acerca da invalidade da cláusula resolutiva, haja vista que a continuidade do contrato é meio adequado para tentar se promover a preservação da empresa.

De acordo com o terceiro parâmetro, deve-se realizar análise quanto aos impactos negativos produzidos à contraparte sob a ótica do princípio da proporcionalidade, visto que é esta que vai ser compelida a cumprir o contrato, se não atendida sua pretensão de declaração de validade da cláusula. Vale lembrar que o ordenamento jurídico também tem interesse na saúde econômico-financeira da contraparte, de modo que não é razoável a análise da cláusula, levando-se em consideração somente os interesses da parte em recuperação. Para equilíbrio da relação, deve-se avaliar, por exemplo, se a continuidade da relação contratual pode vir a implicar em crise temporária ou definitiva da contraparte, de modo a justificar a validade da cláusula ou, ainda, se os riscos de inadimplemento estão mitigados na contratação, como no caso de realização de pagamentos à vista pela recuperanda, a fim de motivar a decisão acerca da invalidade da referida cláusula.

Por último, cumpre registrar que a pesquisa realizada pode ser ampliada a partir da expansão da base de dados utilizada para concretização da pesquisa jurisprudencial como também para abranger outras cláusulas, como a arbitral, cuja presença habitual também foi verificada nos pactos privados celebrados, ou ainda para analisar os efeitos dos projetos de lei analisados, se aprovados pelo Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 750/117, 1988.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005a.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito: um estudo de caso: reflexões sobre o direito do trabalho e o sistema constitucional*. Createspace, 2014. *Kindle version*.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARUFALDI, Wilson Alexandre. *Recuperação judicial: estrutura e aplicação de seus princípios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução n. 3.516, de 6 de dezembro de 2007. Veda a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada de contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro e estabelece critérios para cálculo do valor presente para amortização ou liquidação desses contratos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 dez. 2007. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48006/Res_3516_v1_O.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.229 de 2005. Altera o § 7º do art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que "Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", para submeter todos os créditos tributários à recuperação judicial. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4958DFD870AD06545171CE69E8E0238.proposicoesWebExterno1?codteor=358309&filename=PL+6229/2005>. Acesso em 10 jun. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.572 de 2011. Institui o Código Comercial. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.220 de 2018. Altera a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. 10 maio 2018a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 abr. 2019b. Edição extra e retificado em 3 maio 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 jul. 1945. Texto original disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7661-21-junho-1945-449981-publicacaooriginal-36829-pe.html>>. Revogado pela n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Presidência da República. n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 487 de 2013. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Licitação (empresa em recuperação judicial). Participação. Possibilidade. Certidão de falência ou concordata. Interpretação extensiva. Descabimento. Aptidão econômico-financeira. Comprovação. Outros meios. Necessidade. [...]. AREsp. n. 309.867/ES. Rel. Min. Gurgel de Faria. 1ª Turma. Agravante: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda. (em recuperação judicial). Agravado: Município de Vitória. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 8 ago. 2018b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/611071270/agravo-em-recurso-especial-aresp-309867-es-2013-0064947-3>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental. Conflito de competência. Execução fiscal. Empresa em recuperação judicial. Competência do Juízo universal. Edição da Lei n. 13.043, de 13.11.2014. Parcelamento de créditos de empresa em recuperação. Jurisprudência mantida. AgRg no AgRg no Conflito de Competência n. 81.922/RJ. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 2ª Seção. Suscitante: Veplan Hotéis e Turismo S/A. (em recuperação judicial). Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Julg. 25 fev. 2016. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 4 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito empresarial. Recuperação judicial. Plano. Aprovação judicial. *Cram down*. Requisitos do art. 58, § 1º, da Lei 11.101/2005. Excepcional mitigação. Possibilidade. Preservação da empresa. [...]. REsp. n. 1.337.989/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: WS Indústria e Comércio Ltda. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 4 jun. 2018c. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923428/recurso-especial-resp-1337989-sp-2011-0269578-5>> Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 480. O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa. Julg. 27 jun. 2012. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 1º ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Jurisprudencia/Sumulas>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101/2005. Falência e recuperação judicial. Inexistência de ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, da Constituição Federal de 1988. ADI julgada improcedente. [...]. ADI n. 3.934/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Democrático Trabalhista, Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, 5 nov. 2018d. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-fal.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 95-146.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 103-118.

CORRÊA, Fernanda Athanagildo. *Limitações contratuais impostas pela lei de falências e recuperações judiciais (Lei 11.101/2005): ilegalidades da cláusula de declaração de vencimento antecipado culminando na resolução automática do contrato motivada exclusivamente pelo ajuizamento do pedido de recuperação judicial*. 2016. Monografia (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito dos Contratos LLM) – Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1434/FERNANDA%20ATHANAGILDO%20CORR%C3%8AA_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 maio 2019.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.

DILL, Amanda Lemos. Sujeição à recuperação judicial: uma interpretação do artigo 49 da Lei 11.101/2005 à luz da jurisprudência. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. v. 10, p. 1-19, out./dez. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e ordem pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Obrigações e contratos: princípios e limites*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 281-282.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Jean Carlos. Reflexões sobre a nova lei falimentar: os efeitos da homologação do plano de recuperação extrajudicial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 141, p. 169-184, jan./jul., 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção do contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. Arts. 50 a 52. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 353-382.

HEINEKEN é obrigada a manter contrato com distribuidora de PE. *Migalhas*, 26 set. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265911,21048-Heineken+e+obrigada+a+manter+contrato+com+distribuidora+de+PE>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

JUSTIÇA em números: 2018. *Conselho Nacional de Justiça*. (CNJ). 2018. Brasília: CNJ, Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

KATAOKA, Eduardo Katemi. *Coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), Lisboa, v. 4, p. 355-404, 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JÚNIOR. A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? (Parte 1). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

LOBO, Jorge. Da recuperação judicial. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146 -274.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento – Ação de recuperação judicial – Restabelecimento de contrato rescindido em razão da recuperação judicial – Princípio da preservação da empresa. [...]. Recurso provido. AI n. 1.0000.16.084734-9/001. Rel. Des. Peixoto Henriques. 7ª Câmara Cível. Agravante: Golden Log Distribuição e Logística Ltda. (em recuperação judicial). Agravada: Virbac do Brasil Indústria e Comércio Ltda. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 4 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.leidefalencias.com.br/noticia.php?id=8573/tjmg-recupera-ccedil-atilde-o-judicial-e-o-restabelecimento-de-contrato-de-distribui-ccedil-atilde-o-de-produtos>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Processamento do pedido – Compensação financeira por um dos credores – Procedimento extrajudicial – Ilegalidade. [...]. AI n. 1.0290.12.008612-6/001. Rel. Des. Kildare Carvalho. 3ª Câmara Cível. Agravante: Plaster Indústria e Comércio de Resinas Plásticas Ltda. Agravado: Comércio de Indústria Refiate Ltda. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 21 ago. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Direito comercial. Recuperação de empresa. Contratos de distribuição de produtos essenciais ao comércio e às atividades da recuperanda. Necessidade de manutenção em face da promessa de "congelamento" da dívida atual e do pagamento antecipado das novas aquisições. [...]. AI n. 1.0000.16.060359-3/001. Rel. Des. Wander Marotta. 5ª Câmara Cível. Agravante: Ruraltech Produtos Agropecuários Ltda. Agravada: Merck Sharp & Dohme Saúde Animal Ltda. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 6 dez. 2016.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da recuperação judicial. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei n 11.101/2005*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 270-319. Disponível em: <<https://edisdisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=895941>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NEDER CERZETTI, Sheila Christina. *A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NORONHA, João Otávio de; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Arts. 5º e 6º. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72-117.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Habilitação de crédito. Instrumento particular de confissão de dívida. Quitação integral do débito. Ocorrência. Inoperabilidade da cláusula resolutiva expressa [...]. AI n. 1292381-0. Rel. Des. Luis Sérgio Swiech. 17ª Câmara Cível. Agravante: Becker, Pizzatto & Advogados, Associados. Agravada: Piergo Indústria e Comércio de Aço Ltda. *Diário de Justiça eletrônico*, Curitiba, 3 ago. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Embargos de declaração em apelação cível. Omissão. Inexistência. Embargante que aponta vício no tocante à validade de cláusula contratual, concordância das partes e contratação com terceiros [...]. ED n. 0000953-49.2017.8.16.0162. Rel. Des. Lenice Bodstein. Embargante: Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S.A. Embargada: Copel Distribuição S/A e Outras. *Diário de Justiça eletrônico*, Curitiba, 8 nov. 2018.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I: Disposições preliminares. Capítulo II: Disposições comuns à recuperação judicial e falência. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. (Coord.). *Comentários à lei de*

recuperação de empresas e falências: Lei n 11.101/2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 57-143. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=895941>>. Acesso em: 10 jun. 2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Processo judicial eletrônico de 1º grau n. 0001598-70.2015.8.17.2990. Juíza de Direito: Eunice Maria Batista Prado. Requerente: Mediterrânea Distribuidora de Bebidas Ltda., Atlântica Distribuidora de Bebidas Ltda. e Atlântica New Distribuidora de Bebidas Ltda. Luciana Gomes Transportes Ltda. 4ª Vara Cível da Comarca de Olinda. Decisão datada de 20 set. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265911,21048-Heineken+e+obrigada+a+manter+contrato+com+distribuidora+de+PE>>. Acesso em: 15 jun. /2019.

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975, 2 v.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. Ação cautelar. Pedido de processamento de recuperação judicial. Rescisão de contrato pela destinatária dos serviços prestados pela empresa requerente. Viabilidade da empresa. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. Multa. [...]. Ag. n. 0002437-24.2014.8.19.0000. Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. 5ª Câmara Cível. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás. Agravada: TQM Service Consultoria e Manutenção Ltda. Decisão datada de 25 fev. 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, Rio de Janeiro, 6 mar. 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000489E7146049DE76987EE39AEBFCF1978D6C50261540833>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Recuperação Judicial que envolve as empresas Oi S.A., Telemar Norte Leste S.A., Oi Móvel S.A., Copart 4 Participações S.A., Copart 5 Participações S.A., Portugal Telecom International Finance B.V. e Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A. Processo n. 020371-65.2016.8.19.0001. Decisão datada de 29 jun. 2016. Juiz de Direito Fernando Viana. 7ª Vara Empresarial da Comarca de Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Fls.-186896-186935-%E2%80%93-Petic%CC%A7a%CC%83o-AJ.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. Título extrajudicial. Nulidade da decisão dos embargos. Inocorrência. Inexigibilidade da cobrança do crédito do título extrajudicial. Título não vencido [...]. AC n. 70071012934. Rel. Des. Pedro Luiz Pozza. Apelante: Master Alimentos e Cereais Ltda. Apelado: Osmar Luiz Giovelli e Outros. *Diário de Justiça eletrônico*, Porto Alegre, 29 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Recuperação judicial. Serviço de escrituração de ações. Princípio da preservação da empresa. Princípio da boa-fé objetiva. Código de processo civil. Ônus da prova. Liminar. [...]. Tribunal de Justiça. AI n. 70078610342. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. 12ª Câmara Cível,

Agravantes: Itaú Corretora de Valores S.A e Itaú Unibanco S.A. Agravado: Recrusul S.A (em recuperação judicial). *Diário de Justiça eletrônico*, Porto Alegre, 19 mar. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. Falência e recuperação judicial. Apropriação de valores pertencentes à empresa recuperanda. Compensação de crédito sujeito ao concurso de credores. Descabimento. Multa. Possibilidade. [...]. AI n. 70040898488. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. 5ª Câmara Cível. Agravante: Itaú Unibanco S.A. Agravada: Comercial de Eletrodomésticos Pedro Obino Júnior S.A. Julg. 25 maio 2011. *Diário de Justiça*, Porto Alegre. 1º jun. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Impugnação de crédito. Compensação. Impossibilidade. [...]. AI n. 70079360996. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. 5ª Câmara Cível. Agravante: Volvo do Brasil Veículos Ltda. Agravada: Comil Ônibus S.A. (em recuperação judicial). *Diário de Justiça eletrônico*, Porto Alegre, 5 dez. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Cláusula de vencimento antecipado na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 133-139, out. 2016a.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Compensação de débitos na recuperação judicial. In: MENDES, Bernardo Bicalho Alvarenga (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b. p. 447-470.

SADDI, Jairo. Arts. 41 a 46. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 285-312.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=896029>>. Acesso em: 10. jun. 2019.

SANTOS, Paulo Penalva. Capítulo 13: Os contratos na recuperação judicial e na falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 415-442.

SANTOS, Paulo Penalva. Capítulo XV: Os contratos na recuperação judicial e na falência. In: SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 217- 247. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=896029>>. Acesso em: 10. jun. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Retenções realizadas a título de compensação – A possibilidade de compensação de créditos na recuperação judicial não é taxativa na lei de regência, razão pela qual não há uniformidade jurisprudencial sobre o tema. [...]. AI n. 2165982-13.2015.8.26.0000. Rel. Des. Ricardo Negrão. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Agravadas: Garcia e Participações Ltda., Jaraguá Equipamentos Industriais Ltda., Jaraguá Equipamentos Industriais do Nordeste Ltda. e Jaraguá Engenharia Instalações Industriais Ltda. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, São Paulo, 8 abr. 2016a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Preliminar de nulidade da decisão recorrida pela suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da vedação à decisão surpresa. [...]. AI n. 2017701-76.2019.8.26.000. Rel. Des. Maurício Pessoa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravantes: Saraiva Educação S.A, Editora Ática S/A e Editora Scipione S/A. Agravadas: Saraiva e Siciliano S/A (em recuperação judicial) e Saraiva S.A. Livreiros Editores (em recuperação judicial). *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 13 jun. 2019a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento – Recuperação Judicial – Indeferimento de tutela de urgência objetivando a retirada do nome da empresa dos órgãos de proteção ao crédito e manutenção do contrato com seguradora – Irresignação – Descabimento [...]. AI n. 2170597-75.2017.8.26.0000. Rel. Des. Maurício Pessoa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Soproval Embalagens Plásticas Ltda. (em recuperação judicial). Agravado: O Juízo. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 22 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Despejo e declaratória incidental de anulação de cláusula contratual – Pretensões de despejo por infração contratual julgada procedente, improcedente a declaratória incidental [...]. AC n. 0027843-77.2013.8.26.0003. Rel. Des. Sá Duarte. 33ª Câmara de Direito Privado. Apelante: A&B Comércio de Calçados Ltda. (em recuperação judicial). Apelada: Companhia Santa Cruz. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 5 jul. 2016b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos à execução – Cédula de crédito bancário – Confissão de dívidas – Improcedência decretada, sob os fundamentos de que o vencimento antecipado, em decorrência da recuperação judicial do devedor principal, é legal [...]. AC n. 1018055-80.2017.8.26.0003. Rel. Des. Jacob Valente. 12ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Or Service com Serviços de Imagem Ltda. e Mario Takeshi Oku. Apelado: Banco Itaú S.A. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 5 abr. 2019b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo eletrônico n. 1007992-28.2015.8.26.0597. Juíza de Direito Daniele Regina de Souza Duarte. 1ª Vara Cível da Comarca de Sertãozinho/SP. Requerente: Usina Santa Elisa S/A e Outros. Julg. 5 fev. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 5 fev. 2016c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Recuperação judicial – Compensação convencional – Crédito não arrolado na lista de credores da recuperanda – Possibilidade de as partes suprirem, por acordo de vontades, a ausência de eventuais pressupostos da compensação legal [...]. AI n. 2166093-94.2015.8.26.0000. Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravante: Petróleo Brasileiro S.A. Agravada: Schahin Engenharia S.A, *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 3 maio 2016d.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Rescisão contratual cc. indenização e reconvenção. Acordo de parceria para a implantação de loteamento. Cláusula contratual, com previsão de rescisão na hipótese de falência, concordata ou insolvência que não pode ser afastada pelo princípio da recuperação da empresa. Liberdade de contratar que deve ser observada. [...]. AC n. 1040916-60.2017.8.26.0100. Rel. Des. Maia da Cunha. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelantes: Urbplan Desenvolvimento Urbano S.A e Fleche Participações e Empreendimento Ltda. Apeladas: Cacique Agrícola S/A e Companhia Cacique de Café Solúvel. *Diário de Justiça eletrônico*, São Paulo, 21 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil: Parte I. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/05/02/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil-parte-i/>>. Acesso em: 8 maio 2019.

SCHUELER JR, Edson. Critérios para definição dos créditos sujeitos à recuperação judicial: comentários ao artigo 49 da Lei 11.101/05. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 7, p. 1-7, jan./mar. 2018.

SENADO FEDERAL. *Regimento comum*: Resolução n. 1, de 1970-CN, com alterações posteriores, até 2006, e legislação conexa. Brasília: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/regimento-do-congresso-nacional>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SMITH, Brian. Formal ontology, common sense, and cognitive science. *International Journal of Human-Computer Studies*, 1995, v. 43, p. 641-667. Disponível em: <http://cogprints.org/309/1/formal_20ontology.html>. Acesso em: 8 maio 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Marcos Andrey. Comentários aos arts. 51 ao 54. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 273-297.

SZTAJN, Rachel. Capítulo III: Da recuperação judicial. Seção I: Disposições gerais. Seção II: Do pedido e do processamento da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-269. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=895941>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. *A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil*: Primeira parte. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil>> Acesso em: 8 maio 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Marina Celina Bodin de (Coord.). *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar: 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresas – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 25, n. 83, p. 98-106, set. 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

VAZ, Janaína Campos Mesquita. *Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Arts. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313-352.

WILCOX, Victor. A cláusula resolutive 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*, Belo Horizonte, v. 13, p. 197-215, jul./set. 2017.