



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 172-173, ago. 2016/jul. 2017

RDM 172/173

Doutrina e Atualidades:

- 1 – "Intuitu Commercium: Reflexões Sobre a Influência a Dinâmica Empresarial nos Contratos Personalíssimos" (autor: Rodrigo Rocha Feres Ragil)
- 2 – "A Falácia das Patentes na Visão Crítica de Boldrin e Levine" (autores: Leonardo Toledo da Silva e Rafael Dias Côrtes)
- 3 – "Beyond Legal Formalism in Brazil: The Law and Poverty Group Experience" (autores: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello e Raquel de Mattos Pimenta)
- 4 – "O Direito Registral Empresarial" (autor: José Engrácia Antunes)
- 5 – "El Desafío de la Normativa Concursal Italiana para Lograr la Eficacia de los Procedimientos" (autora: Stefania Pacchi)
- 6 – "Contratos Preliminares e Contratos Definitivos" (autor: Luciano Zordan Piva)
- 7 – "Os Poderes da Assembleia Geral dos Credores e o Abuso do Direito de Voto" (autor: Newton de Lucca)
- 8 – "Criação e Reforma do Novo Mercado da Bolsa de Valores: Os Limites da "Solução Alternativa"" (autora: Anna Binotto Massaro)
- 9 – "Liberdade e Intervenção em Contratos Empresariais: Reflexões à Luz de Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (autora: Victória Baruselli Cabral de Melo)
- 10 – "Validade ou Não da Cláusula Resolutiva Expressa em Contratos Públicos pela Recuperação Judicial" (autor: Luiz Fernando Rocha Silva)
- 11 – "Investment fund voting in Brazilian public companies" (autor: Alexandre Edde Diniz de Oliveira)

ISBN 978-65-89904-76-2



9 786589 904762 >



rdm

revista de direito mercantil



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

172/173

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVI (Nova Série)
agosto 2016/julho 2017

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVI – ns. 172/173 – ago. 2016/jul. 2017
FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS
DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

JOÃO PAULO BRAUNE GUERRA.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

ALESSANDRO DA MATA VASCONCELOS, CAMILA

BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,

GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, GUSTAVO CANHISARES MAZUCA,

ISABELLA PETROF, JOÃO PEDRO SIMINI RAMOS PEREIRA,

JULIA BORGES ENDLER, KAREN MAYUMI CARVALHO

TAHYRA, KAWAN HERCULINO TOSTES,

LARA BEGNAME DE CASTRO, LUCA AKIRA MOUTINHO

FUJISAKA, MARIA CLARA CARVALHO DE SENA,

MATEUS BERNARDES DOS SANTOS, MATHEUS CHEBLI,

PEDRO HENRIQUE MANFRINI, RODOLFO PAVANELLI MENEZES,

RODRIGO FIALHO BORGES, SERGIO COELHO DE AZEVEDO

JUNIOR, SOFIA DALLA DÉA BARONE,

VICTÓRIA DIAZ DA SILVA, VIRGÍLIO MAFFINI GOMES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da

Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho,

CEP 30664790

Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos

Daniel Carvalho

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Alexandre Edde Diniz de Oliveira, Anna Binotto Massaro, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, José Engrácia Antunes, Leonardo Toledo da Silva, Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello, Luciano Zordan Piva, Luiz Fernando Rocha Silva, Newton de Lucca, Raquel de Mattos Pimenta, Rafael Dias Côrtes, Rodrigo Rocha Feres Ragil, Stefania Pacchi, Victória Baruselli Cabral de Melo

ISBN: 978-65-89904-76-2

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

COLABORADORES

ALEXANDRE EDDE DINIZ DE OLIVEIRA

Candidato a Graduação em Direito (*Doctor of Law*), Harvard Law School.
Bacharel em Direito, Universidade de São Paulo.

ANNA BINOTTO MASSARO

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo.
Bacharel em Direito pela USP. Foi intercambista do *Yale Latin American Linkages Program*, assistente de pesquisa do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito/SP, integrando, na mesma instituição, a equipe de pesquisa do Grupo de Estudos da Relação entre Estado e Empresa Privada (GRP).

CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do *PGLaw*. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D.). Doutor e bacharel pela USP. Foi professor visitante na *Yale Law School* e na *Wharton Business School* da *University of Pennsylvania*. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela *New York State Bar Association*. Membro Vice-Presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão *Fulbright* do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Professor de Direito Comercial, Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa, 1989) e Doutor em Direito (*European University Institute*). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do EUI (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989). Professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona, Tóquio, Londres, Connecticut, Fontainebleau, Madrid, São Paulo, Caracas, Aarhus, Frankfurt, Luxemburgo, Viena, Brasília). Membro da Sociedade Científica da Universidade Católica. Membro do *European Company*

Law Group. Colaborador do Banco de Portugal (1997) e da Comissão Europeia (2011). Autor de monografias, artigos e estudos de reforma legislativa no domínio da Filosofia de Direito, Direito Comercial, Direito das Sociedades, Direito Bancário, Direito do Mercado de Capitais, Direito dos Contratos Comerciais, Direito da Concorrência, e Direito Cambiário, publicados em editoras portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, argentinas, holandesas e norte-americanas.

LEONARDO TOLEDO DA SILVA

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (2001), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2006), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2015). É professor, advogado e árbitro, autor de obras em matérias relacionadas a Direito da Construção e Direito Societário. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELLO

Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em direito pela mesma instituição, com período de mobilidade internacional no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po)*. Foi Pesquisadora Visitante do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard, coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP, professora contratada das disciplinas de Direito Internacional Econômico e Aspectos Jurídicos das Relações Internacionais do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU e assistente da disciplina Comércio Internacional e Concorrência da Universidade de Brasília – UNB. Assessora de Ministro do STF.

LUCIANO ZORDAN PIVA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Pesquisador do NEF – Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências. Fez intercâmbio acadêmico na *Lund University*, na Suécia, onde estudou disciplinas de Direito e Economia. Foi *Visiting Scholar* na *University of Illinois College of Law at Urbana-Champaign*, onde desenvolveu pesquisa com o

Professor Aviram Amitai na área de Direito Societário e Fusões e Aquisições. Foi aluno da disciplina de *Bankruptcy* ministrada pelo Professor Charles J. Tabb.

LUIZ FERNANDO ROCHA SILVA

Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos com Pós-graduação em andamento em Direito e Gestão Jurídica pelo Ibmecc.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Professor Titular pela Faculdade de Direito da USP, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do *Instituto Latino-Americano de Derecho Privado*.

RAQUEL DE MATTOS PIMENTA

Professora e pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP. Integrante do Núcleo Teorias e Fronteiras do Direito e Desenvolvimento na mesma instituição. Doutora e Mestre em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista *Fulbright* e Pesquisadora Visitante na *Yale Law School* e Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Foi pesquisadora de Pós-Doutorado *Global Fellow* na FGV Direito/SP). Teve bolsa de pesquisa de Mestrado e Iniciação Científica concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Graduada pela FD-USP. Intercâmbio de Graduação no *Institut d'Études Politiques em Paris (Sciences Po)*.

RAFAEL DIAS CÔRTEZ

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. MBA em Gestão Corporativa pela Estação Business School. Especialista em Direito Processual Civil, com ênfase na Administração Pública, pelo Instituto

de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - PR. Sócio de Hauer, Côrtes - Advogados.

RODRIGO ROCHA FERES RAGIL

Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com intercâmbio acadêmico na *Université de Versailles* (França). Gerente Jurídico da *Avenue Code* (avenecode.com).

STEFANIA PACCHI

Professora Catedrática de Direito Comercial do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Departamento de Direito da Universidade de Siena. Diretora do Curso de Formação Avançada em Direito da Falência da Universidade de Siena. Presidente do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Jurídicas da Universidade de Siena. Membro do Conselho Acadêmico do Doutorado em Instituições e Direito Econômico da Universidade de Siena. Membro fundadora e membro do comitê científico do Instituto *Ibero-Americano de Derecho Concursal*. Membro Correspondente Estrangeiro do Instituto Empresarial da Academia de Direito e Ciências Sociais de Córdoba/Argentina. Fundadora e Presidente da *Association for Insolvency Studies of Tuscany* (ASCo. T.). Faz parte da redação das revistas: *Direito Comercial*, *Revista do Direito Comercial* e *Falência e Direito Comercial Societário*. Em 2008 foi selecionada pelo INDECOPI (Instituto Nacional de Processos de Falências e Propriedade Industrial do Peru) e pelo Banco Mundial para ministrar um curso de palestras em Lima sobre os aspectos críticos do direito falimentar peruano. Em 2010 foi chamada como docente no curso de especialização em direito da insolvência da Universidade Católica Javeriana de Cali (Colômbia). Docente do Mestrado em “La Insolvencia empresarial”, da Universidade *San Pablo CEU* de Madri. Inscrita no Registro Especial de Advogados do Tribunal de Florença. Palestrante em conferências na Itália e no exterior.

VICTÓRIA BARUSELLI CABRAL DE MELO

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comercial (*Master 2 Droit des Affaires*) pela *Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*. Bacharela em Direito pela USP. Formada em Direito (*Licence en Droit*) pela *Université de Lyon*, no âmbito do programa *Partenariats Internationaux Triangulaires d'Enseignement Supérieur* – PITES. Realizou curso de verão na *Shanghai Jiao Tong University*. Realizou intercâmbio acadêmico na *Université Paris 2 Panthéon Assas*. Foi bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

SUMÁRIO

INTUITU COMMERCIIUM REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA EMPRESARIAL NOS CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS.....	17
<i>Rodrigo Rocha Feres Ragil</i>	
A FALÁCIA DAS PATENTES NA VISÃO CRÍTICA DE BOLDRIN E LEVINE..	47
<i>Leonardo Toledo da Silva; Rafael Dias Côrtes</i>	
BEYOND LEGAL FORMALISM IN BRAZIL: THE LAW & POVERTY GROUP EXPERIENCE.....	77
<i>Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa; Lilian Manoela Monteiro Cintra de Mello; Raquel de Mattos Pimenta</i>	
O DIREITO REGISTRAL EMPRESARIAL	101
<i>José Engrácia Antunes</i>	
EL DESAFÍO DE LA NORMATIVA CONCURSAL ITALIANA PARA LOGRAR LA EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS	165
<i>Stefania Pacchi</i>	
CONTRATOS PRELIMINARES E CONTRATOS DEFINITIVOS.....	187
<i>Luciano Zordan Piva</i>	
OS PODERES DA ASSEMBLEIA GERAL DOS CREDITORES E O ABUSO DO DIREITO DE VOTO	233
<i>Newton De Lucca</i>	
CRIAÇÃO E REFORMA DO NOVO MERCADO DA BOLSA DE VALORES: OS LIMITES DA “SOLUÇÃO ALTERNATIVA”	257
<i>Anna Binotto Massaro</i>	

LIBERDADE E INTERVENÇÃO EM CONTRATOS EMPRESARIAIS: REFLEXÕES À LUZ DE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	293
---	-----

Victória Baruselli Cabral de Melo

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	311
---	-----

Luiz Fernando Rocha Silva

INVESTMENT FUND VOTING IN BRAZILIAN PUBLIC COMPANIES: AN EMPIRICAL ANALYSIS	341
--	-----

Alexandre Edde Diniz de Oliveira

VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS PÚBLICOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE VALIDITY OR NON VALIDITY OF THE EXPRESS RESOLUTION CLAUSE IN PUBLIC CONTRACTS FOR REORGANIZATION PROCEEDINGS

Luiz Fernando Rocha Silva

Resumo: Tornou-se comum as partes fazerem constar, em negócios jurídicos bilaterais, cláusula que prevê expressamente a resolução do contrato no caso em que uma delas requeira recuperação (judicial ou extrajudicial) ou entre em processo falimentar, denominada cláusula resolutiva expressa. Ocorre que na dinâmica contratual, mais especificamente nos contratos públicos, há uma série de princípios e interesses que devem ser contrapostos quanto as possíveis consequências decorrentes da cláusula resolutiva expressa. Neste trabalho, o objetivo é investigar a validade desta cláusula nos contratos públicos, bem como averiguar os possíveis efeitos da continuidade do contrato quando do pedido de recuperação judicial da sociedade empresária que firmou contrato com a Administração Pública. Serão analisados os instrumentos normativos que regem a falência, Lei 11.101/05, que em sua essência possui como base a função social da empresa e sua preservação, e também a Lei 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, buscando conciliar e contrapor os princípios que norteiam ambos institutos, como no interesse da Administração Pública em preservar o contrato administrativo, a prevalência do interesse público sobre o privado e no princípio da preservação da empresa.

Palavras-chave: Contratos Bilaterais. Contrato Administrativo. Contrato Empresarial. Recuperação Judicial. Cláusula Resolutiva Expressa. Função Social. Preservação da Empresa.

Abstract: It has become common in bilateral legal agreements that parties include an expressed provision - known as express resolution clause - for dispute resolution of the contract in the event that one of them files for reorganization (judicial or extrajudicial) or enters into insolvency proceedings. It happens that in contractual dynamics, more specifically in public procurement, there are many principles and interests that must be countered as to the possible consequences arising from the express resolution clause. This work aims at investigating the validity of this clause in public contracts and also investigating possible effects of the continuity of the contract when the business company that signed a contract with the Public Administration files for reorganization. An analysis will be made of the normative instruments that govern the bankruptcy process: Law no. 11.101/05 - which in essence is based on the social function of the company and its preservation; and Law no. 8.666/93 - which establishes standards for public administration bids and contracts. It will also seek to reconcile and counter the principles that guide both institutes, as in the interest of the Public Administration in preserving the administrative contract, the prevalence of the public interest over the private and in the principle of the preservation of the company.

Keywords: Bilateral Contracts. Administrative Contract. Business Contract. Judicial Reorganization. Express Resolution Clause. Social Function. Company Preservation.

1. INTRODUÇÃO

Não incomum são encontrados em diversas espécies de contratos cláusula que prevê a possibilidade de uma das partes, caso seja configurado a insolvência da outra ou até mesmo pelo mero pedido de recuperação, rompê-lo. Nessa perspectiva, o simples fato de o empresário vir a requerer o deferimento do pedido de recuperação ou tenha sua insolvência declarada, por si só seria motivo suficiente para resolução do contrato, ainda que nenhuma obrigação constante de seu objeto houvesse sido inadimplida.

Entretanto, muito embora a habitualidade em que a referida cláusula é encontrada na dinâmica contratual, doutrina e jurisprudência se dividem no que se refere a sua validade bem como a produção de seus efeitos, uma vez que a relação contratual vai além das partes envolvidas, provocando efeitos em âmbitos diversos, especialmente no que se refere aos contratos públicos.

Mais significativa é a discussão quando se busca interpretação conjunta dos dispositivos da Lei 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresaria, e da Lei 8.666/1993 que disciplina os contratos da Administração Pública, bem como os princípios que norteiam ambos institutos.

Dessa forma, será realizada inicialmente uma abordagem conceitual sobre o instituto dos Contratos, Contrato Administrativo e alguns princípios do Direito Administrativo e essenciais para o desenvolvimento deste trabalho.

Em seguida o estudo partirá para uma análise da Lei de Recuperação e Falência, tentando esclarecer seus objetivos a partir da análise dos princípios basilares do instituto para, ao final, demonstrar os efeitos de sua aplicação nos contratos do recuperando.

Assim, a pretensão deste estudo é analisar a validade ou não da cláusula resolutiva expressa nos contratos públicos em caso da recuperação da empresa contratada pela Administração, confrontando os ideais da Lei 11.101/05 com os princípios do Direito Administrativo para, ao final, apresentar a conclusão sobre a problemática em questão.

O desenvolvimento deste trabalho parte da pesquisa teórica, com base na doutrina, jurisprudência e artigos virtuais, incluindo as bases princípio lógicas que norteiam ambos os institutos. Para isso, foram adotadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Padrão de Normatização da Faculdade de Direito Milton Campos.

2. NOÇÕES SOBRE CONTRATOS

2.1 CONTRATOS BILATERAIS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Regulamentado pelo Código Civil, a construção e conceituação do instituto dos contratos guarda princípios e requisitos basilares que perpassam por todo o Direito Civil, essenciais para o seu correto entendimento.

Embora o ordenamento jurídico vigente não tenha se atentado em formular o conceito do tema, essa tarefa ficou a cargo da doutrina que, de maneira quase unânime, desde os tempos de Bevilacqua (1950) define o contrato de maneira simples, segundo a lição de Caio Mario (2006, p. 7), “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

Além disso, importante destacar a lição de Fiuza (2009, p. 398), quando prescreve que os contratos detêm três funções primordiais: a econômica, a pedagógica e, relacionada as duas anteriores, a função social, nestes termos:

A função social dos contratos é variada. Os contratos auxiliam no processo de circulação de riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da minha fábrica, a loja, chegando as mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular riquezas, mas ajudam a distribuir a renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades. Tendo em vista a função pedagógica, contrato é meio de civilização, de educação do povo para vida em sociedade. Aproxima os homens dos homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenharam sua própria palavra.

A função social dos contratos é como que uma síntese das funções anteriores. Os contratos são fenômeno econômico-social. Sua importância, tanto econômica quanto social salta aos olhos. São meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. Esta seria a função social dos contratos: promover o bem-estar e a dignidade dos homens, por todas as razões econômicas e pedagógicas acima descritas. A função não serve apenas para limitar o exercício dos direitos, mas antes de tudo para promover a dignidade humana.

Dessa forma, sempre que o negócio jurídico resultar de mutuo consenso, de um encontro de vontades, estaremos diante de um contrato, de forma que esse não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento p. ex, considerado como contrato especial do direito de família) e também ao direito público, em grande número celebrados pela Administração Pública e com características próprias, bem como toda espécie de convenção.

Entretanto, diferentemente destes, quando o negócio jurídico se aperfeiçoar pela emissão de vontade de apenas uma parte, há parcela da doutrina que defende a classificação do negócio jurídico como unilateral, quando analisado sob o prisma dos efeitos e não sob o da sua formação.

De outro giro, abstendo-se ao negócio jurídico que represente uma conjunção de interesses, o contrato é espécie de negócio jurídico que depende, para sua formação, da participação de ao menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral, resultado da composição de interesses que, composto em seu plano de existência

por duas ou mais manifestações de vontade, criam, no plano da eficácia, obrigações recíprocas para ambas ou todas as partes.

Neste sentido, conforme norma contida no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, se considera “contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Embora o dispositivo citado mencione expressamente acordo de vontade para formação de vínculo negocial e estipulação de obrigações recíprocas, Celso Antônio Bandeira de Mello, precedido de inúmeras considerações, assim conceitua contrato administrativo:

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELLO, 2014, p. 633-334).

Assim, conquanto tenha suas particularidades, o contrato administrativo não deixa de ser um vínculo produzido por manifestação conjunta e harmoniosa de vontades, que gera direitos e obrigações a ambas as partes, seja ele em sua espécie ampla de acordo de vontade da Administração, seja os contratos administrativos em sentido estrito ou seja os contratos de direito privado praticados pela Administração.

2.2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO CONTRATO BILATERAL E A PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Dentre as várias conceituações doutrinárias sobre o contrato administrativo e até mesmo sobre sua existência, percebe-se haver

divergências acerca de uma definição precisa, a qual não se pretende adentrar neste estudo. Adstrito naqueles que advogam sobre sua existência bem como na possibilidade de caracteriza-lo, os contratos administrativos se enquadram no conceito geral sendo todo e qualquer ajuste de vontade entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que há um acordo de vontade para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas. Este se diferencia dos demais pelo fato de tal relação jurídica apresentar normativo específico para contemplar peculiaridades do Direito Administrativo, se submetendo ao regime de direito público.

Segundo Marçal Justen Filho (2014a), é possível classificar os contratos administrativos de três maneiras distintas: segundo os efeitos para as partes; segundo os efeitos para a administração; e segundo para os efeitos do contrato. Tratando apenas da classificação essencial para o desenvolvimento deste estudo, a classificação segundo os efeitos para as partes distingue-se em unilateral e bilateral, sendo unilateral o contrato em que uma parte adquire apenas direitos e a outra apenas deveres e, bilateral, a qual vamos tratar, aqueles que compostos em seu plano de manifestações de vontade, criam, no plano da eficácia, obrigações recíprocas para ambas as partes.

Neste sentido, conceituando o contrato administrativo como contrato bilateral, Meirelles descreve o contrato administrativo como bilateral, formal, oneroso, comutativo e *intuitu personae*:

O contrato administrativo é sempre *bilateral* e, em regra, *formal*, *oneroso*, *comutativo* e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração); é *formal* porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é *oneroso* porque remunerado na forma convencionada; é *comutativo* porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque exige a pessoa do contratado para sua execução. Dentro desses princípios, o contrato administrativo

requer concordância das partes para ser validamente efetivado, remuneração de seu objeto; equivalência nos encargos e vantagens; e cumprimento pessoal da obrigação assumida pelo contrato para com a Administração. (MEIRELLES, 2002, p. 181, grifos no original).

Ainda sobre o contrato administrativo, Meirelles assegura que

O fato de a Administração Pública participar da relação negocial com prerrogativa de Poder Público não desnatura o contrato, nem lhe retira a natureza consensual; apenas qualifica o ajuste como contrato público regido por normas próprias de Direito Público, exatamente para atender ao interesse público na convenção que se estabelece entre as partes. (MEIRELLES, 2002, p. 182).

E na persecução de atender ao interesse público existe uma orientação de grande parte da doutrina tradicional brasileira de que o fundamento do direito administrativo seria o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo assevera esta parcela considerável da doutrina, a supremacia do interesse público sobre o privado é princípio basilar do direito administrativo, devendo ser interpretado especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

Dessa forma, o interesse privado não poderia prevalecer sobre o interesse público pois haveria indisponibilidade que impossibilita sua transigência decorrente de sua supremacia, uma vez que o efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo.

Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1999), este seria um princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade, sendo sua própria condição de existência, pois a própria existência do

Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido for o interesse público, o interesse da coletividade.

2.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS COM TERCEIROS

O Decreto-lei nº 200/1967 dispõe sobre a organização da Administração Pública e, em seu artigo 4º, a dividiu em direta e indireta. A transcrição literal do artigo se faz em caráter meramente informativo, uma vez que para o desenvolvimento deste trabalho, necessário se limitar ao estudo da Administração Pública em sentido formal e, desta forma, assim está disposta:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas

Muito embora o Decreto-Lei ter sido objeto de críticas nesta parte por não abranger todas as entidades da Administração Indireta e por incluir algumas que não são (DI PIETRO, 2013, p. 478), não se pretende adentrar nesta discussão, se atendo aos ensinamentos de Marçal Justen Filho (2014b, p. 266), ao dizer que “utiliza-se a expressão *Administração Pública* para fazer referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”.

De acordo com seus ensinamentos, a expressão Administração Pública apresenta diversos sentidos, sendo tratado apenas do subjetivo, necessário para o desenvolvimento deste trabalho. “Numa acepção

subjetiva, Administração Pública é o conjunto de pessoas públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa”. (JUSTEN FILHO, 2014b, p. 266).

Ainda neste mesmo sentido leciona Di Pietro ao dizer que o legislador:

Não se referiu a administração pública como atividade (sentido objetivo), mas como sujeito (sentido subjetivo). Desse modo, Administração Indireta, no artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico. (DI PIETRO, 2013, p. 479).

Nesse ínterim, a Administração Pública em sua composição subjetiva é formada tanto por pessoas de direito público como por pessoas de direito privado, implicando em diferenças no regime jurídico aplicável à sua organização e atuação.

Essa distinção decorre de previsão constitucional localizada dentro do título concernente à ordem econômica e financeira, onde há duas normas diversas aplicáveis as empresas estatais, conforme prestem serviços públicos ou exerçam atividade econômica de natureza privada.

O artigo 173 da Constituição Federal e seus parágrafos, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, determina que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo; determina sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado e, também,

sobre necessidade de licitação para contratação de serviços e obras, devendo-se observar os princípios da administração pública.

Por sua vez, o artigo 175 atribui ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (DI PIETRO, 2013, p. 479).

Na dinâmica empresarial é comum as empresas realizarem contratos para o exercício de suas atividades. No entanto, em se tratando da Administração Pública, direta ou indireta, ressalvados os casos específicos na legislação, a Constituição da República exige licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, CF), bem como o artigo 2º da Lei 8.666/93 exige licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Nesse diapasão, salvo os casos específicos, havendo necessidade de compra de algum bem ou contratação de algum serviço por parte dessas empresas, seja para atendimento da rotina de trabalho dos servidores e empregados, seja para a realização de serviços que se prestem a viabilização da dinâmica diária e da persecução de seu fim, deverá ser realizado procedimento licitatório seguindo os ditames da Lei nº 8.666/93.

Embora a Lei nº 8.666/93, devido a data de sua edição só faça referência a concordata, recepcionou a legislação falimentar e o instituto da recuperação judicial, de modo que em seu art. 31, inciso II⁴⁴⁰, há exigência da apresentação de certidões negativas de falência e, portanto, de recuperação judicial, para que as empresas possam participar de processos licitatórios.

440 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;

Não obstante a exigência contida no art. 31, II, há previsão expressa no art. 80, § 2º da própria Lei 8.666/93⁴⁴¹, de que é permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais. Ocorre que é entendimento do STJ que o fato da empresa estar em Recuperação Judicial não pode significar, por si só, impedimento à sua participação em licitações.

Entretanto, discussão acentuada será analisada oportunamente, quando a sociedade empresária contratada vier a requerer recuperação (judicial ou extrajudicial) no decorrer do contrato celebrado com a Administração, podendo esse se resolver em virtude de cláusula contratual expressa que preveja tal possibilidade.

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA FINALIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O instituto da Falência no Brasil é regulamentado pela Lei nº 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Para o entendimento do tema, necessário se faz abordar algumas noções sobre o instituto da recuperação judicial, especialmente seus efeitos em contratos bilaterais e sua relação com os princípios da preservação da empresa e de sua função social.

Limitando ao instituto da recuperação judicial e extrajudicial, necessários ao desenvolvimento deste trabalho, assim está previsto na LRE:

441 Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

[...]

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

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.

Ao lecionar sobre o instituto em estudo, Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla Pereira Ribeiro assim se posicionam:

O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2011, p. 453).

Neste sentido, ao redigir o art. 47, o legislador, seguindo os princípios basilares da Lei 11.101/05, estabeleceu como objetivo principal a recuperação da atividade, a partir da viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira, de forma a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Por sua vez, a recuperação extrajudicial está prevista a partir do art. 161 da legislação falimentar, é procedimento mais simples, vez que devidamente preenchidos os requisitos previstos no art. 48 permite o devedor negociar seu plano de recuperação diretamente com seus credores, ou requerer a homologação do plano que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado pelos que representem mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangida.

Independente da modalidade de recuperação a ser adotada, evidente que o fim almejado por elas é comum, podendo o princípio

basilar deste instituto ser encontrado na Constituição Federal de 1988, e até mesmo antes, conforme demonstra Sampaio:

O fundamento legal que atraiu a atenção dos juristas para a função social da empresa foi a nova Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/05). Este diploma legal fala expressamente em função social da empresa, em seu art. 47, juntamente com o princípio da preservação da empresa. Apesar de ter se tornado objeto de maior realce com a promulgação da nova Lei de Falências, ainda antes da Constituição de 1988, a função social da empresa estava presente na legislação brasileira. Passou a constar expressamente em nosso ordenamento em 1976, com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404), estando expressamente prevista em seu artigo 154 (SAMPAIO, 2011, p. 49).

Com referências a Mario Engler Pinto Júnior, “transcendendo a mera obtenção de recursos ao erário, todo empreendimento estatal é inspirado em algum objetivo estratégico, mesmo quando se trate de exploração de monopólio governamental” (PINTO JUNIOR, 2013, p. 225 apud NAGEM, 2018, p. 33).

A concepção individualista da propriedade que permeia as relações individuais sofre restrições quando se busca a ideia da função social, atendendo ao interesse coletivo, sendo que no direito empresarial tem-se a função social da empresa. A noção de função social da empresa dispõe de, ao menos, dois componentes, um negativo e outro positivo. O negativo é inspirado na vedação ao abuso de direito, sendo que o positivo vislumbra a obrigação de cada sujeito de colaborar para a construção do bem comum, ao invés de perseguir apenas a satisfação de interesses egoísticos, conforme sugere o liberalismo

clássico (PINTO JUNIOR, 2013, p. 323 apud NAGEM, 2018, p. 33).

Em alinhamento ao exposto, percebe-se que a função social da empresa é equivalente à função social da propriedade, expressamente prevista nos artigos 186 e 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, de modo que esta não se restringe à fonte de lucros, mas também como instrumento de prosperidade na comunidade em que está inserida. Da mesma forma, cuida reconhecer que o princípio da função social da empresa encontra íntima relação com o da preservação da empresa, porquanto uma empresa que cumpre seu papel social, exige preservação.

O Código Civil, em seu art. 2.035, parágrafo único, dispõe ainda que “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”.

Em esse contexto doutrina e a jurisprudência têm caminhado na busca de soluções mais condizentes com os preceitos constitucionais que tratam da ordem econômica, sobrepondo a atividade empresarial, anteriormente vista apenas como fonte de lucro, agora vendo o capital humano como princípio e fim de sua atividade.

Em plena consonância aos aspectos mencionados e com evidente preocupação em preservar a atividade econômica sob a ótica da função social da empresa, a Ministra Nancy Andrigli, quando de seu pronunciamento sobre o conflito de competência CC 118.183 (2011/0162516-0), assim justificou: “[...] a manutenção do empreendimento pode implicar significativa manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, manutenção da saúde financeira de fornecedores, entre inúmeros outros ganhos”. (BRASIL, 2011).

Conforme leciona Gladston Mamede:

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa,

que dele é decorrente; tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresárias, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado. (MAMEDE, 2015, p. 445).

Em face aos argumentos apresentados, conclui-se que a Constituição da República traz princípios como o da dignidade humana, função social da empresa e da preservação da empresa que, conjuntamente ao *novel* diploma da recuperação e falência, devem prevalecer sempre na busca da continuidade da atividade empresária, do bem comum e, conseqüentemente, do bem da coletividade.

3.2 OS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS CONTRATOS DO RECUPERANDO

Conforme previsto na Lei 11.101/05, um dos objetivos da recuperação judicial é a manutenção da função social da empresa, tendo como finalidade sanear a crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária.

Entretanto, ocorre que na referida legislação falimentar, no que concerne aos contratos, a lei dispôs apenas sobre os efeitos da falência, existindo o que é chamado de efeitos da decretação de falência sob os contratos do devedor, disposta em capítulo próprio. Entretanto, a legislação é silente no que tange aos efeitos da recuperação judicial e extrajudicial sobre os contratos, haja vista que, tomando como base o já citado artigo 47 da LRE que determina a preservação da empresa, pressupõem-se a continuidade desses contratos, que de outra maneira inviabilizariam a consecução da finalidade, bem como o cumprimento de sua função social.

Discussão sobrevém quando há previsão de cláusula resolutiva em contrato de que o recuperando é parte, de modo que, se a legislação falimentar dispõe em seu artigo 117 que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, e sendo essa uma situação posterior e mais gravosa que a recuperação, como se dará na situação em que a parte contratada pela administração pública vier a requerer ou ingressar em processo de recuperação judicial.

4. CLÁUSULA RESOLUTIVA

Tornou-se usual na atual dinâmica dos contratos bilaterais, especialmente nos empresariais, as partes fazerem constar cláusula que confere a prerrogativa de uma delas rescindir de pleno direito o contrato firmado, caso a outra venha a incorrer em insolvência. Essa cláusula é denominada como cláusula resolutiva expressa ou cláusula *ipso facto* da insolvência, justamente por estabelecer que a declaração do estado de insolvência de uma das partes, por si só, constitui hipótese de rescisão contratual, como nos casos do pedido de recuperação judicial, o qual será tratado daqui para a frente.

Muito embora a habitualidade contratual atual, a inserção e validade da cláusula objeto deste estudo é motivo de forte divergência doutrinária e jurisprudencial, dividindo os juristas em duas correntes, as quais serão analisadas neste tópico.

4.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À SUA VALIDADE

Antes de adentrar nos argumentos utilizados pela corrente defensora da validade da cláusula, cumpre tecer breve comentário a respeito do instituto dos contratos.

A autonomia da vontade é princípio fundamental do Direito Constitucional, que se divide em liberdade de contratar, consistente na vontade do indivíduo de escolher com quem se vincular, e liberdade contratual, que se manifesta na faculdade do indivíduo de

determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites legalmente impostos. Nesta esteira, com base no princípio da autonomia da vontade e ainda na força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), a cláusula resolutiva expressa, também conhecida como pacto comissório, esta legitimada pela norma prevista no art. 474 do Código Civil de 2002⁴⁴².

Salienta-se que o autor Nelson Rosenvald preconiza que se trata, neste caso, de um direito potestativo, de modo que os efeitos da cláusula independem de interpelação judicial. “A cláusula resolutiva expressa, ou pacto comissório, verifica-se de pleno direito, por via do exercício do direito potestativo da parte interessada à outra”. (ROSENVALD; FARIAS, 2014, p. 513).

Corroborando este entendimento está o Enunciado 436 do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que “A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial”.

Conforme Bruno de Paiva Cruz (2016), corrente defendida por autores como Miranda Valverde, Waldemar Ferreira, Amador Paes de Almeida, Sampaio Lacerda, Rubens Requião e Fábio Ulhoa Coelho, apresenta-se favorável a validade da cláusula resolutiva expressa em caso de recuperação judicial, ao argumento de que as normas do direito empresarial possuem aplicação supletiva em relação à vontade dos contratantes, de modo que se as partes dispuseram como causa de rescisão contratual o pedido de recuperação judicial, esta deve prevalecer em atenção aos princípios da liberdade contratual e força obrigatória dos contratos.

Trajano de Miranda Valverde defendia a validade da cláusula nos seguintes termos:

Dada a liberdade que tem as partes de estipular o que mais convém aos seus interesses e a segurança deles, não há que se negar a validade da cláusula.

442 Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Mas a rescisão dos contratos de execução sucessiva por causa da concordata preventiva não tem efeitos retroativos, só se rompe em relação as prestações futuras e sem direito ao credor, é lógico, a qualquer indenização por perdas e danos. Não se trata, na verdade, do inadimplemento do contrato por parte do devedor concordatário. (VALVERDE, 1962, p. 430).

Neste sentido, ao tecer comentários sobre a cláusula resolutiva, Fabio Ulhôa Coelho afirma ser essa válida e eficaz, não podendo os órgãos de falência desrespeita-la. Segundo o autor, o contrato não se rescinde pela força do decreto judicial, mas pela autonomia da vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo contratual, e serão afastadas as normas de direito falimentar. (ANDRADE, 2018, p. 69).

Desta forma, o fundamento mais utilizado por esta parte da doutrina é a autonomia privada, que garante a faculdade das partes em celebrar um contrato que elenque as hipóteses de dissolução desse vínculo de forma extrajudicial.

Argumentam também que o rompimento contratual não inviabiliza a superação de crise econômico-financeira da recuperanda, haja vista que esta tem a possibilidade de estabelecer novos vínculos contratuais com empresas que atuam em mercado idêntico, uma vez que o princípio da livre concorrência impera no país. (CRUZ, 2017a).

4.2 POSICIONAMENTO CONTRÁRIOS À SUA VALIDADE

Por outro lado, a segunda corrente advoga no sentido de ser nula a cláusula resolutória operada em virtude de uma das partes contratantes ingressarem no regime de recuperação judicial.

Quando analisada sob a prisma da Lei nº 11.101/05, a qual regulamenta o instituto da recuperação judicial e cuja base principiológica revela-se em seu artigo 47, qual seja, preservação da empresa por meio do empreendimento de meios jurídicos e

esforços que visem o seu soerguimento diante de uma situação de crise econômico-financeira, muito se tem questionado a validade da cláusula ipso facto de insolvência. (CRUZ, 2017b).

Nesta linha de pensamento se posiciona a corrente que defende a invalidade da cláusula, apregoando-se, ainda, que a vontade expressa contida na cláusula não pode se sobrepor a LRE que tem caráter de lei especial, de modo que sua aplicação promove alteração no direito das obrigações. Entendendo que deve predominar a norma do artigo 49, §2º da Lei nº 11.101/05, a qual estabelece como regra a continuidade das relações contratuais, salvo se de modo diverso dispuser o plano de recuperação.

Déborah Kirschbaum (2006, p. 44) cita os autores J. Silva Pacheco, J. A. Penalva Santos, J. Lobo e M. J. Bezerra Filho entre aqueles que se posicionam contra a validade da cláusula resolutória por insolvência.

Do mesmo modo, André Hostalácio Freitas (2012, p. 65-67) menciona os autores Gladston Mamede, Marcelo M. Bertoldi e César Fiuza como defensores da inafastabilidade das normas da Lei de Recuperação Judicial e Falência, de modo que os princípios nela esculpidos não devem ser superados por disposição pactuada entre as partes.

Ao defender a invalidade da cláusula, Manoel Justino Bezerra Filho entende que o caráter público de vários aspectos do direito falimentar não pode ser negligenciado em função do direito privado, ensinando que a máxima segundo a qual *jus publicum privatorum pactis mutare non potest* (o direito público não pode ser mudado por acordo entre particulares) deve ser utilizada como forma de impedir que o pacto entre particulares, estipulado antes mesmo da falência, venha a prejudicar o interesse público a ser resguardado no processo falimentar. (ANDRADE, 2018, p. 71).

Neste sentido, ainda, Deborah Kirschbaum manifesta-se veementemente sobre a previsão legal do art. 117 da Lei de Falências:

É curiosa a persistência da inclusão desta cláusula na prática contratual, considerando que: (a) há mais

de 60 anos existe norma no ordenamento jurídico nacional determinando que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência; (b) há uma notável inclinação por parte dos Tribunais de Justiça Estaduais no sentido de julgarem nula a cláusula *ipso facto*; (c) a maior parte da doutrina contemporânea reconhece a cogência da norma. (KIRSCHBAUM, 2006, p. 38).

Desta forma, havendo norma expressa contra a resolução de contrato bilateral pela falência, na recuperação judicial, que busca a efetividade dos princípios da preservação da empresa e função social, esta cláusula não deveria prevalecer, de modo que estes princípios estão condicionados à manutenção dos contratos, pois, lado outro, restaria inviabilizada a atividade empresarial ante ao risco de diversos contratos virem a ser rescindidos.

Noutras palavras, deve prevalecer a relevância da recuperação judicial em detrimento da cláusula resolutiva expressa, ainda mais quando inseridas em contratos tidos como relevantes e/ou indispensáveis para a continuidade da empresa em recuperação.

Isso porque o principal objetivo do processo de recuperação é viabilizar a superação de crise econômico-financeiro do devedor para manter a atividade produtiva, o emprego dos trabalhadores e o interesse dos credores de modo geral, extraíndo-se dessas premissas os princípios da preservação da empresa e função social que, como dito alhures, são o norte de aplicação e interpretação de toda a Lei nº 11.101/05.

Por sua vez, Paulo Penalva Santos se posiciona no sentido de que mero pedido de recuperação judicial não é causa à resolução contratual, e afirma que a proteção da lei à outra parte está na exigência de que o devedor preste caução. Reafirma ainda, o entendimento de autos aludindo que o Código Civil dispõe de normas que estabelecem que o contrato deve ser pautado em razão e nos limites de sua função social, devendo limitar tanto a vontade de contratar quanto a de resolver os contratos unilateralmente. (ANDRADE, 2018, p. 73).

E nesse ponto de vista cumpre destacar a fundamentação exposta pelo magistrado Viana em decisão proferida em 29/06/2016 no processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001 da OI Sociedade Anônima, abaixo colacionada:

Há de se reconhecer que o presente pedido de proteção judicial é formulado por uma das maiores empresas de telecomunicações do mundo, que impacta fortemente a economia brasileira, já que alcança um universo colossal de 70 milhões de clientes, empregando mais de 140 mil brasileiros, com milhares de fornecedores, e ainda gera recolhimento de volume bilionário de impostos aos cofres públicos”.

“Neste contexto ideológico da LFRE, deve a lacuna legislativa ser preenchida, com observância da equidade e dos princípios gerais do direito, com vista atender ao seu propósito vital, externado no seu art. 47, que declina ser princípio basilar da recuperação judicial a preservação da empresa, vista agora como um mecanismo de desenvolvimento social, gerador de empregos e riquezas - com destacada função social.”

“Com efeito, a simples distribuição do pedido de recuperação judicial por si só não pode ser motivo ensejador a resolver o contrato, pois estaríamos a presumir a *“exceptio non adimpleti contractus”*, conferindo autonomia privada poderes tais, ao ponto de se sobrepor ao bem coletivo. Conclui-se, portanto, a se manter a eficácia da cláusula resolutiva no âmbito falimentar/recuperação, não se estará pondo em observância a função social dos contratos, princípio limitador da autonomia privada.” (RIO DE JANEIRO, 2016).

Em síntese, nota-se que a grande maioria dos autores que defendem a invalidade da cláusula se baseiam nos princípios

falimentares da preservação da empresa e sua função social, se distanciando do viés positivista e, alguns outros, basicamente por imperioso da lei, aplicando de maneira analógica à recuperação judicial o art. 117⁴⁴³ da Lei nº 11.101/05.

5. CONCLUSÃO

Apesar das decisões para ambos os lados e dos argumentos contundentes das duas correntes adversas sobre a validade ou não da cláusula resolutiva expressa pela recuperação, a conclusão deste trabalho inclina-se na necessidade de se avaliar a eficácia da cláusula, e não por sua validade ou invalidade.

No que concerne a recuperação judicial, o instrumento normativo que a regulamenta, a Lei nº 11.101/2005, e também os princípios da preservação da empresa e sua função social, verifica-se que o legislador primou pela continuidade da atividade empresarial. Neste sentido está o § 2º do art. 49 da LFRE, ao dispor que “as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”, o que demonstra a possibilidade da manutenção dos contratos e suas obrigações para fins de garantir os princípios supramencionados e dispostos no já citado art. 47 do diploma legal em questão.

Sob análise do interesse estatal e a prevalência do interesse público sobre o privado, deve-se observar sob dois prismas: (I) a manutenção de um contrato infrutífero geraria prejuízos a serem suportados pela Administração Pública e consequentemente pelo erário; seja pela má execução dos serviços, seja por arcar com valores aos quais não são de sua responsabilidade. (II) O encerramento

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

de um contrato pela recuperação judicial por parte do Estado preveniria a Administração de suportar tais ônus, mas o levaria a despender gastos com centenas de pessoas que passariam a situação de desemprego (p ex. benefícios assistenciais), deixaria de arrecadar tributos, influenciaria diretamente na circulação de riquezas e na saúde financeira dos fornecedores e parceiros da empresa em recuperação, ou seja, tudo aquilo que o Estado deve primar.

Isso posto, quando tratar-se da cláusula resolutiva nos contratos públicos há uma imperiosa necessidade de ponderação dos princípios da preservação da empresa e sua função social, a função social do contrato e a prevalência do interesse público sobre o privado.

O princípio da preservação da empresa atua protegendo empresas que demonstrem possuir viabilidade, com intuito de manter a fonte produtora do ativo, preservar e criar empregos, bem como contribuir para o erário através da arrecadação de tributos. Evidencia-se, portanto, a necessidade do Estado em intervir quando necessário, assegurando que a empresa seja preservada, possibilitando não só o pagamento dos credores, como também a manutenção da atividade, que impulsiona a economia e busca atender sua finalidade social.

O princípio da função social quando relacionado à recuperação judicial, tem o intuito de limitar a autonomia privada e o individualismo para tutelar interesses sociais e, assim, se refere a uma atuação estatal no intuito de certificar que nenhum ato com finalidade meramente econômica se sobreponha a interesses maiores, ao interesse coletivo. Desta forma, no confronto entre a aplicabilidade da cláusula que prevê a rescisão do contrato e as consequências danosas da interrupção do serviço para a coletividade, deve prevalecer aquele que atende à função social do contrato, vale dizer, deve haver a suspensão da eficácia da referida cláusula contratual.

No que diz respeito ao princípio da prevalência do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, este existe com base no pressuposto de que a atuação do Estado seja sempre pautada pelo interesse da coletividade.

Conforme diz Di Pietro (2013, p. 66), o princípio hoje serve de fundamento para todo o direito público e vincula a Administração em todas as suas decisões, de modo que o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.

Di Pietro (2014, p. 67) ainda vai além, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, diz que as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos confiados a sua guarda e realização.

Dessa forma, quando da inserção da cláusula nos contratos públicos, deve ser analisado o caso concreto, de forma que sendo viável o prosseguimento da atividade da empresa, eventual ônus da recuperação judicial deve ser repartido entre Estado e devedor. O devedor deverá agir para preservar ao máximo os empregos possíveis, prosseguir com o pagamento de tributos e cumprir o que foi estabelecido. O Estado, por outro lado, deverá anuir com o plano, com os deságios, alterações no plano de pagamento, alterações no plano original, de modo a garantir os postos de trabalho e as contribuições tributárias ao erário.

Assim, caso a situação de insolvência do devedor não tenda a inviabilizar ou impactar de forma extremamente negativa na execução das prestações a que tiver se obrigado contratualmente, a resolução seria na prática, um capricho da própria Administração Pública, representando um sacrifício desnecessário aos interesses da coletividade e também de forma indireta para o próprio Estado; uma vez que, como já dito, traria implicações de ordem social, ante aos inúmeros postos de trabalho que estariam desocupados, bem como deixaria de recolher tributos que seriam investidos em prol do Estado e consequentemente da própria coletividade.

Caso, contudo, a crise financeira do devedor possa inviabilizar ou levar ao efetivo mau cumprimento das obrigações a que se tiver comprometido, a resolução será legítima, na medida em que resguardará os interesses do Estado credor, liberando-o de uma

relação contratual possivelmente improdutiva e que não atingiria o resultado útil almejado, acarretando em prejuízos ao erário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Priscila Santana Colavolpe de. **A (in)validade da cláusula resolutiva expressa no contrato bilateral em hipótese de pedido de recuperação judicial**. 2018. 102f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Maria Clara Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 8. ed. São Paulo: F. Alves, 1950. v. 4.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei 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, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei 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, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

----- Superior Tribunal de Justiça. CC 118183 MG 2011/0162516-0. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. j. 9 nov. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21047007/conflito-de-competencia-cc-118183-mg-2011-0162516-0-stj/certidao-de-julgamento-21047010?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CRUZ, Bruno Paiva. Cláusula resolutiva expressa em recuperação judicial precisa de ponderação. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de julho de 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/bruno-paiva-clausula-resolutiva-expressa-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 22 out. 2018.

----- Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 19, n. 155, dez. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_lin_k%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D11960%26revista_caderno%3D21?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1831>. Acesso em: 22 out. 2018.

----- **Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial.** Chenut Oliveira Santiago Sociedade de Advogados, 10 jul. 2017a. Disponível em: <<https://www.cosjuris.com/da-in-validade-da-clausula-resolutiva-expressa-em-caso-de-requerimento-de-recuperacao-judicial/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

----- **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIUZA, C. A. C. **Contratos**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREITAS, Andre Hostalacio. **A validade ou não da cláusula expressa de resolução de contrato bilateral em caso de decretação de falência ou do deferimento da recuperação judicial.** (Mestrado

em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2012.

GOMES, Margareth Suzana Travessoni. **A preservação da empresa e os efeitos da falência no contrato administrativo:** parcerias publico-privadas. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

----- . **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014a.

KIRSCHBAUM, Deborah. Clausula Resolutiva Expressa por Insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. S.1. **Revista Direito GC**, v.2, n.1, p. 37-54, jan-jun 2006.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Falimentar**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Inês Gonçalves. Licitação: Participação de empresas recuperação judicial. Portal Sollicita, 28 dez. 2017. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11862&n=licita%C3%A7%C3%A3o:-participa%C3%A7%C3%A3o-de-empresas-recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial>. Acesso em: 22 out. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

----- . **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NAGEM, Bruno Freixo. **Subsidiaria Integral de Sociedades de Economia Mista e a Legislação Falencial**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2018. IN Mimeo.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: Funções Econômicas e Dilemas Societárias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 20 set. 2016. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home//noticias/visualizar/35309?p_p_state=maximized>. Acesso em: 22 out. 2018.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. Direito dos Contratos. Salvador: JusPODIVM, 2014. v. 4.

SAMPAIO, Tereza Carolina Castro Biber. **Empresa e discurso na contemporaneidade: análise interdisciplinar do princípio da preservação da empresa**. 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários a Lei de Falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 2.