

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS X PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL NA LEI No. 11101/2005.

Átila de Alencar Araripe Magalhães
Carlos José Vasconcelos dos Santos
Renata Albuquerque Lima

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar o conflito existente entre o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais em contraposição ao princípio da preservação da atividade empresarial presente na Lei no. 11.101 de 2005. De início, serão abordadas as duas teorias contratuais, que são: teoria contratual clássica e teoria contratual contemporânea. De acordo com a Teoria Clássica, a autonomia da vontade está associada à idéia de uma vontade completamente livre, sem intervenção externa (Estado), de acordo com os interesses dos indivíduos. Já de acordo com a segunda teoria, o preceito da autonomia da vontade e da isonomia das partes se flexibiliza diante de fatores econômicos, sociais, políticos e jurídicos entre os sujeitos contratantes, estabelecendo um certo dirigismo contratual. A Cláusula de Rescisão Automática dos Contratos não decorre do inadimplemento das obrigações assumidas, mas da superveniente decretação da falência ou do deferimento da Recuperação Empresarial de um dos contratantes. Assim, com isso, defende-se um posicionamento contrário à admissão de validade das cláusulas resolutivas *ipso facto* da insolvência, tendo em vista que são objetivos do direito falimentar criar condições para a recuperação da empresa, quando viável, e maximizar o valor do patrimônio liquidado no caso de falência, para distribuí-lo conforme a hierarquia legal de prioridades.

Palavras-Chave: Autonomia Contratual. Cláusula de Rescisão Automática dos Contratos Empresariais. Princípio da Preservação da Atividade Empresarial. Lei no. 11.101/2005.

METODOLOGIA

Relativamente aos aspectos metodológicos, as hipóteses serão investigadas através de pesquisa bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo e de pesquisa documental. No que tange à tipologia da pesquisa, esta será, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva, porque vai descrever fenômenos, investigar a frequência com que um fato ocorre, sua natureza e características, além de

classificar, explicar e interpretar os fatos, sem interferência do pesquisador e exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão (BASTOS, 2008).

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

Na antiguidade, a liberdade de contratar não estava acompanhada de subjetividade, mas associada à colocação que o indivíduo encontrava-se na sociedade, isto é, estava submetida ao status econômico, social e político do homem. Quem usufruía do poder econômico, por ser detentor de patrimônio e conseqüentemente de influência social ou de um cargo político, no momento da concepção de um contrato, não sofria a interferência estatal externa e existia uma justificada liberdade de o indivíduo acordar livremente. Já na contemporaneidade, a pessoa e não o patrimônio é o bem de maior valia, sendo a liberdade de contratar um direito subjetivo que os cidadãos possuem entre si, fomentando a ideia de que tal autonomia se refere à humanidade. (NEGREIROS, 2002)

Nesse aspecto, na percepção da teoria contratual clássica, o indivíduo é livre para entrar em acordo no que queira, obedecendo ao limite de não ofensa à ordem pública e aos bons costumes, obrigando-se espontaneamente sobre o que melhor lhe aprouver. A vontade, nesse caso, é

indefinida, não havendo previsibilidade quanto à sua definição. Na teoria contratual clássica, predomina o Princípio da Intangibilidade do Contrato, isto é, o seu significado não pode ser alterado ou modificado pelo Estado. Este tem por objetivo, unicamente, garantir o resultado contratual acordado entre as partes.

1. Teoria Contratual Clássica x Teoria Contratual Contemporânea.

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

Nesse aspecto, nos escritos de Cláudia Lima Marques (2005, p. 60), “... é a vontade que, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.” Em parágrafos anteriores, Olney Queiroz Assis já teceu comentários em sentido contrário, quando verificou historicamente que primeiro surge o contrato e posteriormente é proferida a liberdade de contratar. Desta forma, o contrato não se evidencia como um instituto que presume a liberdade como objeto comum convencionado pela tecnologia jurídica, contudo institucionaliza a liberdade.

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

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

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

momento histórico.

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

Além disso, sucessivamente, o liberalismo foi perdendo terreno para o Estado Social, convertendo abruptamente a teoria clássica na ideologia jurídica contemporânea. Permuta-se de uma percepção liberal e individualista para um perfil social do contrato, direcionada para o Estado social, isto é, para o coletivo. Nesse aspecto, o preceito da autonomia da vontade e do prognóstico de isonomia das partes se flexibiliza diante da confirmação das diferenças econômicas, sociais, políticas e jurídicas entre os sujeitos, fomentando a mendicância da intervenção estatal no cerne dos contratos, estabelecendo, dessa forma, o dirigismo contratual.

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

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

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

Desta forma, na medida em que aumentava o papel da empresa no meio social, o Direito Falimentar foi evoluindo de regras com o único propósito de liquidação e pagamento dos credores

para a busca de mecanismos voltados para a preservação da atividade empresarial. A transformação, no Brasil, de uma cultura jurídica de conservação das empresas sucedeu de maneira branda e gradual. O Decreto-lei nº 7661, de 1945, que permaneceu em atividade por cinco décadas, e que foi utilizado nas ações de falência e concordata antes da atual lei, trabalhavam, fundamentalmente, com normas que evidenciavam um sistema legalista, predominando o zelo com os credores, em prejuízo da preservação da atividade empresarial.

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

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

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

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

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

obedecidos.

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

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

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

Levando-se em consideração o Princípio da Autonomia Contratual com a Teoria Clássica da época do liberalismo mais o pensamento positivista de Hans Kelsen, têm-se elementos fundamentais para justificar a prática freqüente da cláusula *ipso facto* nos contratos empresariais bilaterais. Tal cláusula, portanto, ganha força para operar a resolução do contrato ainda que nenhuma outra obrigação nele prevista tenha sido inadimplida, exceto o compromisso de manter-se solvente.

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

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

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

Contestando os posicionamentos dos referidos autores acima, que se baseiam na hipotética liberdade de contratar, tal autonomia não é aceita no âmbito da solvência, pois não é atribuída à empresa a possibilidade de dispor de itens de seu patrimônio sem a devida compensação. A liberdade comentada por Carvalho de Mendonça não vigora na solvência e nem muito menos na insolvência. Na verdade, não houve zelo normativo nos comentários de ambos os doutrinadores ao defenderem seus contrapontos, pois eles não abordaram o embate da cláusula sobre a repartição de riquezas entre os titulares de interesses afetados, ou seja, eles não trabalharam os efeitos da cláusula na função social da empresa.

A função social da empresa veio a ser estudada com a teoria contratual contemporânea, sendo esta uma regeneração da teoria contratual clássica, conservando os princípios contratuais clássicos da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, todavia adicionando-se a eles outros princípios contratuais com caracteres sociais que se estabilizaram com o advento do Código Civil de 2002 e que demarcaram a importância dos princípios contratuais clássicos. Referido código tem seu pensamento voltado para a sociedade como um todo, estabelecendo regras de conduta com a finalidade de combater atos de improbidade nas relações civis, não dando margem para a existência de cláusulas resolutivas expressas.

As cláusulas resolutivas vão de encontro ao princípio da preservação da atividade empresarial e conseqüentemente aos objetivos do direito da insolvência de criar condições para a recuperação da empresa, quando viável, conservando o exercício da atividade empresarial na sua totalidade e sendo muito mais benéfica aliená-la em funcionamento do que fracionada, maximizando dessa forma, o valor de sua liquidação, ou seja, a empresa viável vale mais em andamento do que liquidada em frações de ativos dissolvidos.

CONCLUSÃO

Conceituados os escopos do direito de insolvência, são ilegítimas as cláusulas *ipso facto*, fundamentando-se, todavia, na existência da norma que as considera nulas. Os resultados a que se chega a esse respeito são estendidas a situações em que específicos direitos se criem ou modifiquem *ipso facto* da insolvência, adversamente ao que o esquema de prioridades e primazias da disciplina da insolvência empresarial condiciona ou aos objetivos de maximização de valor da empresa.

Pesquisado os motivos que toleram a confirmação pela ilegitimidade da cláusula resolutiva expressa, verifica-se que não é possível admitir sua legalidade e ao mesmo tempo apoiar uma disciplina cabível à insolvência que, por princípio, se ordena em torno da classificação dos custos da crise aos diferentes grupos prejudicados e se direciona a maximização do valor da empresa.

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

No exercício empresarial, existem contratos cujos direitos posposto às partes são primordiais à estruturação da produção. São os denominados “contratos relevantes”. Permitir a viabilidade de resolução, *ipso facto* da insolvência, desses contratos que concorrem peremptoriamente para a composição de valor positivo dos ativos da empresa, implica imputar direito ao devedor, facilitando a perda do valor dos ativos da empresa associado a prioridade do credor em questão em prejuízo dos demais e fazer que os demais credores sejam punidos pela perda, perturbando completamente o propósito de seu falso instrumento de controle ex ante de assunção de riscos por parte da empresa.

REFERÊNCIAS

- ABRAÃO, Néilson. **O novo direito falimentar**: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa. São Paulo: RT, 1985.
- ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito. Justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmem, 2002.
- BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. 2 v.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.