

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE  
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO

PAULO ROGÉRIO BONINI

**MANUTENÇÃO FORÇADA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA  
DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

São Paulo  
2024

PAULO ROGÉRIO BONINI

**MANUTENÇÃO FORÇADA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA  
DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Tese submetida ao Programa *Stricto Sensu* de Mestrado e Doutorado (PPGD), da Universidade Nove de Julho – Uninove, para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Empresarial:  
Estruturas do Direito Empresarial

Orientadora: Profa. Dra. Renata Mota Maciel

São Paulo

2024

Bonini, Paulo Rogério.

Manutenção forçada de contratos empresariais de longa duração na recuperação judicial. / Paulo Rogério Bonini. 2024.

223 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Renata Mota Maciel

1. Contrato. 2. Contrato empresarial de longa duração. 3. Contratos relacionais. 4. Contratos incompletos. 5. Análise

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha elaborada pelo Sistema de Bibliotecas Professor José Storópoli, com dados fornecidos pelo autor

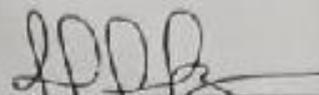
PAULO ROGÉRIO BONINI

MANUTENÇÃO FORÇADA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA  
DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tese apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em  
Direito da Universidade Nove de  
Julho como parte das exigências  
para a obtenção do título de Doutor  
em Direito.

São Paulo, 24 de junho de 2024.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dra. Renata Mota Maciel  
Orientadora  
UNINOVE



Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças  
Examinador Interno  
UNINOVE

22b5981b-76c8-4081-85c9-ef991cc1b4d0

Assinado eletronicamente por:  
220988-6-7408-4081-85c9-ef991cc1b4d0  
Data: 2024/06/24 17:11:19 -0100

Prof. Dr. Marcelo Bonacchio  
Examinador Interno

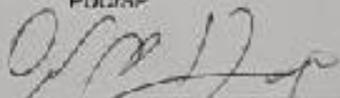
UNINOVE

MARCELO BARBOSA

SACRAMONE

29560519806

Prof. Dr. Marcelo Barbosa Sacramone  
Examinador Externo  
PUC/SP



Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro  
Examinador Externo  
USP

A aprovação da presente tese não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, e da Universidade Nove de Julho (Uninove), à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

*Para Maria Esther, que ilumina e preenche de alegria todos os  
meus dias.  
Para Talitha, que me deu a Maria Esther e me faz crer que  
tudo vai dar certo, sempre.  
Para meus pais.  
A Deus, causa primeira de todas as coisas.*

## AGRADECIMENTO

Agradeço a todos meus companheiros de jornada, da academia e da Magistratura de São Paulo, em particular o seletivo grupo que integra ou integrou dois núcleos particulares de pensamento do atual direito empresarial brasileiro: os professores do núcleo de direito empresarial da Escola Paulista da Magistratura e os juízes das Varas Empresariais e de Falência de São Paulo.

Se o direito é uma ciência aplicada para soluções concretas, foram estes amigos que trouxeram as inquietações necessárias à construção de uma tese.

À Professora Renata Mota Maciel, colega de concurso de ingresso na Magistratura de São Paulo e das lidas na Escola Paulista da Magistratura, por aceitar a orientação deste trabalho e explorar, com toda sua criatividade intelectual, os limites da pesquisa.

Ao Professor Marcelo Benacchio, que me convenceu a ingressar no doutorado da UNINOVE, induzido a erro por nossa longa amizade.

À UNINOVE, por oportunizar a pós-graduação *stricto sensu* aos Magistrados de São Paulo.

## RESUMO

BONINI, Paulo Rogério. **Manutenção forçada de contratos empresariais de longa duração na recuperação judicial**. Orientadora: Renata Mota Maciel. 2024. 214f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, 2024.

O direito contratual sofreu relevante releitura no século XX, particularmente ante o fenômeno da contratação em massa com consumidores e a especialização das relações estabelecidas entre empresas. Estas últimas passaram a evidenciar uma especial forma de organização da atividade econômica por meio de diversos contratos empresariais, desgarrando-se do contrato pontual de troca que inspirou as grandes codificações. Afirma-se um afastamento da teoria da vontade com elemento justificador das relações negociais, atribuindo-se maior relevância ao elemento econômico nas relações empresariais, que se tornam objetivas. Aceitando-se a existência de um contrato empresarial *stricto sensu*, voltado à forma de organização da empresa e não à lógica dos contratos de simples troca patrimonial, reconhece-se suas características próprias: longa duração, caráter incompleto e relacional, assimetria contratual e, em alguns casos, dependência econômica. Por envolverem a própria organização ou modo de ser da empresa, contratos empresariais *stricto sensu* possuem um valor próprio distinto de seu objeto, caracterizando um ativo relevante. Em situações de crise financeira ou econômica, o uso da recuperação judicial não pode ser visto como um ato ilícito em sentido amplo, sendo um contrassenso finalístico e econômico permitir-se o rompimento unilateral do contrato essencial à continuidade da empresa, especialmente por ser um ativo econômico e não uma simples relação. Primeiro porque sendo os feixes de contratos meio de organização da empresa moderna, haveria destruição de sua estrutura pelo fato de buscar sua reorganização econômica. Segundo porque o deferimento da recuperação e a aprovação do plano significa presunção relativa de capacidade econômica de pagar os débitos novados pelo plano, os preexistentes extraconcursais e os decorrentes da continuidade da atividade econômica da empresa em crise. Nestes casos, o exercício do direito de resolver com base em cláusula *ipso facto* fundada no pedido de recuperação ou do direito de resilir contratos por tempo indeterminado, deve se submeter a existência de justa causa, sob pena de se impor à empresa em recuperação prejuízos desproporcionais, além de inviabilizar sua recuperação. De outro lado, a manutenção do contrato em favor da empresa em crise não pode significar a transferência de seus riscos econômica da atividade empresarial para a outra parte, prevalecendo o direito à resolução ou à adequação do contrato quanto demonstrado prejuízo desproporcional em sua continuidade. A decisão judicial que venha a analisar a legalidade do exercício do direito de resolver o contrato contra a empresa em recuperação deve considerar a operação econômica representada pelo contrato, mantendo-o pelo período de acompanhamento judicial da recuperação, desde que mantido o interesse econômico da parte contrária, que se presume íntegro pela manutenção dos contratos futuros em caso de recuperação judicial da empresa. A modificação de eventual conteúdo deve se limitar apenas ao alongamento do contrato ou ao atendimento de necessidade pontual da parte contrária, permitindo a continuação do contrato sem a transferência de prejuízos para a outra parte.

**Palavras-chaves:** contrato – contrato empresarial – contrato de longa duração – contratos relacionais – contratos incompletos – análise econômica do contrato – recuperação judicial de empresas – princípio da preservação da empresa – extinção de contratos empresariais – função social do contrato – função econômica do contrato.

## ABSTRACT

BONINI, Paulo Rogério. **Forced maintenance of long-term business contracts in judicial reorganization.** Orientadora: Renata Mota Maciel. 2024. 214f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, 2024.

Contract law underwent a relevant reinterpretation in the 20<sup>th</sup> century, particularly in the face of the phenomenon of mass contracting with consumers and the specialization of the relationship established between companies. The latter began to show a special form of organization of economic activity through various business contracts, deviating from the punctual contract of exchange that inspired the great codifications. It affirms a departure from the theory of will as a justifying element of business relations, attributing greater relevance to the economic element in business relations, which become objective. Accepting the existence of a business contract *stricto sensu*, focused on the form of organization of the firm and not on the logic of contracts of simple asset exchange, its own characteristics are recognized: long duration, incomplete and relational character, contractual asymmetry and, in some cases, economic dependence. Because they involve the company's own organization or way of being, business contracts *stricto sensu* have a value of their own distinct from their object, characterizing a relevant asset. In situations of financial or economic crisis, the use of judicial reorganization cannot be seen as an unlawful act in a broad sense, and it is a finalistic and economic contradiction to allow the unilateral breach of the contract essential to the continuity of the company, especially because it is an economic asset and not a simple relationship. First, because the bundles of contracts are a means of organizing the modern company, there would be destruction of its structure by seeking its economic reorganization. Second, because the approval of the reorganization and the approval of the plan means a relative presumption of economic capacity to pay the debts novated by the plan, the pre-existing extra-bankruptcy debts and those resulting from the continuity of the economic activity of the company in crisis. In these cases, the exercise of the right to terminate based on an *ipso facto clause* based on the request for reorganization or the right to terminate contracts for an indefinite period must be subject to the existence of just cause, under penalty of imposing disproportionate losses on the company under reorganization, in addition to making its recovery unfeasible. On the other hand, the maintenance of the contract in favor of the company in crisis cannot mean the transfer of its economic risks of the business activity to the other party, prevailing the right to terminate or adjust the contract when disproportionate damage in its continuity is demonstrated. The judicial decision that will analyze the legality of the exercise of the right to terminate the contract against the company under reorganization must consider the economic operation represented by the contract, maintaining it for the period of judicial monitoring of the reorganization, provided that the economic interest of the opposing party is maintained, which is presumed to be intact by the maintenance of future contracts in the event of judicial reorganization of the company. The modification of any content must be limited only to the extension of the contract or to meet the specific need of the opposing party, allowing the continuation of the contract without the transfer of losses to the other party.

**Keywords:** contract – business contract – long-term contract – relational contracts – incomplete contracts – economic analysis of the contract – judicial reorganization of companies – principle of preservation of the company – extinction of business contracts – social function of the contract – economic function of the contract.

## SUMÁRIO

Introdução .....	13
1. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO FUNCIONAL.....	18
1.1. Vontade individual como fundamento do direito contratual.....	20
1.1.1. Período arcaico. Relações materiais e coletivas .....	22
1.1.2. Direito romano.....	22
1.1.3. Período medieval .....	24
1.1.4. Jusracionalismo e o direito moderno .....	25
1.1.4.1. O liberalismo econômico e a reforma protestante. Afastamento dos elementos fundados na teologia católica e no Direito Canônico do conceito de contrato.....	26
1.2. Superação do dogma da vontade. O contrato como comportamento vinculante .....	29
1.3. O valor constitucional da livre iniciativa e da propriedade privada.....	35
1.3.1. A liberdade contratual e o atendimento dos princípios constitucionais da atividade econômica .....	43
1.4. A função econômica do contrato empresarial.....	45
1.4.1. A função social do contrato .....	45
1.4.2. A função econômica da relação interempresarial.....	51
1.5. O contrato como instrumento de conformação de comportamentos futuros. Segurança jurídica e realização da ordem econômica.....	54
1.6. A funcionalidade do contrato empresarial em relação à empresa em crise .....	58
2. A RELAÇÃO CONTRATUAL EMPRESARIAL COMO INTERESSE JURÍDICO ECONÔMICO .....	60
2.1. Causa do contrato e seu aspecto econômico .....	67
2.2. As relações jurídicas contratuais interempresariais .....	73
2.3. A insuficiência do fundamento da vulnerabilidade geral para a análise jurídica de contratos interempresariais.....	78
2.3.1. Assimetria contratual, dependência econômica e posição dominante do mercado.....	81
2.3.2. Dependência específica quanto ao objeto do contrato.....	87
3. CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO E EXPECTATIVA ECONÔMICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA EM CRISE .....	90
3.1. Relações contratuais empresariais de longa duração .....	92
3.1.1. Integração do objeto do contrato à estrutura da atividade empresarial .....	93
3.1.2. Existência de um valor próprio do contrato diferenciado do valor de seu objeto .....	97

3.1.3. Caráter duradouro do contrato .....	100
3.2. Outras características do contrato empresarial de longa duração .....	106
3.2.1. Caráter relacional.....	106
3.2.2. Incompletude .....	110
3.2.3. Atipicidade.....	117
4. MANUTENÇÃO FORÇADA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO .....	120
4.1. O fim da relação contratual .....	120
4.1.1. Extinção pelo fim do vínculo contratual. Cumprimento. ....	123
4.1.2. Extinção pelo não cumprimento do objeto. Resolução. ....	124
4.1.3. Extinção pelo fim do vínculo contratual. Resilição. A vontade como elemento suficiente à extinção do contrato.....	128
4.2. Tratamento legal do exercício do direito de extensão do contrato como contraponto ao direito potestativo de resilição.....	134
4.2.1. Particularidade do regime do parágrafo único do art. 473 do Código Civil .....	135
4.3. A causa econômica e a análise da justa causa na resilição unilateral de contratos de empresas em recuperação judicial.....	141
4.3.1. A extinção dos contratos bilaterais e a recuperação judicial .....	145
4.3.2. A causa econômica dos contratos empresariais típicos e sua preservação durante a recuperação da empresa .....	148
4.3.3. Justa causa e a situação particular da empresa em recuperação .....	151
4.3.4. Tutela da confiança e boa-fé no exercício do direito de encerrar a relação contratual. ....	157
4.4. Cláusula resolutiva expressa ou cláusula <i>ipso facto</i> . ....	160
4.5. Cláusula de opção na recuperação judicial. ....	168
4.6. Limitações ao direito de manutenção do contrato.....	170
4.6.1. Preservação do interesse econômico de ambas as partes do contrato. ....	173
4.6.2. Escopo de lucro e exceção da ruína .....	175
5. LIMITES DA SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE DAS PARTES PELA DECISÃO JUDICIAL NA MANUTENÇÃO FORÇADA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	181
5.1. A intervenção judicial substitutiva da vontade contratual .....	183
5.2. O sucesso do plano de recuperação judicial como vetor de interpretação na decisão que impõe a manutenção do contrato.....	188
5.3. Limitações temporais .....	190

5.4. Cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e a possibilidade de manutenção do contrato com adaptações .....	192
Conclusões.....	203
REFERÊNCIAS .....	214

## INTRODUÇÃO

Contratos, como instrumentos de organização da atividade econômica, sujeitam-se a uma mutabilidade natural decorrente da própria evolução da sociedade. A vinculação obrigacional de sujeitos, se surgiu de um fato social, cresceu e consolidou-se como decorrência da autonomia privada e do poder jurígeno da vontade individual, ultrapassou limites subjetivos para amparar-se em situações de fato que vão além do querer, abrangendo consequências econômicas e expectativas de comportamentos.

Particularmente nas relações empresariais, o olhar do contrato como um instrumento objetivo de escolhas e alocações de riscos fundados na propriedade privada e na livre iniciativa, levam a um desenho da previsão e expectativa de comportamentos objetivamente esperados entre os envolvidos, considerando o sempre presente escopo de lucro ou de resultado econômico positivo para qualquer negócio. É possível, assim, um olhar objetivo, causal e finalístico para as relações contratuais entre empresas que tenham por características um modelo de alocação de riscos e de organização da atividade econômica, e não uma simples decorrência da manifestação da vontade.

Por este prisma, cabível uma revisão de conceitos essenciais da teoria contratual, notadamente a liberdade de permanecer contratado e os limites da intervenção através do Estado juiz como meio de alterar o sinalagma originalmente previsto pelas partes no momento da formação inicial do contrato. O interesse individual de uma das partes contratantes já não serve de elemento fundamental para a análise do contrato. Passa a ser ombreado por elementos externos à simples vontade declarada, como a relevância do contrato na manutenção da “vida econômica” de uma das partes e sua importância na comunidade em que se insere, a divisão dos riscos da atividade econômica desenvolvida, o interesse contratual positivo e negativo, a exceção de ruína e o exercício legítimo de posições jurídicas na continuidade dos contratos.

O aprofundamento de diretrizes teóricas para a aplicação, pelo Estado Juiz, dos diversos institutos envolvidos, aumentaria a segurança jurídica para os sujeitos envolvidos numa relação contratual de natureza empresarial. À guisa de exemplo, a previsibilidade do direito à extinção unilateral do contrato ou do direito à sua manutenção aumentariam a segurança jurídica no momento de contrato, permitindo-se a previsão de cláusulas contratuais específicas de tutela do interesse das partes.

Particulariza-se na pesquisa a situação da empresa em crise e que busque, por meio de um procedimento de recuperação judicial, obter uma readequação de suas obrigações vencidas e vincendas, tendo-se por premissa a sua viabilidade econômica. A existência de contratos objetivamente relevantes para a continuidade da atividade econômica da empresa em crise, previstos no próprio plano como elementar de sua própria estrutura econômica particular, permite afastar de seu tratamento legal a ideia de um contrato resultado exclusivo da manifestação de vontade, passando-se à ideia de um contrato como realidade econômica objetiva e autônoma.

E, neste aspecto, o exercício de posições contratuais que tragam evidente prejuízo à recuperanda, sem significar um ganho de eficiência ou uma vantagem econômica a seu titular, passa a não se justificar perante a ideia social a preservação da empresa viável e tudo o que ela significa economicamente.

Reconhecendo-se que a liberdade de não permanecer vinculado ao contrato integra os interesses jurídicos legítimos do sujeito, considerando-se a inexistência de vínculos perpétuos, há de se responder se o exercício de tal faculdade constitui um ato ilícito em sentido amplo, a autorizar a outra parte a busca da manutenção forçada do contrato em hipótese e por prazo específico. Ou seja, o interesse econômico envolvido na relação contratual pode justificar a imposição, à parte que possui o direito potestativo de resilir, da manutenção do contrato? Nestes casos, quais os limites e o balizamento da intervenção judicial, considerando o conteúdo econômico distinto do objeto do contrato e do interesse econômico em sua manutenção, ainda que temporária? Ainda que reconhecido um direito legítimo à manutenção do contrato, seria possível reconhecer-se um direito oposto da parte que busca a rescisão, justificada por causas econômicas, como a exceção da ruína?

Parte-se de duas premissas fundamentais: a liberdade de não se manter vinculado ao contrato, sujeitando-se o agente às consequências legais de seu ato; e o reconhecimento de que o fundamento econômico do contrato o integra, como causa do negócio jurídico, possibilitando sua análise econômica para fins de se aferir a ilicitude ou a licitude em sentido amplo de sua extinção pela vontade de uma das partes, tendo em conta um agente econômico específico, que é a empresa em recuperação.

A discussão sobre este fundamento econômico do contrato ultrapassa a análise geral de suas funções desempenhadas na sociedade, passando-se também à discussão sobre a necessidade da manutenção do interesse econômico a justificar sua continuidade.

Para além das possibilidades legais de revisão do conteúdo do contrato ou sua extinção pela onerosidade excessiva, pretende-se estabelecer uma análise do interesse econômico (ou a

sua manutenção em patamares similares aos do momento da contratação) como elemento justificador da manutenção ou do rompimento contratual: seria lícito o rompimento do contrato pela parte que vem tendo prejuízo por conta de sua continuidade, especialmente em contratos de trato sucessivo? Haveria prevalência de um direito da recuperanda impor prejuízo futuros à parte contrária em um contrato de longo prazo, em nome da preservação da empresa?

A questão passa pela avaliação dos riscos negociais e econômicos assumidos no momento da contratação. Mais, se a existência de um interesse jurídico econômico do outro sujeito poderia ser eficaz para impedir a eficácia do direito de resilição do contrato, ainda que previsto no ordenamento jurídico e a partir da dicotomia de interesses frente à situação de recuperação judicial de alguma das partes.

A pretensão é identificar a diferença quanto às consequências fáticas e jurídicas do inadimplemento da obrigação contratada e do rompimento contratual, considerando-se a limitação, no caso inadimplemento, à busca de simples cumprimento ou substituição da obrigação contratada por perdas e danos, estes considerados de forma ampla, sem que se discuta eventual direito à manutenção da existência do contrato. Busca-se um fundamento teórico para se diferenciar, na origem, a conduta da parte que decide pelo rompimento do contrato pelo não cumprimento de seu objeto, da conduta daquele que decide pelo fim da relação contratual, trazendo, como consequência, o desaparecimento do objeto contratado.

E, neste caso, se haveria, a partir da consideração do contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração, de caráter contínuo e que integre de alguma forma a própria forma de ser de uma das empresas envolvidas, fundamentos próprios para a imposição ou não da manutenção do contrato. E tais fundamentos não seriam baseados simplesmente na aplicação de ideias decorrentes da escola da análise econômica do direito, já que o reconhecimento de um valor próprio, externo e social, para a continuidade da atividade econômica de uma empresa viável em crise, se afastaria de uma decisão baseada na eficiência econômica individual do credor ou mesmo da busca de maximização de ganhos por conta do contrato. A existência de valores externos a serem tutelados, baseado num sistema particular de proteção da empresa em crise, apresentaria fundamentos próprios para situação da empresa em recuperação, que não se baseariam na análise da situação contratual por si.

Por fim, afirmando-se a possibilidade de imposição da manutenção do contrato, tem-se a necessidade de análise dos limites da intervenção judicial em tais contratos empresariais, especialmente quanto à insuficiência de critérios puramente jurídicos para a concretização da norma, particularmente quanto à análise do interesse econômico na manutenção do contrato e

sua limitação temporal e de conteúdo. A insuficiência da simples aplicação de princípios jurídicos, como o da boa-fé objetiva, na análise de um interesse puramente econômico leva à necessidade de se analisar os limites da intervenção judicial na apreciação dos interesses econômicos envolvidos em relações empresariais, pena de se ofender o próprio princípio da livre iniciativa e dos riscos naturais existentes na atividade empresarial.

O desenvolvimento da pesquisa, a partir de tais questionamentos, foi dividido em cinco capítulos, indo do aspecto geral do contrato, passando por sua particularização quanto às relações empresariais *stricto sensu*, chegando às características e limites de uma intervenção judicial no contrato.

No capítulo 1, tratamos da funcionalização do contrato em geral e particularmente do contrato empresarial como instrumento de vinculação de comportamentos objetivos das partes e de realização da livre iniciativa num regime econômico capitalista. O contrato é abordado como instrumento de realização da segurança jurídica e da ordem econômica com base na Constituição Federal, particularizando-se tais funções ante a empresa em crise.

No capítulo 2, abordamos a relação jurídica contratual empresarial a partir de seu viés econômico e objetivo, afastando-a de uma visão amplamente subjetiva, aproximando-o de um caráter estrutural das relações econômicas particulares. Apresentamos critérios próprios de análise e interpretação dos contratos empresariais a partir das relações próprias entre empresas no mercado moderno, afastando-se de critérios gerais adotados pelo Código Civil e pela legislação consumerista para adotar critérios próprios das relações entre empresas, como a assimetria contratual, a dependência econômica e a posição dominante numa relação contratual. Tudo levando a uma objetivação da análise da posição contratual da empresa em recuperação frente a um contrato empresarial essencial de longa duração.

No capítulo 3 fazemos uma análise particular do contrato empresarial de longa duração, particularizando-o em relação a seu objeto estruturante da atividade de uma determinada empresa, a existência de um valor próprio de sua continuidade buscada pelas partes e a superação do objeto da prestação pelo próprio interesse na existência do contrato.

No capítulo 4 abordamos a questão particular da extinção do contrato em casos nos quais haja autorização legal ou convencional para a extinção unilateral não motivada, seu tratamento legal no direito brasileiro e os fundamentos para um tratamento particularizado para a empresa em recuperação.

Neste capítulo 4, particulariza-se a tese, ao buscar justificar um tratamento particular para a extinção não motivada de contratos essenciais à continuidade da atividade econômica da empresa em recuperação, tendo em conta a ausência de dispositivo legal específico na Lei

11.101/2005. Apresenta-se a ideia de que a causa econômica inicial dos contratos serve de parâmetro para afirmar a manutenção do interesse bilateral no contrato, tornando abusivo o exercício da rescisão ou resolução fundada exclusivamente na existência da recuperação judicial de uma das partes, bem como particularizam-se situações em que visualizamos um interesse suficiente para a parte contrária colocar fim ao contrato de forma justificada.

Por fim, o capítulo 5 busca balizar a intervenção judicial em tais casos, quando se contraponham interesses de manutenção ou extinção do contrato empresarial de longa duração, afirmando-se a preservação da empresa e a manutenção do interesse econômico da parte contrária como vetores interpretativos do contrato, seja quanto a seu alongamento, seja quanto a eventual necessidade de adequação em favor da parte contrária para sua continuidade justificada.

O estudo é teórico, ante a ausência de dispositivos legais específicos aplicáveis diretamente à espécie. O fundamento busca afastar-se da aplicação exclusiva do princípio da preservação da empresa como ponto de amparo para decisões de manutenção de tais contratos, aproximando-se de uma teoria geral do contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração, o que autorizaria, quiçá, sua aplicação não somente para casos de empresas em crise, mas para relações empresariais entre empresas sadias. Bem por isto, optou-se por não fazer um estudo da jurisprudência brasileira atual, eis que amparada ora na não atração da questão para o juízo recuperacional, ora exclusivamente na prevalência do princípio da preservação da empresa sobre a autonomia da vontade das partes.

## 1. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO FUNCIONAL

A modificação do sistema econômico dos países capitalistas, ultrapassado o modelo medieval agrário para se alcançar uma sociedade de consumo, com especial intensificação da relação econômica de prestação de serviços como modalidade essencial no desenvolvimento dos países, seja pelo volume de operações econômicas, seja pela importância cotidiana na vida das pessoas, alterou os paradigmas de análise e interpretação do conteúdo dos contratos e das faculdades jurídicas postas à disposição dos sujeitos da relação contratual.

A lógica do contrato de compra e venda, sustentáculo referencial da construção da “teoria clássica do contrato”, já não serve para a compreensão da realidade de relações contratuais complexas, nas quais a problemática ultrapassa o trinômio formação-cumprimento-extinção. Especialmente nas relações econômicas das quais decorra uma prestação contínua de uma parte à outra, cuja continuidade contratual decorra não só de sua natureza, mas também da intenção final (aumento ou manutenção do ganho econômico por conta do contrato) e da necessidade consequente das partes (caráter essencial do objeto do contrato, não importando a natureza dos sujeitos, como, p. ex., no contrato de fornecimento de insumo essencial a determinada atividade empresarial), impede a aplicação pura e simples de princípios contratuais elaborados a partir da lógica dos contratos de execução imediata e despidos de qualquer elemento subjetivo na análise seu objeto.

O interesse individual de uma das partes contratantes já não serve de elemento fundamental para a análise do contrato. Passa a ser ombreado por elementos externos à simples vontade declarada, como a relevância do contrato na manutenção da “vida econômica” de uma das partes contratantes e sua importância na comunidade em que se insere, a divisão dos riscos da atividade econômica desenvolvida, o interesse contratual positivo e negativo, a exceção de ruína e o exercício legítimo de posições jurídicas na continuidade dos contratos.

São questões que exigem análise da ponderação necessária de princípios e objetivos da atividade econômica decorrente do exercício da livre iniciativa, previstos na Constituição Federal, afastando-se da conclusão hermética da simples análise da manifestação da vontade na formação do contrato, este considerado como instrumento de previsão e fixação de comportamentos futuros das partes, mas considerando as suas múltiplas funções e a atual plasticidade decorrente de circunstâncias sociais e econômicas em relações contratuais de longa duração. A incompletude contratual e a conformação da relação contratual como uma

relação “social”,<sup>1</sup> descontínua e sujeita a circunstâncias externas, com função econômica particular, são novos elementos que se agregam ao consensualismo na análise do contrato, sempre tendo como pano de fundo os princípios constitucionais que regem a atividade econômica. O exercício de posições jurídicas deve respeitar não só princípios específicos do direito privado – boa-fé objetiva, das funções sociais e econômica do contrato e a tutela da confiança – mas também as funções constitucionais da atividade econômica e da livre iniciativa, confirmando-se a ideia perene no sistema jurídico da inexistência de direitos subjetivos absolutos.

Somados a estes novos paradigmas do contrato, há de se considerar a moderna empresa como agente específico de tais relações contratuais, que ao mesmo tempo em que funcionaliza o contrato empresarial por meio da organização da empresa através de múltiplas relações contratuais, vê-se amparado em suas dificuldades econômico-financeiras pontuais por um regime de continuidade de suas atividades através da reorganização de seus débitos. Há de se observar, portanto, um aspecto eminentemente funcional para tais contratos organizativos da empresa, cujo valor intrínseco está mais ligado a seu modo de ser do que a seu objeto.

Considerando este aspecto funcional, é necessário se revisitar o conceito do exercício da rescisão unilateral como direito potestativo, seja pela existência de previsão legal, seja por uma previsão contratual que relativize o princípio da força vinculante dos contratos.<sup>2</sup> Se o contrato bilateral é pensado para ser cumprido, sem que se permita às partes, ausente justa causa, a escolha pelo não cumprimento ou o fim da relação contratual antes do prazo estipulado para cumprimento ou esgotada sua prestação, a possibilidade de rescisão pela manifestação de vontade de uma delas destoa da ideia da força obrigatória e da imutabilidade relativa do contrato, mas *reforça e protege o princípio da liberdade de contratar*.<sup>3</sup>

O fato de se prever a rescisão como direito potestativo ou subjetivo não significa vedação à previsão de consequências jurídicas negociais e legais a partir de seu exercício,<sup>4</sup> como no caso de indenização ou ineficácia relativa da manifestação de vontade unilateral pela

---

<sup>1</sup> MACNEIL, IAN R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>2</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il Contratto*. 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2011, p. 510: “Il recesso è materia di un **diritto potestativo** della parte, attribuito o direttamente dalla **legge** (recesso legale) o da una clausula del **contratto** (recesso convenzionale). Può spettare a entrambe le parti; opere a una sola di esse”. [O recesso é objeto de um direito potestativo da parte, atribuído a ela diretamente pela lei (recesso legal) ou por uma cláusula do contrato (recesso convencional). Pode caber a ambas as partes; age apenas para uma delas.] (tradução livre)

<sup>3</sup> AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*; volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 240.

<sup>4</sup> JACQUES GHESTIN afirma que o direito potestativo de rescindir não é mais tão discricionário quanto no século XIX, pois a teoria do abuso de direito, aplicável ao caso, moraliza o exercício do direito de rescisão unilateral (*Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 267/268).

resilição, da concessão de prazo razoável antes do fim da eficácia do contrato, da forma de comunicação da resilição, do reconhecimento de resilição abusiva etc, isto a partir deste aspecto objetivo e funcional do contrato empresarial. A situação, em tese, permite a visualização do risco de prejuízo decorrente da “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio (no exercício de posições jurídicas)”,<sup>5</sup> particularmente sob uma empresa em recuperação e dependente daquela relação contratual.

A proposição de um tratamento legal ou judicial diverso a este exercício de posições jurídicas, a partir de uma visão funcional e objetiva do contrato, exige a reconstrução de seu conceito num processo evolutivo do modelo baseado amplamente no paradigma da vontade para um modelo que considere, além desta, elementos externos e objetivos que justifiquem, sob um aspecto econômico e mesmo social, a mitigação da autonomia privada. Isto, particularmente, em relação a relações contratuais empresariais em seu aspecto mais particular.

### **1.1. Vontade individual como fundamento do direito contratual**

A construção de um conceito de contrato não pode ser feita levando-se em conta exclusivamente o encontro de vontades das partes contratantes, com primazia do elemento volitivo consensual, desconsiderando o elemento objetivo comum às relações contratuais da troca material por ele representada e dele decorrente. Segundo ALPA,<sup>6</sup> o contrato, como categoria conceitual, evoluiu e ultrapassou a subcategoria do negócio jurídico como ato de vontade privada para um ato de realização de um interesse público. Desta forma, a construção de um conceito funcional do contrato haveria de considerar sempre sua função de ordenação da vida das pessoas, das relações econômicas entre elas estabelecidas e, em linhas gerais, de realizações socioeconômicas daquelas.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA DE. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 857. FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004, p. 515.

<sup>6</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale: Il contratto in generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2014, pp. 9/10.

<sup>7</sup> CORDEIRO, ANTONIO MENESES. *Tratado de direito civil; 7º v.; direito das obrigações: Contratos. Negócios unilaterais*. 2ª reimp. da 1ª ed. Do tomo II da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2016, p. 173. (grifo no original)

O conceito histórico de contrato não foi construído a partir de uma abstração; ao contrário, decorre da tradução de um fenômeno prático, de um fato social fundamental: “o fato da troca, considerada latamente como o intercâmbio de bens.”<sup>8</sup>

Se o intercâmbio de bens foi o fato social que justificou a própria construção do conceito de contrato, seu conceito moderno deve levar em consideração, em seu aspecto funcional, que o contrato existe “para resolver problemas concretos, em termos justos, previsíveis e controláveis.”<sup>9</sup> Estabelecer um conceito de contrato que leve em consideração uma função prática de vinculação das partes em termos materialmente justos, estabelecendo comportamentos previsíveis e, na medida de sua previsibilidade, a possibilidade de controle destes comportamentos, exige a análise de seu desenvolvimento histórico, especialmente quanto à identificação do elemento justificador desta vinculação.

Nestes termos, podemos entender a definição de contrato como uma composição de quatro elementos distintos:<sup>10</sup> O primeiro é a estrutura da *fattispecie*, ou seja, o acordo das partes; os segundo e terceiro dizem respeito ao objeto do acordo, quais sejam, um ato jurídico e um ato patrimonial; e, o quarto diz respeito ao elemento volitivo futuro, ou seja, o modo de comportar-se de acordo com o objeto do contrato.

Este conceito, moderno e funcional, tem por fundamento inicial um direito das obrigações que “nasceu de uma fusão de uma grande parte do direito romano com certas regras canônicas e com numerosos costumes medievais.”<sup>11</sup> Faremos, por conta deste último aspecto, uma limitada digressão histórica da relação do contrato com a manifestação de vontade como elemento vinculador do comportamento das partes, dando importância a seu elemento funcional, entendida como a própria troca material previsível e controlada dele decorrente.

---

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. Contratos. Conceito e evolução. *Teoria geral dos contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

<sup>9</sup> CORDEIRO, ANTONIO MENESES. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>10</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto*, pp. 3-4: “In quanto accordo, il contratto è un **atto consensuale (o bilaterale)**(...) un **rapporto giuridico patrimoniale**. In relazione a esso il contratto è, da un lato, **atto giuridico**, e dall’altro lato **atto patrimoniale**. (...) “l’atto non ha funzione descrittiva o valutativa, bensì ha natura finalistica: le parti non si accordano su un giudizio, ma per un fine, che è incidere su un rapporto giuridico patrimoniale, mediante la produzione di effetti giuridici che tocchino quel rapporto. Dunque il contratto è un **atto di volontà negoziale**.” [Enquanto acordo, o contrato é um ato consensual (ou bilateral) (...) um negócio jurídico patrimonial. Em relação a isto, o contrato é, de um lado, ato jurídico, e de outro lado, ato patrimonial. (...) ‘o ato não tem função descritiva ou valorativa, mas tem natureza finalística: as partes não acordam sobre uma decisão, mas para um fim, que é afetar uma relação jurídica patrimonial, através da produção de efeitos jurídicos que tocam esta relação. Portanto, o contrato é um ato de vontade negocial.] (tradução livre)

<sup>11</sup> GILISSEN, JOHN. *Introdução histórica ao direito*. 8ª ed., trad. A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 730.

### 1.1.1. Período arcaico. Relações materiais e coletivas

Sendo o contrato resultado da vontade individual como potência para estabelecer relações jurídicas e vincular comportamentos, temos uma impossibilidade conceitual num período arcaico anterior ao próprio direito romano. As relações materiais não se desenvolviam individualmente, mas tinham carácter coletivo, estabelecendo-se entre clãs e grupos, num sistema de prestações totais no qual o chefe do “clã inteiro contrata por todos e por tudo o que todos possuem, por vezes perpetuamente.”<sup>12</sup>

Não havia espaço para a vontade individual como elemento jurígeno, até porque a propriedade, sendo coletiva, não poderia ser negociada individualmente. A condição de membro de determinado grupo social (*status*) ensejava a vinculação material àquilo que fora decidido pelo chefe do clã.<sup>13</sup> A própria ideia de Maine, indicando a evolução do *status* social para a realidade do *contrato*, em atendimento a uma aspiração iluminista e liberal de projeção da liberdade de manifestação da vontade, parte da migração do fundamento da vinculação do sujeito da condição de membro de determinado grupo social para uma pura decorrência da manifestação de vontade.

Assim, enquanto relações primitivas tinham carácter geral e coletivo para os integrantes do grupo, o contrato surge como “fonte de particularização e de diferenciação.”<sup>14</sup> Estes dois elementos decorrentes do desenvolvimento do contrato somente são possíveis a partir do reconhecimento da propriedade privada e da autonomia da vontade como fonte do autogeramento jurídico que particulariza a situação do indivíduo em relação a seu grupo.

### 1.1.2. Direito romano

O direito romano não conheceu o contrato como figura abstrata decorrente do acordo de vontades, limitando-se ao conceito material dos negócios estabelecidos no período, todos típicos e moldados a partir de premissas de fato previamente estabelecidas pelo costume. Tratava-se de espécie de adesão aos tipos de obrigações estabelecidas previamente pelo direito à época, limitadas às figuras da venda, do mandato, da locação e da sociedade, cada qual dotada da respectiva *actio* que lhes dava exigibilidade.

Não se observa a existência de um termo técnico para descrever o resultado abstrato de um acordo de vontades, sua formação, seus requisitos e efeitos,<sup>15</sup> já que o direito romano não

---

<sup>12</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. Contratos. Conceito e evolução, p. 28.

<sup>13</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES. *Tratado de direito civil*; 7º v., p. 172.

<sup>14</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES. *Tratado de direito civil*; 7º v., p. 173.

<sup>15</sup> KASER, MAX. *Direito privado romano*. 2ª ed., trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 61.

analisava categorias abstratas do pensamento, como o negócio jurídico ou o contrato como arquétipos genéricos; ao contrário, a descrição legal dos tipos de negócios como manifestações de vontade e de seus efeitos sociais se dava a partir de tipos específicos que vinculavam o sujeito tão somente por sua aderência ao suporte fático previamente descrito e previsto como necessário ao ato.<sup>16</sup> Observavam-se os denominados atos formais bilaterais, com eficácia limitada à sujeição à conduta pela outra parte. “Então, não é a vontade das partes, mas a correta execução formal que gera a vinculação jurídica; só mais tarde o acordo releva da vontade.”<sup>17</sup>

A aceitação de negócios meramente consensuais decorreu de uma realidade econômica observável a partir da expansão do Império Romano e a necessidade de se fazerem negócios com estrangeiros e peregrinos, dado o intercâmbio comercial com povos conquistados, considerando limitações impostas a estes em relação aos contratos típicos e à propriedade romana. Desenvolveram-se atos negociais sem qualquer previsão de formalidade ou ritual, baseando-se exclusivamente no consenso estabelecido.<sup>18</sup>

A evolução do conceito leva à autonomia do termo contrato, que passou a ter significação própria, desvinculando-se do objeto contratado e identificando-se a palavra *contractus* ao próprio ato de contrair obrigações, mas sem uma noção abstrata ou sua significação como “ato de autonomia privada.”<sup>19</sup> Por não significar uma categoria abstrata para o direito romano, tem-se inicialmente o uso do termo ‘contrato’ para a designação de um ato, sem vinculação prévia a seu conteúdo resultante do acordo de vontades. O contrato designava, assim, o ato de tratar com o outro, sem que o conceito alcançasse o conteúdo do que fora acordado.

A realidade demonstrou a insuficiência dos quatro contratos típicos romanos – venda, locação, sociedade e mandato –, dotados das correspondentes ações e exigibilidade forçada. O aumento dos pactos gerou a ampliação, pelos pretores no início do Império, das quatro obrigações consensuais, admitindo-se o uso de ações não só para as vendas, as locações, os mandatos e a sociedade, mas também para outros negócios consensuais. Surgem, a partir dos pactos vestidos, os chamados contratos inominados que, apesar de dotados de ação, escapavam à tipicidade determinante de sua eficácia, que decorria do próprio reconhecimento ou tipificação social, ainda que normatizados de maneira insuficiente ou parcial.<sup>20</sup> No dizer de

---

<sup>16</sup> KASER, MAX. *Direito privado romano*, p. 60.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *Contratos. Conceito e evolução*, p. 29.

<sup>20</sup> ALPA, GUIDO. *Il contratto in generale*, p. 10.

JUDITH MARTINS-COSTA, ao final do período do direito romano, está-se diante de uma questão crucial: “por que os contratos vinculam juridicamente?” e “como determinar o que, exatamente, os fazia vinculativos?”<sup>21</sup>

O que se tem é, assim, uma ampliação do consensualismo, permitindo a criação de novos contratos para além dos típicos previstos pelo direito clássico, gerando a necessidade de busca, no aspecto abstrato, de uma razão para a vinculação jurídica das partes.

### 1.1.3. Período medieval

O período medieval deve ser considerado como de intensa influência do direito bárbaro em relação ao contrato e à relação jurídico-econômica dele decorrente, com natural retração do direito romano. Por conta do que se chamou de “invasões bárbaras” observou-se, no âmbito do direito continental, a diminuição da atividade negocial e a aceitação do consensualismo como instrumento de construção de obrigações pessoais.<sup>22</sup> A retração comercial do início da Idade Média e a redução dos negócios a uma realidade local de trocas materiais simples e sem uma moeda comum controlada pelo Estado, contribuiu para a paralisar o desenvolvimento do contrato como ato decorrente exclusivamente da vontade das partes.

A retração da construção de conceitos baseados na vontade individual e a consideração das relações negociais como situações exclusivamente patrimoniais deu azo à substituição da legislação de origem romana que já diferenciava, de maneira incipiente, a dicotomia entre a pessoa e a obrigação patrimonial (*Lex Poetelia Papiria*, 326 a.C.) por outras que, em verdadeiro retrocesso, previam a responsabilidade pessoal e corporal pelo inadimplemento. A própria Lei Sállica (século V) previa, para o caso de não cumprimento de um compromisso, a aplicação de sanções de natureza penal.

A desmaterialização da manifestação de vontade, observada pela substituição da entrega da coisa por outro objeto que simbolizasse o consenso, teve suporte na aplicação insipiente do direito canônico em substituição ao direito germânico bárbaro e dos próprios resquícios do direito romano no continente europeu. Sobreleva a promessa unilateral feita por cada parte em relação ao cumprimento de uma obrigação e não o consenso como encontro de vontades;<sup>23</sup> a exigibilidade do contrato não decorria mais da existência de uma ação correspondente, mas

---

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *Op. cit.*, pp. 31/32.

<sup>22</sup> GILISSEN, JOHN. *Introdução histórica ao direito*, p. 732.

<sup>23</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENESES. *Tratado de direito civil*; 7º v., p. 69.

sim da ideia canônica de que a promessa pela palavra deve ser cumprida, evolução observada no direito canônico e nos costumes continentais a partir dos séculos XII e XIII.

Embora de início não houvesse sanção à palavra não cumprida, passou-se a aceitar a existência de ação que tutelasse o pacto nu, com debates sobre as vestimentas do pacto ou atribuição de ações de tutela e o papel do consenso na formação do vínculo. Nos seis séculos do *ius commune* observou-se uma mescla das fontes romanas, relidas e reinterpretadas, com a interpolação com a base ideológica do *ius canonici*, fundada na condenação do pecado decorrente da quebra da promessa, bem como elementos dos direitos germânicos, que davam largo espaço ao consentimento e revelaram a força social do juramento.

Deste embate entre *solemnia* e *consensus*, observa-se, ao final do período, a prevalência desde último, afastando-se o conceito do contrato de qualquer ato material ou solenidade necessários à sua formação, senão o encontro de vontades das partes.<sup>24</sup>

#### 1.1.4. Jusracionalismo e o direito moderno

O jurracionalismo deu-se pela reunião dos fundamentos morais do jusnaturalismo com o pensamento científico iluminista, caracterizando-se pelo “apoderamento do direito positivo pela filosofia moral”<sup>25</sup>, levando a um sistema jurídico positivado pelo Estado com base em fundamentos de validade decorrentes da análise racional do comportamento social esperado. Afastam-se fundamentos imateriais e vinculados ao pensamento religioso como elemento de justificação do direito, baseados numa verdade revelada e na autoridade superior de Deus. Neste processo de afastamento das influências religiosas que, por sua origem divina, autorizavam atos estatais e judiciais ofensivos à liberdade de pensamento e à própria liberdade física, aproximou-se o direito da construção de um pensamento fincado na razão de sua existência e aplicação, sendo o Estado o ente garantidor da própria existência da sociedade.

A aplicação do pensamento racionalista à conformação legal dos Estados permitiu o surgimento de pensadores contratualistas, que rejeitavam a vontade divina como elemento necessário à formação da sociedade, atribuindo à vontade do homem livre e racional a formação de um grupo social que, a um só tempo, preservasse a pessoa de atos de violência decorrentes do exercício da liberdade de pensamento e de religião, e garantisse sua própria sobrevivência.<sup>26</sup> Percebe-se a fundamentação da construção do conhecimento jurídico exclusivamente na consciência crítica do homem, escorada na razão aferível por métodos

---

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. Contratos. Conceito e evolução, p. 33, nota 45.

<sup>25</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 281.

<sup>26</sup> FASSÒ, GUIDO. *Storia della filosofia del diritto*; volume II: L'età moderna. Bologna: Mulino, 1968, p. 242.

humanos, não se sujeitando às imposições fundadas numa verdade divina inquestionável e que não tenha sua autoridade baseada em argumentos racionais.

A partir da escola do direito natural e sua conseqüente releitura pelo pensamento iluminista, construiu-se o pensamento jurídico que toma a vontade do homem, por si só, como elemento jurígeno suficiente para a formação de relações. Não só o intercâmbio de prestações materiais, mas o encontro de vontades, ou seja, o intercâmbio de consentimento é que se demonstrará como fundamental na construção de uma teoria abstrata do contrato. A ampliação do respeito à palavra dada, observável dos costumes da Europa Ocidental nos séculos XIII e XIV, irá se sobrepor à resistência dos juristas romanistas que se mantinham atrelados à ideia concreta do contrato vinculado necessariamente à sua *actio* específica. “O desenvolvimento do comércio nas cidades de Itália, da França e dos Países Baixos contribuiu grandemente para isto.”<sup>27</sup>

#### **1.1.4.1. O liberalismo econômico e a reforma protestante. Afastamento dos elementos fundados na teologia católica e no Direito Canônico do conceito de contrato**

O período seguinte acolheu ideias liberais influenciadas pelo ideário da reforma protestante, afastando a fundamentação de normas jurídicas sobre uma verdade revelada, substituído pela vontade livre e consciente do homem como suficiente à formação de vínculos obrigacionais<sup>28</sup> e para a formação e manutenção do Estado. Teorias contratualistas trouxeram conceitos caros ao direito contratual moderno, como as liberdades de contratar, de escolher a parte contratante e do próprio conteúdo do contrato.

Neste momento histórico há um processo de subjetivação do contrato, afastando-se da construção objetiva da relação obrigacional romana, presa ao formalismo do ato, e da ideia medieval da vinculação pela promessa unilateral externalizada, não importando, de qualquer forma, a vontade interna. O jusnaturalismo e a filosofia iluminista traduziram a elevação da vontade do homem como fundamento de todas as relações jurídicas entre indivíduos, exigindo a externalização desta vontade como elemento jurígeno fundamental. Ressalta-se, no início de tal transformação fundamental, o pensamento de HUGO GRÓCIO, sintetizado por GILISSEN,<sup>29</sup> afirmando que a

---

<sup>27</sup> GILISSEN, JOHN. *Introdução histórica ao direito*, p. 736.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 737: “É à Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado. Esta Escola, no século XVII, constitui um fator importante de laicização do direito, da sua concepção racional e, ao mesmo tempo, universal. Para os jusnaturalistas, o direito rege a sociedade civil; já não é, portanto, forçosamente cristão, como criam os canonistas dos sécs. XIII e XIV.”

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 738.

“vontade é soberana; o respeito da palavra dada é uma regra de direito natural; *pacta sunt servanda* é um princípio que deve ser aplicado não apenas entre os indivíduos, mas mesmo entre as nações. Assim nasce a concepção moderna do direito das gentes, baseado no respeito dos tratados.”<sup>30</sup>

Em período imediatamente posterior e apto a influenciar o pensamento que irá, a partir do século XVII, influir na formação da escola codicista representada pelo Código Civil Francês, tem-se a construção filosófica de PUFENDORF (1673), sustentando que o homem é a origem da autoridade e do direito. O indivíduo autônomo é senhor e responsável por suas manifestações de vontade, suas opiniões e seus atos; por consequência, lhe é imposto o dever de respeitar inviolavelmente sua palavra dada, ou seja, aquilo a que se comprometeu por qualquer promessa ou contrato. Esta escola de pensamento influenciou de forma decisiva a formação da teoria do contrato nas codificações dos séculos XVIII, XIX e início do século XX, afastando antigos fundamentos de justificação ou de validade da manifestação de vontade ligados a um elemento externo ao indivíduo, seja religioso, seja consuetudinário. Há a substituição do componente objetivo da vinculação por um elemento subjetivo, fundamentando a vinculação dos sujeitos a partir da liberdade da manifestação da vontade, especialmente numa recém-surgida economia capitalista com trocas econômicas entre sujeitos, sem intervenção do Estado e baseadas na formação de preços a partir de critérios de oferta e procura, bem como da exploração dos meios de produção e da mais valia.

No dizer de JUDITH MARTINS-COSTA,<sup>31</sup> o

“contrato, instrumento apto para atuar numa economia ancorada no intercâmbio organizado e generalizado de mercadorias, arvora-se como a quintessência de uma nova mentalidade, a do sujeito livre, que se vincula por sua vontade e, com base nela, produz trocas econômicas, instrumentalizadas pelo contrato.”

<sup>30</sup> A mesma percepção da relação entre vontade declarada e o sistema jurídico e social utilizada por GRÓCIO e outros jusnaturalistas, foi observada por JUDITH MARTINS-COSTA (Contratos. Conceito e evolução. *Teoria geral dos contratos*, p. 35), afirmando: “Hugo Grotius, em especial, construirá uma teoria da declaração da vontade e da perfeição negocial, bem como da justiça contratual situando, como base, a relação entre vontade e declaração. A construção jusracionalista não se limita, todavia, à dogmática jurídica, antes adentrando na Teoria Política. O contrato expande-se ao contratualismo como modelo antropológico, metaforizando o fundamento da própria sociedade como assembleia de indivíduos livres que, afastando os entraves jurídicos derivados do status medieval, atuam economicamente na ordem social. Há um valor especular: a valorização da vontade dos contraentes, tornada o cerne do contrato – pois ‘a convenção é o consentimento e é o consentimento que faz a convenção’ –, exprime, no micro-ordenamento contratual, a soberania manifestada, no macro-ordenamento estatal, pelo legislador, representante da ‘vontade geral’.”

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *Contratos. Conceito e evolução*, p. 35. No mesmo sentido, observando o desenvolvimento da teoria subjetiva do contrato como elemento necessário e fundamento ao desenvolvimento de uma economia baseada na troca bem x valor, afirma RENAN LOTUFO (Teoria geral dos contratos. *Teoria geral dos contratos*. Coord. RENAN LOTUFO, GIOVANNI ETTORE NANNI. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7): “No século XVII, o conceito de livre manifestação da vontade, como meio de exercício da iniciativa individual, resultou positivo para a economia, com o início do desenvolvimento da sociedade industrial.”

O acolhimento de tal poder criador destinado à vontade do homem amparou a construção da teoria geral do negócio jurídico como categoria abstrata da qual faz parte o contrato como subespécie. Individualismo e liberalismo econômico formam ambiente promissor ao desenvolvimento do contrato como principal instrumento de vinculação voluntária dos agentes e de circulação de riqueza na sociedade ocidental. Ideias como o *laissez faire*, *laissez passer* e o próprio crescimento da lei de oferta e procura têm como sustentáculo a liberdade contratual, pela qual o sujeito se manifesta no aspecto jurídico. No dizer de GILISSEN,<sup>32</sup>

“É a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc, com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois, então, estava-se convencido de que todo o compromisso livremente querido era justo.”

O pensamento iluminista influenciou a formação dos juízes que construíram, entre os séculos XVIII e XIX, o próprio conceito de contrato. No dizer de ATIYAH,

“para os juízes do século XVIII teorias do direito natural significavam que homens têm um inalienável direito de propriedade, e ainda de fazer seus próprios arranjos para comprar ou vender ou de outra forma de negócio com aquela propriedade, e conseqüentemente para fazer seus próprios contratos para eles mesmos”.<sup>33</sup>

A Escola Exegética do século XIX, fundada na interpretação do direito a partir da codificação ampla e em ideais individualistas e liberais, construiu uma teoria contratual a partir da tutela legal baseada no elemento volitivo declarado, sem interferências em seu resultado, não importando eventual desequilíbrio ou injustiça contratual. Intervir no conteúdo do contrato ou em aspecto que vá além da tutela da liberdade e consciência na manifestação de vontade seria negar o reconhecimento do poder criador e vinculativo da vontade individual declarada. A qualificação *justa* dada à manifestação de vontade vinculava-se exclusivamente à própria manifestação, sem qualquer confronto com seu conteúdo. Assim,

“[na] nova ordem econômica, será o contrato consagrado como o livre acordo de vontades individuais, privilegiando-se a estrutura (acordo) sobre a função (circulação de bens). O termo-chave é ‘autonomia da vontade’, compreendido pelo

<sup>32</sup> GILISSEN, JOHN. *Introdução histórica ao direito*, pp. 738/739. Dentro da mesma ideia da vontade livre como causa da realização de trocas econômicas, nos exatos termos fixados no contrato, necessários à nascente economia capitalista, afirma JUDITH MARTINS-COSTA (*Op. cit.*, p. 35) que: “O contrato, instrumento apto para atuar numa economia ancorada no intercâmbio organizado e generalizado de mercadorias, arvoar-se como a quintessência de uma nova mentalidade, a do sujeito livre, que se vincula por sua vontade e, com base nela, produz trocas econômicas, instrumentalizadas pelo contrato”.

<sup>33</sup> ATIYAH, PATRICK SELIM. *An introduction to the law of contract*. 5ª ed., Oxford: Claveden Press, 1995. No mesmo sentido, sustentando que a vontade humana como força criativa dos efeitos jurídicos e o contrato como resultado exclusivo da vontade humana era o pensamento prevalente no século XIX: ROPPO, VINCENZO. *Il contratto*, p. 38.

prisma psicológico-individualista. Impulsionado pelo liberalismo econômico, o consensualismo transmuta-se no voluntarismo.<sup>34</sup>

Nestes ideais elaboram-se os grandes códigos civis continentais europeus dos séculos XVIII e XIX, e início do século XX, como o Código Prussiano [*Preußisches Allgemeines Landrech*, ALR], de 1794, Código Civil austríaco [*Österreichisches Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch*, ABGB], de 1811, o Código Civil alemão [*Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB], de 1900, o Código Civil francês, de 1804, e o Código Civil italiano, de 1942, todos amparando a ideia do contrato como resultado do consenso dos sujeitos, limitando sua tutela à própria liberdade de manifestação da vontade, sem maiores preocupações com o equilíbrio ou o conteúdo dela resultante.

## **1.2. Superação do dogma da vontade. O contrato como comportamento vinculante**

Da plenitude do dogma da liberdade contratual, especialmente quanto à liberdade de conteúdo e da codificação dos princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade do contrato, construiu-se uma teoria contratual hermética, a impedir que elementos subjetivos internos e objetivos externos pudessem interferir em sua eficácia. Por consequência, a doutrina liberal e a legislação até o início do século XX impedia a modificação externa daquilo que as partes, ainda que em posição desigual, tenham estabelecido pela vontade, gerando um processo reconhecido, posteriormente, como abuso da liberdade contratual.

O período final do século XIX e o início do século XX indicam ainda a inexistência de conceitos diferenciadores de determinados grupos de sujeitos de direitos, a exigir, do Estado, alguma tutela diferenciada. Classes econômicas (trabalhadores; posteriormente, consumidores) e sociais (pobres em sentido lato) hipossuficientes não tinham proteção estatal a não ser o próprio regramento de tutela da vontade na formação e conteúdo do contrato, anulando-se os negócios jurídicos que apresentassem vício da vontade em sua celebração.

Entre a tutela estrita da liberdade criadora do direito e de seu resultado material econômico, e a possível tutela de alguma das partes a partir de conceitos externos ao contrato, como o equilíbrio econômico, a ideia de desproporcionalidade e a própria justiça comutativa da prestação, preferia-se a primeira. O ideário iluminista que amparou a construção da codificação liberal não podia admitir a intervenção externa no conteúdo do contrato, sob pena de se colocar a liberdade de manifestação da vontade em segundo plano, reduzindo ou eliminando uma das condições essenciais do titular de direitos.

---

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. Contratos. Conceito e evolução, p. 36.

Neste ponto histórico, combina-se de forma desastrosa a tutela estrita da vontade e o surgimento da sociedade econômica industrial, com a exploração extensiva da mão de obra proletária pelos detentores dos meios de produção. A paulatina diminuição da economia agrária e a migração de indivíduos para as cidades, com a necessidade de venda de sua força de trabalho para a indústria, em condições bastante prejudiciais, levou à já conhecida necessidade de aceitação, pelo proletário, de todas as condições graves e desproporcionais impostas pelo capital. Ante do desequilíbrio de forças entre o indivíduo trabalhador e o industrial, com controle não só dos meios de produção, mas reserva suficiente de mão de obra para impor qualquer condição contratual que lhe aprouvesse, verificou-se uma própria retração à ideia de exercício individual de direitos como paradigma de uma sociedade justa. Notadamente no início do século XX, surgem sindicatos que reuniam os indivíduos de determinada classe trabalhadora de maneira a formar corpo único, coletivo, cuja soma de interesses pudesse se contrapor aos interesses patronais.

Ou seja, a liberdade individual cede ante a necessidade econômica, permitindo-se ao indivíduo renunciar à sua liberdade de contratar em favor de um ente coletivo que represente seus interesses diante de outra parte detentora dos meios de controle da relação contratual. A contratação, no aspecto do contrato de trabalho, podia até se dar de forma individual, mas a regulação do contrato em sua continuidade dava-se de forma coletiva, através da representação sindical, que tinha o poder de decidir e contratar de forma a vincular todos os integrantes.

Em relação ao fenômeno, nos interessa a visualização, guardadas as proporções, da lógica da contratação coletiva arcaica observada no passado nos clãs, quando a decisão dos chefes vinculava a tribo. Ou seja, a substituição da vontade individual (do trabalhador) pela vontade coletiva (do sindicato) em benefício de um determinado grupo. A ideia, embora surgida no âmbito de sindicatos e objetivando a tutela de trabalhadores de certo grupo, pode também ser reconhecida no âmbito de contratos de natureza coletiva, seja pela atuação do Estado em sua regulação, reduzindo a capacidade do indivíduo para fixação de seus limites, que apenas sofre seus efeitos, como no caso do transporte público, seja pelo surgimento de contratos coletivos em sentido amplo, quando a discussão de cláusulas se dá por um representante que, muitas vezes, não está identificado com o indivíduo beneficiário, mas este, por força do modelo contratual, está obrigado a sofrer os efeitos da contratação coletiva. Cita-se, para este último modelo, os casos de contratos coletivos de consumo, especialmente os referentes a planos de saúde coletivos, onde a vontade individual, na forma idealizada pelo pensamento liberal oitocentista, dá lugar à representação e ao exercício de direitos coletivos.

Além da coletivização do objeto da manifestação da vontade, surgem teorias que admitem a modificação externa do conteúdo do contrato ou sua extinção sem o reconhecimento dos efeitos do inadimplemento. Tais teorias, aqui representadas pela onerosidade excessiva superveniente para a resolução ou a modificação forçada do contrato, e da eficácia geral da cláusula *rebus sic stantibus*, a justificar a aplicação de diversas teorias de readequação do contrato, acabam por minar o paradigma da vontade como fator paralisante em relação ao conteúdo do mesmo.

A vontade declarada pelas partes no consenso se congelava no tempo, sem admitir qualquer modificação posterior por conta de fatores objetivos ou subjetivos na relação contratual. Qualquer situação futura que tornasse a parte inapta para seu cumprimento se resolveria com base exclusivamente na teoria da culpa. Ou o descumprimento se justifica pela impossibilidade absoluta superveniente, ou se estará diante de um descumprimento culposo, trazendo consigo todos os ônus da mora e do inadimplemento. Não se poderia admitir, pena de romper a base filosófica da própria codificação, a intervenção externa sobre o conteúdo do contrato, sobre sua existência e eficácia.

Embora a partir de situações muitos particulares, envolvendo situações que traziam em seu germe o binômio contrato de longo prazo e circunstâncias externas graves, como no caso de guerras,<sup>35</sup> passou-se lentamente a admitir a intervenção judicial sobre o conteúdo do contrato para revê-lo ou extingui-lo, ingressando ou reingressando nos sistemas legais e em boa parte dos códigos atuais os institutos da revisão e da resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Nos interessa, em relação ao fenômeno, identificar novamente uma alteração de paradigma no que diz respeito à manifestação de vontade. Se esta era, na forma estruturada na teoria geral do negócio jurídico, elemento limitador da formação de seu conteúdo e, ao mesmo tempo, criador de uma relação jurídica imutável, por corresponder exatamente a aquilo que as partes, de forma livre e consciente declararam, passa a ser observada como uma realidade relativa e moldável em momento futuro, ainda que por um agente externo.

Da observação deste desequilíbrio no exercício pleno do consensualismo, observado pelo abuso de posições contratuais, construiu-se a teoria de proteção contratual no século XX, não sendo hoje novidade legislativa ou doutrinária. No âmbito da manifestação de vontade, o que se observa destes contratos, que acabaram por justificar a modificação do próprio paradigma da intangibilidade de seu conteúdo, é uma inobservância sistemática do

---

<sup>35</sup> Ressalta-se, aqui, a construção da teoria da imprevisão, pelo direito francês, a partir a imprevisão decorrente da ocorrência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

consensualismo em sua forma tradicional, qual seja, o encontro de vontades em sentido estrito, com a discussão do objeto do contrato, das cláusulas e condições e, pessoalmente, a emissão da vontade bilateral que irá caracterizar o consenso.

Seja em relação ao contrato de trabalho, seja aos contratos entre consumidores e fornecedores, considerando o próprio desenvolvimento da economia de mercado e a despersonalização das relações jurídicas patrimoniais, observa-se uma mutação do consenso, com sua restrição e limitação a aspectos muito simples no que diz respeito à formação do contrato. O consenso, que no pensamento liberal iluminista era o resultado de uma vontade madura, discutida e plenamente conhecida pelas partes, em sua causa e consequências, passa a ser substituída por um consenso automatizado, limitado a uma lógica *take it or leave it*, de aderência a uma vontade previamente determinada pela outra parte ou, ainda, de mera substituição do consenso subjetivo pelo comportamento objetivamente realizado.

Da construção da teoria do contrato e sua ligação com o *dogma da vontade*, temos a superação desta como elemento criador e justificador das relações jurídicas, com sua substituição, como elemento externo da formação de vínculos contratuais, pelo comportamento social que possa, em linhas finais e numa análise puramente consequencialista, significar a vinculação voluntária do sujeito a uma situação jurídica economicamente relevante. No dizer de RENAN LOTUFFO,

“No direito positivo contemporâneo o dogma da vontade, como fundamento supremo, está superado, sem que com isso se diga que a vontade não tenha relevância no plano contratual. O contrato não é entendido como expressão do âmbito interno das pessoas, mas como um fato social, onde se identifica uma decisão tomada pela parte perante a ordem jurídica, de sorte que se inexistir qualquer vontade, não se estará frente a contrato, mas a identificação, repete-se, decorre do que objetivamente se compreende com expressão da vontade.”<sup>36</sup>

O conceito de consenso, desenvolvido a partir da promessa romana, com apogeu na codificação oitocentista, deu lugar, na sociedade econômica contemporânea, ao comportamento socialmente relevante para determinado interesse econômico de uma ou ambas as partes. É no interesse econômico observado no comportamento, recorrente ou não, que se funda o elemento de justificação da obrigatoriedade de comportamentos futuros, substituindo a ideia de que a obrigação decorre da vontade manifestada na forma da lei.

Ainda que não manifestado o consenso na forma clássica da teoria contratual, ou seja, pela externalização da vontade através da declaração de aceitação do contrato pelo sujeito, de forma verbal, escrita ou tácita, será observada a criação de uma relação contratual a partir de comportamentos que indiquem, de forma suficiente, que há interesse econômico sobre o

---

<sup>36</sup> LOTUFFO, RENAN. *Teoria geral dos contratos*, p. 15.

objeto do agir, especialmente quando o comportamento prévio da parte seja suficiente para indicar à outra parte intenção séria de contratar ou de cumprir a prestação econômica indicada.<sup>37</sup>

A indicação expressa entre as partes de que o objeto econômico de interesse de ambas pode e será cumprido na forma prevista genericamente ou inferida do comportamento específico de alguma delas, suficiente para atrair o interesse da outra parte, significará força vinculante para a formação da relação jurídica contratual. Não mais o consenso em sentido estrito, mas a atração gerada sobre a vontade de qualquer das partes e a verificação, de plano, do interesse jurídico econômico sobre o objeto do comportamento.<sup>38</sup>

Quer isto dizer que se tornam obsoletas as discussões a respeito do elemento subjetivo da manifestação da vontade, ou ainda sobre eventual vício em sua ocorrência ou mesmo a própria discussão da falta de consenso expresso, para se impor para a outra parte o dever de cumprir o comportamento que, por sua conduta prévia, passou a ser legitimamente esperado. Há uma diminuição da importância da intenção das partes no conteúdo do contrato, a ponto de se permitir que a lei, de forma prévia, o estabeleça, não havendo necessidade de as partes estabelecerem seus deveres no instrumento contratual ou vinculá-los a qualquer interesse específico. No dizer de ATIYAH, analisando a evolução do direito inglês,

“Ainda é verdadeiro que a intenção das partes permanece importante no sentido de permitirem confirmar ou excluir os deveres previstos na Lei que por expresso acordo concordou em cumprir. Mas mesmo esta liberdade é bastante restringida hoje no interesse de consumidores e outras partes negociais em ‘formulários negociais escritos padronizados’.”<sup>39</sup> (tradução livre)

A ideia se aproxima do conceito de boa-fé objetiva, embora aqui entendamos pela necessidade de individualização de comportamentos sociais e seus efeitos econômicos. A atração do comportamento das partes decorre de uma situação individualizada, particular, levando em conta circunstâncias de fato observadas em eventual negociação e nas condutas

---

<sup>37</sup> Chega-se mesmo a questionar a manutenção do contrato como categoria jurídica ante a substituição do consenso pela simples adesão de uma das partes a um contrato predisposto pela outra, especialmente em se tratando de contratos de adesão ou em outros nos quais a vontade de uma das partes não pode influir de maneira significativa, embora VINCENZO ROPPO (*Il contratto*, p. 43) reafirme a natureza contratual da relação, ainda que decorrente da adesão a um contrato *standart* que, como a lei, possui suficiente abstração e generalidade a ponto de se pensar na existência de típico ato jurídico em sentido estrito.

<sup>38</sup> ROPPO, VINCENZO. *Op. cit.*, p. 40, afirmando: “Lo giustifica un principio di **autoresponsabilità**: chi immette una dichiarazione contrattuale nel traffico giuridico si assume il **rischio degli affidamenti che la dichiarazione crea**; e se la sua dichiarazione riflette una volontà viziosa egli deve affrontare le conseguenze, sopportando il contratto.” [O justifica um princípio de **autoresponsabilidade**: quem emite uma declaração contratual no tráfego jurídico assume para si o **risco de confiança que a declaração cria**; e se a sua declaração reflete uma vontade viciada ele deve enfrentar as consequências, suportando o contrato.] (tradução livre)

<sup>39</sup> ATIYAH, PATRICK SELIM. *An introduction to the law of contract*, p. 13: “It is still true that the parties intentions remain important in the sense that they may be able to vary or exclude the duties laid down in the Act by expressly agreeing to do so. But even this freedom of choice is greatly restricted today in the interests of consumers and others dealing on ‘standart written forms of business’”.

pré ou pós-contratual que, pela boa-fé objetiva, indiquem aderência ao objeto econômico desejado.

O afastamento da necessidade do consenso clássico, ou seja, o encontro de vontades sobre um determinado objeto e sobre as consequências jurídicas pretendidas pelas partes, traduz um retorno à objetivação da formação do vínculo contratual, como se observava no período do Direito Romano ou mesmo na Idade Média.<sup>40</sup> Novamente é o comportamento do sujeito em relação ao objeto de uma relação econômica que irá indicar a vinculação ao conteúdo do contrato, constituído não pelo consenso, mas por este comportamento socialmente adequado para indicar o vínculo. Esta substituição do elemento subjetivo pelo elemento objetivo na formação do contrato, levando-se em consideração a projeção social da vontade e os efeitos de tal projeção no ânimo da outra parte, não passa desavisada da autorizada doutrina de ROPPO,<sup>41</sup> entendendo pela necessidade de análise desta projeção social sem levar em conta elementos característicos do consensualismo, mas sim a tutela social da boa-fé dela decorrente.

Observe-se que não é qualquer relação jurídica que admitirá um reconhecimento amplo da vinculação contratual decorrente da projeção social da vontade, através de comportamentos típicos. Há de observar a reserva de tais efeitos decorrentes do comportamento social para contratos que representem um interesse econômico e jurídico limitado, não se admitindo, a princípio, em situações de graves consequências jurídicas e econômicas, a exigir um consenso indubitável. A ligação dos sujeitos a relações jurídicas que lhe imponham maiores ou menores consequências jurídicas, especialmente quanto aos efeitos patrimoniais, exigirá maiores ou menores estruturas do acordo, o que ROPPO chama de acordo forte, com estrutura pesada, não se podendo observar a existência desta estrutura em circunstâncias de fato que, embora sejam suficientes para indicar a formação de um vínculo contratual, não podem significar estruturas complexas a exigir previsões específicas, como as referentes à disposição de direitos potestativos. Quanto menores os ônus jurídicos-patrimoniais impostos à parte pelo negócio, menor a estrutura do acordo de vontades. No dizer de ROPPO<sup>42</sup>:

---

<sup>40</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto*, p. 37.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 40, afirmando que: “nel contratto è importante non solo l’effettiva volontà individuale, per come si forma nella sfera psichica del soggetto, ma anche la proiezione sociale della volontà, e in particolare il **modo in cui la volontà della parte è percepita da contraparte.**” [no contrato é importante não só a efetiva vontade individual, de como se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a projeção social da vontade, e em particular o modo como a vontade da parte é percebida pela contraparte.] (tradução livre)

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 27: “Tutte le intrusioni nella sfera giuridica del soggetto richiedono il suo accordo. Macome è visto, **le intrusioni hanno gravità diverse**: in relazione a ciò, il principio dell’acordo opera com forza variabile; e in modo corrispondente **variano la forza o l’intensità dell’acordo richiesto** per il contratto. Per le **intrusioni più gravi** occorre un **acordo forte, a struttura pesante**, capace di garantire nel modo più certo e più chiaro che le intrusioni corrispondono alla volontà di chi le subisce. Per le **intrusioni più blande** (le intrusioni «formali» che

“Todas as intrusões na esfera jurídica do sujeito dependem de seu acordo. Mas como é visto, **as intrusões têm gravidades diversas**: em relação a estas, o princípio do acordo opera com força variável; e de modo correspondente **variam a forma ou intensidade de acordo exigidos** pelo contrato. Para as **intrusões mais graves** ocorre um **acordo forte, com estrutura pesada**, capaz de garantir de maneira mais correta e mais clara que as intrusões correspondem à vontade de quem se submete. Para as **intrusões mais brandas** (as intrusões «formais» que objetivamente partem de vantagens a quem se submete a elas), é suficiente um **acordo fraco, de estrutura leve**: o devedor que tem perdoado o débito, o credor a quem é oferecida a garantia etc, não precisam explicitar a vontade de aceitar o benefício; é suficiente que diante da oferta silenciem, e isto basta para considerar que há entre eles acordo.” (tradução livre)

Assim, e especialmente em situações nas quais não se exija um acordo forte por conta dos efeitos jurídicos e econômicos, tem-se a objetivação da formação ou alteração do vínculo contratual, decorrente de um comportamento externo socialmente relevante e apto a atrair a vontade da outra parte. Esta objetivação permite o reconhecimento da formação de vínculos jurídicos sem que se observe consenso expresso, sendo este substituído por conceitos amplos como a *consideration* da *common law* ou os comportamentos sociais típicos ou declarações tácitas de vontade, aptos a incutir confiança na outra parte no sentido do cumprimento da promessa na forma que representada pelo comportamento em si, a partir da importância objetiva do objeto contratual.

Mais que formação de vínculos, a objetivação do vínculo contratual permite reconhecer-se a sua existência e conteúdo a partir do comportamento das partes no decorrer da relação, elemento que, no âmbito do contrato empresarial, irá permitir a construção de uma teoria interpretativa própria aos contratos incompletos, relacionais e de longa duração.

Esta objetivação também permite uma alteração no fundamento essencial para a análise concreta do contrato empresarial, substituindo-se a vontade como base da existência atual e futura do contrato, pela aferição da importância de seu objeto em relação aos interesses legítimos das partes, seja no momento de contratar, seja no cumprimento recorrente do contrato, seja na sua própria manutenção e extinção.

### 1.3. O valor constitucional da livre iniciativa e da propriedade privada.

Estabelecido que o contrato como instrumento de vinculação jurídica pode ter sua justificação deslocada da simples manifestação da vontade para uma abordagem objetiva, valorizando-se mais seus efeitos sociais decorrentes de comportamentos vinculantes,

---

objetivamente partono solo vantaggio chi le subisce), ci si accontenta di un **acordo debole, a struttura leggera**: il debitore cui viene rimesso il debito, il creditore cui viene offerta la fideiussione ecc. non hanno bisogno di esplicitare la volontà di accettare il beneficio; è sufficiente che di fronte all’offerta tacciono, e questo basta per considerare che c’è il loro accordo”.

necessário se investigar a particularização desta justificação quando diga respeito à atividade empresarial. Se contratos estabelecidos entre particulares ainda mantém forte influência da teoria voluntarista, com prevalência da manifestação livre e consciente da vontade como fundamento essencial de sua existência, não se vê a mesma lógica para os negócios contratuais empresariais, embora isto não signifique a desconsideração absoluta daquilo que se declarou no instrumento contratual.

Ao contrário dos negócios civis, negócios empresariais não encontram fundamento exclusivo de justificação na simples vontade e seu potencial jurígeno. Podemos afirmar que a busca do resultado econômico positivo ou o lucro em sentido geral são também fundamentos de justificação particular dos contratos empresariais, sem os quais a vontade da empresa esvazia-se como elemento justificador. Não seria natural admitir a justificação de um contrato empresarial se o atendimento do interesse econômico da empresa seja relegado a segundo plano, privilegiando-se a vontade de seus representantes ou presentantes em detrimento da própria razão de ser econômica da empresa.

Esta busca do resultado econômico impõe às empresas, ao contratarem, a necessária busca de uma finalidade específica que é o próprio desenvolvimento da atividade empresarial à qual se dedique e, como resultado finalístico, a busca do lucro. A empresa, quando contrata, o faz em função do exercício da livre iniciativa por parte do empresário que a organiza e que, de forma voluntária e sem a intervenção direta do Estado, arrisca sua propriedade em busca de negócios que lhe sejam vantajosos. Quer-se com isto dizer que o contrato empresarial é um instrumento de materialização da livre iniciativa econômica constitucionalmente garantida a todos que desejam desenvolver uma atividade econômica a partir de livres escolhas.

Para se compreender esta ideia – do contrato empresarial como instrumento de materialização da livre iniciativa – é preciso se estabelecer um conceito de livre iniciativa e sua vinculação com a propriedade privada, caracterizada esta como objeto de atuação e fim almejado pela atividade empresarial.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a livre iniciativa é um valor social (art. 1º, IV, CF), caracterizando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e tendo por um de seus fins a busca do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF), conceito que passa, necessariamente, pelo fortalecimento da economia do país, através do estabelecimento e desenvolvimento de atividades econômicas que, direta ou indiretamente, também contribuam para a diminuição das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF).

A partir da visualização da atividade econômica desenvolvida primordialmente por empresários, considerando o princípio da livre iniciativa e o regime capitalista, pode-se

antever como consequência direta do fortalecimento da atividade empresarial o fomento não só aos interesses individuais dos agentes econômicos diretamente envolvidos, mas também a interesses indiretos de agentes que, se não atuam como atores diretos de determinada atividade econômica, sofrem suas influências diretas.<sup>43</sup> Esta interpenetração de efeitos de uma atividade econômica específica com outras, indiretamente por elas influenciadas, tem ligação com o próprio conceito econômico de mercado.

A Constituição Federal estabelece o regime de mercado como sistema econômico,<sup>44</sup> caracterizado pela livre iniciativa e pela livre concorrência, atribuindo à vontade dos particulares, dentro de limites estabelecidos a partir do próprio texto constitucional, o desenvolvimento de atividade econômica visando a obtenção de resultados econômicos positivos ou a satisfação de um interesse particular. Assim, traduz-se num direito de obter rendimentos de capital, dentro de limitações extrínsecas decorrentes do interesse público tutelados pelo ordenamento jurídico e, indiretamente, pelo Estado.<sup>45</sup>

A liberdade de criar ou desenvolver certa atividade econômica, utilizando-se de capital próprio ou de terceiro disponível, é a principal característica privada do sistema capitalista de produção. A liberdade econômica é exercida por agentes econômicos que tenham à sua disposição capital, em geral meios de produção – embora em tempos modernos o capital disponível para o desenvolvimento de atividades econômicas tenha se particularizado também como capital financeiro, não se podendo mais afirmar, com segurança, como capitalista aquele que detém os meios de produção, mas também aquele que financia os meios de produção e a produção em si -, assumindo risco próprio pelo resultado positivo ou negativo da empreitada.

A livre iniciativa é um gênero de garantia constitucional, abarcando não somente a livre iniciativa econômica – de iniciar e desenvolver atividades econômico-produtivas –, mas também a livre iniciativa associativa – liberdade de associação *lato sensu*, englobando a

---

<sup>43</sup> Já é tradicional na ciência da administração de empresas e do direito o conceito de *stakeholders* como agentes que podem sofrer os efeitos positivos e negativos da atividade empresarial. Segundo THELMA ROCHA (*Gestão dos stakeholders*. Coord. Thelma Rocha, Andrea Goldschmidt, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6), “Os *stakeholders* são os públicos de interesse, grupos ou indivíduos que afetam e são significativamente afetados pelas atividades da organização: clientes, colaboradores, acionistas, fornecedores, distribuidores, imprensa, governo, comunidade, entre outros. O termo *stakeholder* tem origem no termo *stockholder* (acionista), e amplia o foco da organização, que antes era satisfazer o acionista e passa a ser satisfazer seus públicos de interesses estratégicos, como clientes, funcionários, imprensa, parceiros, fornecedores, concorrentes, sindicatos e a comunidade local.” O conceito pode ser adaptado à ideia da eficácia externa da função social dos contratos, tendo por objeto interesses de outras partes que não os contratantes quanto aos efeitos decorrentes direta ou indiretamente do contrato.

<sup>44</sup> GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 20ª ed., atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 73.

<sup>45</sup> CARVALHOSA, MODESTO. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 114.

liberdade de constituir sociedades –, e a livre iniciativa cooperativa e a livre iniciativa contratual – liberdade de contratar *lato sensu*.<sup>46</sup>

Também é possível se afirmar ser decorrência da livre iniciativa a liberdade de utilizar a propriedade privada dos bens de produção, afetando-os ou destinando-os – decorrência direta do sistema de mercado capitalista –, a uma determinada atividade econômica, assumindo os riscos de tais escolhas, com o fim de obter lucro como resultado.<sup>47</sup> Este, o lucro, não pode ser de qualquer forma encarado como o resultado de uma conduta antiética, imoral ou contrária ao direito, pena de se criar um paradoxo absoluto entre a busca do lucro pelas empresas e sua qualificação ético-moral. A própria Constituição, como não poderia deixar de ser, indica de forma indireta a aceitação do lucro privado como resultado da atividade econômica das empresas – além da atuação econômica por outros agentes econômicos que não se caracterizam como empresa –, ao limitar a intervenção do Estado na economia somente em casos de “aumento arbitrário dos lucros”, conforme o § 4º de seu art. 173.<sup>48</sup>

O desenvolvimento desta atividade econômica, fruto da inteligência do particular, acaba por concentrar-se na figura do empresário,<sup>49</sup> que o faz de forma habitual e profissional, fazendo da colocação a risco do capital em busca de resultados econômicos positivos o instrumento comum de sua atividade.

Esta liberdade de agir do agente econômico caracteriza-se pela ausência de controle primário do Estado, seja na escolha das atividades econômicas que se irá desenvolver, seja na escolha dos meios utilizados para se alcançar o resultado pretendido. A intervenção do Estado é restrita a limites impostos pela própria Constituição, como forma de garantir algum equilíbrio do mercado<sup>50</sup> decorrente da atuação dos particulares, presumindo-o imperfeito

---

<sup>46</sup> BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2ª ed., São Paulo: Almedina, 2022, p. 156; TAVARES, ANDRÉ RAMOS. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 53.

<sup>47</sup> BERCOVICI, GILBERTO. *Op. cit.*, p. 156; CARVALHOSA, MODESTO. *Op. cit.*, p. 119, afirmando: “...o direito à livre iniciativa refere-se à utilização econômica do patrimônio, na qual o bem tem **valor instrumental**, de criador de riquezas, ligado ao sistema global de produção em que se mesclam os interesses privados e os coletivos, afastando-se, portanto, no seu âmbito, aquelas normas referentes ao uso e preservação individual da propriedade.” (grifo no original)

<sup>48</sup> TAVARES, ANDRÉ RAMOS. *Direito constitucional da empresa*, p. 52.

<sup>49</sup> Embora o não empresário e o próprio Estado possam, eventualmente, colocar-se como agentes econômicos pontuais, por exemplo, quando o Estado desenvolve atividade econômica visando resultados lucrativos, seja por meio de empresa pública, seja por meio de sociedade de economia mista, ou quando o particular não empresário desenvolve atividade econômica visando lucro, como o artista que recorrentemente produz bens de consumo e os vende a outros particulares, o fazendo de forma recorrente, mas não como elemento de empresa, conforme o art. 966, do Código Civil.

<sup>50</sup> GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 32: “A noção de mercado como *atividade* – conjunto de operações econômicas e modelos de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado – supõe a *livre competição*.”

quanto à concorrência, à informação dos participantes das transações e à conduta proba dos agentes econômicos, dentre outros fatores.

Sendo a livre iniciativa exercida num regime de livre mercado, conforme o texto constitucional, é preciso se estabelecer critérios mínimos definidores do que seria a figura do mercado, conceituando-se o instituto a partir de uma necessária aproximação entre a ciência econômica e o direito.

Nesta conceituação, há de se observar que o conceito de mercado necessário ao desenvolvimento do presente trabalho não se vincula ao local da existência de trocas entre agentes econômicos, aproximando-se de uma visão atual que considera não só trocas materiais clássicas de transferência da propriedade, mas também transações que traduzam um benefício a partir da aquisição de uma posição jurídica vantajosa dentro de uma atividade econômica mais ampla, sem que isto signifique uma transferência de propriedade.

É lugar comum na ciência econômica afirmar que o mercado é caracterizado pelo ambiente livre – sem a intervenção direta do Estado –, com a possibilidade de participação de diversos agentes econômicos – com o Estado indiretamente garantindo condições para o ingresso de novos agentes, através da fiscalização e controle do ambiente de livre concorrência –, no qual as trocas econômicas são realizadas com relativa previsibilidade de comportamentos, da qual decorre a segurança jurídica gerada por sua contratualização. Tem por função, na teoria econômica, estabelecer corretamente os preços, a partir da combinação de elementos subjetivos (produtores e consumidores) e objetivos (custos de transação), aplicados sobre a lei de oferta e procura, sempre na busca de otimização de seus interesses próprios.

Na Teoria Econômica Neoclássica, esta função é desenvolvida de forma idealmente correta, com agentes econômicos tomando decisões racionais,<sup>51</sup> informados de forma presumidamente absoluta sobre o objeto e condições da transação, num ambiente de concorrência perfeita, ou seja, com grande número de agentes tendentes à alienação de um interesse econômico e de agentes tendentes à aquisição deste mesmo interesse. O mercado

---

<sup>51</sup> Segundo CÁSSIO CAVALLI (*Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 152/155), o mercado, observado como sistema de formação de preços, atua sobre três pressupostos: a) o *individualismo metodológico*, segundo o qual **a unidade básica de análise é o indivíduo**, sendo a empresa, assim como o consumidor, considerados indivíduos dentro do sistema de fixação de preços que é o mercado; b) a *hiperracionalidade*, pela qual pressupõe-se que os **indivíduos atuem no mercado a partir de um nível máximo de informações sobre os sinais de oferta e demanda enviados pelo mercado**, formando-se o preço a partir de uma atuação racional do indivíduo; c) a existência de *escolhas racionais individuais*, pelas quais se busca a maximização do bem-estar, presumindo-se que “consumidores adquirem bens de empresas visando aumentar a utilidade esperada, enquanto as empresas produzem para os consumidores visando aumentar o seu lucro” (p. 153), sendo o lucro da empresa medido pela comparação entre o ganho marginal em relação ao custo marginal de uma determinada troca realizada no mercado.

atua como instrumento perfeito de formação de preços (*price system*),<sup>52</sup> sendo a atividade econômica organizada a partir desta formação sinalizada pelo mercado. E sendo adotada a ideia pela qual a atuação do empresário visa responder a um sinal dado pelo mercado, ao fixar preços de forma perfeita – o agente atua exclusivamente a partir do preço sinalizado pelo mercado, de forma absolutamente racional e sem outras influências –, não haveria como se justificar o surgimento da empresa como elemento organizacional da atividade econômica. Afinal, bastaria a cada agente econômico, em sua atuação individual, decidir se realiza ou não determinada atividade para fins de troca no mercado pelo preço sinalizado pelo mercado, sem qualquer influência da forma pela qual se organiza ou desenvolve tal atividade econômica.<sup>53</sup>

A visão apresentada pela economia neoclássica a respeito dos mercados e sua atuação na formação de preços, bem como a conseqüente interferência nas decisões tomadas pelos indivíduos no desenvolvimento de suas atividades econômicas, foi e continua sendo objeto de críticas. A existência de um mercado perfeito como fundamento onde se construíram os conceitos do pensamento econômico neoclássico é a principal falha apontada por seus críticos. A crítica pode ser resumida à afirmação de CAVALLI, no sentido de ser “a firma neoclássica inserida no *mundo estéril dos mercados perfeitos*, nos quais todos os agentes econômicos, de posse de informações completas, celebram contratos de execução instantânea (*spot market transactions*)”,<sup>54</sup> baseadas num preço sinalizado exclusivamente pelo mercado, sem se considerar de qualquer forma as conseqüências econômicas decorrentes da organização interna da empresa, nem a existência de custos de transação externos a interferir na formação do preço e, conseqüentemente, nas decisões tomadas pelas empresas.

Pode-se resumir a contraposição a este afastamento da realidade do mercado decorrente do conceito de “mercado perfeito” estabelecido pela Teoria Econômica Neoliberal, a partir do trabalho escrito por RONALD COASE, atribuindo relevo da organização da empresa como estrutura da atividade econômica e instrumento eficaz para a redução de custos de transação,

---

<sup>52</sup> CAVALLI, CÁSSIO. *Empresa, direito e economia*, pp. 151/152, afirmando, sobre a fixação de preços pela Teoria Econômica Neoclássica, que a “fixação de preços em mercado é marcada pela característica do *equilíbrio geral de mercado*. O mercado envia sinais, sob a forma de preços, aos indivíduos de modo que ‘[p]rodução, preço e lucro reagem a mudanças na demanda, custo e estruturas de mercado da maneira mais intuitiva’. Isto é, há um equilíbrio de mercado, de acordo com o qual a oferta será equilibrada com a demanda.” (grifo no original)

<sup>53</sup> Em resumo, cada agente econômico agindo sozinho, individualmente, produzindo e vendendo um determinado bem, **obteria por si o valor fixado pelo mercado** (e não pela eficiência da organização produtiva), bastando a ele verificar se o custo de sua produção seria suficientemente coberto pelo preço de mercado. Não haveria motivos, por exemplo, para se abandonar a produção individual de cada parte de um bem manufaturado, substituindo-a pela divisão da produção entre diversos agentes econômicos distintos, em contratos de colaboração, já que o preço do produto não decorreria de uma eficiência organizacional na produção, mas tão somente da sinalização do mercado.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 165/166.

estes considerados como elemento central para a obtenção de resultados econômicos positivos. Afasta-se a ideia do mercado perfeito, reconhecendo-se que os custos de transação são aptos a condicionar o comportamento dos agentes econômicos quanto atuam dentro de um mercado. CAVALLI<sup>55</sup> resume a teoria de RONALD COASE nos seguintes termos:

“Enquanto a economia neoclássica assume que o mercado é um mecanismo perfeito de formação de preços, Coase afirma que no mundo real o mercado nem sempre opera de modo perfeito e, por isso, não é o único mecanismo de organização da atividade econômica.

As imperfeições do mercado a que se referia Coase consistiam na existência de custos relacionados à utilização de contratos de execução instantânea, em razão dos quais surgem incentivos para os agentes econômicos estabelecerem novas formas de organização da atividade econômica capazes de evitar esses custos.

Esses custos de utilização do mercado são denominados custos de transação (*transaction costs*), dos quais o mais evidente decorre da necessidade de se *descobrirem* quais os preços de um produto ou serviço no mercado.

De acordo com os pressupostos da economia neoclássica, para um agente econômico decidir onde pretende adquirir um bem, bastaria ele verificar qual a oferta desse bem de modo a identificar qual o menor preço. Para Coase, essa assunção é irrealística, pois a busca de informação sobre quem são os fornecedores e quais os preços desse insumo não é isenta de custos. Pelo contrário, procurar informações por um insumo envolve a utilização de recursos, por exemplo, o tempo de trabalho de um funcionário e a utilização de recursos tecnológicos.

Além dos custos de busca da informação, Coase apresenta como custos de transação aqueles relacionados à negociação e à celebração de um contrato e aqueles relacionados à fiscalização do cumprimento do contrato.”

Também se deve observar o lugar comum da doutrina ao afirmar que o mercado não se caracteriza como uma decorrência fática da realidade social, mas uma realidade plasmada a partir do regramento legal estabelecido por determinado Estado em seu ambiente interno, bem como em eventual regramento estabelecido no âmbito internacional através de tratados, convenções e outros instrumentos do direito internacional público. Ou seja, o mercado decorre da previsibilidade jurídica quanto à sua estrutura e funcionamento, permitindo aos agentes econômicos um mínimo de previsibilidade e de ordem interna.<sup>56</sup>

A uniformidade de condutas em um mercado é o que permite aos agentes econômicos que nele atuam antecipar comportamentos a partir de uma expectativa de lucros, fazendo com que a relação de intercâmbio entre os agentes de mercado se caracterize como uma ordem.<sup>57</sup> Estes dois elementos, previsibilidade e ordem, integram um dos elementos necessários à construção do conceito de segurança jurídica empresarial, caracterizada pelo reconhecimento de que uma prática recorrente pelos agentes econômicos é capaz de gerar a antecipação de comportamentos futuros, além de se estabelecer, seja pelos próprios agentes em sua atuação

<sup>55</sup> *Empresa, direito e economia*, p. 172.

<sup>56</sup> EROS R. GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 27), citando Natalino Irti, afirma o mercado como ordem, “no sentido de *regularidade e previsibilidade de comportamentos*.” (grifo no original)

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 27.

coletiva, seja pelo Estado, uma ideia de coerência quanto ao seu funcionamento a partir de seu regramento constitucional e legal.<sup>58</sup>

Por óbvio a previsibilidade de comportamentos dos agentes econômicos é relativa, nada impedindo um comportamento irracional de alguma das partes que integrem determinada transação econômica. Sendo o comportamento irracional – contrário à expectativa dos integrantes do mercado a partir de uma atuação recorrentemente aceita e observada pelos agentes que atuam em determinado mercado – uma falha de mercado, capaz de gerar danos individuais e gerais, como a perda de credibilidade e segurança interna em determinado mercado, pode e deve ser tratado como um ato contrário aos limites previstos pelo ordenamento jurídico. Bem por isto observa-se a aceitação geral da aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos negócios empresariais, ainda que de forma mais restrita do que em outras modalidades de negócios ou ramos do direito privado.

Segurança jurídica não só em relação aos comportamentos esperados dos demais agentes econômicos, mas também segurança jurídica em relação à conduta do Estado em relação ao funcionamento do mercado e de seus agentes.

A partir da previsão constitucional da livre iniciativa, como autorização de alocação a risco de patrimônio próprio na busca de resultados econômicos, e da concorrência ampla, como garantia da inexistência de agentes beneficiados por não sofrerem as consequências de suas escolhas ou por receberem tratamento diverso dos demais agentes econômicos, tem-se que o Estado não tem autorização, fora dos limites previstos pela própria Constituição, para interferir no funcionamento do mercado. A liberdade do agente econômico de decidir sobre a alocação a risco de seu patrimônio, escolhendo onde e como desenvolver determinada atividade econômica, somente pode ser limitada pelo Estado de forma residual e condicionada à própria observação dos fins constitucionalmente estabelecidos para a livre iniciativa. No dizer de GILBERTO BERCOVICI,<sup>59</sup>

“A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a

---

<sup>58</sup> EROS R. GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 29) sustenta, de forma objetiva, que a existência de previsibilidade do comportamento das partes, de seus efeitos e gerenciamento de consequências, são elementos necessários ao próprio capitalismo. Afirma o autor que “...o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração.”

<sup>59</sup> *Constituição econômica e desenvolvimento*, pp. 156/157.

liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional.”

Mas observe-se que esta intervenção estatal na liberdade de iniciativa econômica deve ser, necessariamente, relativa, somente se justificando se e enquanto tiver por finalidade a diminuição dos riscos e o aumento da garantia de segurança do próprio mercado, permitindo o ingresso de novos agentes e a manutenção das empresas que já fazem parte deste mercado. E, no aspecto objetivo, a limitação da intervenção do estado à diminuição de riscos e à garantia de segurança, não pode se materializar através da limitação ou o direcionamento da atividade empresarial como resultado da liberdade de livre iniciativa dos particulares.<sup>60</sup>

### **1.3.1. A liberdade contratual e o atendimento dos princípios constitucionais da atividade econômica**

Um último aspecto em relação à tutela constitucional da livre iniciativa e da propriedade privada, considerados como essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, e tendo em conta seu caráter instrumental específico e central no presente estudo. O contrato deve ser visto como instrumento não só concretizador da livre iniciativa – afinal, a atividade econômica se dá por meio de cadeias de contratos – mas do próprio conceito específico de segurança jurídica aplicado à atividade empresarial.

Como já salientado, a segurança jurídica pode ser abordada por um duplo aspecto: segurança jurídica quanto à não intervenção do Estado na atividade econômica sem que estejam presentes as justificativas constitucionais; e segurança jurídica quanto à observância, pelos agentes econômicos, dos comportamentos gerais esperados pelo próprio sistema econômico e, principalmente, pelo comportamento esperado a partir da assunção de obrigações próprias de natureza contratual.

Não há como se falar em concretização da livre iniciativa sem que haja um mínimo de segurança jurídica quanto aos comportamentos prometidos pelos agentes econômicos através de relações contratuais. A estruturação de um sistema de eficácia impositiva dos contratos é necessária para se estabelecer um mercado em seu conceito moderno, já que impossível calcular e prever comportamentos que não possam ser delimitados, circunscritos e objetivados às partes por meio de obrigações contratuais.

No aspecto constitucional, há de se observar que a existência de um direito contratual gera um mínimo de segurança nas transações econômicas estabelecidas entre agentes econômicos e na alocação patrimonial decorrente das escolhas feitas no exercício da livre

---

<sup>60</sup> GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 31.

iniciativa, traduzindo-se o contrato em verdadeiro instrumento para afetação da propriedade privada e de alocação de riscos. O contrato passa a ter um valor além de seu objeto material, vinculando-se a seu caráter instrumental e protetivo em relação ao exercício da livre iniciativa e ao uso específico do patrimônio privado daí decorrente. Bem por isto, EROS GRAU indica que não há livre iniciativa e utilização empresarial da propriedade privada sem que se fale em liberdade contratual,<sup>61</sup> ao que somamos o respeito necessário à operação econômica em sentido amplo, realizada pelas partes por meio de contratos.

Essas trocas econômicas são instrumentalizadas por meio de contratos entabulados não só entre agentes exploradores da atividade econômica privada, mas também com consumidores, tidos como destinatários finais dos bens e serviços produzidos no mercado, e com o próprio Estado, que pode atuar como agente econômico beneficiário direto na aquisição de bens e serviços prestados pelas empresas privadas, assim como agente regulador do equilíbrio deste mercado. A existência do mercado, como realidade dinâmica de trocas entre agentes, somente se materializa por meio de instrumentos específicos pelos quais as partes descrevem objetivamente o objeto das trocas de mercado e suas condições, estabelecidas a partir de uma análise mínima feita pelos agentes a respeito da capacidade da operação satisfazer um interesse particular próprio. Sem que haja como instrumentalizar de forma eficaz e minimante segura esta operação econômica, dando garantias mínimas às partes de que o comportamento recíproco, seja regulado de forma exaustiva, seja de forma superficial, não há como se conceber o exercício da livre iniciativa num mercado eficaz.

Neste ponto, observa-se uma aproximação da análise do contrato empresarial com um dos objetos de análise do direito econômico, ao afastar da análise da exploração da propriedade privada como instrumento da livre iniciativa o conceito amplo de função social da propriedade, preocupando-se particularmente com a função social e econômica da propriedade privada dos meios de produção. Isto porque o direito econômico, assim como a ideia da função social da propriedade, não se preocupa com a propriedade como direito individual, protegida constitucionalmente pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal, mas sim com a propriedade de bens de produção, que interessa e é tutelado a partir do art. 170, III, da

---

<sup>61</sup> GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 85, afirmando: "... a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. **Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção.** A atuação do Estado sobre o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídica dos contratos." (*grifei*)

Constituição Federal. Conforme afirma EROS GRAU, amparado em GIOVANNI COCO,<sup>62</sup> “a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados.”<sup>63</sup> Seria a *fase dinâmica* do direito de propriedade como elemento da empresa, ou seja, os bens de produção aplicados de forma dinâmica no desenvolvimento de uma atividade empresarial, concretizando a função social da empresa.<sup>64</sup>

Desta forma, seja numa relação imediata envolvendo a aquisição de um bem de consumo imediato, com manifestação de vontade ficta pelo consumidor perante máquinas automáticas de pagamento e entrega do bem de forma impessoal e com aglutinação das fases formadoras do contrato, seja em contratos entre empresários objeto de conversações preliminares, trocas de informações em diligência prévia, discussão e elaboração do conteúdo contrato e formalização da vontade por instrumento formal, o que se tem, no aspecto funcional básico, é a existência do contrato como um dos mecanismos essenciais de concretização do que se chama mercado, por permitir a previsibilidade objetiva de comportamentos futuros das partes e a concretização da função econômica do contrato empresarial.

## **1.4. A função econômica do contrato empresarial**

### **1.4.1. A função social do contrato**

O desenvolvimento do direito contratual moderno passa pela modificação do foco de análise e do conceito do contrato como instituto de direito privado, migrando-se da conceituação a partir de sua estrutura como modalidade de negócio jurídico típico para um conceito fundado em suas funções específicas dentro da sociedade, denominado *conceito funcional do contrato*.

Se o direito liberal do final do século XIX e início do século XX se limitava à análise dos institutos jurídicos a partir de sua estrutura, notadamente a partir de uma visão do contrato com o resultado do consenso ou encontro de vontades, a construção moderna do direito privado não se contenta com a simples conformação do instituto jurídico a partir de seus elementos constitutivos.

---

<sup>62</sup> COCO, GIOVANNI. *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, pp. 224/225, apud GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 225.

<sup>63</sup> GRAU, EROS R. *Op. cit.*, p. 226.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 226.

O desenvolvimento de um pensamento a partir da função exercida pelos institutos jurídicos dentro do seio social, tendo por base o desenvolvimento aprofundado feito por NORBERTO BOBBIO<sup>65</sup> e também a construção orgânica do próprio Código Civil de 2002, trabalha com a primazia de sua funcionalidade para a sua configuração, a sua conformação e a sua eficácia jurídica-social. Analisar um instituto a partir de sua função é dizer que serve dentro de seu âmbito de incidência, traduzindo-se não só no que o instituto é, mas naquilo que deve ser como instrumento de produção de efeitos jurídicos concretos.

Para o contrato, para além da teoria clássica do negócio jurídico com manifestação de vontade finalística, o que se tem é a observação de um fim específico para a sua existência que interessa não só às partes, mas também a coletividade, dada sua capacidade ou sua essencialidade no que diz respeito ao funcionamento de determinada sociedade. Especialmente quando se considerada a necessidade de circulação da propriedade privada, atribui-se ao contrato a característica de instrumento de criação de obrigações através da formação de um vínculo jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, observando-se que, tendo naturalmente por objeto relações jurídicas patrimoniais diretas ou indiretas, possui uma finalidade específica de permitir que as pessoas obtenham a satisfação de um interesse não só jurídico, mas particularmente econômico, ambos tuteláveis pelo ordenamento jurídico.

O caráter funcional do contrato envolve o entendimento de que o próprio sistema capitalista e de garantia da propriedade privada decorrentes da Constituição Federal impõe a existência do contrato de uma forma natural, básica e orgânica da sociedade para o estabelecimento de relações patrimoniais, seja de troca imediata da propriedade, seja outra operação economicamente aferível ou de interesse das partes.

Embora já haja construção doutrinária bastante específica quanto à chamada função social do contrato, desenvolvida não com fundamento na previsão expressa do Código Civil de 2002, mais especialmente a partir dele,<sup>66</sup> verifica-se que a característica própria desta função social do contrato é permitir a conformação jurídica de um interesse econômico permitido às partes pelo ordenamento jurídico, já que trata de impedir que os efeitos do contrato sejam prejudiciais a direitos fundamentais dos envolvidos e de terceiros, além de significar o cumprimento de uma finalidade ética específica para os negócios.

---

<sup>65</sup> BOBBIO, NORBERTO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

<sup>66</sup> À guisa de exemplo: GODOY, CLAUDIO LUIZ BUENO DE. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012; THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *O contrato e sua função social*. 4ª ed., São Paulo: Grupo GEN, 2014; PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Instituições de direito civil: contratos – vol. III*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022; DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – v. 3*. 39ª ed., São Paulo: Saraivajur, 2023, ePub.

A função social do contrato é o limite desta liberdade de contratar, imposta pelo próprio Estado como garantia de um bem comum, coletivo, e não exclusivo das partes contratantes.<sup>67</sup> Não integra o contrato, mas é exterior ao mesmo, servindo como limite abstrato às pretensões estritamente privadas apresentadas pelas partes em sua manifestação da vontade.

Percebe-se que tem conteúdo e objetivo diverso do princípio da boa-fé objetiva. Este integra o próprio contrato, ainda que inexistente cláusula expressa. Gera deveres positivos e negativos às partes numa relação recíproca de adimplemento qualificado. A função social do contrato não o integra – não faz parte de seu conteúdo ou de seus comandos normativos privados dar, fazer e não-fazer – mas sim impõe limites negativos a estes comandos normativos. Se estes não respeitarem esta obrigação negativa de respeitar interesses extracontratuais, de terceiros e da coletividade, estarão localizados fora do limite razoável imposto pelo princípio ao exercício da liberdade privada.

Em primeiro plano, de se observar que a construção teórica feita sobre a função social do contrato, como novo princípio aplicável ao direito dos contratos moderno, se moldou no sentido da existência de uma eficácia própria *intra partes* e de uma eficácia externa ou *ultra partes*. Aquela, vinculada à existência de interesses metaindividuais e um interesse individual ligado à dignidade da pessoa humana; esta, atuando quando o contrato possua efeitos capazes de atingir terceiros não integrantes da relação social, “o que se poderia chamar de *eficácia social* do contrato, corolário de sua inserção no tecido social, no mundo das relações, da função que aí ocupa.”<sup>68</sup>

A ideia de uma funcionalização do contrato tem por pano de fundo a fixação de uma finalidade especialmente determinada pela Constituição Federal a ser atingida, de forma direta ou indireta, ao se permitirem relações jurídicas privadas por livre acordo de vontade. No dizer de CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY,<sup>69</sup>

“Deve, há de se reconhecer, voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento, o que, no Brasil, resta claro da disposição do art. 170, logo no *caput*, da Constituição Federal, que estabelece, como princípios fundamentais da ordem econômica – de que o contrato é fundamental instrumento, (...) a dignidade da pessoa humana, e a justiça social, já antes, nos arts. 1º, III e IV, bem assim no art. 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República (princípios da dignidade e do solidarismo). E sem que, nesse passo, porque os objetivos perseguidos são o solidarismo e a dignidade humana, se possa separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos. (...) Ao contrário, a análise funcional do direito deve abarcá-las num mesmo espectro, em que o Estado atua de

---

<sup>67</sup> LOPES, TERESA ANCONA. Princípios contratuais. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

<sup>68</sup> GODOY, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE. *Função social do contrato*, p. 148.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 132.

modo não só a controlar os comportamentos humanos mas a dirigi-los a certo objetivos queridos.”

Quer isto dizer que os contratos, dentro de sua característica de negócio jurídico com conteúdo econômico desejado pelas partes, devem sempre ter alguma utilidade social ou coletiva,<sup>70</sup> afirmando a doutrina que a necessidade de observação deste caráter funcional do contrato conforma requisito próprio para a sua tutela jurídica. No dizer de CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, “o ato de iniciativa privada, que o contrato ainda substancia, e mesmo não ilícito, propriamente, deve conter um objeto meritório, merecedor de tutela, o que ocorre na exata medida em que ele atende a valores do ordenamento, em especial, da Constituição.”<sup>71</sup>

A função social do contrato não é o objeto do contrato, já que a busca do atendimento de interesses privados das partes não contraria o sistema jurídico-constitucional. Em momento algum se exigiu do contrato que este fosse benemérito ou não trouxesse prejuízo às partes contratantes; ao contrário, este é seu mote individual, já que – salvo raras exceções como o contrato de comodato gratuito, a doação pura e simples e o mandato não remunerado – somente se contrata para se obter um resultado econômico desejado pelas partes.

Por óbvio que a observação desta função social interna ou interpartes é mais facilmente constatada a partir da perspectiva da contratante débil ou hipossuficiente, como em contratos existenciais no âmbito de relações de consumo. A própria vinculação deste efeito interno da função social do contrato a seus efeitos que atinjam direitos fundamentais de alguma das partes, limita sua aplicação direta e simplista a negócios empresariais *stricto sensu*, dado seu objeto específico de trocas econômicas com finalidade de lucro direto ou indireto.

Mas, quando se observa a função social a partir de sua eficácia externa, ou seja, sua capacidade de produzir efeitos positivos ou negativos em relação a terceiros não intervenientes no contrato ou da sociedade *lato sensu*, é possível se observar com mais facilidade a necessidade de que os negócios jurídicos traduzam algum efeito de mérito positivo para a coletividade,<sup>72</sup> sem que isto signifique o afastamento da finalidade econômica específica de tais negócios.

“Em outras palavras, o contrato empresarial não cumpre a função social quando, embora atendendo aos interesses das partes, prejudica ou pode prejudicar

---

<sup>70</sup> DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3, p. 19.

<sup>71</sup> GODOY, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE. *Op. cit.*, pp. 132/133.

<sup>72</sup> Este efeito de mérito social dos negócios jurídicos ampara o afastamento da aplicação pura e simples de fundamentos da análise econômica do direito. Esta externalidade de fundo social tem importância prevalente em caso de aplicação de regras para a recuperação da empresa, não sendo suficiente a análise dos negócios a partir de uma perspectiva de eficiência econômica individual e maximização de ganhos, já que a manutenção de contratos de forma impositiva na continuidade da atividade da empresa em crise é um meio para se atingir um fim específico previsto na lei – e não fundado apenas nos interesses individuais das partes – em caso de recuperação judicial, que é a continuidade da atividade econômica da recuperanda para superar a crise.

gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo. A cláusula geral da função social dos contratos é, desse modo, mais uma limitação da autonomia da vontade.”<sup>73</sup>

Sem descurar da busca do lucro necessário em qualquer atividade empresarial, observa-se a função social em negócios estabelecidos entre empresas para permitir ou melhorar uma atividade econômica específica, gerando lucros às partes e efeitos difusos entre *stakeholders* e no próprio mercado, com a melhoria do ambiente econômico.

Se a função social do contrato exige a observação de ditames de justiça e equilíbrio contratual, considerando seus efeitos externos, não se pode perder de vista que sua própria razão de ser é, notadamente nas relações patrimoniais *stricto sensu*, a tradução de uma vestimenta jurídica a operação econômica. Assim, o conceito jurídico de contrato não tem um fim em si mesmo, mas possui uma construção finalística voltada aos efeitos econômicos daquela vontade externada. Tem o contrato, assim, caráter instrumental em relação às operações econômicas realizadas pela sociedade, trazendo a elas segurança jurídica, sendo, no dizer de ROPPO, “a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo ela [a operação econômica].”<sup>74</sup>

A conjugação deste interesse econômico ou função econômica do contrato, a partir da lógica funcional capitalista, com a afirmada função social do contrato, pode nos levar a uma conclusão de que o contrato, para ser admitido como legítimo dentro do sistema legal brasileiro, deverá corresponder a uma operação econômica que se o justifique dentro do interesse das partes e de padrões mínimos de ética esperada em seu comportamento.

Este padrão mínimo de ética pode ser identificado, numa figura ilustrativa, na exigência de que o contrato seja um instrumento de circulação de riqueza, ainda que não se fale em equivalência material ou de prestações absoluta, dada a própria existência de contratos benéficos e unilaterais. Por circulação de riqueza se quer dizer a capacidade de o contrato atender a um interesse econômico direto ou indireto de todas as partes envolvidas, a partir daquilo que analisaram e previram como o resultado esperado da realização daquela transação.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de direito comercial*; vol. 3. 20ª ed, São Paulo: Thomson ReutersBrasil, 2021, RB-1.6.

<sup>74</sup> ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 8/11. ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 18/19. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil: introdução ao direito civil - v.1, 34ª ed.*, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 505), trabalha indiretamente o tema, ao tratar da causa do negócio jurídico, afirmando que “na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio jurídico que o agente busca além da realização do ato em si mesmo.”

<sup>75</sup> LOPES, TERESA ANCONA. *Princípios contratuais*, pp. 64/65, afirmando que “O princípio da função social do contrato impõe às partes **dois** tipos de deveres: o primeiro, **positivo**, qual seja, realizar sua função **econômica**

Este limite ético está ligado ao próprio limite de tutela da autonomia privada. “O **limite** da autonomia privada por sua função social pode ser entendido como a proibição de transformação do contrato em instrumento de atos de abuso do direito.”<sup>76</sup> Ou seja, a atuação de ambas as partes ao estabelecerem contratos manifestamente agressivos quanto aos interesses extracontratuais, de terceiros e coletivos, atuam em abuso de direito, tornando-se nulo o contrato ou a cláusula contratual irregular, eis que ilícito seu conteúdo, nos termos do art. 187, do Código Civil. É o contraponto ao princípio constitucional da livre iniciativa em benefício da tutela da dignidade da pessoa humana considerada em sua forma coletiva. Limite, por tal razão, à aplicação do princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, tendo em vista que a possibilidade do contrato produzir efeitos danosos a terceiros ou a uma coletividade, específica ou não, acarretará a violação do princípio da função social. Neste sentido:

“...em princípio, os direitos e obrigações nascidas de um acordo somente deverão se aplicar às partes contratantes. Essa é a relatividade estrita do contrato. Porém, como o contrato é fato social relevante, seus efeitos se refletem no meio social, podendo ou não prejudicar terceiros ou a coletividade. Eis aí a função social em destaque. O princípio da função social vem, portanto, se contrapor ao da relatividade das convenções, estabelecendo limites à liberdade de auto-regulação que têm as partes.”<sup>77</sup>

Desta forma, se o contrato, ausente uma vontade específica, se traduz num instrumento de concentração patrimonial injustificada de uma das partes, pode-se falar no não atendimento desta função econômica específica e que compõe sua própria função social. Não quer isto dizer a impossibilidade de existência de prejuízos em determinados negócios em que o risco ou álea contratual lhe sejam inerentes, nem a impossibilidade da existência de deslocamento unilateral da propriedade a partir de uma vontade contratual própria, como nos casos de contratos de doação ou mesmo renúncia a direitos de natureza patrimonial. O que se quer aqui dizer é que o ambiente natural e saudável de uma relação contratual deve permitir que a operação econômica vislumbrada previamente pelas partes contratantes seja apta, em tese, a atender este interesse econômico, permitindo a circulação de riquezas dentro da sociedade.

No aspecto econômico, tal circulação de riqueza, considerando a economia de mercado escolhida pelo constituinte brasileiro, é um elemento essencial para que se tenha o desenvolvimento econômico do país. Sem que haja instrumentos aptos a esta circulação de

---

dentro da sociedade, fazendo circular as riquezas e, assim, impulsionando o seu progresso material e consequentemente instalando o bem-estar social. O segundo dever é de cunho **negativo**, constitui-se em uma obrigação geral de não-fazer, isto é, os contratantes estão obrigados a não prejudicar os interesses extracontratuais, de terceiros ou da coletividade, quando da regulação de seus próprios interesses.” (grifo no original).

<sup>76</sup> LOPES, TERESA ANCONA. Princípios contratuais, p. 67.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 69.

riqueza, ainda que com diversa distribuição de resultados entre as partes, ou a impossibilidade ou possibilidade de perdas e ganhos de acordo com o risco assumido por cada parte, não há como se falar na existência de uma economia desenvolvida e que respeite o princípio constitucional da livre iniciativa.

Respeitadas as posições que analisam uma função social do contrato em seu aspecto amplo quanto ao equilíbrio contratual ou atendimento de uma função constitucional promocional do bem-estar geral, tendemos afirmar que a função social de contratos, especialmente de natureza empresarial, está ligada necessariamente a esta capacidade de o instituto jurídico permitir a circulação de riquezas a partir de escolhas feitas pelas partes que digam respeito não só ao objeto da prestação, seja ele único ou continuado, mas especialmente quanto aos riscos assumidos e expectativas de benefício econômico direto ou indireto.

#### **1.4.2. A função econômica da relação interempresarial**

Se por função entendemos o “para que” determinado instituto serve nas relações sociais, podemos afirmar a função social e econômica do contrato empresarial como o instrumento específico para a formalização da vontade de partes que buscam, através da análise de riscos e interesses econômicos específicos e particulares para certa atividade econômica, prever comportamentos e consequências materiais futuras, num exercício de previsibilidade de circunstâncias e de consequências. Ou ainda, falando-se no contrato incompleto ou de natureza relacional, aquilo que as partes decidiram não abordar no instrumento contratual, deixando espaço para a livre negociação posterior a partir de circunstâncias concretas e imprevisíveis ou de previsibilidade custosa no momento da contratação, ou a previsibilidade de intervenção de um terceiro.

Para que haja um vínculo jurídico empresarial é preciso, no dizer de PAULA A. FORGIONI,<sup>78</sup> que existam dois pressupostos básicos inerentes a ambas as partes contratantes. O primeiro é a certeza que têm os contratantes de que o contrato trará, para ambos, benefícios econômicos, ou seja, uma vantagem jurídico-econômica. O segundo, a existência de um fim, um objetivo a ser alcançado com a atividade contratual, já que ninguém contratada para o nada.<sup>79</sup> Estes pressupostos, em outras palavras, são a função econômica do contrato, ao menos

---

<sup>78</sup> FORGIONI, PAULA A. *Interpretação dos negócios empresariais*, p. 82.

<sup>79</sup> Neste sentido, deve-se lembrar da teoria do negócio jurídico e sua diferenciação do ato jurídico em sentido estrito. Enquanto este não tem conduta finalística, mas apenas vontade de agir com resultados determinados pela lei, o negócio jurídico é finalístico, já que toda pessoa que realiza um negócio jurídico pretende alcançar

no sentido estrito e vinculado às partes, gerando movimentação econômica na forma predeterminada pelas partes.

Um contrato que não signifique em termos finais o atendimento dos interesses econômicos previstos e esperados pelas partes, sem que haja uma causa justificadora ou uma vontade neste sentido, não cumpre sua função social e econômica no âmbito de relações jurídicas interempresariais. A consequência da adoção da ideia de uma função econômica específica ao contrato empresarial se traduz na redução do âmbito de intervenção neste contrato, seja em relação a eventual integração de lacuna contratual, seja em relação análise da intenção das partes em caso de conflito ou, ainda, no que diz respeito ao reconhecimento de direitos não previstos ou situações jurídicas que poderiam ter sido previstas e não foram em relação aos empresários. Se aqui o contrato tem uma função econômica particular e específica, vinculada à atividade empresarial e com ela a assunção de riscos particulares, naturais ao conceito de mercado, afastam-se da análise desta função social e econômica ideias paternalistas de uma intervenção para proteção de uma parte débil no que diz respeito a avaliação de seus riscos próprios na atividade empresarial. No dizer de PAULA A. FORGIONI, “o direito não protege o crédito por uma questão de afirmação de valores liberais, por legitimar a supremacia do mais forte sobre o mais fraco, mas sim por ser esse mesmo crédito um pilar de sustentação do mercado, indispensável à sua preservação.”<sup>80</sup>

Se a atividade empresarial decorrente do exercício da livre iniciativa traduz a assunção de riscos pelo empresário para justificar a obtenção de lucros próprios, decorrentes de resultados positivos dessa atividade, não se pode, à guisa de uma proteção à função social do contrato, intervir para proteger o empresário contratante inábil na atividade que escolheu por realizar. Daí não se aplicarem de maneira concreta interpretações fundadas em normas protetivas a uma parte vulnerável, como consumidores ou aderentes a contratos de adesão, para fins de impedir que uma má escolha empresarial traduza um ganho inesperado a uma das partes, à custa de um prejuízo também inesperado à outra.

Tomando-se a atividade empresarial como aquela desenvolvida profissionalmente, de forma recorrente e com a finalidade específica de obtenção de ganhos econômicos, não se pode pensar na existência de um contrato empresarial que desgarre desta última finalidade, transformando o empresário em um agente desvinculado a um interesse econômico. O modo de agir do empresário, no que diz respeito à realização de negócios jurídicos, está sempre

---

determinado fim ou, por outras palavras, pretende auto-regulamentar a criação, modificação ou extinção de interesses jurídicos entre as partes.

<sup>80</sup> FORGIONI, PAULA A. *Op. cit.*, p. 85.

vinculado ao atingimento de seus interesses econômicos, ou seja, a atuação do empresário por meio de negócios jurídicos está necessariamente vinculada à busca das melhores escolhas no que diz respeito ao atingimento de maior lucro.

A assunção de riscos na realização destes negócios é uma álea natural e necessária a qualquer negócio empresarial, não se podendo afastá-la de forma injustificada, pena de desvirtuar-se a própria atividade fim do empresário. Afirma-se que toda atividade do empresário visa a obtenção de lucro através de sua organização própria dos meios de produção. Entretanto, não só por esta organização decorrente da técnica empresarial busca o empresário obter lucro, mas também pela escolha de negócios e apostas econômicas específicas, sendo esta premissa finalística de consideração mandatória em caso de interpretação ou análise de qualquer contrato em uma relação interempresarial.

Isto quer dizer que, em eventual interpretação externa, realizada por um árbitro ou por um juiz, não se pode perder de vista que o contrato empresarial visa originariamente uma operação da qual resulte interesse econômico de ambas as partes, ainda que haja uma troca igual a zero. Se essa troca igual a zero significa o atendimento do interesse específico econômico de ambas as partes, como no caso de aquisição de insumo necessário à produção de um bem que será posteriormente revendido ao consumidor final com lucro, este lucro será observável a uma das partes somente após a fase final de venda ao consumidor, não se podendo afirmar que o contrato tenha deixado de cumprir sua função social.

Também é possível se observar essa finalidade econômica quando relações contratuais contém operação mais complexa, da qual resulte da própria atividade contratada um aumento de eficiência para ambas as partes ou para uma delas, resultando no aumento do atendimento dos interesses econômicos que ali estejam desenhados. Por exemplo, na contratação de serviços contínuos de natureza técnica informática, gerando aumento na eficiência do tomador dos serviços em sua atividade, não traduzindo um ganho direto – em verdade, uma despesa operacional – mas que irá resultar num aumento de lucro pelo ganho de eficiência.

Em conclusão, não se pode analisar o contrato empresarial sem se considerar, de forma primária, a função econômica específica deste contrato, não se aplicando, de forma direta e sem cotejos necessários, interpretações fundadas numa função social do contrato de tutela de direitos fundamentais, dada a especificidade de seu objeto.

### 1.5. O contrato como instrumento de conformação de comportamentos futuros. Segurança jurídica e realização da ordem econômica

Como afirmando, a adoção de um critério funcional para a definição do contrato autoriza interpretações mais amplas de seu objeto, ultrapassando a simples troca material prevista no instrumento contratual. A complexidade das relações contratuais modernas, especialmente no âmbito de prestações múltiplas estabelecidas em contratos inominados, com reciprocidade de obrigações que ultrapassam o pagamento do preço e a entrega de um determinado bem ou serviço, autorizam uma ampliação da visão da eficácia contratual estabelecida pelo negócio.<sup>81</sup>

Quer isto dizer que o contrato é mais que uma transação *spot point*, objeto de toda a construção doutrinária contratual do direito civil. É a busca de conformação de um comportamento futuro; melhor, de comportamentos futuros esperados entre as partes, o que é natural quando se pensa em contratos sem prazo, com eficácia sucessiva, incompletos e que se desenvolvem no decorrer do tempo numa continuidade de concretizações de prestações materiais, ainda que fundadas em um vínculo contratual inicial único e passado.<sup>82</sup> O que se busca assim, é a segurança jurídica quanto ao comportamento futuro a ser adotado pelas partes no desenvolvimento das diversas fases que podem compor o contrato, correspondendo à ideia de que a relação contratual tenha fases precedentes ao contrato, de negociações e entendimentos prévios e mútuos, desenvolvidas a partir do contrato, considerando seu cumprimento pelo atendimento de diversas obrigações que não somente a de dar, fazer e não fazer específicas, e encerradas muitas vezes não pelo cumprimento de uma obrigação certa e determinada no contrato, mas pelo fim da relação contratual em si, em casos em que haja um contrato de longa duração, com obrigações não completamente predeterminadas no

---

<sup>81</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria económica do contrato*, p. 18: “Por outras palavras, dir-se-á que, na visão mais ampla que é consentida pelo prisma económico, o contrato é essencialmente um **facilitador** da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou «governança») de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.”

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 13: “Arranjos contratuais que se estabelecem entre indivíduos que querem colaborar são não apenas o cimento da coesão social e da divisão colectiva de tarefas, mas são também o veículo através do qual os indivíduos coordenam livremente as condutas nas quais se traduz a atividade económica – sendo que, na sua acepção mais ampla, e porventura mais frequente no seio da ciência económica, o contrato não passa de um acordo bilateral de coordenação de condutas, a via dominante para a produção e circulação de riqueza.” FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 8ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 48: “Quanto ao grau de integração entre as empresas, ou de vinculação futura das partes, os contratos empresariais classificam-se em imediatos [*spot*], híbridos [muitas vezes identificados com os contratos de colaboração] e societários. Os negócios condicionam o comportamento futuro dos agentes económicos, restringindo, com maior ou menor intensidade, sua liberdade de atuação pós-celebração. O contrato pode projetar quase ou nenhum efeito para o futuro, quando a ligação económica produzida for pouco intensa, desfazendo-se tão logo adimplida a prestação. Da mesma forma, pode levar à forte vinculação das partes, atando-as à relação económica e diminuindo a possibilidade de, no futuro, abraçarem estratégias conflitantes com a palavra empenhada.”

instrumento e renovação sucessiva de seu objeto no tempo. Some-se a isto a existência de situações fáticas decorrentes ou influenciadas pelo contrato já inexistente, no que se pode chamar de fase pós-contratual.

Não se pode desconsiderar a importância deste efeito específico pretendido pelas partes, caracterizado pela busca de imposição de comportamentos futuros no decorrer do desenvolvimento da relação contratual, a partir de contratos que não se encerrem numa prestação única, mas que tenham por objeto o desenrolar de comportamentos e prestações sucessivas objetivamente previstas no contrato ou dele decorrentes. Ou seja, a busca da segurança jurídica quanto a tais comportamentos futuros decorre da busca da construção de um ambiente de negócios no qual se possa ter previsibilidade e calculabilidade de condutas futuras, traduzindo-se, como já dito, numa característica particular do que se chama de mercado.<sup>83</sup>

A previsibilidade de comportamentos que vão além da entrega da prestação em si, bem como a ordem daí decorrente, traduz um dos elementos necessários ao conceito de segurança jurídica empresarial, caracterizada pelo reconhecimento de uma prática recorrente pelos agentes econômicos capaz de gerar a antecipação de comportamentos futuros, além de estabelecer, seja pelos agentes em sua atuação coletiva, seja pelo Estado, uma coerência quanto ao funcionamento do mercado a partir de seu regramento constitucional e legal.

Por óbvio esta previsibilidade de comportamentos dos agentes econômicos é relativa, nada impedindo um comportamento irracional de alguma das partes. Sendo o comportamento irracional – contrário à expectativa dos integrantes do mercado a partir de uma atuação recorrentemente aceita e observada pelos agentes em determinado mercado – caracterizado como uma falha de mercado, capaz de gerar danos individuais e gerais, como a perda de credibilidade e segurança interna em certo mercado, pode e deve ser tratado como um ato contrário aos limites previstos pelo ordenamento jurídico. Bem por isto a aceitação geral da aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos negócios empresariais, ainda que de forma mais restrita do que em outras modalidades de negócios ou ramos do direito.

Ainda, a segurança jurídica buscada pelo estabelecimento de contratos empresariais não se dirige somente aos comportamentos esperados dos demais agentes econômicos, que devem tomar decisões racionais e respeitar o resultado de tais decisões, mas também segurança jurídica em relação à conduta do Estado em relação ao funcionamento do mercado e de seus agentes. Daí se dizer, no âmbito do direito econômico, que a previsão da livre iniciativa

---

<sup>83</sup> GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 28.

privada (art. 170, parágrafo único, CF) é uma garantia do particular contra eventual arbítrio do Estado quanto ao desenvolvimento de atividades econômicas no âmbito interno, desde que atendidos requisitos prévios estabelecidos pela lei para o desenvolvimento de atividades econômicas em geral e em casos particulares. Em consequência, uma tutela contra a atuação do Estado para além dos limites da Constituição, que garante aos particulares, dentro de limites estabelecidos em lei, de escolher e desenvolver livremente determinada atividade econômica.<sup>84</sup>

A consequência desta possibilidade de se ter alguma segurança quanto ao comportamento futuro da outra parte, a previsibilidade quanto ao efetivo cumprimento deste comportamento com suas consequências e a possibilidade de se calcular objetivamente os resultados decorrentes do cumprimento ou não do contrato, traduzem a esperada melhoria do ambiente de negócios ocorridos dentro de determinado mercado, que caracteriza um dos objetos próprios do direito empresarial. No dizer de PAULA A. FORGIONI, esta é a “mola propulsora do direito comercial: quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas.”<sup>85</sup>

O mercado somente existe se há ordem e previsibilidade do comportamento de seus integrantes, decorrendo destes predicados a confiança que gera tipicidade legal ou social, com comportamentos previamente estabelecidos, esperados e praticados, sem a necessidade de intervenção estatal, e a uniformidade, com a adoção de tais comportamentos por todas as pessoas que façam parte e operem em determinado mercado. Cite-se, como exemplo histórico, a ampla utilização de títulos de créditos como instrumentos aptos a gerar comportamentos esperados e cumpridos de forma uniforme e razoável.

Desta previsibilidade de um dado comportamento futuro, independentemente de uma previsão contratual expressa – mas dela decorrente – ou de imposição estatal, tem-se o que se chamou genericamente de proteção externa do crédito, traduzindo num sacrifício da liberdade individual em prol da segurança jurídica do mercado.<sup>86</sup> Dentro dos negócios firmados em determinado mercado, não há tanto espaço para a vontade individual quanto à formação e conteúdo dos negócios, havendo uma série de negócios com conteúdo típico, com finalidades específicas, com resultados previsíveis e passíveis de mensuração financeira pelas partes, não

---

<sup>84</sup> BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e investimento*, pp. 156/157.

<sup>85</sup> FORGIONI, PAULA A. Interpretação dos negócios empresariais, p. 86-7. Esta previsibilidade atinge não só o comportamento futuro das partes, mas também engloba a segurança jurídica em face ao Estado no que diz respeito a mudanças legislativas que atinjam o mercado. Ou seja, “...o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração.” (GRAU, EROS R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 29).

<sup>86</sup> FORGIONI, PAULA A. *Op. cit.*, p. 87.

se caracterizando pela garantia de resultados, dada a álea normal dos negócios empresariais, mas sim pela garantia de que o processo contratual como um todo seja previsível e calculável. Com isto, permite-se às partes ingressar em determinado negócio com a possibilidade de conhecimento prévio de todas as características e consequências daí advindas, conformando o próprio objeto das escolhas dos riscos empresariais que caracterizam tal atividade,<sup>87</sup> atuando o direito como instrumental de proteção sistêmica deste comportamento futuro ao qual se obrigaram as partes contratantes.<sup>88</sup>

Esta eventual apreciação judicial futura a respeito dos comportamentos aos quais se comprometeram as partes no negócio empresarial deve considerar o componente risco destes negócios, especialmente pelo fato do risco aqui se caracterizar não como elemento natural, mas objeto de análise estratégica do empresário no desenvolvimento de sua atividade. O erro de cálculo, de estratégia ou de execução de determinado empreendimento faz parte da álea natural do mercado empresarial. Some-se a isto o próprio risco decorrente de eventual incompletude contratual ou de omissões intencionais do instrumento, com o suprimento de lacunas por agente externo judicial ou arbitral. O risco assumido pelo empresário em certa operação, por ser inerente, não pode ser atribuído à parte contrária, deste que esta tenha se comportado da maneira esperada dentro de uma normalidade empresarial.

“Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito).”<sup>89</sup>

Como afirmando no item 1.3, também se deve observar o lugar comum da doutrina ao afirmar que o mercado não se caracteriza como uma decorrência fática da realidade social, mas uma realidade plasmada a partir do regramento legal estabelecido por determinado Estado em seu ambiente interno ou no âmbito internacional, através de tratados, convenções e outros instrumentos do direito internacional público. O mercado decorre da previsibilidade jurídica quanto à sua estrutura e funcionamento, permitindo aos agentes econômicos um mínimo de previsibilidade de comportamento de seus integrantes e de ordem em seu funcionamento,<sup>90</sup> ainda que dentro de um espaço amplo de atuação, considerando o caráter

---

<sup>87</sup> FORGIONI, PAULA A. *Interpretação dos negócios empresariais*, p. 90.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>90</sup> EROS GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 27), citando NATALINO IRTI, afirma o mercado como ordem, “no sentido de *regularidade e previsibilidade de comportamentos*.”

dispositivo e supletivo dos dispositivos legais aplicáveis aos contratos empresariais, conforme previsão do art. 3º, VIII, da Lei 13.784/2019.<sup>91</sup>

A uniformidade de condutas de um mercado é o que permite aos agentes econômicos que nele atuam antecipar comportamentos a partir de uma expectativa de lucros, sendo o contrato o instrumento comum utilizado para a busca desta antecipação de comportamentos futuros de outras empresas com as quais a empresa contrata.

### **1.6. A funcionalidade do contrato empresarial em relação à empresa em crise**

Conforme sustentado neste Capítulo, a evolução da análise do contrato levou à substituição de seu caráter estrutural, fundado na manifestação da vontade, para um caráter funcional dos comportamentos que conformam seu conteúdo e geram uma vinculação de caráter objetivo entre as partes.

Este afastamento relativo do aspecto subjetivo do contrato, com sua substituição por uma análise objetiva de sua função econômica geral e específica em relação aos interesses das partes, permite se concluir pela construção de uma teoria funcional-econômica do contrato empresarial, particularmente aquele estabelecido de forma estruturante (vide Cap. 3) da atividade de determinada empresa.

Esta análise a partir da função econômica do contrato e funcionalização da alocação do capital para determinada atividade econômica, permite o deslocamento do fundamento da existência e manutenção do contrato do elemento puramente volitivo para um elemento objetivo e econômico. Esta objetivação também permite a alteração da vontade como base da existência atual e futura do contrato, para a aferição da importância de seu objeto em relação aos interesses legítimos das partes.

Este fundamento econômico que levou as partes a contratar uma relação de natureza empresarial pode ter caráter autônomo em relação à simples manifestação de vontade desvinculada de qualquer causa ou fundamento externo.

Ou seja, manifestações de vontade atinentes ao contrato empresarial *stricto sensu* devem ser analisadas a partir de critérios de natureza econômica e, por isto, externos à vontade. Este objeto econômico pode ser observado a partir de sua indicação expressa pelas partes por conta da contratação, mas também pode ser inferida do comportamento específico de alguma delas

---

<sup>91</sup> Lei 13.874/2019, Art. 3º São direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômico do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre negociação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.

que indique o interesse econômico em determinada relação, sendo possível analisar-se tal interesse a partir de elementos objetivos e externos.

A análise externa do contrato permite observar um caráter funcional específico dos contratos de longa duração de empresas em crise e que busquem a sua recuperação por meio de sua reorganização financeira, amparada no regime legal da recuperação judicial de empresas.

Sendo tais contratos daqueles que estruturam a própria atividade da empresa em crise, não se confundindo com uma simples relação de troca, seja por integrarem a sua organização produtiva, seja por integrarem a sua previsão de fluxo econômico, possuem uma função base em caso de apresentação de um plano de recuperação, que é a de dar segurança da continuidade da atividade econômica na forma prevista no próprio plano.

Se o plano de recuperação parte, em geral, de uma ideia de continuidade da atividade da empresa, os contratos de longa duração existentes no momento do pedido e que estejam previstos como parte do plano de superação da crise passam a integrar o suporte de segurança jurídica para o próprio sucesso do plano.

Ou seja, tais contratos ganham característica de exercerem uma função de segurança econômica para a empresa em crise, mas com capacidade de recuperação. Assim, se no momento da contratação estes negócios empresariais tinham uma função econômica específica que é considerada essencial à continuidade da atividade da empresa, e por isto essenciais ao próprio plano de recuperação, passam a ter, em relação à empresa em crise que busca a sua recuperação por meio de um plano, a função específica de dar segurança econômica para o futuro próximo, ao menos até a aprovação ou o cumprimento do plano.

Esta funcionalidade específica liga-se à previsão de meios econômicos para permitir a solução da crise financeira da empresa, considerando a natural elevação de custos de transação na substituição de tais contratos ou, ainda, na inviabilização da empresa pela interrupção de sua atividade produtiva em razão de extinção de tais contratos, considerada a essencialidade da manutenção de tais relações contratuais.

## 2. A RELAÇÃO CONTRATUAL EMPRESARIAL COMO INTERESSE JURÍDICO ECONÔMICO

A análise do alcance dos efeitos dos contratos empresariais, notadamente em relação à exploração de determinada de atividade econômica, deve partir de uma leitura dos princípios constitucionais incidentes sobre a atuação econômica na esfera privada. A aplicação de princípios clássicos do direito contratual e normas gerais do Código Civil não basta para se alcançar uma correta e abrangente interpretação destes contratos, especialmente os de longa duração, incompletos e que se caracterizam por não ser uma simples transação de troca material, observando-se que seu objeto material e finalidade econômica integram verdadeiramente a organização da empresa como meio de produção de riqueza,<sup>92</sup> muitas vezes com elevado componente relacional.<sup>93</sup>

A construção de um conceito geral de contrato, formulado a partir da teoria voluntarista do negócio jurídico, parte, como indicado no Capítulo 1, de uma lógica fundada na autonomia da vontade do homem, somado à necessidade de atendimento de necessidades, interesses e motivações decorrentes desta mesma vontade. O preenchimento do princípio da função social do contrato, em sua construção histórica, liga-se a esta particularidade da ligação do contrato com o ser humano, atribuindo ao instituto não só a capacidade de atender a um querer finalístico característico dos negócios jurídicos, mas também à concretização ou não ofensa a direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>94</sup>

A aplicação destas ideias ao contrato entre empresas, com finalidade específica de integrar seu objeto material à organização própria realizada pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica, não pode ser feita sem sua relativização e, ao mesmo tempo, a particularização de situações próprias deste fenômeno.

Por isto, a elaboração de um estudo a respeito dos contratos empresariais de longa duração e, em geral, com a característica relacional, especialmente quanto à sua extinção unilateral e imotivada, deve passar pela construção de uma base teórica a partir dos fundamentos constitucionais da ordem econômica que interferem, ou norteiam limites,

---

<sup>92</sup> A ser explorado no item 2 deste Capítulo.

<sup>93</sup> A ser explorado no Capítulo 3.

<sup>94</sup> Embora se possa modernamente analisar a função social do contrato no âmbito de pessoas jurídicas contratantes entre si e em sua eficácia direta e indireta em relação a terceiros específicos ou determinado grupo: SALOMÃO FILHO, CALIXTO. Função social do contrato: primeiras anotações. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Org. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. São Paulo: Thomson Reuters, Ano 1, Volume IV, junho/2011.

interpretações ou justificativas, para a atividade dos agentes econômicos, particularmente os privados.

Livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada e liberdade contratual são, em sentido amplo, não só balizas de um regime econômico de mercado – em resumo, capitalista – mas fundamentos da empresa como realidade econômica do mercado.<sup>95</sup> Reconhecer que a livre iniciativa e a propriedade privada, considerando seu alcance constitucional específico em relação à atividade econômica, são valores constitucionais próprios, permite a interpretação da realidade dos contratos empresariais sem descurar sua função específica: permitir não só o tráfego jurídico da propriedade privada e, conseqüentemente, da riqueza, sem o que não haveria nem mercado nem bem-estar social, mas também o respeito à alocação de riscos estabelecida por decisão do empresário no desenvolvimento de suas atividades. Ou seja, o contrato empresarial típico é mais que o simples encontro de vontades com o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, mas um instrumento específico de concretização das escolhas feitas pelo empresário no exercício da livre iniciativa econômica, sempre em busca do resultado lucro.<sup>96</sup>

Embora se reconheça que a constitucionalização do direito civil tenha imposto a observação de princípios constitucionais atinentes à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do contrato,<sup>97</sup> e mesmo da proporcionalidade e da defesa do consumidor,<sup>98</sup> não se pode descurar que a autonomia do direito empresarial – com vetores de interpretação próprios<sup>99</sup> – impõe a consideração particular e prevalente de princípios previstos na conformação constitucional da ordem econômica aplicáveis à atividade empresarial.

O contrato entre empresas não mais representa necessariamente uma unidade ou um negócio jurídico com objeto unitário e delimitado. As relações contratuais acabam por

<sup>95</sup> Conforme apresentado no Cap. 2.

<sup>96</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, pp. 27/28: “A atenção dos comercialistas recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles ‘celebrados entre empresas’, i.e., ‘em que somente empresas fazem parte da relação’. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos [ou todos] os polos da relação têm sua atividade movida pela ‘busca do lucro’. Esse fato imprime um viés peculiar aos negócios jurídicos entre empresários. ...[i] considera como objeto do direito comercial apenas os contratos celebrados entre empresas [ou contratos interempresariais, i.e., aqueles em que os partícipes têm sua atuação plasmada pela procura do lucro]; e [ii] coloca em relevo a necessidade do esboço de teoria geral que leve em consideração as peculiaridades dos contratos interempresariais ‘no contexto do mercado’ [i.e., que visualize a empresa na teia contratual em que se insere e que ajuda a construir].”

<sup>97</sup> PERLINGIERI, PIETRO. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 406/407.

<sup>99</sup> FORGIONI, PAULA A. *Op. cit.*, pp. 109/110: “Essa reflexão *global* sobre os negócios mercantis somente se mostra possível mediante a prévia identificação dos *traços peculiares* que imprimem mecânica *comum* a todos eles, ou seja, de diretrizes içadas do *funcionamento próprio* ao sistema do direito comercial. Em outras palavras, é preciso identificar e analisar as semelhanças que os contratos comerciais guardam entre si para que possamos compreender [i] as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como [ii] o impacto que causam na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada.”

caracterizar uma nova forma de empresa, no sentido usado por COASE<sup>100</sup>, como um instrumento de alocação de riscos e, principalmente, de busca de otimização de resultados. Decorre daí natural alteração da função específica do contrato em relação à empresa, “de mecanismo essencialmente funcional à propriedade, o contrato torna-se mecanismo essencialmente funcional à empresa”.<sup>101</sup>

A interligação de diversos contratos como parte de uma única “linha de produção” ou “construção” de um produto ou serviço, de seu projeto até o momento posterior ao próprio consumo,<sup>102</sup> traduz uma leitura mais ampla da empresa, para além da formação da empresa societária. A combinação de diversos contratos como forma de organização da atividade empresarial – o que a doutrina já chamou de “feixe de contratos” como perfil da empresa<sup>103</sup> – traduz não só uma leitura desta para além da sociedade empresária, do empresário ou de sua atividade de produção específica, mas também a caracterização do contrato empresarial como elemento organizativo da empresa envolvendo diversos atores, ou seja, a relação de diversos contratos da empresa com outras tantas caracterizando, em conjunto, a própria organização da atividade empresarial com um caráter múltiplo.<sup>104</sup> Chega-se mesmo a falar, na organização

---

<sup>100</sup> COASE, RONALD H. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloísa Gonçalves Barbosa. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022, p. 110: “Um fator de produção (ou seu proprietário) não precisa celebrar uma série de contratos com os fatores com os quais está cooperando dentro da firma, o que seria necessário, é claro, se tal cooperação fosse resultado direto do funcionamento do mecanismo de preços. Substitui-se essa série de contratos por um só. Nesse estágio, é importante observar a natureza do contrato a que adere um fator a ser empregado dentro da firma. O contrato é aquele por meio do qual o fator, por uma determinada remuneração (que pode ser fixa ou flutuante), concorda em acatar as ordens de um empresário *dentro de determinados limites*. A essência do contrato é que este deveria estabelecer apenas os limites dos poderes do empresário. Dentro de tais limites, ele é capaz, portanto, de dirigir os outros fatores de produção.” No dizer de ROPPO (*Il contratto*, p. 57), o contrato governa a organização e o funcionamento da empresa.

<sup>101</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto*, p. 57.

<sup>102</sup> Pense-se, por exemplo, na contratação de uma rede de serviços de assistência técnica para produtos de determinada empresa como parte da organização de sua atividade empresarial para atender a regras específicas do Código de Defesa do Consumidor, quando diversos contratos individuais com prestadores de serviços independentes caracterizam, para o produtor, uma “rede de assistência técnica”.

<sup>103</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 236: “A premissa básica da «Teoria do Feixe de Contratos» é a de que é necessário analisar a empresa sem pagar tributo à sua «reificação» como «pessoa coletiva», descendo imediatamente, por uma peculiar desconsideração do «*corporate veil*», para o plano da teia de relações que se formam, como um agregado de interesses que se conjugam, de forma mais ou menos permanente e estável (não «pontual») para prosseguirem finalidades complementares, fazendo-o de forma mais ou menos nivelada, «horizontal» - dispensando por isso a atribuição de qualquer especial proeminência a putativos «donos», e dispensando qualquer divisão permanente entre «principais» e «agentes» (qualquer divisão que ultrapasse a definição de posições contrato a contrato).” FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 23: “A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas ‘transações’.”

<sup>104</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 237: “A «Teoria do Feixe de Contratos» tem a inegável virtude de apontar para o facto de a vida interna das empresas consistir num amontoado de contratos relacionais, acordos informais, códigos de conduta, etc., e para o facto de haver muita coisa incompreensível, mesmo ao nível da estruturação explícita da empresa, se se perder de vista o «novelo» desse conteúdo «relacional» implícito.” PIETRO PERLINGIERI (*O direito civil na legalidade constitucional*, p. 382), em abordagem sensivelmente distinta, partindo da questão da conexão de contratos como realidade do desenvolvimento de atividades econômicas por empresas, gerando negócios indiretos por meio da conexão de

moderna do desenvolvimento da empresa, na existência de empresas plurissocietárias, como atividade econômica organizada envolvendo uma série de pessoas jurídicas distintas, unidas por diversos contratos, integrando a produção de forma vertical ou horizontal, observando-se um resultado unitário para o controlador da operação, decorrente desta combinação de esforços de diversos empresários.

Além de afirmar-se uma quebra da unicidade de cada contrato estabelecido no desenvolvimento da atividade empresarial, há de se pontuar, da mesma maneira, a inviabilidade de se analisar tais relações contratuais a partir de realidades normativas típicas, pois que fundadas essencialmente na análise estrutural de cada tipo de contrato, sem se preocupar com sua integração com diversos outros que lhe são conexos e mesmo com a integração com contratos estipulados com terceiros, mas que tenham por objeto a integração da própria atividade fim da empresa.

A tipicidade contratual, que muito fundamentou a lógica oitocentista dos grandes códigos, não serve à análise de relações jurídicas empresariais complexas, seja porque envolvem um encadeamento de contratos conexos,<sup>105</sup> seja porque presumem a integração de vários contratos com empresas diversas como forma de organização da atividade empresarial, constituindo verdadeiros negócios indiretos.<sup>106</sup> Muito mais que a simples realização de um negócio jurídico com a finalidade de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica

---

contratos típicos e atípicos, afirma: “Pense-se, antes de tudo, na conexão negocial. Mediante o uso de vários negócios, cada um com uma função típica ou atípica que seja, se persegue, não a realização dos efeitos a eles individualmente relativos, mas um único escopo, e isto em virtude da sequência lógica e cronológica mediante a qual se produz a conexão entre os negócios: um resultado final não realizável na ausência mesmo de um só dos contratos. O ato, portanto, não pode ser avaliado na sua individualidade, já que assume uma sua função apenas em chave procedimental, na conexão com os outros atos. Nesta perspectiva, que sentido tem definir ainda cada ato como «tipo» quando, ao contrário, o conjunto dos atos, coligados entre eles, representa o conteúdo de uma operação destinada a produzir um efeito unitário?”

<sup>105</sup> Sobre o ponto, afirmando a crise da tipicidade contratual para fins de regular esta junção de contratos diversos como forma de estrutura a própria empresa, RICARDO LUIZ LORENZETTI (*Tratado de los contratos: parte especial*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2021, p. 18), afirma: “También hay que considerar que la unidad interna de cada tipo ha explotado al ritmo del surgimiento de una enorme cantidad de variaciones dentro de cada contrato: hay una compraventa de inmuebles distinta de la de una empresa, o de patentes, o de jugadores de fútbol. La función del tipo como incentivo puede ser puesta en duda: la locación de servicios ha sido regulada minimamente y hoy constituye uno de los principales ámbitos de la actividad contractual.” [También há de se considerar que a unidade interna de cada tipo tenha surgido à medida do surgimento de uma enorme quantidade de variações dentro de cada contrato: há uma compra e venda de imóveis distinta da de uma empresa, ou de patentes, ou de jogadores de futebol. A função do tipo como incentivo pode ser posta em dúvida: a locação de serviços foi regulada minimamente e hoje constitui um dos principais âmbitos da atividade contratual] (tradução livre)

<sup>106</sup> PERLINIGIERI, PIETRO. *O direito civil na legalidade constitucional*, pp. 384/385: “No que concerne, enfim, ao negócio dito indireto, na doutrina afirma-se que a «categoria do negócio indireto», definido como utilização de um esquema típico para alcançar um escopo que não é aquele normalmente coligado àquele tipo negocial, mas vai além dele ou é mesmo diverso, não representa uma situação anômala: o modelo de organização dos interesses é aquele típico, mas o interesse concreto é diverso daquele normalmente perseguido, verificando-se uma divergência entre o escopo prático e função típica.”

patrimonial, o contrato passa a integrar o objeto de organização da atividade empresarial.<sup>107</sup> Seja na escolha da integração vertical, seja por meio de escolhas do tipo *make it or buy it*, vê-se nos contratos empresariais de longa duração uma integração das atividades desenvolvidas por cada uma das empresas envolvidas.

Pode-se pensar na situação da indústria automobilística que recebe, em seu parque industrial, outras empresas responsáveis por parte do processo produtivo – fornecendo insumos ou mão-de-obra específica, ou ambos – de forma integrada não só ao contratante principal, mas também com outras empresas que integram o mesmo processo produtivo, tendo por resultado o produto pretendido pelo controlador da operação econômica. A situação, por certo, não se confunde com a ideia de poder de controle em grupos societários clássicos, pois aqui se está a falar do poder de controlar o que, quando, quanto, como e por quem será produzido determinado componente integrante de uma organização produtiva.

Ou, ainda, em se pensando no próprio estabelecimento empresarial como um feixe de múltiplos contratos de fornecimento *lato sensu* e prestação de serviços, mantidos pelo empresário com fornecedores os mais diversos, com o fito de fazer possível a realização de sua atividade econômica, sem os quais, de fato, o estabelecimento não teria condições de produzir nada. Por exemplo, no fornecimento recorrente de acesso a meios de pagamento, energia elétrica, serviços de marketing material ou digital, portais de vendas digitais, sistemas de gerenciamento de produção, atendimento ao consumidor, softwares específicos etc. O encadeamento de todos estes contratos possui um valor em si que ultrapassa, em muito, o valor específico do objeto contratual de cada operação, não sendo possível entender a complexidade da operação econômica empresarial como um todo sem entender a relação de interdependência puramente econômica de cada um dos contratos que integram a operação como um todo.

Ou, ainda, numa situação de alienação de ativos para fins de recuperação de empresa em crise, através da aquisição de uma unidade produtiva em funcionamento, seja por meio de constituição e alienação do controle de subsidiária integral, seja através da alienação da unidade com todos os contratos que integram seu próprio funcionamento. Imagine-se tal alienação com a cessação imediata de contratos de fornecimento e prestação de serviços estabelecidos em favor daquele estabelecimento específico, levando à cessação imediata de

---

<sup>107</sup> PERLINIGIERI, PIETRO. *O direito civil na legalidade constitucional*, pp. 382/383: “O fenômeno da conexão negocial oferece, assim, uma razão a mais para considerar em desuso a distinção em contrato típico e atípico. A operação (constituída por um contrato típico, unido a outro contrato atípico, unido por sua vez a um outro, etc.) é destinada a produzir um certo efeito: **a função realizada não se pode identificar com as funções de cada ato, mas com a função global; e o próprio controle de valor, que requer uma atenção máxima à realidade concreta, deve ser efetuado sobre a operação globalmente considerada.**” (*grifo meu*)

suas atividades, como a suspensão do licenciamento de software de controle de produção de indústria pela denúncia unilateral da empresa de tecnologia responsável pela prestação. Embora tal contrato tenha um valor material específico – um preço do serviço a ser prestado – pode-se observar um interesse econômico mais amplo, eis que a cessação da prestação de tal serviço não traduziria num simples prejuízo limitado ao valor do preço a ser pago mensalmente pelo serviço, mas um prejuízo econômico à própria atividade empresarial como um todo que, a depender do grau de dependência do objeto contratual, simplesmente poderia cessar suas atividades.

A cessação inoportuna de um contrato poderia significar a interrupção de uma série de outros contratos, envolvendo outras partes distintas, sem qualquer relação pessoal direta com o fornecedor que interrompe seus serviços.

Tudo isto a demonstrar que os contratos empresariais *stricto sensu*, por terem por objeto um bem ou prestação que integrará de alguma forma a atividade econômica do empresário contratante principal ou central, são mais que simples encontro de vontades sem causa, visando criar, modificar ou extinguir obrigações. Tratam-se, em verdade, de operações que têm por objeto interesses jurídico-econômicos particulares e econômicos, e como tal, não podem ser analisados simplesmente com base em normas e princípios construídos a partir da lógica do contrato pontual, de execução instantânea e com valor econômico específico e limitado a seu objeto. Nos contratos de consumo e civis, “o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, ‘toda ela’, voltada para o lucro, como corre com as empresas e sua atividade ‘profissional’.”<sup>108</sup> Eventual vantagem econômica num contrato civil – o interesse do proprietário locador de um imóvel, por exemplo – não é similar à razão de ser dos contratos empresariais, ou seja, sempre a busca do lucro com resultado de uma determinada organização da atividade econômica.

Particularizando o elemento “produção” pela empresa como instrumento na busca de lucros através de sua negociação com outras empresas ou com consumidores, observa-se o ambiente comum do contrato empresarial a pretensão ao atendimento de uma necessidade particular na realização da atividade empresarial de uma ou ambas as partes contratantes, sem prejuízo da expectativa de lucro final da atividade de cada empresa. Por exemplo, num contrato de fornecimento de insumo a determinada empresa de manufatura, em que se observa o lucro direto na operação de venda feita pelo fornecedor, mas apenas indireto na operação de

---

<sup>108</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 39.

compra, com a integração do bem adquirido a um produto manufaturado e a postergação do lucro ao momento final de venda ao consumidor, seja ele final, seja ele novo adquirente de insumos.

Da mesma forma, uma empresa prestadora de serviços de tecnologia que “vende” um produto (*software*) e serviço (suporte) consistente num sistema de controle de produção para outra empresa, visualizando-se o lucro da operação do vendedor/prestador tão somente ao redor deste contrato, enquanto, para o tomador, irá integrar sua própria atividade econômica como meio de aumento de seu ganho marginal, seja pela redução de custos de produção, seja por aumento de eficiência.

Por fim, à guisa de particularização do objeto de análise do presente estudo, deve-se observar que a necessidade de atendimento de necessidades específicas para o desenvolvimento particular das mais diversas empresas, com objetos econômicos, materiais e de organização específicos, impede se recorra ao simples uso da tipicidade contratual como instrumento de aumento da segurança e previsibilidade das relações contratuais. Ao se observar um perfil funcional do contrato empresarial como instrumento de organização de uma forma de desenvolvimento da empresa, verifica-se uma impossibilidade ou extrema dificuldade em se trabalhar com estruturas contratuais prefixadas pela lei ou pelo próprio mercado. A particularização de cada tipo de relação interempresarial, com a necessidade de atendimento de necessidades específicas para o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica que, por ser livre, influencia-se pela criatividade de seu explorador, traduz na impossibilidade do uso da fórmula da tipicidade contratual legal. É impossível ao legislador antever as soluções econômicas e materiais desenvolvidas a partir das necessidades do mercado, cabendo, por isto, às partes, no exercício da autonomia e liberdade contratual, regular, dentro dos limites das normas de ordem pública, as obrigações fixadas a cada parte de determinado contrato.

Em resumo, da alteração da natureza e conteúdo dos contratos empresariais que tenham por objeto a própria organização da empresa decorre a insuficiência dos modelos negociais observados nos contratos típicos. Este descolamento da regulação típica dos contratos pela legislação e a prevalência do conteúdo negociado, é observado por RICARDO LUIZ LORENZETTI,<sup>109</sup> ao afirmar que:

---

<sup>109</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIZ. *Tratado de los contratos: parte especial*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2021, p. 18: “Los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están en un punto crítico, ya que su uso ha disminuido considerablemente en la actividad económica, que se organiza en base a criterios disímiles a los previstos en la ley. De esta manera, el orden y la programación contractual que ideó el legislador decimonónico, tan detallista y rígida, pensada para guiar a los particulares, ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos

“Os modelos contratuais que surgem da tipicidade estão em um ponto crítico, já que seu uso tem diminuído consideravelmente na atividade econômica, que se organiza com base em critérios distintos daqueles previstos na lei. Desta maneira, a ordem e a programação contratual que idealizou o legislador do século XIX, tão detalhista e rígida, pensada para guiar aos particulares, tem sido substituída pelos novos modelos surgidos do costume, da legislação especial e da vontade dos particulares, que se constituíram na vanguarda inovativa.

(...)

Também se deve considerar que a unidade interna de cada tipo explodiu ao ritmo do surgimento de uma enorme quantidade de variações dentro de cada contrato: há uma compra e venda de imóveis distinta daquela de uma empresa, ou de patentes, ou de jogadores de futebol.

A função do tipo como incentivo pode ser posta em dúvida: a locação de serviços foi regulada minimamente e hoje constitui um dos principais âmbitos da atividade contratual.” (tradução livre)

Desta forma, o desenvolvimento do presente estudo faz um corte conceitual em relação a contratos que não objetivem a integração da organização da empresa contratante, mas visem apenas atender a um interesse econômico pontual, dentro da lógica tradicional de extinção do contrato a partir do cumprimento de seu objeto. Excluem-se, assim, contratos para a simples entrega de bens ou prestação de serviço com interesse limitado a seu objeto em si, sem qualquer integração com a organização da empresa contratante ou vinculação relacional, caracterizando o cumprimento em sentido amplo causa de extinção do contrato pelo adimplemento, não existindo seu alongamento no tempo e nem significando, seu cumprimento pontual, requisito para sua continuidade futura.<sup>110</sup>

## 2.1. Causa do contrato e seu aspecto econômico

A partir da observação da relação jurídica contratual empresarial como um instrumento de conformação de uma realidade econômica, é necessária a análise, ainda que de forma superficial, da questão da causa do contrato e sua possível consideração na interpretação e integração destes contratos, além de servir de diretriz para a solução e eventuais controvérsias a respeito da continuidade da relação contratual.

Embora o Código Civil não tenha elevado a causa a elemento do negócio jurídico, dispensando sua verificação para se aferir sua validade e eficácia, é certo que os negócios jurídicos contratuais empresariais *stricto sensu* se caracterizam por um ato evidentemente

---

de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, que se han constituido en la vanguardia innovativa. (...) También hay que considerar que la unidad interna de cada tipo há explotado al ritmo del surgimiento de una enorme cantidad de variaciones dentro de cada contrato: hay una compraventa de inmuebles distinta de la de una empresa, o de patentes, o de jugadores de fútbol. La función del tipo como incentivo puede ser puesta em duda: la locación de servicios há sido regulada mínimamente y hoy constituye uno de los principales ambitos de la actividad contractual.”

<sup>110</sup> A questão do contrato de longa duração e relacional será abordada no Cap. 3 deste trabalho.

causal, dada sua finalidade específica de tornar realidade uma operação econômica complexa e que nem sempre se espelha de forma objetiva no instrumento contratual.

Como afirmado, a relação contratual empresarial possui a característica particular de ter a finalidade de atender a um interesse econômico específico das partes contratantes, finalidade que supera o objeto material do contrato, significando um instrumento de alocação específica não só de riscos, mas do próprio patrimônio do empresário em sua destinação específica na realização do objeto da exploração econômica. A aquisição de uma posição jurídica em relação a um determinado objeto contratual pode ser aqui classificada, tendo em vista a teoria clássica da causa do negócio jurídico, como fator causal da própria existência do negócio jurídico.

Além do estudo das teorias sobre a manifestação da vontade como fator integrativo do negócio jurídico, também ganha interesse neste momento a análise da causa como sua parte integrante, a ponto de interferir na apreciação do contrato e suas adversidades.

O estudo da causa é tradicional na teoria geral do negócio jurídico, havendo trabalhos aprofundados a respeito do tema, não constituindo objeto deste estudo a análise pormenorizada das teorias que a consideram ora um requisito de existência do negócio, ora de validade e eficácia.

Há dois posicionamentos deveras distintos no que diz respeito à consideração da causa no negócio jurídico. O primeiro, de caráter objetivista, desconsidera a existência da vontade como fato suficiente a gerar a eficácia do negócio, sendo este desligado completamente da vontade que o originou. A chamada teoria objetiva afirma que o negócio jurídico constitui comando concreto ao qual, por expressa previsão do ordenamento jurídico, se reconhece eficácia vinculante.<sup>111</sup> A eficácia do negócio decorre, portanto, não da vontade do titular que a manifestou, mas sim da expressa determinação legal de tais efeitos, considerando os resultados socialmente úteis de tal manifestação.<sup>112</sup>

A teoria objetivista não deixa de ser objeto de crítica, fundada no conceito equivocado de que o negócio não é exatamente norma concreta, já que esta representa apenas um efeito artificial daquele, pois a norma jurídica tem a característica de ser comando externo aplicado às partes. Na verdade, o negócio acaba por ser recepcionada pelo ordenamento, sendo tal recepção o que atribui ao negócio a característica de preceito jurídico.<sup>113</sup> O que gera efetivamente os resultados jurídicos pretendidos pelas partes não é a simples exteriorização da

---

<sup>111</sup> AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. *Negócio jurídico*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

<sup>112</sup> PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Instituições*, v.1, p. 507. GOMES, ORLANDO. *Introdução*, p. 373.

<sup>113</sup> AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. *Op. cit.*, p. 13.

vontade, mas sim a sua recepção pelo ordenamento jurídico, desde que tenha o fim de realizar um objetivo válido e possível.

Ao contrário da teoria objetivista, que não leva em consideração a vontade em si, mas apenas a sua vinculação a uma previsão legal, tem-se a teoria subjetivista, que de forma diametralmente oposta, afirma que a vontade final das partes, como intenção de produção dos resultados jurídicos pretendidos, é o que efetivamente caracteriza o negócio jurídico. Não importa, assim, a simples adequação da manifestação da vontade a um comando normativo legal, mas sim a adequação dos resultados obtidos com os resultados pretendidos pelas partes. A vontade integra o próprio negócio, sendo dele parte integrante e não simples mola propulsora, havendo a necessidade de se avaliar a razão determinante da vontade de contratar.<sup>114</sup>

Sob tal teoria também se impõem a crítica de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ao afirmar que se a vontade deve dizer respeito também aos efeitos, não se poderia admitir o fenômeno da conversão substancial, já que o “negócio resultante da conversão não foi previsto nem querido (essa situação é um pressuposto da conversão) e, ainda assim, ele é um negócio jurídico.”<sup>115</sup>

Diante de tais posições, em que a vontade não poderia ser absolutamente irrelevante, nem mesmo elemento essencial da formação do negócio, já que admitida a conversão substancial, necessária a alocação exata da vontade na teoria dos negócios jurídicos e, particularmente, na situação em que este se caracterize como um contrato empresarial *stricto sensu*.

Para referido autor, a vontade não seria elemento da existência, mas sim relevante para a validade e a eficácia do negócio.<sup>116</sup> Ou seja, independentemente da análise do conteúdo volitivo do negócio, haver-se-ia de considerar o negócio existente, sendo que a interrelação entre a vontade interna e a declarada seria nada mais que elemento necessário para se verificar a validade e eficácia dos negócios. Assim, *v.g.*, nos casos de simulação, em que há uma absoluta ausência de correlação entre a vontade interna e a vontade declarada em negócio jurídico, não se poderia reconhecer que este é inexistente, mas sim apenas declarar-se a ineficácia absoluta pela nulidade. Da mesma forma nos casos de erro, dolo, coação e lesão, em que, de fato, há um defeito subjetivo de base, qual seja, algum desequilíbrio entre a vontade interna e aquilo que efetivamente foi declarado no negócio jurídico.

---

<sup>114</sup> GOMES, ORLANDO. *Introdução*, p. 374.

<sup>115</sup> AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. *Negócio jurídico*, p. 8.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 9.

Traduzindo tal raciocínio para a questão da causa do negócio jurídico, ter-se-ia que se admitir que a manifestação de vontade, ainda que tenha aparência real de negócio, somente poderia produzir os efeitos desejados pelas partes acaso houvesse uma justificativa anterior e livre da vontade.

Desta forma, causa do negócio jurídico seria a razão jurídica pela qual as partes manifestam sua vontade de forma livre e consciente,<sup>117</sup> se caracterizando por um elemento externo ao negócio, “mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico.”<sup>118</sup> Para ROPPO,<sup>119</sup> causa do negócio jurídico é a operação jurídico-econômica realizada, com seus resultados e efeitos, caracterizados estes como sua função social. Diversamente, os motivos seriam a satisfação de necessidades particulares, ou seja, a finalidade mediata da obtenção daqueles resultados.<sup>120</sup>

É, de forma sintética, o resultado previsto e pretendido pelas partes quando realizam o negócio, que se distingue de conceito de motivo, interno e psicológico. Se este é irrelevante para o direito, dada a impossibilidade de seu conhecimento seguro e análise externa, a causa, como resultado esperado e que gera a confiança das partes por conta de sua manifestação de vontade, poderá ser analisada em caso de conflito a respeito do negócio estabelecido.

Transportando a questão para uma denominada teoria geral dos contratos empresariais, pode-se afirmar uma quebra da ideia de que a causa do contrato é irrelevante a partir da vontade declarada, assim como os motivos sejam absolutamente irrelevantes na apreciação do negócio jurídico.

Primeiro, observe-se que o fato de o Código Civil não ter afirmado a causa como requisito de validade do negócio jurídico não impede, na análise de casos concretos, a sua consideração, para fins de solução de uma crise contratual, como vetor de interpretação do conteúdo do contrato, de integração de lacunas contratuais ou de análise da realidade do

---

<sup>117</sup> THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO; FIGUEIREDO, HELENA LANNA. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 106.

<sup>118</sup> AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. *Negócio jurídico*, pp. 157/158. No dizer de FRANCISCO AMARAL (*Direito civil*: introdução, p. 528): “A causa distingue-se, também, do conteúdo do negócio, considerado este como o conjunto de direitos e deveres criados pela declaração de vontade, como ato de autonomia privada. A causa é o *porquê*, a razão última determinante; o conteúdo, ou objeto jurídico, é o *quê*.”

<sup>119</sup> ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 196/197, afirmando, em relação ao problema específico da causa, que “o problema e a função da causa consistem justamente nisto: no explicar o porquê, ‘a razão e o sentido das transferências de riqueza’, que constituem a substância de qualquer operação contratual.”

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 196. No mesmo sentido: AMARAL, FRANCISCO. *Op. cit.*, p. 528, afirmando que “A concepção objetiva da causa torna necessária a sua distinção dos motivos que possam levar o agente à prática de um negócio jurídico, pois a causa não se confunde com eles. Os motivos são razões de natureza psicológica, mas propriamente os interesses que a pessoa visa realizar com o negócio jurídico, estranhos, porém, ao conteúdo desse ato. Por serem de natureza psicológica, não ficando evidentes na manifestação de vontade, os motivos são, geralmente, considerados irrelevantes para os efeitos do ato, salvo se expressamente estabelecidos como sua razão determinante (CC, art. 140).”

contrato existente entre as partes. A própria doutrina da teoria geral do negócio jurídico vem afirmando que, diante do caso concreto, é necessária a indagação da causa do negócio para fins de verificação de seu objeto, finalidade, cumprimento ou descumprimento, bem como para se concluir pela licitude ou ilicitude de seu objetivo, mormente pela previsão da nulidade a partir da finalidade ilícita pretendida pelas partes.<sup>121</sup> Conforme afirma FRANCISCO AMARAL,<sup>122</sup>

“A evolução doutrinária do nosso direito tem-se orientado também, no sentido de reconhecê-la e admiti-la, principalmente no aspecto de sua função social, próprio da concepção objetiva. Se não chega a ser considerada elemento ou requisito do negócio jurídico, a causa é aceita nas hipóteses legais já especificadas. A interpretação jurisprudencial, por sua vez, tem-se processado no sentido de impedir a causa ilícita ou imoral nos atos jurídicos. E o Código Civil disciplina, como fonte da obrigação de indenização, o enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

O direito brasileiro adota, assim, uma posição de transigência, não se furtando à indagação da causa quando necessário à realização da justiça.”

Considerando-se que a realização do contrato empresarial é impulsionada pela intenção de se atender a uma necessidade de caráter econômico das partes – não simplesmente patrimonial –, não se pode negar a importância do questionamento da causa que levou a parte à realização do negócio, particularmente a motivação econômica específica ou de atendimento de uma necessidade específica da empresa. Se a causa da realização do contrato como negócio oneroso é a razão justificativa do contrato, sua *ratio*,<sup>123</sup> a aquisição da disponibilidade do bem da vida, não se pode questionar que a motivação que justificaria tal contratação, a partir da existência de uma integração de seu objeto à própria organização empresarial de uma ou ambas as partes, passa a ter importância essencial para a elucidação da questão.

Ganha relevo, assim, a causa contrato do negócio, ou seja, a

“razão que concretamente justifica o particular contrato em exame, à luz da especificidade relevante que o justifica (a troca entre a coisa e o preço) no particular contexto de circunstância e finalidade e interesse no qual as partes o programaram.”<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Código Civil, art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

<sup>122</sup> AMARAL, FRANCISCO. *Direito civil*: introdução, p. 530. No mesmo sentido, afirmando a investigação da causa para e em função da distinção de negócios causais e abstratos, quando o legislador exigir a existência de justa causa para certos negócios ou, em casos de ausência de justa causa, embora presente o objeto negocial, quando a jurisprudência analisa a noção para fins de construção de uma decisão equânime: AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA. *Negócio jurídico*, p. 162.

<sup>123</sup> ROPPO, ENZO. *Il contratto*, p. 341.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 344. “«Concreto» non s’identifica con «soggettivo»; la concretezza può (a qui deve) declinarsi in termini di oggettività. Tutto questo rinvia alla nozione di «motivi» del contratto, contrapposti alla sua causa.” [«Concreto» não se identifica com «subjetivo»; a concretude pode (aqui deve) declarar-se em termos de objetividade. Tudo o resto envia à noção de «motivos» do contrato, contrapostos à sua causa.] (tradução livre)

Some-se a isto a questão da existência relevante de contratos atípicos no âmbito da atividade empresarial, dada a necessidade de o conteúdo do contrato ter por finalidade a solução de um problema econômico-funcional específico das partes, o que nem sempre permitirá o enquadramento da operação jurídica num dos modelos contratuais típicos.<sup>125</sup> Ainda que haja uma recorrente construção legislativa agasalhando os contratos mais utilizados no cotidiano econômico, é certo que a evolução e alteração das necessidades nas atividades econômicas empresariais leva à construção de soluções inovadoras, tornando insuficiente a previsão de contratos típicos ou mesmo a ideia de unidade de objeto para contratos empresariais complexos.

Decorrência desta inovação é o não enquadramento à perfeição do contrato empresarial *stricto sensu* ao modelo previsto na legislação civil ou empresarial, tornando ainda mais evidente a necessidade de se considerar a causa econômica que motivou as partes no momento de sua negociação como instrumento e conteúdo para se dar correta interpretação ao contrato. A atipicidade, assim, aumenta a importância da identificação da causa econômica das partes na contratação.

Se não há um retorno absoluto à teoria subjetivista da vontade, dado que despiciendas discussões a respeito da vontade interna em confronto com a vontade declarada, não se pode desconsiderar em tais contratos a necessidade de se analisar seu objeto e suas consequências levando-se em consideração, ainda que de forma relativa, a busca ao atendimento de uma necessidade econômica específica para o desenvolvimento da atividade empresarial caracteriza tal vontade interna.

Tudo isto para se afirmar que na análise de eventuais conflitos envolvendo contratos empresariais de longa duração, cujo objeto integre a própria organização da atividade econômica de uma ou ambas as partes, deve-se levar em consideração o objetivo econômico pretendido por estas no momento da contratação e no decorrer de toda a relação contratual, traduzindo-se numa relativização da posição anticausalista e objetiva adotada pelo Código Civil.

---

<sup>125</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIZ. *Tratado de los contratos*: parte especial, p. 18: “...la celebración masiva de vínculos que dan lugar a uniones de contratos en las que los objetivos económicos no se alcanzan mediante un contrato sino de varios, utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, presentándose la necesidad de un concepto de ‘finalidade económica supracontractual’.” [A celebração massiva de vínculos que dão lugar a uniões de contratos nas quais os objetivos econômicos não se alcançam mediante um contrato senão por meio de vários, utilizados estrategicamente em função de um negócio ou em redes que formam sistemas, tornando necessário um conceito de ‘finalidade econômica supracontratual.’] (tradução livre)

## 2.2. As relações jurídicas contratuais interempresariais

Conforme indicado no item 2, o objeto do presente estudo aborda os contratos empresariais a partir de um corte epistemológico que afasta da análise contratos de simples troca, que se realizem sem maior vinculação entre partes, numa realidade de extinção pelo simples cumprimento, além de uma comum possibilidade de substituição ou escolha da outra parte contratada – excetuadas situações de monopólio ou controle de mercado específico – e a ausência de particularidade no objeto contratado.<sup>126</sup>

Tomando por premissa que o contrato é um instrumento de criação de relações jurídicas, necessário se faz qualificar esta relação jurídica quando envolver duas ou mais empresas a partir de suas particularidades econômicas e interpretativas, não importando sua forma de organização individual, em comparação com relações jurídicas de consumo e as comuns ou civiss. A qualificação de um contrato como empresarial, para os fins deste estudo, não parte da simples premissa da qualidade das partes como pessoas jurídicas empresárias, dada a própria aceitação já comum da possibilidade de existência de uma relação de consumo entre pessoas jurídicas,<sup>127</sup> em situações nas quais a operação econômica ou é de simples troca, ou não se qualifica pela particularidade de alguma das partes, ou por seu objeto específico no desenvolvimento de certa atividade empresarial, ou, ainda, quando presente de forma concreta a vulnerabilidade – fática, econômica e informacional – capaz de autorizar a incidência de normas destinadas a tutela da parte hipossuficiente, nos termos do art. 421-A do Código Civil.<sup>128</sup>

Simple contratos de troca ou nos quais a escolha da outra parte ou do objeto da prestação sujeite-se, com relativa facilidade, a uma substituição, como na escolha de um

---

<sup>126</sup> Pode-se dizer, para fins de diferenciação, que não constituem objeto de contrato empresarial, para os fins deste estudo, prestações que poderiam ser buscadas por qualquer pessoa, mesmo não empresária, como, por exemplo, um consumidor. Assim, por exemplo, uma compra unitária de combustível para o veículo de determinada empresa, sem que isto gere efeitos futuros outros que não o simples pagamento e o consumo do bem, não teria qualquer característica particular a ensejar tratamento distinto a partir das partes contratantes. O mesmo se diga, em geral, ao crédito, dado que o uso empresarial do montante concedido a título de empréstimo não tem natureza especial em relação ao uso por um consumidor para o mesmo crédito. Não há, assim, diferenciação na obrigação estabelecida no mesmo contrato firmado entre duas empresas e entre um fornecedor e um consumidor.

<sup>127</sup> FILOMENO, JOSÉ GERALDO BRITO. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 76; MIRAGEM, BRUNO. *Curso de direito do consumidor*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, pp. 151/154; MORATO, ANTONIO CARLOS. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>128</sup> Código Civil, art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

fornecedor de insumos de escritório ou de venda de combustível que não caracterize um contrato de fornecimento, ou, ainda, que tenha por objeto um bem ou serviço que possa também ser adquirido por pessoa natural, não constituindo elemento organizacional de uma atividade empresarial, como a compra de um telefone móvel, uma cadeira de escritório etc., não se enquadram, para fins deste estudo, na ideia de contrato empresarial *stricto sensu*.

Desta forma, três aspectos que entendemos fundamentais podem ser observados pela particularização do que se podem chamar de relação jurídica contratual interempresarial ou, como adotaremos no presente estudo, de contratos empresariais *stricto sensu*.

O primeiro aspecto, abordado inicialmente no item 2.1, é a ideia precedente ao negócio que nos indica que contrato empresarial *stricto sensu* sempre terá como causa o atendimento de um interesse puramente econômico e integrado ao próprio meio de organização da atividade empresarial de determinado sujeito, dada a inviabilidade econômica de uma empresa agir sem que tenha por norte o desenvolvimento com sucesso da atividade econômica descrita genericamente em seu no contrato social ou estatuto.<sup>129</sup>

Não se trata, portanto, de um “contrato comum” realizado entre empresas, mas um contrato com objeto e finalidade específicos dentro da organização da atividade empresarial,<sup>130</sup> traduzindo uma interpolação das próprias atividades empresariais de empresas diversas, naquilo que ALCIDES TOMAZETTI JUNIOR<sup>131</sup> denominou “interfuncionalização” das empresas.

O segundo aspecto, decorrência direta do primeiro, é a necessária integração do objeto do contrato, seja o fornecimento de produtos, seja o fornecimento de serviços, ou ambos de forma coordenada, à atividade empresarial ao menos de uma das partes. Desta forma, quando se fala em contrato de fornecimento, tem-se a distinção do contrato de compra e venda, dada o aspecto temporal relevante para a formatação econômica da operação. Afinal, a certeza do fornecimento futuro, com preços previamente fixados ou com critérios predeterminados, com condições específicas de entrega, principalmente quanto ao prazo, faz parte da própria organização da atividade empresarial do comprador, que poderá organizar sua produção, contratos, estoques, entregas etc., a partir da segurança da continuidade do fornecimento.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 111.

<sup>130</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 61.

<sup>131</sup> TOMASETTI JUNIOR, ALCIDES. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E ABUSO DE PODER CONTRATUAL. Regime jurídico particularizado. Denunciabilidade restrita da relação contratual a tempo indeterminado. Contrato de fornecimento interempresarial. Monopólio estatal de sociedade fornecedora. Aumento arbitrário de lucros. Ilícitos constitucionais e de direito comum. Providências processuais corretivas, [s.p.].

<sup>132</sup> *Ibidem*: “A função socioeconômica do contrato de fornecimento assim autonomizado como categoria de negócio jurídico não se restringe entretanto àquelas implicações interempresariais. A causa funcional típica dessa

Da mesma forma, pode-se observar esta integração em contratos de transporte multimodal ou de logística, em que a contratação, além de superar a simples separação e entrega de mercadorias entregues pelo produtor, constitui uma forma própria de organizar a atividade empresarial do tomador dos serviços.

Em terceiro lugar, tem-se, por consequência desta integração do objeto do contrato à própria organização da empresa, a superação do valor econômico do contrato a partir de seu objeto material, passando sua integração a uma atividade empresarial específica a significar um valor próprio. Particularizando o elemento “produção” realizada pela empresa para a busca de lucros por conta de sua negociação, observa-se o ambiente comum do contrato empresarial nas relações havidas entre duas empresas tendo por objeto o atendimento de uma necessidade particular na realização da atividade empresarial, sem prejuízo da expectativa de lucro no ponto final da atividade de cada uma.<sup>133</sup> Assim, por exemplo, num contrato de fornecimento de insumo a determinada empresa de manufatura, em que se vê lucro direto na operação de venda feita pelo fornecedor, mas apenas indireto na operação de compra, com a integração do bem adquirido a um produto manufaturado e a postergação do lucro ao momento final de venda ao consumidor, seja ele final, seja ele novo adquirente de insumos.

Da mesma forma, uma empresa prestadora de serviços de tecnologia que “vende” um produto (*software*) e serviço (suporte) consistente num sistema de controle de produção para outra empresa, visualizando-se o lucro da operação do vendedor/prestador tão somente ao redor deste contrato, enquanto, para o tomador, irá integrar sua própria atividade econômica como meio de aumento de seu ganho marginal, seja pela redução de custos de produção, seja por aumento de eficiência.

Vê-se, por isto, que os contratos empresariais destoam da lógica do contrato tradicional, instantâneo e com objeto delimitado em um dar, fazer ou não fazer, sendo muitas vezes caracterizado pela interdependência entre os agentes envolvidos, com a integração do objeto da prestação no processo produtivo de alguma das partes, não se podendo considerar o valor do objeto da prestação em si e de forma estática, mas de forma integrada e dinâmica. Há,

---

categoria contratual encontra-se no desejo ou na precisão de satisfazer rápida, segura e economicamente, uma certa necessidade – puramente pessoal ou relacionada a uma empresa – que seria aleatória ou anti-economicamente atendida por meio de conclusão e cumprimento de um contrato singular e distinto a cada vez que a mesma necessidade se apresentasse. A causa-função tipificadora do contrato de fornecimento localiza-se deste modo na satisfação ou atendimento de um desejo ou de uma necessidade, econômico-social duradouros; reiterados ou continuados.”

<sup>133</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 21.

assim, um valor próprio do contrato, que não se identifica com o valor econômico de seu objeto.<sup>134</sup>

Ou seja, o objeto do contrato integra um meio de organizar a empresa, traduzindo um valor distinto do valor do contrato em si, interferindo no resultado positivo das atividades empresariais desenvolvidas pela empresa. Afinal, eventual maior ou menor lucratividade da atividade econômica da empresa será influenciada por este tipo de escolha contratual, gerando maiores ou menores custos, decorrência direta da própria organização da empresa.

Considerando estes três aspectos dos contratos empresariais *stricto sensu*, podemos levantar três consequências relevantes para fins de sua análise jurídica.

Primeiro, a objetivação da própria motivação que levou as partes a contratar. A motivação do contrato se liga à integração ou ao desenvolvimento da atividade empresarial, seja pela agregação de capacidade produtiva, seja pela organização da atividade de diversas outras empresas ao redor de meu objeto de exploração empresarial. Não é a simples aquisição de um bem ou serviço determinado que motiva e justifica o contrato, mas a sua integração à atividade empresarial de uma ou ambas as partes contratantes.

Segundo, não se observa uma lógica econômica de ganho e perda na busca de resultados econômicos positivos decorrentes do contrato. Longe da lógica do simples contrato de troca, em que o maior preço do bem traduz um ganho ao vendedor e uma relativa perda ao comprador, nos contratos empresariais *stricto sensu* observa-se a busca de um resultado positivo ao interesse econômico de ambas as partes.

O escopo do lucro, se pode ser facilmente observado num aspecto unilateral na relação de consumo, é mais complexo no contrato empresarial *stricto sensu*, não se contentando com uma simples lógica “ganha x perde”, adequando-se mais a uma lógica “ganha x ganha”. Diferenciam-se assim tais contratos, mormente de longa duração e de aspecto relacional, dos chamados contratos *spot*, nos quais a equação econômica limita-se à simples verificação do preço de mercado e do preço de venda de um determinado bem ou serviço.

Terceiro, a insuficiência de um sistema de contratos típicos ou mesmo de adequação de tais contratos empresariais a previsões legais específicas, prevalecendo o caráter inominado e a liberdade das partes em estabelecer o conteúdo do contrato. Assim, a ausência de tipicidade de tais contratos, que em nada se parecem ou limitam pelos contratos típicos previstos na

---

<sup>134</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 21: “...há negócios em que a satisfação do interesse das partes não coincide com o término da relação ou com a obtenção da prestação devida, como um pote de ouro no final do arco-íris. Repousa, ao invés, sobre os ganhos que serão havidos durante o processo, muitos intangíveis, não contabilizáveis e até avessos à avaliação pecuniária. ‘Vantagens são colhidas pelas partes no desenrolar do contrato; **uma delas é a própria existência da relação**’.” (*grifei*)

legislação ou mesmo adotados corriqueiramente entre empresas, indica predominância da liberdade contratual e uma dificuldade para a aplicação de regras comuns previstas no Código Civil e na legislação ordinária. Afinal, se o objeto econômico do contrato visa atender uma necessidade específica na organização da empresa por uma ou alguma das partes, e sendo tal organização livre ao empresário, nos termos da livre iniciativa constitucionalmente garantida, há natural necessidade de que o contrato seja construído a partir dessas necessidades particulares das empresas que contratam. Tomando-se o contrato como instrumento de organização de soluções econômicas específicas, a variabilidade das soluções é proporcional à inventividade dos empresários, sendo impossível a sua limitação a modelos previamente determinados pela lei ou pelo próprio mercado.

Daí a prevalência da atipicidade contratual e da liberdade contratual das partes para estabelecerem o conteúdo do contrato.

Esta ausência de tipificação legal de determinada modalidade contratual apresenta três consequências relevantes em matéria de contratos empresariais: a menor necessidade de regulação ou intervenção do Estado; a limitação das partes somente à observação de normas constitucionais e legais em sentido amplo, com amplo afastamento de normas dispositivas; e a necessidade de uma estrita observância da vontade das partes dentro dos limites das normas de ordem pública, respeitando-se a vontade econômica refletida no instrumento contratual.

A não tipificação de um contrato empresarial está a indicar uma menor *necessidade* de regulação ou intervenção do Estado na liberdade contratual, pois a tipificação legal de contratos, ainda que se possa observar o caráter dispositivo das previsões específicas contidas na lei, caracteriza uma diminuição do espaço de liberdade contratual. E, por significar uma redução de espaço da liberdade contratual, precisa justificar-se a partir dos princípios da livre iniciativa e a proporcionalidade.

Também indica a limitação das partes à observação somente de normas constitucionais em sentido amplo (normas e princípios) e de normas e princípios gerais do direito contratual. Ou seja, ausente norma específica e observada a Constituição Federal e regras gerais do Código Civil e de leis aplicáveis aos contratos empresariais, prevalece a ampla liberdade das partes para criar e se submeter às disposições constantes no instrumento contratual, evitando-se integrações ou interpretações que desnaturem a intenção econômica das partes.

Por fim, e isto ocorre mesmo em contratos típicos, afastar a paridade das partes no contrato interempresarial, sem que haja justificativa na lei ou concreta assimetria, viola a livre-iniciativa e a livre-concorrência, além de reduzir a segurança do mercado.<sup>135</sup>

### **2.3. A insuficiência do fundamento da vulnerabilidade geral para a análise jurídica de contratos interempresariais.**

A análise jurídica de contratos pressupõe a adoção de fundamentos próprios a cada espécie de relação jurídica ou de espécie de negócio estabelecido. Fundamentos clássicos como a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo dos contratos, o *pacta sunt servanda* e a relatividade dos efeitos do contrato, se aliam a princípios decorrentes da modernização da análise da relação jurídica contratual, como do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva, com construção doutrinária fundada essencialmente na relação jurídica civil ou comum, baseada na troca de vontades entre sujeitos completamente informados e seguros de sua manifestação de vontade, bem como na relação jurídica de consumo, com uma das partes consideradas, por presunção, hipossuficiente no aspecto informacional.

A modernização das relações contratuais, com a ampliação das relações de trocas impessoais decorrentes da massificação das relações de consumo, essencialmente no decorrer do século XX e período pós-guerra, baseou-se em muito na existência de dois agentes absolutamente distintos na relação negocial. De um lado, o fornecedor, amplamente ciente do objeto do negócio e suas características, e com a particularidade do amplo controle dos termos do negócio, desde a escolha do que será negociado, quando e em que condições, dada sua característica massificada e formalização em geral por meio de adesão do consumidor; de outro, o consumidor, presumidamente hipossuficiente no aspecto econômico, informacional e jurídico, com a simples opção de aderir ao negócio estabelecido a partir de escolhas prévias do fornecedor.

À hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor alia-se o conceito da vulnerabilidade, aqui caracterizada como a situação de dependência contratual, na qual a parte consumidora vê-se presa a uma relação contratual a partir de necessidades próprias e existenciais. Ou seja, uma posição de dependência contratual decorrente da necessidade de se acessar o bem de consumo oferecido pelo fornecedor, sem o qual o atendimento de necessidades básicas do consumidor não poderia ser atingido.

---

<sup>135</sup> TAVARES, ANDRÉ RAMOS. *Direito constitucional da empresa*, p. 169.

Vulnerabilidade e hipossuficiência são fundamentos essenciais na formação do arcabouço de proteção jurídica do consumidor, muito a partir de uma realidade do negócio estabelecido entre a pessoa natural e o fornecedor, pensando-se, como dito, no atendimento de necessidades básicas e existenciais do ser humano na sociedade de consumo capitalista.

Entretanto, temos que a aplicação do conceito da vulnerabilidade como fundamento da análise de contratos empresariais não é segura, por não ser a vulnerabilidade fundamento suficiente para uma distinção no tratamento jurídico a ser dado a cada parte.

A questão da vulnerabilidade deve ser apreciada a partir de uma realidade própria dos contratos empresariais, afastando-se do lugar comum em geral destinado aos contratos civis ou comuns e aos contratos de consumo.

Em relação aos contratos de consumo, tem-se um regramento particular que parte de uma premissa própria: a presunção legal de vulnerabilidade do consumidor diante de uma relação contratual com um fornecedor, dentro do mercado de consumo. Por se tratar de uma presunção legal de vulnerabilidade, não se admite a discussão ou o afastamento de tal condição a partir de situações fáticas do consumidor, sendo despicienda qualquer análise concreta das circunstâncias econômicas, informacionais ou técnicas em que se deu a formação do contrato.

De forma diversa, nos contratos civis ou comuns, estabelecidos fora de uma realidade de integração em uma atividade econômica profissional, organizada e recorrente, reserva-se o espaço da análise de eventual vulnerabilidade de alguma das partes aos casos de lesão e de estado de perigo. Nestes dois casos, qualificados pelo Código Civil<sup>136,137</sup> como defeitos do negócio jurídico, a situação de vulnerabilidade é prevista pela lei como elemento a atingir a higidez da manifestação de vontade. A premente necessidade econômica, a inexperiência negocial e a necessidade de salvar a si ou pessoa da família são circunstâncias que podem colocar o agente em uma situação de vulnerabilidade.

Mas observe-se que tais vulnerabilidades, concretas a partir de uma situação anímica do sujeito, não se poderiam reconhecer, ao menos não diretamente, em relação a negócios jurídicos empresariais *stricto sensu*, considerando o dado concreto que estabelece a questão subjetiva e anímica como elementar do vício do negócio jurídico.

Quando nos dirigimos a relações contratuais empresariais, a questão da vulnerabilidade ganha um escopo particular, especialmente em se considerando sua função elementar para

---

<sup>136</sup> Código Civil, art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

<sup>137</sup> Código Civil, art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

interpretação, integração ou mesmo solução de conflitos em matéria contratual. É uma premissa fundamental é a de que empresários em sentido amplo atuam de forma profissional, racional e sopesando riscos a partir da análise de informações disponíveis no momento da formalização do contrato.

A vulnerabilidade em matéria de contratos empresariais, para ser relevante, há de ser concreta e excepcional, a ponto de caracterizar uma situação de dependência econômica objetiva, pena de se transferir para a segurança jurídica dos contratos, de caráter essencial e objetivo, eventual vicissitude decorrente de uma má decisão empresarial no momento de contratar, ou mesmo de alguma vicissitude econômica posterior ao contrato que venha a impedir os resultados econômicos pretendidos por alguma das partes.

Em primeiro plano, não se pode perder de vista que o risco é elementar inerente à atividade empresarial e, por consequência, aos contratos empresariais. A existência de um risco mais ou menos grave vincula-se ao objeto do contrato e não à condição de alguma das partes ao ingressar em determinada transação. E se o risco se vincula à finalidade do contrato – não a prestação contratada em si, mas a obtenção do resultado econômico pretendido – eventual condição subjetiva de vulnerabilidade não pode ser elemento a justificar a modificação da distribuição dos riscos do negócio.

Em segundo lugar, a situação de desequilíbrio econômico entre as partes contratantes não tem um caráter patológico em relações empresariais. O conteúdo do contrato e eventual situação de dependência específica de alguma das partes quanto a seu objeto pode ser um fator relevante na interpretação do contrato para a solução de crises, mas não é, de forma alguma, uma patologia contratual. É uma circunstância comum num mercado formado por empresas de todos os portes econômicos e com competências específicas dentro de seu objeto de exploração econômica.

Desta forma, o equilíbrio econômico entre as partes não é um requisito de validade ou de regularidade dos contratos entre empresas e, por isto, não serve como fundamento da análise de contratos empresariais *stricto sensu*. O desequilíbrio que importa é eventual e relativo às posições contratuais, considerando as particularidades do negócio e a necessidade de o contrato significar uma operação econômica que, minimamente, traduza um interesse de ambas as partes, ou seja, que gere o atendimento ou ganhos ao interesse de ambas, e não uma relação fundada, desde seu início, no prejuízo unilateral.

Em resumo, sempre teremos algum nível de vulnerabilidade contratual entre empresas contratantes, seja econômica seja em relação ao objeto. Sempre haverá uma empresa que necessita do insumo fornecido pela outra, gerando alguma vulnerabilidade quanto à

continuidade de tal fornecimento; sempre haverá vulnerabilidade econômica por parte da empresa que necessita de crédito junto à outra para a concretização de uma venda com pagamento futuro; sempre haverá alguma vulnerabilidade técnica entre a empresa que fornece a tecnologia da atividade empresarial – por exemplo, no caso de contratos de franquia – e a que toma esta tecnologia, de forma limitada, para realizar a sua atividade empresarial.

Esta vulnerabilidade e a ausência de equilíbrio econômico das partes não são fatores patológicos, mas comuns e externos às relações contratuais empresariais, não servindo por si como fundamento para eventual integração ou interpretação do contrato. O que deve ser relevante nesta análise é eventual consequência interna do contrato a partir destas circunstâncias, em situações nas quais se observe a quebra dos fundamentos econômicos a serem perseguidos nas relações contratuais empresariais.

### **2.3.1. Assimetria contratual, dependência econômica e posição dominante do mercado**

A partir da afirmação de que a condição de igualdade econômica das partes não é um fator naturalmente patológico na análise de contratos empresariais, e que algum nível de vulnerabilidade é comum e fisiológico em tais contratos, no dizer de ROPPO,<sup>138</sup> entendemos ser relevante a análise, ainda que superficial para os fins do presente estudo, de três conceitos importantes ligados à relação contratual empresarial, tomando por base uma condição específica de ambas ou de ao menos uma das partes envolvidas: a assimetria contratual, a dependência econômica e a posição dominante do mercado.

Assimetria tem significado de ausência de equilíbrio na proporcionalidade de dimensões de algo ou alguém em relação a um ente de comparação. No aspecto contratual, pode-se falar em assimetria contratual quando as partes não estão em posição proporcional quando do ingresso na relação contratual, seja no seu aspecto econômico – não só em relação ao porte econômico das partes, mas em relação a eventual dependência econômica ao objeto do contrato –, seja em aspectos informacionais sobre o contrato.

A característica da assimetria contratual tem sido adotada doutrinariamente como um possível critério justificador de tratamentos desiguais em matéria contratual, afirmando-se uma diferenciação não com base na categoria socioeconômica dos sujeitos envolvidos, como consumidor e fornecedor, mas essencialmente na existência de uma debilidade séria de uma parte em relação à outra. No dizer de ROPPO,<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> *Il contratto del duemilla*, p. 106.

<sup>139</sup> *Op. cit.*, p. 87: “È l’elemento che una volta si sarebbe definito come «debolezza» di una parte rispetto all’altra, e che in linguaggio più moderno può oggi denominarsi come asimmetria di potere contrattuale. C’è

“É o elemento que seria definido como fraqueza de uma parte em relação à outra, e que em linguagem mais atual poderia hoje denominar-se assimetria de poder contratual. É a assimetria entre consumidores e fornecedores, mas não só: também a relação não reduzível a esta dupla – como aquela entre subcontratados e clientes, entre agentes e diretores, entre bancos e clientes, entre intermediários financeiros e investidores, entre condutores e locadores – contrapondo uma parte dotada de poder contratual superior a uma parte com poder contratual inferior. E em razão de tal assimetria – onde quer que se manifeste – o legislador introduz, para a proteção da parte que a sofre, aquelas regras que são indicadas como constitutivas de um novo paradigma contratual.” (tradução livre)

Daí porque não somente relações entre desiguais podem ser assimétricas, como consumidores e fornecedores (B2C), mas também relações entre empresas (B2B ou B2b) quando presente alguma falha de mercado,<sup>140</sup> ou seja, quando não se esteja diante de uma contratação entre sujeitos amplamente informados, em condição de plena concorrência na formação de preços e de condições contratuais. Ou seja: sempre, dado que “na realidade, a concorrência é sempre imperfeita” e o “mercado é sempre – fisiologicamente, no ponto – sujeito a falhas”.<sup>141</sup>

Essa assimetria é natural nos contratos empresariais, não significando uma patologia contratual a ser dirimida por intervenção externa, seja no âmbito judicial, seja no âmbito arbitral. O fato de uma das partes numa relação empresarial tirar vantagem negocial de algum nível de informação mais apurado em relação à outra não significa, por si, um negócio que contrarie os princípios econômicos e legais dos contratos. Da mesma forma, o fato de uma das partes obter maior eficiência numa negociação e na sua própria atividade empresarial, a significar diferentes resultados econômicos entre as partes, não traduz qualquer ilicitude; ao

---

asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazione non riconducibili a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore. E in ragione di tale asimmetria – ovunque si manifesti – il legislatore introduce, a protezione della parte che la patisce, quelle regole che si sono indicate come costitutive del nuovo paradigma contrattuale.”

<sup>140</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale: Il contratto in generale*, p. 289. *Si affermano nuove classificazioni (B2C, B2B, B2b o 'terzo contratto', o contratto asimmetrico)... La tripartizione classificatoria di contratti tra contraenti formalmente eguali, contratti tra imprese e contratti con i consumatori si arricchisce di una nuova categoria, il contratto asimmetrico, in cui l'asimmetria (informativa, di potere negoziale, di potere impositivo) non riguarda solo il consumatore, ma riguarda anche la piccola impresa, e più in generale la parte esposta all'abuso di potere economico della controparte.* [Afirma-se uma nova classificação (B2C, B2C, B2b ou terceiro contrato, ou contrato assimétrico) ... A tripartição classificatória dos contratos entre contratantes formalmente iguais, contratos entre empresas e contratos com os consumidores se enriquece de uma nova categoria, o contrato assimétrico, no qual a assimetria (informativa, de poder negocial, de poder impositivo) não diz respeito apenas ao consumidor, mas diz respeito também à pequena empresa, e de modo geral a parte exposta a um abuso de poder econômico da outra parte.] (tradução livre)

<sup>141</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto del duemilla*, p. 107. A racionalidade limitada é a contrariedade à hiperracionalidade da economia neoclássica, pois embora os agentes econômicos busquem uma decisão racional em suas transações, tal racionalidade será limitada, dada a impossibilidade de uma análise absolutamente sem erros e completa de determinadas circunstâncias aptas a refletir na transação e em seu resultado (CAVALLI, CÁSSIO. *Empresa, direito e economia*, pp. 165/166).

contrário, é o cerne da atividade empresarial como organização em busca de eficiências próprias à fim de maximizar os lucros.

Sobre a ideia de uma assimetria contratual fisiológica e uma assimetria contratual patológica, discorre ROPPO<sup>142</sup>:

“Considero «patológica» a assimetria de poder contratual (outros podem dizer: de disparidade da liberdade negocial) determinada por fatores que, embora de natureza objetiva explicam a sua relevância no momento em que incidem na esfera subjetiva do contraente (sobre a qual se reflete de modo individualizado e não standardizado): como os vícios da vontade, que encontram remédio na anulação; ou no estado de perigo ou de necessidade, que permitem o remédio da rescisão. Considero, ao contrário, «fisiológica» a assimetria de poderes contratuais resultante – em termos não individualizáveis, mas sim comuns a toda uma classe de contratantes – da posição objetiva no mercado ocupada respectivamente por uma e outra das partes do contrato. São fisiologicamente «fracos» o consumidor em relação ao fornecedor, o *franqueado* em relação ao *franqueador*, o subcontratado em relação ao adquirente (discordo, no ponto, de P. Sirena, ‘L’integrazione del diritto dei consumatore nella disciplina generale del contratto’, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 816, nota 114), o agente em relação ao proponente: e os negócios correspondentes dão lugar a contratos assimétricos no sentido adotado aqui. São, ao contrário, patologicamente «fracos» frente à outra parte (pelo que os negócios correspondentes são nulos como na categoria dos contratos assimétricos) o que está em erro, o enganado, o ameaçado; da mesma forma que o contratante premido pelo perigo ou pela necessidade.” (tradução livre)

Desta forma, é a patologia contratual decorrente da assimetria que pode e deve ser objeto de alguma intervenção, seja por força de tratamento legal específico, seja por força de eventual decisão judicial a partir de uma lide. A assimetria contratual somente ganha relevância na análise jurídica e econômica do contrato quando significar, em suas consequências, um sequestro da outra parte em relação ao contrato, seja pela ausência de informações suficientes para a decisão de contratar, especialmente quanto às consequências do contrato, seja em relação à dependência de seu objeto, quando há ausência substituição viável economicamente para o objeto do contrato.<sup>143</sup> Ou seja, quando o ato de contratar

<sup>142</sup> *Il contratto del duemilla*, p. 106: “Considero «patologiche» le asimmetrie di potere contrattuale (altri potrebbe dire: di menomazione della libertà negoziale) determinate da fattori che, ancorché di natura oggettiva esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente (sulla quale si riflettono in modi individualizzati e non standardizzati): come i vizi della volontà, che trovano rimedio nell’annullamento; o gli stati di pericolo e di bisogno, che aprono al rimedio della rescissione. Considero invece «fisiologiche» le asimmetrie di potere contrattuale risultante – in termini non individualizzati, ma piuttosto standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall’una e rispettivamente dall’altra parte del contratto. Sono fisiologicamente «deboli» il consumatore rispetto al professionista, il franchisee rispetto al franchisor, il subfornitore rispetto al committente (dissentito, sul punto, da P. Sirena, ‘L’integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto’, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 816, nota 114), l’agente rispetto al proponente: e i corrispondenti rapporti danno luogo a contratti asimmetrici nel senso assunto qui. Sono invece patologicamente «deboli» di fronte a controparte (sicché i corrispondenti rapporti nulla hanno a che fare con la categoria del contratto asimmetrico) l’errante, l’ingannato, il minacciato; così come il contraente pressato dal pericolo o dal bisogno.”

<sup>143</sup> ROPPO fala em desequilíbrio econômico ou de obrigações fundado no “dado qualificante da dependência econômica” entre empresas (*Op. cit.*, pp. 75/76)

caracterize um “contexto contratual socialmente patológico”,<sup>144</sup> fundado na assimetria decorrente de uma dependência do objeto contratual ou a falta de um mínimo de informações sobre seu objeto, caracterizando verdadeira ignorância contratual.<sup>145</sup>

Portanto, assimetria contratual não é uma patologia, mas uma realidade fática das partes decorrente de sua atuação no mercado e, por isto, o fato de haver algum nível de assimetria entre as partes não caracteriza de plano eventual nulidade ou abusividade do contrato e suas cláusulas. Somente quando da assimetria resulte uma situação contratual considerada patológica é que se poderá falar em alguém vício contratual *lato sensu*.<sup>146</sup>

Um segundo conceito relevante para a análise que ora se faz sobre a resilição de contratos empresariais é o de dependência econômica.

Em primeiro plano, deve-se ter em mente que o conceito de dependência econômica entre empresas é mais amplo que qualquer análise restrita ao objeto de determinado contrato – embora possa se caracterizar a partir de um objeto específico –, que aqui mais se apresenta como um instrumento de concretização de tal dependência econômica. A dependência econômica está ligada ao próprio objeto da atividade empresarial de uma ou de ambas as partes que, por circunstâncias das mais diversas, acaba por estar vinculado exclusiva ou de forma particularmente relevante a uma outra parte, sem a qual não conseguiria manter sua atividade de maneira economicamente viável. São situações nas quais a continuidade da atividade empresarial de alguma das partes depende da continuidade de uma determinada relação contratual com outra ou outras, circunstância que ganha particular relevância quando uma das partes envolvidas nesta relação em continuação seja uma empresa em crise e que busca, por meio da recuperação judicial, continuar a desenvolver sua atividade econômica específica.

ROPPO<sup>147</sup> descreve situações caracterizadoras de dependência econômica, afirmando que além da *subfornitura* ou empreitada de serviços e produtos, pode a dependência manifestar-se em negócios particulares entre duas empresas, como na relação entre sociedades controladas e a controladora, quando o vínculo subjetivo entre as partes é o elemento caracterizador da dependência; ou em situações nas quais a realidade de mercado, ou pela condição objetiva do mercado, há uma relação de dependência entre as partes. Cita-se, como exemplo, situações em que empresas com caráter monopolista ou oligopolista e outras empresas que dependam de

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>145</sup> UNIDROIT – Princípios - Art. 4.1. (1) O contrato deve interpretar-se conforme a intenção comum das partes. (2) Se não se pode estabelecer a intenção, o contrato se interpretará conforme o significado que em circunstâncias semelhantes lhe teriam dado pessoas razoáveis com a mesma condição das partes.

<sup>146</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto del duemila*, p. 106.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 871.

seus produtos; ou situações de “monopsônio ou oligopsônio”, quando produtores estão atrelados a poucos ou apenas um interessado em seus produtos.

Veja-se que, num caráter geral, situações de abuso de dependência econômica ligam-se a falhas do mercado, dada a restrição do número de interessados em determinado produto, reduzindo a concorrência e, conseqüentemente, a própria formação de preços, ou na imposição de condições contratuais unilaterais, na negativa de aquisição ou, ainda, a interrupção drástica e injustificada do contrato. A situação particulariza-se em situações nas quais a empresa em crise, para ter viabilizado seu plano, precisa manter contratos que, em geral, autorizam o rompimento unilateral pela outra parte, seja pelo exercício potestativo de resilição, por se tratar de contratos por tempo indeterminado, seja pela existência de cláusula resolutória expressa para o caso do pedido de recuperação.

É fisiológico um mercado no qual existam *players* fortes e fracos; somente quando esta relação de diferença entre as partes caracterize uma patologia social do contrato é que se há de falar em abuso e eventual intervenção no contrato. Coloquemos o seguinte exemplo. A empresa “A”, fornecedora de refeições industriais, por circunstâncias de mercado tenha toda a sua atividade vinculada ao fornecimento a apenas a empresa “B”, com a qual tenha contratado fornecimento contínuo, por tempo indeterminado, de refeições para seus funcionários. Sendo o fornecimento de “A” para “B” a única atividade econômica desenvolvida por aquela, tem-se um natural desequilíbrio entre as partes, ficando em posição não só de desvantagem em eventual negociação de preço e condições, mas verdadeiramente refém da outra parte comercial, seja numa situação de normalidade no desenvolvimento de suas atividades econômicas, seja numa situação de busca de solução de crise financeira.

Perceba-se que não se está aqui a falar em assimetria contratual – ao menos não necessariamente –, nem no abuso de uma posição dominante de uma das partes em determinado mercado, mas apenas na situação de dependência econômica de uma das partes em relação ao próprio objeto do contrato.

Esta situação de dependência econômica, além de interferir em eventual equilíbrio ou “justiça do contrato” em relação às obrigações assumidas e, fundamentalmente, ao preço, também pode gerar uma situação de exercício abusivo do direito de resilição unilateral por uma das partes, ou mesmo de sequestro (*holdup*) de uma das partes em situações de renovação do contrato (*endgame*) ou repactuação de seu conteúdo. Embora o exercício de um direito potestativo contratual parta, conceitualmente, de uma lógica de intervenção na situação jurídica da outra parte pela vontade exclusiva de seu titular, é possível se visualizar, em determinadas circunstâncias, eventual abuso decorrente do exercício de tal poder contratual,

notadamente quanto tratar-se de ato autônomo sem necessidade de justificação formal, tradicionalmente reconhecido como uma denúncia vazia do contrato.

No caso, eventual abuso não está no exercício de resilir em si, ou de propor a alteração das condições contratuais por conta de renovação de seus termos, mas sim em seu exercício em condições que desconsidere ou se abuse da dependência econômica da outra parte.<sup>148</sup> Ou seja, em situações nas quais a situação de dependência econômica é instrumento para a imposição de condições contratuais que, em outras circunstâncias, dificilmente seriam aceitar pela outra parte.

A existência de uma condição de dependência econômica pode ensejar uma mutação no direito potestativo de resilir, justificando uma relativização de tal direito a exigir, para seu exercício sem considerar a posição econômica particular da outra parte, uma justificativa econômica, seja para a imediata resilição, seja para a fixação de um prazo razoável até o fim do contrato.

Por fim, temos a ideia de posição dominante do mercado. Referido conceito não diz respeito ao direito empresarial em si, mas sim ao direito econômico, envolvendo não as relações entre empresas de forma particular ou individual, mas sim à circunstância ou às circunstâncias particulares entre a posição de uma empresa em determinado mercado relevante no território nacional. Trata-se de conceito atinente à própria tutela da livre concorrência como elemento fundamental para o desenvolvimento e o equilíbrio do mercado que, em termos constitucionais, deve evitar circunstâncias que impeçam o ingresso de novos atores no cenário econômico, a permanência de empresas em determinado mercado ou a formação artificial de preços de forma a prejudicar o próprio desenvolvimento do mercado ou a prejudicar diretamente os consumidores.

O que releva, para fins do estudo do contrato e sua extinção unilateral, é o fato de que a existência de uma empresa com posição dominante em determinado mercado pode ser um instrumento de sequestro da atuação econômica da contraparte, traduzindo-se na possibilidade de imposição de decisões tomadas unilateralmente. Desta forma, são questões atinentes à continuidade do contrato, seja em sua existência em si, seja em suas condições e objeto, sem que possa a outra parte oferecer objeção, dada sua posição de sujeição, que interessam na análise do exercício de direitos contratuais a partir de uma posição dominante em determinado mercado.

---

<sup>148</sup> Questão que será aprofundada no Capítulo 4.

Estas três situações têm em comum o fato de não se originarem diretamente do contrato ou de seu conteúdo, mas serem circunstâncias externas à relação contratual. Embora reflitam no conteúdo ou a partir do conteúdo do contrato, se originam fora dela, lançando suas bases na própria atividade empresarial levada a cabo por cada parte. Ou seja, assimetria contratual, dependência econômica e exploração da posição dominante do mercado são questões externas ao contrato, mas que refletem diretamente nas relações contratuais, demonstrando que a interpretação do contrato empresarial *stricto sensu* deve ir além de seu conteúdo, considerando também estas circunstâncias externas relativas ao mercado, e particulares decorrentes da atividade empresarial de cada uma das partes. São circunstâncias aptas a interferir na vontade contratual, especialmente quanto à decisão de contratar ou manter-se contratado, bem como na subordinação da vontade de alguma das partes à outra, aceitando a imposição de conteúdos contratuais que, numa análise econômico-objetiva, talvez não fossem aceitas.

Ou, de outra parte, circunstâncias que podem inviabilizar a própria recuperação possível da empresa, já que a continuidade de contratos essenciais com partes que detenham o poder contratual de simplesmente tornar impossível a continuidade da atividade da empresa em crise.

Novamente há de se observar que não é o ato de contratar entre empresas em situação de assimetria, ou com a existência de dependência econômica de uma em relação à outra ou quando uma delas tem posição dominante em determinado mercado, que torna a existência ou o conteúdo do contrato ilícitos ou passível de intervenção externa. É a situação concreta de abusividade fundada nestas circunstâncias que pode caracterizar uma patologia contratual, contaminando seu conteúdo ou o desenvolvimento da relação entre as partes.

### **2.3.2. Dependência específica quanto ao objeto do contrato**

Paralelamente às circunstâncias externas ao contrato que podem contaminar a relação contratual a partir da atividade empresarial desenvolvida pelas partes, é possível se observar uma mesma situação patológica tendo por referência um objeto específico do contrato.

Nem sempre a dependência de uma parte em relação à outra está ligada a uma dependência econômica em relação aos lucros obtidos com a operação, ou seja, uma dependência de determinada atividade empresarial à relação mantida com outra parte. Nem sempre o problema da dependência se resume à necessidade de uma das partes manter determinado contrato com outra parte pela existência de uma relação absoluta entre o sucesso de sua atividade empresarial e a manutenção de determinado contrato, como, por exemplo, no

caso de oligopsônio ou de monopsônio quanto à aquisição do produto de determinado empresário, ou mesmo na relação entre franqueado e franqueador. A situação, como já dito, pode ser observada em relações contratuais nas quais uma das partes vincula toda sua atividade econômica ao atendimento de um único determinado contrato ou o faz em proporção significativa, traduzindo-se no sequestro (*holdup*) de sua atividade econômica a uma decisão de continuidade da parte contrária.

Há situações nas quais, à par de tal dependência de natureza puramente econômica, é observada uma dependência específica em relação ao objeto do contrato, quando a substituição de determinado fornecedor ou relação empresarial seja impossível em curto espaço de tempo, seja muito custosa ou acarretará, ao menos em um momento inicial, a paralização ou a dificuldade exacerbada das atividades econômicas da parte que pretende manter o contrato. Por exemplo, o rompimento imediato de um contrato de fornecimento de sistemas de gestão de pessoal, de materiais ou mesmo de contratos de fornecimento em empresa de grande porte, traduzindo uma impossibilidade de continuidade de sua atividade regular sem um prejuízo desproporcional. Ou, ainda, o rompimento imediato de um contrato de fornecimento de meios de pagamentos utilizados com exclusividade por grande empresa de comércio eletrônico, impedindo o recebimento de vendas até que se estabeleça novo contrato com outro fornecedor.

Em casos específicos, mesmo que não haja dependência econômica direta, podendo, por exemplo, o tomador de serviços ou adquirente dos bens ser economicamente muito superior ao prestador ou vendedor, pode-se observar uma dependência específica em relação ao objeto do contrato, isto a partir da indispensabilidade deste objeto para a continuidade e regularidade das atividades econômicas do tomador ou adquirente.

Nestas situações, não se está a falar numa dependência econômica específica entre as partes, assimetria contratual ou abuso do poder decorrente da posição de controle em determinado mercado, a gerar algum tipo de patologia nos termos de um determinado contrato, mas sim na situação objetiva de que o objeto do contrato seja essencial para a continuidade da atividade empresarial de alguma das partes.

Óbvio que tal situação somente tem relevo, para fins de caracterização de um desequilíbrio no poder negocial das partes, quando não houver a possibilidade de rápida substituição de determinado fornecedor, ou a busca de novos mercados aptos à aquisição de produtos de um determinado fabricante, não sofrendo efeitos da existência de um adquirente único. São situações nas quais a liberdade negocial da parte dependente deixa de ser exercida de forma ampla a partir de uma análise econômica própria, particular aos interesses do

empresário, já que pressionado pela circunstância da necessidade de manter-se contratado com o fornecedor de um produto ou serviço único ou não facilmente substituível e necessário para o desenvolvimento de sua atividade empresarial, situação que se particulariza no caso da empresa em recuperação judicial. Esta situação é chamada, no âmbito da teoria econômica, de sequestro da parte (*holdup*),<sup>149</sup> quando uma das partes tem sua liberdade sequestrada pela dependência específica quanto ao objeto de determinado contrato ou pela necessidade de manter uma relação contratual com seu único cliente.

Essas situações de sequestro da parte são analisadas de forma aprofundada pela teoria econômica do contrato, demonstrando a existência da limitação a qualquer movimento de alguma das partes sob pena de consequências econômicas desproporcionais. *Holdup* pode ser aqui caracterizado como comportamento oportunista adotado por uma das partes, a partir da condição concreta da outra, decorrente de investimentos específicos realizados por conta do negócio ou da dificuldade de substituição da relação contratual, quando caracterizado um nível importante de dependência econômica.

Perceba-se que a situação de sequestro da parte pode influenciar em eventual intervenção judicial em relação ao fim do contrato, envolvendo ou não a empresa em recuperação, situações nas quais deve ser analisada a proporcionalidade entre o prejuízo imposto a uma das partes, a partir do fim do contrato decidido unilateralmente, e o direito de colocar fim à relação contratual pela parte dominante, seja para determinar um prazo necessário para o exercício da rescisão, seja para impor a continuidade do contrato até que haja uma justa causa para a sua resolução, afastando-se o direito potestativo de rescisão unilateral, seja para eventual reconhecimento de responsabilidade civil por abuso de direito. A questão será analisada no Capítulo 6, quando analisaremos o alcance da intervenção judicial em caso de extinção unilateral de contratos empresariais de longa duração.

---

<sup>149</sup> CAVALLI, CÁSSIO. *Empresa, direito e economia*, pp. 187/188: “Essa exposição é chamada de *hold-up*, decorrente do aprisionamento (*lock-in*) na situação contratual. Nesses casos, tende a tornar-se ineficiente o recurso à solução contratual, pois aqui apresenta-se o seguinte dilema: quanto maiores a especificidade dos ativos e a incerteza, maior o incentivo para incorrer em maiores custos para redigir o contrato da forma mais detalhada possível e de prolongar o seu prazo de duração. Ao mesmo tempo, a incerteza e a especificidade de ativos constituem um desincentivo para recorrer a relações contratuais de longo prazo, uma vez que a frequência de transações com ativos específicos acentua a tendência à formação de um monopólio bilateral. Por conseguinte, ante a necessidade de renegociação de contratos incompletos, há maior risco de o outro contratante, oportunisticamente, buscar apropriar-se da *quase renda*.”

### 3. CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO E EXPECTATIVA ECONÔMICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA EM CRISE

A organização da empresa por meio de um conjunto complexo de contratos com outros agentes econômicos é uma realidade no desenvolvimento moderno da atividade econômica. O estabelecimento de vários contratos que, em conjunto, significarão a organização do modo de ser da empresa traduz na particular característica de serem verdadeiramente organizacionais<sup>150</sup> e, por isto, baseados numa continuidade no tempo.

De outra parte, necessário se considerar a capacidade financeira da empresa que busque sua reorganização pela recuperação como premissa essencial para se interpretar de forma adequada seus contratos e demais situações jurídicas. As regras particulares da recuperação judicial partem da premissa ou presunção econômica essencial de que a empresa estará em condições de, aprovado o plano em relação aos débitos passados de forma ordinária<sup>151</sup>, continuar a desenvolver sua atividade de forma economicamente eficiente e lucrativa, honrando não só a novação determinada pelo plano aprovado, mas também as obrigações futuras decorrentes da continuidade da atividade.

Desta forma, o deferimento da recuperação judicial e a sucessiva aprovação do plano de recuperação pelos credores traduz uma adequação dos débitos passados e o reconhecimento da capacidade econômica de soerguimento pela continuidade da empresa, gerando dois efeitos em relação às suas múltiplas relações: a ineficácia dos débitos passados sujeitos ao plano para fins de extinção motivada de contratos e a presunção de capacidade econômico-financeira para arcar com obrigações decorrentes dos contratos integrantes de sua organização produtiva, ou seja, a manutenção da equação econômica que justificou não só a contratação, mas a sua continuidade mesmo após o pedido de recuperação.<sup>152</sup>

Esta presunção da capacidade econômico-financeira da empresa continuar a desenvolver sua atividade de forma eficiente e lucrativa é pressuposto do próprio sistema

---

<sup>150</sup> FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp.* Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 01, p. 105-125, jan./abr. 2018, p. 112: “a franca expansão da utilização de novas modalidades contratuais caracterizadas por sua flexibilidade e por sua capacidade de propiciar novas formas de organização empresarial, como é o caso dos contratos híbridos ou relacionais, associativos e multilaterais, dentre outras iniciativas...”.

<sup>151</sup> Sem prejuízo de eventual renegociação de relações jurídicas em seus efeitos futuros, como eventual repactuação de contratos de trato sucessivo ou de débitos não incluídos legalmente na recuperação judicial.

<sup>152</sup> Sem considerar, ainda, situações de eficácia indireta do deferimento do processamento da recuperação e mesmo da aprovação do plano em relação a obrigações não submetidas ao plano, tornando-se norma ordinária a impossibilidade o exercício de posições jurídicas por credores não sujeitos ao plano das quais decorram maiores dificuldades ou a impossibilidade de cumprimento do plano, conforme preceituam os §§ 7º-A e 7º-B, do art. 6º, da Lei nº 11.101/2005.

recuperacional, já que não se admitiria sequer o processamento de um pedido de recuperação de empresa que não demonstre, minimamente, capacidade de ultrapassar a crise financeira que justificou o pedido.<sup>153,154</sup>

E se assim o é, de se considerar que a continuidade dos contratos estabelecidos para organizar o próprio funcionamento atual e futuro da empresa em crise é requisito elementar para o sucesso de sua recuperação. Considerando-se que o plano, embora com natureza negocial contratual *sui generis*,<sup>155</sup> não será eficaz ordinariamente para alterar o futuro dos contratos cujos débitos são submetidos ao plano, pois apenas negocia, reorganiza e fixa o regime de pagamentos de tais débitos, temos, por conclusão, a ausência de outra diferença substancial para tais contratos senão a alteração do risco dos credores submetidos ao plano ou não. Ou seja, analisando-se o sinalagma contratual a partir de uma perspectiva funcional e não meramente genética,<sup>156</sup> não se vê significativa alteração da situação futura das partes pelo fato da recuperação, dada a presunção de capacidade para solver as obrigações futuras.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Daí a necessidade de se diferenciar a crise financeira da crise econômica da empresa. Uma empresa que explore determinada atividade econômica que não indica mais possibilidade de ganhos, seja pelo desajuste da organização da empresa em relação ao mercado, seja pelo desajuste de seu produto ou serviço oferecido em relação às necessidades do mercado. Uma crise deste tipo, ou seja, a empresa não é mais competitiva ou oferece um produto ou serviço para os quais não há mais um mercado consumidor suficiente ao sucesso econômico, não poderá ser resolvida simplesmente por um pedido de recuperação judicial, dada a perspectiva de incapacidade de geração de ganhos futuros pela continuidade de sua atividade. É à crise financeira pontual que se dirige a recuperação judicial, com a recomposição dos débitos passados de forma que o resultado econômico futuro seja, por seu resultado positivo, apto a arcar com o cumprimento do plano e com as despesas decorrentes da própria continuidade da empresa. Ou seja, empresa que não gere lucros futuros não será capaz de cumprir um plano de reorganização de seus débitos passados e de arcar com suas despesas futuras.

<sup>154</sup> Embora a inclusão do § 5º, do art. 51, da Lei nº 11.101/2005 preveja a impossibilidade de se indeferir o processamento do pedido de recuperação judicial baseado na “análise de viabilidade econômica do devedor” a partir da constatação prévia, não se pode descurar que, dentre os requisitos do pedido da recuperação judicial estão a demonstração das “causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira” (I), os “resultados acumulados” e do exercício social em andamento, a projeção do “fluxo de caixa”, devendo a regularidade do funcionamento da empresa e a “regularidade” “da documentação apresentada com a petição inicial” (art. 51-A, *caput*, parte final, Lei nº 11.101/2005) permitiria, em tese, verificar-se a absoluta ausência de viabilidade do pedido. Ou seja, a análise da viabilidade do plano concreto a ser apresentado aos credores é decorrente da verificação de requisitos mínimos formais para a recuperação, a serem analisados pelo Juízo, com apoio na constatação prévia.

<sup>155</sup> SATIRO, FRANCISCO. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In CASTRO, RODRIGO R. MONTEIRO DE; WARDE JUNIOR, WALFRIDO JORGE; GUERREIRO, CAROLINA TAVARES. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Quartier Latin: São Paulo, 2013, pp. 90-116.

<sup>156</sup> DELFINI, FRANCESCO. *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2019, *passim* pp. 3/25.

<sup>157</sup> Nos exatos termos sustentados por RENATA MOTA MACIEL (Recuperação judicial e tutelas de urgência. *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei nº 11.101/05*. Org. ALEXANDRE ALVES LAZZARINI, THAIS KODAMA, PAULO CALHEIROS. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 46): “os débitos posteriores ao pedido de recuperação judicial devem ser honrados, nos respectivos vencimentos, pela recuperanda, fato que demonstra, inclusive, sua viabilidade econômico-financeira para a recuperação [...] o processo de recuperação judicial se destina às empresas com reais possibilidades de superar a crise que a acomete, fato que se presume na capacidade de honrar os débitos decorrentes do fornecimento de serviços essenciais, vencidos após o pedido de recuperação.”

Esta é a particularização da empresa em recuperação, pois a continuidade do negócio é, a um só tempo, pressuposto do deferimento do pedido de recuperação - dada a possibilidade de se reconhecer a inviabilidade econômica da empresa em crise já sem atividade econômica - e, também, seu objetivo.<sup>158</sup> Há de se presumir, na análise dos negócios da empresa que teve seu pedido de recuperação deferido, a capacidade econômica de manter o desenvolvimento de suas atividades, baseada na aprovação do plano apresentado pelo devedor.

Em resumo: no prosseguir em sua atividade econômica, os contratos estabelecidos pela empresa em caráter continuado não se alteram pelo plano de recuperação judicial, mantendo-se seu objeto, condições e, mais importante para este estudo, o interesse econômico e funcional que levou ambas as partes a construírem a relação contratual que não é atingida, em sua causa, objeto e efeitos futuros, pela recuperação.

Entretanto, é preciso, para fins de racionalização deste estudo e para se evitar eventual ampliação do escopo de aplicação da tese da manutenção em favor da empresa em crise, distinguir contratos que, embora de longa duração, não integrem a organização da empresa ou tenham por objeto prestação absolutamente essencial para a continuidade de sua atividade, especialmente ante a alocação inicial de riscos realizada pelas partes, impossibilitado o direcionamento a novos parceiros econômicos sem um elevado custo de transação ou mesmo a paralização de suas atividades. Para tanto, é preciso se definir o que seria, para os fins de eventual manutenção forçada em decorrência da recuperação judicial, um contrato empresarial de longa duração.

### 3.1. Relações contratuais empresariais de longa duração

Conforme as premissas fixadas nos capítulos anteriores, consideramos os contratos empresariais *stricto sensu* como um instrumento de alocação de riscos patrimoniais no desenvolvimento de determinada atividade econômica, integrando seu próprio modo de organização e desenvolvimento. São **contratos estruturantes da própria empresa**, integrando a organização dos meios de produção pensada e colocada em funcionamento pelo empresário na busca de um resultado econômico positivo.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> SATIRO, FRANCISCO. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial, pp. 90/116.

<sup>159</sup> O conceito de “atividade econômica organizada” do art. 966, *caput*, do Código Civil é objeto de interpretação a partir da organização dos “meios de produção”. Ou seja, empresário é quem organiza os meios de produção que lhe estão disponíveis para o desenvolvimento de uma atividade econômica lucrativa. O conceito de “meios de produção”, considerando a empresa moderna, não pode se limitar a bens materiais ou imateriais próprios ou dos quais o empresário tenha posse, mas deve abranger todo tipo de prestação que possa ser feita por terceiros em benefício do desenvolvimento da atividade econômica previamente escolhida pelo empresário. Ou seja, organizar os meios de produção é também organizar prestações de terceiros em favor do desenvolvimento de determinada atividade econômica, daí falar-se, insista-se, no perfil funcional da empresa atual em verdadeiro

O fato de o objeto de tais contratos integrar a própria forma de organizar a empresa (ou as empresas contratantes, ou mesmo de várias empresas envolvidas em determinado negócio em caso de cadeias ou feixes contratuais), além de impedir que sejam considerados exclusivamente em relação ao seu objeto, significa um necessário e natural alongamento do tempo de sua existência e eficácia fático-jurídica. Por serem **contratos estruturantes da própria atividade empresarial**, não se enquadram na ideia de objeto único e extinção imediata pelo cumprimento, sendo o decurso do tempo exigido para a produção de efeitos externos a seu próprio objeto material, esperados pelas partes na contratação; ou seja, o alongamento é necessário para o resultado econômico pretendido pela própria escolha do modo de organização da empresa.

Três aspectos podem ser indicados como fundamentais para a limitação da incidência da tese em relação a outros contratos entre empresas: a integração funcional do objeto do contrato à estrutura da empresa, a existência de um valor próprio da relação contratual que se diferencia e sobeja de seu objeto material, e o seu caráter duradouro.

### **3.1.1. Integração do objeto do contrato à estrutura da atividade empresarial**

Uma das características do que denominamos contrato empresarial *stricto sensu* para os fins deste estudo é o fato de seu objeto material integrar a própria estruturação da atividade econômica feita pelo empresário. E isto ocorre porque a organização da empresa por meio de diversos contratos firmados com outras empresas é uma realidade econômica atual, em que se observa a descentralização de partes do processo produtivo por meio da contratação de prestação de serviços que poderiam ser realizados pela própria empresa ou a realização de contratos nos quais a atuação das partes caracteriza uma lógica de parceria e cooperação.<sup>160</sup>

A empresa moderna é, em boa parte de sua organização funcional, gerida por um conjunto de contratos com outras empresas – fornecedores de insumos e serviços particularmente necessários ao seu funcionamento, empresas integrantes da própria linha de produção do bem final produzido pela empresa principal, empresas parceiras atuando em verdadeiras alianças empresariais<sup>161</sup> em busca de um objeto econômico comum etc – podendo-se afirmar que a existência e continuidade destes contratos está ligada à sua própria

---

“feixe de contratos” mantidos pela empresa com outras empresas visando realizar a atividade econômica final escolhida pelo empresário, gerando lucros.

<sup>160</sup> FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 106.

<sup>161</sup> SILVA, LEONARDO TOLEDO DA. *Contratos de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 24: “O termo *contrato de aliança* tem sido usado para designar um fenômeno mais amplo, no qual duas ou mais empresas unem esforços para, normalmente por um período indeterminado, cooperarem na busca de um objetivo comum, podendo, inclusive, ser formalizadas por meio de figuras societárias ou de modalidades contratuais associativas diversas”.

continuidade, naquilo que se afirmou um “feixe de contratos”<sup>162</sup> como verdadeira característica do perfil funcional da empresa.<sup>163</sup> Haveria assim, e considerando-se a bilateralidade ordinária destes contratos empresariais, verdadeira ideia de um círculo negocial dinâmico e concreto, macro e microeconômico, configurando relações contratuais aptas a gerar *empresas interfuncionalizadas*,<sup>164</sup> ou seja, quando a relação contratual atende a funções econômicas de interesse específico a todas as partes, numa lógica econômica de “ganha/ganha”, gerando uma relação com características de

“«cooperação antagonística» entre duas partes que, se por um lado não querem cingir-se ao contacto esporádico e anónimo de uma transacção única e simples, por outro lado querem contrapor os seus interesses sem dominação ou exploração de parte a parte, ou seja predispondo livremente um rumo de soluções que não apenas preservem algum nivelamento de poder negocial e de informação, mas também que assegurem, com um mínimo de formalização, uma disciplina comum susceptível de encaminhar, sem subordinações hierárquicas nem alienações irreversíveis, a relação para uma consumação bilateralmente favorável, uma consumação correspondente à intenção contratual inicial de qualquer das partes, que se presumirá fosse a de promover trocas incrementadoras de bem-estar total, como verdadeiros «jogos de soma positiva».”<sup>165</sup>

O contrato empresarial passa, assim, a ter o papel de definir e estruturar a cadeia produtiva de forma sistêmica e vinculada, “pelo que não se deve fixar a atenção apenas nas estruturas segmentadas do processo produtivo”<sup>166</sup>, gerando a ideia de empresas plurissocietárias, ou seja, formadas pela reunião de diversas outras empresas cuja prestação é organizada de forma a criar uma empresa decorrente da atuação de diversas outras, sem que haja vínculo societário entre elas ou a formação de outra pessoa jurídica, mas apenas a relação

<sup>162</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 237: “A «Teoria do Feixe de Contratos» tem a inegável virtude de apontar para o facto de a vida interna das empresas consistir num amontoado de contratos relacionais, acordos informais, códigos de conduta, etc., e para o facto de haver muita coisa incompreensível, mesmo ao nível da estruturação explícita da empresa, se se perder de vista o «novelo» desse conteúdo «relacional» implícito.”; FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 23: “A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas ‘transações’.”

<sup>163</sup> ASQUINI, ALBERTO. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, 104/109, p. 10.

<sup>164</sup> TOMASETTI JUNIOR, ALCIDES. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E ABUSO DE PODER CONTRATUAL. Regime jurídico particularizado. Denunciabilidade restrita da relação contratual a tempo indeterminado. Contrato de fornecimento interempresarial. Monopólio estatal de sociedade fornecedora. Aumento arbitrário de lucros. Ilícitos constitucionais e de direito comum. Providências processuais corretivas, [s.p.]

<sup>165</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>166</sup> STAJN, RAQUEL. *Teoria jurídica da empresa*. 2ª ed., São Paulo: Grupo GEN, 2010. *E-book*, 2010, p. 110. FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 122: “o chamado Direito da Empresa, tanto do ponto de vista legislativo como do ponto de vista doutrinário, não pode mais priorizar átomos isolados – tais como são os empresários individuais, empresas individuais de responsabilidade limitada ou sociedades -, precisando se dedicar com intensidade às moléculas – os diferentes grupos societários e contratuais – e às distintas formas de interação entre esses múltiplos átomos e moléculas, por meio de arranjos com diferentes graus de cooperação e organização.”

contratual de cooperação, caracterizando verdadeiros “organismos de integração econômica”.<sup>167</sup>

Podemos indicar dois exemplos não exaustivos que permitem a visualização, ainda que superficial, deste caráter estruturante, interfuncional e organizacional da vida das empresas por meio de contratos. Pensemos, em primeiro lugar, na relação base entre franqueador e franqueado decorrente do contrato de franquia.

Da perspectiva do franqueador, observa-se uma escolha econômica particular em submeter a expansão da marca sem a necessidade de altos investimento ou imobilização de capital, através da formalização de contratos com diversas outras empresas na condição de franqueadas. O franqueador, no aspecto organizacional, opta por realizar sua atividade econômica por meio de uma atividade de coordenação e supervisão, em grande parte por meio de outros agentes econômicos, exercendo a empresa através da organização do uso de sua marca e propriedade intelectual, além do inerente *know how* alusivo à atividade, oferecidos aos franqueados por meio de contratos. O conceito tradicional de organização dos meios de produção, a partir da lógica material da produção no estabelecimento, não sobrevive à análise da estrutura econômica da franquia, já que o sucesso do franqueador depende do sucesso dos franqueados pelo uso de seus próprios meios de produção, mas vinculados e dependentes ao uso da marca, de patentes e de toda a organização produtiva desenvolvida pelo franqueador.

Sem o “feixe de contratos” entre o franqueador e diversos franqueados, não haveria a própria organização econômica pretendida, observando-se esta organização contratual da empresa, por exemplo, por meio de contratos de fornecimento realizados e gerenciados pelo franqueador em favor dos franqueados.

Sob a perspectiva do franqueado, a razão adotada é similar. A própria organização da empresa franqueada é feita a partir da relação contratual com o franqueador, combinando-se o contrato de franquia com diversos outros intermediados ou não por este último, mas afetos à organização contratual da atividade empresarial determinada pelo modelo. A empresa franqueada organiza-se a partir do contrato de franquia, não havendo como se falar em desenvolvimento da atividade econômica senão a partir do contrato, sem o qual não aquela não existiria.

O sucesso do modelo, embora o art. 2º, *caput*, XXI, da Lei 13.966/2019<sup>168</sup> afirme a necessidade de a Circular de Oferta de Franquia indicar precisamente o prazo contratual,

---

<sup>167</sup> CAVALLI, CÁSSIO. *Empresa, direito e economia*, p. 256; FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 118; MARMO, LUCIA GIACCARDI. I contratti di cooperazione tra imprese. *I contratti in generale: I contratti atipici*: primo tomo. ALPA, GUIDO; BESSONE, MARIO. Torino: UTET, 1992, p. 23.

depende do fato deste prazo ser longo, pena de não se atingirem os objetivos econômicos de ambas as partes, quais sejam: a expansão da marca e o recebimento de *royalties* pelo franqueador, o lucro direto das vendas pelo franqueado e a recuperação dos investimentos iniciais feitos por este. Não se poderia imaginar o modelo sem a ideia de um alongamento no tempo, já que a franquia é, em si, um modo contratual de organizar as próprias empresas envolvidas.

Outro exemplo é a situação da fragmentação da produção dirigida por uma grande empresa por meio de diversas outras empresas menores, por prestação de serviços diretos ou por fornecimento, particular nas grandes indústrias de transformação, como a automobilística ou a construção civil. Nestas, o processo industrial e construtivo envolve o fornecimento de materiais e serviços específicos, com a participação de diversas empresas em uma atividade com fim comum, organizadas e supervisionadas pela empresa principal, em geral detentora da marca ou tomadora dos maiores riscos de lucro na operação.<sup>169</sup> No dizer de MARCELO JOSÉ BRAGA NONNENBERG<sup>170</sup>,

“Uma segunda linha de trabalhos refere-se às cadeias globais de produção. Nos últimos cinquenta anos, muito foi escrito sobre a internacionalização da produção e EMNs. Estas empresas estabelecem instalações produtivas em diferentes locais por diversas razões. Até recentemente, contudo, a produção era realizada dentro das fronteiras da firma. **A novidade está em que, mais recentemente, passou a ser realizada por diferentes firmas. Assim, cada firma torna-se responsável por uma ou várias etapas do processo de produção. Simplificadamente, pode-se denominar fragmentação da produção como o processo pelo qual a produção passa a ser feita em diferentes países e continentes; e chamar CGVs ao fato de a produção ser realizada por diferentes firmas.** Esta forma de governança recebe vários nomes, todos se referindo basicamente ao mesmo fenômeno, como cadeias globais de mercadorias, cadeias globais de valor ou Original Equipment Manufacture (OEM) (...)

As CGVs são organizadas da seguinte forma: **no topo, está a firma de “marca”, que detém algumas competências centrais e ativos proprietários em algumas áreas. Esta firma coordena e controla, em diversos graus, todo o processo produtivo. Em muitos casos, é a responsável pela geração de conhecimento e algumas etapas de desenvolvimento do produto. Abaixo, vêm os**

---

<sup>168</sup> Lei 13.966/2019. Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

(...)

XXI - indicação das regras de limitação à concorrência entre o franqueador e os franqueados, e entre os franqueados, durante a vigência do contrato de franquia, e detalhamento da abrangência territorial, do prazo de vigência da restrição e das penalidades em caso de descumprimento;

(...)

<sup>169</sup> E mesmo países, observando-se atualmente a fragmentação da produção em diversos locais para, ao final, haver um montador final em determinado país, apresentando-se como exportador, embora com pouco valor agregado em sua atuação na cadeia produtiva. FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 112.

<sup>170</sup> *Integração produtiva, fragmentação da produção e evolução do comércio internacional: como evoluíram os países da Ásia e América Latina*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília-Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 9/12.

**fornecedores/produtores locais, que são responsáveis por algumas etapas de desenvolvimento do produto e produção física. (...)**

A passagem da produção em massa para esse nível de cadeia produtiva pressupõe elevados investimentos em transferência e absorção de tecnologia e qualificação de mão de obra. A participação nas etapas superiores da cadeia produtiva requer que as firmas locais dominem os processos tecnológicos chave e tenham, na dimensão necessária, engenheiros e técnicos qualificados capazes de dominar e compreender conhecimentos que, na sua maior parte, são tácitos e não codificados, e possam dialogar em condições de igualdade com os seus pares nas firmas detentoras do conhecimento.” (grifei)

Observa-se, portanto, a construção da atividade empresarial por meio de cadeias produtivas formadoras de verdadeiras empresas multissocietárias, com esforços conjuntos de diversas empresas num regime de integração e colaboração, com apuração de resultados econômicos em momento futuro, muitas vezes posterior ao cumprimento das obrigações fixadas em cada contrato.<sup>171</sup>

Conclui-se, portanto, que os contratos empresariais de longa duração não se fundamentam apenas no interesse na aquisição ou transferência de um bem material específico, ainda que de forma reiterada, mas sim no fato de o objeto do contrato ser, em termos amplos, elemento caracterizador da própria empresa, seja para uma, ambas ou várias partes que integrem o desenvolvimento da atividade econômica específica como um todo, caracterizando uma empresa plurissocietária. Ou seja, a empresa moderna nada mais é que a organização, pelo empresário, da atuação de diversas outras empresas em seu favor, integrando seu processo econômico, como se houvesse uma empresa constituída por diversas empresas, todas vinculadas por contratos.

### **3.1.2. Existência de um valor próprio do contrato diferenciado do valor de seu objeto**

Um segundo ponto importante a particularizar o contrato empresarial *stricto sensu*, nos termos adotados para este estudo, é a conclusão de que a relação estabelecida pelas partes a partir do contrato tem um valor diferenciado em relação a seu objeto.

A continuidade no tempo, a integração à própria organização da empresa, os seus aspectos relacionais e de incompletude, geram a agregação ou construção de um valor próprio da relação contratual, sobejando ao valor do objeto contratual.<sup>172</sup> O saber fazer construído durante a relação, o desenvolvimento de soluções materiais consensuais a partir da negociação

<sup>171</sup> Embora não se desconheça que a estruturação da produção por coordenação vertical pode gerar uma “tensão entre eficiência de investimento e probabilidade (e gravidade) do «holdup», a que cada arranjo de «governo contratual» tenta a seu modo dar uma resposta, modulando a intensidade das obrigações, a duração do nexó contratual, a amplitude da renegociação, e as condições em que a via contratual acaba por ceder o lugar, através do mecanismo dos «*property rights*», à solução de integração vertical.”, cf. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria econômica do contrato*, p. 62.

<sup>172</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 63.

decorrente de exigências atuais e futuras, a parceria técnica entre as empresas na busca de soluções comuns às suas necessidades, são características que acabam por significar um valor próprio em relação ao contrato, aptos a uma consideração valorativo-econômica pelas partes.

Ou seja, a relação desenvolvida entre as partes e a capacidade de atender às suas necessidades sucessivas – no aspecto do desenvolvimento da atividade, de produtos e da produção – indicam não só um caráter cooperativo da relação, diversamente da relação ganho/perda dos contratos comuns de troca, mas a observação de ganhos recíprocos em decorrência da melhoria dos processos produtivos e das soluções apresentadas pelas partes. Eventual substituição de alguma das partes, embora possível, significará uma perda de eficiência econômica, já que toda a *expertise* construída a partir da relação de longa duração deverá ser reconstruída através da escolha de um novo parceiro comercial.

A conclusão decorre da própria superação da teoria dos preços, já que a vantagem econômica decorrente da continuidade da relação contratual, com o aumento da eficácia das partes no desenvolvimento do objeto do contrato, com redução de preços pela escala, ou pelo atendimento das necessidades específicas em casos de fornecimento especializado, não pode ser medida a partir da lógica do preço unitário de mercado para o bem ou serviço prestado. Esta organização própria das partes ao redor de suas necessidades econômicas, gerando ganhos de produtividade e eficácia econômica, integra a solução adotada pela teoria da empresa, ao indicar que esta capacidade de organização particular dos meios de produção externos, ou seja, por outras empresas, é capaz de influenciar nos preços e no resultado econômico de determinada atividade.<sup>173</sup> Ou seja, a eficiência econômica da empresa interfere na formação dos preços e no resultado das empresas, em solução que ultrapassa a formação do preço pelo mercado, e absorve vantagens decorrentes dos ganhos de eficiência oriundos da própria organização da empresa.

E isto, por certo, decorre em grande parte pela existência de uma relação continuada e de longo prazo, nas quais as partes têm tempo suficiente para aprender as necessidades de cada uma, oferecendo soluções que traduzam benefício econômico recíproco, ainda que indireto. A própria lógica do *learning by doing*, ou seja, a aprendizagem e a capacitação as

---

<sup>173</sup> Embora, por outro lado, possa significar o sequestro de alguma ou ambas as partes pelo contrato ou pela outra parte, dada a possibilidade de criação de uma situação de dependência contratual, geradora de comportamentos oportunistas, como o *lock up* exercido de forma abusiva no momento de eventual renovação ou extinção do contrato. Além disto, é possível se observar a construção desta dependência a partir da impossibilidade ou extrema dificuldade econômica de se substituir a outra parte contratante, ato que geraria, por certo, significativos custos de transação.

partes durante a relação contratual, é capaz de ampliar o valor agregado ao contrato pelo fato de caracterizar um contrato duradouro.<sup>174</sup>

Este sobejamento de valor da relação sobre o objeto é um dos fatores a justificar tratamento particular para tais contratos, afastando-se da lógica limitada trazida pela legislação, notadamente pelo Código Civil, para os contratos de simples troca material, calcados em critérios de determinação do objeto para fins de análise, por exemplo, do adimplemento.

A particularização é ainda mais relevante para situações nas quais o contrato de longa duração integre a organização da empresa em recuperação, especialmente em situações nas quais se tenha previsto a continuidade do contrato como parte do plano de recuperação. Se a manutenção de determinada relação contratual integra a continuidade da empresa, ou seja, se o plano pressupõe e conta com os resultados econômicos que advirão de um determinado contrato e se os contratos empresariais *stricto sensu* partem de uma lógica de ganhos multilaterais, não haveria sentido econômico direto em optar-se por seu fim injustificado, abrindo-se mão deste valor próprio da relação. Esta situação levaria, no mínimo, a novos custos de transação para a empresa em crise, ante a necessidade de rápida substituição do parceiro comercial e, em termos mais graves, poderia significar a impossibilidade de sua continuidade de forma economicamente viável de forma a cumprir o plano de recuperação, levando-a fatalmente à falência.<sup>175</sup>

Desta forma, no contrato empresarial de longa duração há um deslocamento do elemento central do objeto para a relação, dada sua função econômica específica. O objeto material da prestação se renova no tempo, ainda que com variações em aspectos que podem aqui ser chamados de acessórios, com o preço final para cada transação, prazos ou outros aspectos variáveis, gerando uma maior concentração de importância para a relação entre as partes em si, que se mantém única e estável.<sup>176</sup> Substitui-se parcialmente a prestação pela relação, justificando-se a imputação da característica relacional de tais contratos.

---

<sup>174</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 184.

<sup>175</sup> Perceba-se que a situação da impossibilidade de substituição rápida e eficaz, nos aspectos material e econômico, impede mesmo o uso de soluções indenizatórias (*damage clauses*), já que a continuidade da atividade econômica da empresa em crise é o ponto central do plano de recuperação, não sendo substituível por eventual indenização por abuso no exercício de posições contratuais que venha a significar um ganho econômico após longo processo judicial. Daí porque entendemos não só pela não incidência da regra do parágrafo único do art. 473, do Código Civil ao caso, dada a não adoção da existência de “investimentos” significativos como fundamento para o alongamento do contrato, bem como a ineficácia econômica da fixação de eventual indenização futura pelo rompimento imotivado do contrato.

<sup>176</sup> Isto não significa que o objeto da prestação se torne irrelevante na relação contratual. Ao contrário, a prestação continua a ter sua função e importância específica dentro da relação contratual. Entretanto, a possibilidade de variações materiais da prestação, aliada a aspectos não quantificáveis da importância da relação,

É esta relação contínua sobre o interesse econômico das partes, capaz de sofrer adaptações à medida das necessidades específicas das empresas envolvidas, que gera um objeto subjetivo específico do contrato: a intenção de continuidade e de desenvolvimento da relação pessoal.

O desenvolvimento no tempo de tal relação é capaz de gerar ganhos indiretos para as partes, no aspecto da segurança quanto à continuidade da relação e ao incremento de expertise, e para terceiros eventualmente envolvidos na totalidade do funcionamento da empresa, permitindo-se mesmo falar em uma função social do contrato de longa duração. Uma verdadeira evolução da rede contratual eventualmente formada pelas diversas empresas que integram a constelação ao redor de uma empresa base ou principal.

### **3.1.3. Caráter duradouro do contrato**

O terceiro aspecto de destacamos quanto ao objeto deste estudo é o seu caráter necessariamente duradouro. Embora a questão já tenha sido tratada lateralmente nos itens anteriores, é preciso se tentar delimitar o objeto do que caracterizaria um contrato duradouro em sentido amplo.

Os contratos de longa duração trabalham com uma lógica de colaboração econômica direta e de ganhos constantes de ambas as partes, mesmo no caso de circunstâncias futuras não previstas no instrumento, dada a impossibilidade de trazer a tempo presente todas as circunstâncias que podem afetar seu cumprimento ou o interesse das partes.<sup>177</sup> Daí decorre, dentro de uma teoria do contrato empresarial de longa duração, a necessidade da construção de uma relação baseada em confiança recíproca, boa-fé e cooperação. A atuação futura das partes deve levar em consideração um dever geral de cooperação, não só para fins do cumprimento regular do contrato, mas pela própria manutenção de sua existência quando

---

como nas situações nas quais não seja economicamente interessante o exercício imediato de posições contratuais em benefício da continuidade da relação contratual, em casos de mora reiterada ou concessões recíprocas no decorrer do contrato, com incidência tácita de institutos como a *supressio* e a *surrectio*, além de eventual incidência da ideia de ganhos de reputação em relação a determinado mercado, tendem a reduzir a importância de eventual mora relativa exclusivamente à prestação material.

<sup>177</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 60; STAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*, p. 108.

necessário à continuidade da atividade empresarial,<sup>178</sup> sendo que o fator tempo integra a economia do contrato sendo, por isto, relevante para as partes.<sup>179</sup>

Em primeiro plano, observa-se a ausência de uma definição legal exauriente do que seria um contrato de longa duração, um contrato de execução continuada ou periódica, e o que seja um contrato de execução imediata ou, na terminologia adotada por IAN R. MACNEIL,<sup>180</sup> descontínuo.

O Código Civil não traz uma definição ou classificação dos contratos a partir de seu alongamento no tempo, limitando-se a tratar dos efeitos específicos de determinadas circunstâncias que podem atingir o contrato e a relação delas decorrente, como na especificação dos efeitos *ex nunc* da resolução no contrato de execução continuada ou periódica,<sup>181</sup> na limitação da incidência do instituto da resolução por onerosidade excessiva aos contratos de execução continuada ou diferida<sup>182</sup> e na consideração da longa duração de forma implícita no contrato de agência por tempo indeterminado.<sup>183</sup> Mas não há,

---

<sup>178</sup> STAJN, RAQUEL. *Op. cit.*, p. 109: “Desconsiderar, em contratos de longo prazo, de execução continuada ou diferida, a possibilidade de fatos imprevistos, embora previsíveis, que possam levar a mudanças do regramento contratual, é ignorar a realidade. Comum, no direito de empresa, a possibilidade de revisão de operações em curso. A revisão é mais fácil quando entre contratantes existe confiança, ou quando instituições sociais favorecerem ajustes nas prestações devidas em virtudes de efeitos, previstos ou imprevistos, em relação aos quais não há disposição clara. A flexibilidade é característica dos contratos empresariais.”

<sup>179</sup> DIENER, MARIA CRISTINA. *Il contratto in generale*, p. 73.

<sup>180</sup> MACNEIL, IAN R. *The new social contract*. New Haven and London: Yale University Press, 1980: “*Discrete contract is one in which no relation exists between the parties apart from the simple exchange of goods. Its paradigm is the transaction of neoclassical microeconomics.*” [Contratos descontínuos são aqueles nos quais não existe uma relação entre as partes além da simples troca de bens. Seu paradigma é a transação da microeconomia neoclássica.] (tradução livre). Obs.: utilizei o termo “descontínuo” para traduzir o termo “discrete” utilizado na obra original, por se tratar de adjetivo utilizado na tradução oficial da obra para língua portuguesa (*O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Trad. Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009), amplamente adotado pela doutrina brasileira. A leitura foi feita diretamente na obra original, em língua inglesa. Segundo HEMINGWAY (The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty. *Law and contemporary problems*. Vol. 85: 131-151, 2022, p. 133), “Discrete contracts are prototypically but not exclusively used for one-off transactions – solitary exchanges between parties that are unlikely to be engaged with each other on a recurrent basis.” [Contratos descontínuos são usados tipicamente, mas não exclusivamente, para transações pontuais – trocas solitárias entre partes que dificilmente contratarão umas com as outras em bases recorrentes.] (tradução livre)

<sup>181</sup> Código Civil, art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

<sup>182</sup> Código Civil, 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.

<sup>183</sup> Código Civil, art. 720, *caput*. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

efetivamente, uma conceituação do que seria um contrato de longa duração, de trato sucessivo ou de execução continuada.<sup>184</sup>

Podemos afirmar o contrato imediato ou descontínuo como uma relação de troca material que não possua, em relação às partes, outro interesse que não a própria prestação, encerrando-se o interesse contratual em seu cumprimento ou a simples repetição do cumprimento da prestação em relação a seu objeto,<sup>185</sup> sem qualquer expectativa ou previsão de continuidade da relação. O cumprimento leva à imediata extinção do contrato e da relação entre as partes, que somente se mantém para fins de responsabilidade pós-contratual *lato sensu*, ou seja, por vícios redibitórios, inadimplemento detectado posteriormente à prestação, evicção *etc.*

No contrato de trato sucessivo ou de execução continuada em sentido geral, tem-se um contrato analisado a partir da premissa de que sua prestação deverá ser repetida ou mantida reiteradamente pelas partes<sup>186</sup> – pense-se no fornecimento de energia elétrica ou de serviços de telefonia, de locação ou arrendamento, cujo cumprimento se alonga no tempo com a permissão de uso pelo proprietário e a pagamento das contraprestações pelo locatário ou arrendatário –, empréstimos e financiamentos bancários a serem pagos em longo prazo. Nestes casos, não há uma vinculação da existência inicial ou manutenção do contrato a partir de um interesse que não seja o de recebimento da prestação nos termos contratados, sem que isto signifique uma relação particular e de construção contínua e futura entre as partes. É

<sup>184</sup> No ponto, excluimos os contratos de execução diferida, pois estes não possuem por característica a repetição contínua da prestação, caracterizando o cumprimento reiterado da prestação verdadeiro objeto do contrato. Ao contrário, no contrato de execução diferida ou com prazo, o que se tem é a fixação de prazo para o cumprimento da prestação, seja ela única ou não. Trata-se de questão atinente ao momento inicial do cumprimento da prestação, não importando sua natureza e, por isto, não é um critério apto da diferenciar os contratos para os fins deste estudo.

<sup>185</sup> A repetição da prestação, em caso de contratos de prestação única e imediata, traduziria a necessidade de uma nova contratação, o que se justificaria pela teoria econômica dos preços, já que este seria formado pelo próprio mercado, sem que eventual interpelação entre as partes ou situações subjetivas viessem a interferir nesta formação do preço. Ou seja, se o preço é formado pelo mercado, não haveria problemas em se formalizar um novo contrato a cada necessidade de prestação, mesmo que o objeto seja de interesse reiterado de uma das partes. A posição foi refutada pela teoria dos “custos de transação”, afirmando, de forma sintética, que a busca reiterada de novos fornecedores ou mesmo de renovação de contratação num regime de preços de mercado, traria consigo custos de transação que poderiam ser evitados em caso de contratação reiterada ou de longa duração com uma parte adversa, evitando-se custos de análise de risco e de instrumentalização do negócio.

<sup>186</sup> No dizer de GIORGIO OPPO (I contratti di durata: parte II. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. XLII, 1944, parte prima, p. 19), “... nella maggior parte dei casi la prestazione continuativa per sua natura trova il suo corrispettivo nella ripetizione di una prestazione ad esecuzione istantanea: in questa ipotesi non è astrattamente un assurdo suddividere, come si è proposto da taluno, la prestazione continuativa in tante prestazioni successive corrispondenti ai periodi in ragione dei quali sono prestate le singole rate di corrispettivo, e costruire in corrispondenza una pluralità dei contratti.” [... na maior parte dos casos a prestação contínua por sua natureza encontra sua contraprestação na repetição de uma prestação de execução instantânea: nesta hipótese, não é absurdo em abstrato subdividir-se, como foi proposto por alguns, a prestação contínua em tantas prestações sucessivas correspondentes ao período em razão dos quais são prestadas as parcelas singulares da contraprestação, e construir em correspondência uma pluralidade de contratos.] (tradução livre)

dizer, o objeto contratual é limitado à prestação em si, que não se altera em matéria de interesse ou efeitos específicos para as partes, nem para caracterizar uma nova contratação, embora possa haver alguma alteração de conteúdo, de qualidade ou de quantidade, ou, ainda, de circunstâncias de tempo e modo de cumprimento.<sup>187</sup>

Contratos de longa duração são aqueles nos quais a vontade das partes, no momento de sua formação, não se dirige à prestação material prevista no instrumento, ainda que reiterada, mas sim à relação continuada, ou seja, o interesse contratual diz respeito à formação e continuação de uma relação material-econômica entre as partes, sendo o cumprimento da prestação apenas um dos elementos a se considerar nesta realidade contratual. Há uma construção recíproca de valor a partir do alongamento no tempo da relação estabelecida entre as partes.

Sob um aspecto objetivo, tem-se uma unidade de causa do contrato, com função particular e específica de atendimento a uma necessidade ou interesse duradouro, diferenciando-se de uma simples soma de interesses, considerando cada prestação individual. Os vários cumprimentos ou contraprestações, “*coordenando-se* na relação de cumprimento continuado (reiterado), cumprem uma função (satisfação de uma necessidade duradoura) que já não é aquela ou apenas aquela dos atos individuais de execução.”<sup>188</sup>

No aspecto subjetivo, funda-se na vontade das partes quanto à segurança e continuidade da prestação. O interesse maior é a busca de segurança quanto à repetição contínua da prestação, considerada como obrigação de fazer, não se identificando com uma obrigação de contratar, à guisa de espécie de contrato preliminar. No dizer de OPPO<sup>189</sup>,

“As partes não querem a obrigação de contratar, mas a obrigação de prestar: por exemplo no fornecimento o cliente quer o fornecimento direto e o fornecedor o recebimento do preço, não a celebração de futuros contratos de venda: *na intenção das partes*, o nascimento da obrigação de prestar não é aditado para um momento futuro, para a estipulação de um outro contrato como ocorre no contrato preliminar, mas é o objeto atual da vontade que é direta justamente para criar um vínculo de prestar periodicamente.” (tradução livre)

Os elementos objetivo e subjetivo são essenciais para se inferir pela existência de um contrato único ou uma pluralidade de contratos ou, ainda, uma simples relação de trato sucessivo ou de execução continuada. Nos contratos de longa duração, causa e interesse são

<sup>187</sup> OPPO, GIORGIO. I contratti di durata: parte II, 1944, parte prima, p. 26.

<sup>188</sup> OPPO, GIORGIO. I contratti di durata: parte II, 1944, parte prima, p. 22.

<sup>189</sup> I contratti di durata: parte II. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1944, parte prima, p. 22: “Le parti non vogliono l’obbligazione di contrattare ma l’obbligazione di prestare: ad esempio nella somministrazione il cliente vuole direttamente la fornitura e il somministrante il prezzo, non già la conclusione di futuri contratti di vendita: *nell’intenzione delle parti* la nascita della obbligazione di prestare non è rimandata ad un momento avvenire, alla stipulazione di un altro contratto come avviene nel contratto preliminare, ma è l’oggetto attuale della volizione che è diretta appunto a creare il vincolo di prestare periodicamente.”

unitários, embora as prestações materiais sejam fracionadas no tempo. Segundo DIENER, “a prestação dos contratos de execução periódica é, por assim dizer, ao mesmo tempo única e plúrima.”<sup>190</sup>

O tempo deixa de caracterizar simples elemento acessório do contrato, passando a integrar o seu próprio objeto, sendo o adimplemento não só resultado do cumprimento material da prestação, mas também pelo decurso de tempo suficiente e necessário para o atingimento dos interesses inicialmente considerados pelas partes para a contratação.<sup>191</sup>

Desta forma, o conceito de adimplemento extintivo é bastante diverso no contrato de longa duração, já que o simples cumprimento da obrigação específica não gera a extinção do contrato, mas somente o decurso do tempo aliado ao cumprimento, com o encerramento de seu prazo de vigência ou a extinção por ato da parte de forma antecipada, com ou sem fundamento no inadimplemento contratual. Há necessidade de se receber a prestação por um determinado tempo, e o tempo integra o interesse da parte e a relevância jurídica, deixando de ser um simples elemento de fixação do momento do cumprimento.<sup>192</sup> O elemento *tempo* tem importância diversa em relação à *duração*. O tempo aqui não indica o intervalo entre o negócio e sua satisfação, mas caracteriza o próprio interesse da parte na satisfação continuada de uma necessidade material. No dizer de OPPO,<sup>193</sup> “O tempo se não estende, não faz estender o adimplemento, «prepara» o adimplemento: o ato de adimplemento não se forma instantaneamente, mas progressivamente, mesmo se se aperfeiçoa em um determinado momento.”

Observe-se que execução continuada não é adimplemento continuado, pois ter-se-ia um resultado único decorrente da execução continuada, como no caso da empreitada. O tempo, aqui, é o *meio* necessário ao cumprimento da obrigação final. Ou seja, a duração da prestação é o que corresponde à satisfação da obrigação, integrando a própria função do contrato pretendida inicialmente pelas partes, havendo uma proporcionalidade entre a utilidade do contrato e a sua duração, pois:

“O que já se observou sobre a função da duração no caso em apreço, a saber, que a duração corresponde à satisfação (contínua) de um interesse duradouro, leva à afirmação de que, na substância das obrigações, a duração assim entendida diz respeito à função do contrato, no sentido de que a prorrogação da execução por uma

<sup>190</sup> DIENER, MARIA CRISTINA. *Il contratto in generale*, p. 73: “la prestazione dei contratti ad esecuzione periódica è, per così dire, nello stesso tempo unica e plurima.”

<sup>191</sup> OPPO, GIORGIO. I contratti di durata. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, v. XLI, 1943, parte prima, p. 148.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 155: “Il tempo se non prolunga, non fa durare l’adempimento, «prepara» l’adempimento: l’atto di adempimento si forma non istantaneamente ma progressivamente, anche se si perfeziona solo in un certo momento.”

determinada duração é condição para que o contrato produza o efeito desejado pelas partes e satisfaça as necessidades que as levaram a contratar; e, no sentido correlato ao primeiro, de que a utilidade que as partes prometem a si mesmas a partir do contrato é relativa à duração da relação. Daí que a duração em si não seja sofrida pelas partes – como o tempo (ou a «distância») é sofrido na hipótese anterior –, mas é desejado por elas na medida em que o lucro da relação é proporcional à duração.”<sup>194</sup> (*tradução livre*)

Não são prestações obrigatoriamente continuadas em sua estrutura, mas ganham esta característica por força do contrato que impõe uma prestação que deve ser repetida continuamente, seja porque correspondem a uma contraprestação contínua de outra parte, seja porque visa “satisfazer uma necessidade que, do ponto de vista econômico, é ela mesma de periodicidade (suprimentos periódicos).”<sup>195</sup>

É a relação estabelecida entre as partes e as vantagens econômicas havidas pela existência da continuidade da relação que caracteriza verdadeira causa contratual, nela encontrando-se elementos de justificação do contrato que vão além de seu objeto e alongamento da prestação no tempo.<sup>196</sup>

Embora estes contratos de longa duração tenham por premissa a formação de ganhos de cooperação entre as partes, gerando, como afirmado, uma sobrevalorização do contrato em si em relação ao seu objeto, não se pode desconsiderar também a existência de riscos decorrentes da vinculação por longo tempo entre empresas, especialmente quando tiverem a características de contratos relacionais. Nestes casos, problemas de agência ou conflito de interesses entre gestores e a própria empresa, de efetiva partilha de informações necessárias à própria colaboração entre as empresas, a alteração de circunstâncias futuras não previstas ou não incluídas no instrumento contratual, a possibilidade ou não da renegociação do contrato, a existência de regras de controle da relação contratual por uma das partes e a escolha de soluções e regras supletivas para a solução de crises são elementos capazes de gerar aumento da insegurança do contrato, dada eventual necessidade de solução por um terceiro interveniente, como o judiciário ou um árbitro.

---

<sup>194</sup> OPPO, GIORGIO. I contratti di durata, 1943, parte prima, pp. 157/158: “Quanto si è già osservato sulla funzione della durata nel caso ora considerato, e cioè che la durata corrisponde la soddisfazione (continuativa) di un interesse durevole, porta ad affermare che, nella materia delle obbligazioni, la durata così intesa attiene alla funzione del contratto, nel senso che il *protrarsi dell’adempimento per una certa durata* è condizione perchè il contratto produca l’effetto voluto dalle parti e soddisfi i bisogni che le mossero a contrattare; e nel senso, correlativo al primo, che l’utilità che le parti si ripromettono dal contratto, è relativa alla durata del rapporto. Onde la durata stessa non è *subita* dalle parti – come a subito il tempo (o la «distanza») nell’ipotesi precedente – ma è *voluta* da esse *in quanto l’utile del rapporto è alla durata proporzionale*.”

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 165: “soddisfate un bisogno che dal punto di vista economico presenta esso stesso il carattere della periodicità (forniture periodiche).”

<sup>196</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 376/377; OPPO, GIORGIO. *Op. cit.*, p. 170.

Manter-se o equilíbrio entre segurança jurídica e a preservação do interesse das partes parecer ser a principal missão de qualquer intérprete que analise um contrato de longa duração com as características destacadas, evitando-se, por exemplo, o encerramento abusivo do contrato ou mesmo a sua continuidade forçada em detrimento da manutenção de um interesse econômico mínimo de qualquer das partes em seu objeto. No dizer de FERNANDO ARAÚJO,<sup>197</sup>

“As relações contratuais longas parecem exigir do Direito sobretudo meios de salvaguarda e de preservação das posições e dos interesses das partes. Contudo, a presença desses meios não deve incutir a ideia de que se trata de salvar a relação contratual a qualquer custo – devendo considerar-se que uma relação longa pode converter-se numa prisão que deixe de corresponder ao interesse das partes, e que os meios que promovem a rigidez contratual podem perverter-se em meios de perpetuação dessas situações patológicas. Assim, **afigura-se mais prudente converter o apoio jurídico num mais modesto veículo de combate a abusos e oportunistas, mais disponível para servir os interesses evolutivos das partes – num momento empenhadas na preservação da relação, no momento seguinte determinadas, uma ou ambas, em pôr fim à relação, recobrando a liberdade negocial para procurarem novos parceiros contratuais no mercado.**” (grifei)

Assim, embora os contratos de longa duração tenham em si a necessidade do alongamento no tempo para o atingimento do interesse econômico inicial das partes, sua manutenção ou extinção forçada também deve ter por norte o combate ao comportamento oportunista de alguma das partes e não a preservação do contrato como um valor em si. E muito deste comportamento oportunista decorre da própria natureza destes contratos de longa duração, cujo alongamento no tempo é um fator necessário para a existência de investimentos irrecuperáveis<sup>198</sup> aptos a gerar uma situação de sequestro da parte por conta do encerramento do contrato.

## 3.2. Outras características do contrato empresarial de longa duração

### 3.2.1. Caráter relacional

É lugar comum na doutrina que analisa os contratos de longa duração a afirmação de que, genericamente, também são relacionais, dado que:

“[i] tendem a se estender no tempo;

[ii] em virtude de sua longa duração, neles busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato visa a disciplinar, além das trocas em si, o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. É normal que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas;

[iii] há certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma parte [e do negócio] reverterá em benefício da outra [i.e., de todas elas].”<sup>199</sup>

<sup>197</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 378/379.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>199</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 62.

Nos contratos relacionais há uma expectativa de cooperação futura e planejamento a longo prazo, não se limitando seu objeto à substância da troca, mas à previsão de “processos e estruturas” contratuais necessários para a manutenção do interesse contratual e econômico das partes frente a circunstâncias futuras. Isto pode ser identificado como uma “estrutura de governo” do contrato,<sup>200</sup> visando a solução de questões futuras sem que existam soluções *ex ante* no instrumento contratual, afastando-se mesmo soluções trazidas por um agente externo não confiável do ponto de vista do interesse econômico, como a solução judicial ou arbitral. Adota-se, assim, uma lógica de soluções *ex post* para problemas que não foram previstos no contrato, construindo-se a solução a partir de mecanismos de cooperação previamente estabelecidos.

Ao contrário dos contratos descontínuos (*discreate contracts, discreat exchanges*), nos quais o interesse das partes é limitado ao objeto e sua prestação, não sendo a confiança sobre a continuidade da relação algo importante, nos contratos relacionais a confiança se transfigura num elemento relevante para a construção da relação contratual que, em termos amplos, vai além de seu instrumento. O contrato relacional tem características que se aliam à sua função específica, que é a busca de flexibilidade na relação contratual para a solução de problemas surgidos entre as partes, seja em crises sistêmicas, seja em crises individuais.<sup>201</sup> Estrutura-se a partir de uma lógica de processualidade da relação contratual,<sup>202</sup> evolutiva e com necessidade de adaptações conjuntas para o atendimento dos interesses das partes de forma contínua. Pode-se, assim, afirmar pela desnecessidade, nestes casos em que haja uma relação empresarial prévia entre partes que denotem interesses comuns, da realização de sucessivos contratos completos, sendo substituídos por uma espécie de contrato normativo base que tenha suas lacunas colmatadas a partir desta cooperação das partes.<sup>203</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que

---

<sup>200</sup> FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, pp. 108/109.

<sup>201</sup> HEMINWAY (The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty, p. 131) afirma o “uso de ‘contratos relacionais formais’ como meio de obviar ou limitar comportamentos oportunistas pelas partes contratantes, incluindo partes que lidam com eventos cataclísmicos ou fatores dentro ou fora do negócio que geram estresse financeiro significativo no negócio e em suas relações com outras partes.”, comportamento negocial que passou a ser adotado em relações de longa duração particularmente após a Pandemia COVID-19, conforme relatam DAVID FRYDLINGER, OLIVER HART e KATE VITASEK (An innovative way to prevent adversarial supplier relationships. *Harvard Business Review*. Outubro 8, 2020).

<sup>202</sup> COUTO E SILVA, CLÓVIS. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007; LORENZETTI, RICARDO LUIZ. *Tratado de los contratos: parte especial*, p. 122, afirmando que “un contrato de larga duración no es sino un acuerdo provisorio, sometido a permanentes mutaciones. La obligación es concebida como proceso, como un continuum desarrollado en el tiempo que todo lo domina.” [um contrato de longa duração nada mais é que um acordo provisório, submetido a mudanças constantes. A obrigação é concebida como um processo, como um desenvolvimento contínuo no tempo que o domina.] (tradução livre)

<sup>203</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale*, p. 33.

“... a solução relacional tenta o equilíbrio entre o estabelecimento de uma base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios, por um lado, e por outro a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências; nestes termos, a solução «relacional» procura dar uma resposta eficiente ao problema do contrato incompleto, o problema da insusceptibilidade de cobertura de todas as contingências através de estipulações exaustivas, o problema da subsistência de problemas de inobservabilidade e de inverificabilidade em qualquer nível de acabamento contratual.”<sup>204</sup>

A questão do contrato relacional colocou em xeque, seja para a ciência econômica, seja para a ciência jurídica, alguns pressupostos de análise comuns aos contratos, especialmente a questão da consideração da eficiência do contrato a partir de uma realidade estática do momento da contratação. Todo o arcabouço da teoria contratual clássica se sustenta a partir de um dado essencial, que é a captura do momento da formação do contrato como dado para a análise de todo o seu desenrolar, não se admitindo alterações de seu conteúdo a partir da modificação de sua eficiência para uma ou ambas as partes, traduzindo-se na ideia do *pacta sunt servanda* e na intangibilidade do conteúdo do contrato. Somente elementos externos e imprevisíveis que venham a alterar, de forma grave, esta equação fixada no momento da manifestação de vontade, permitiriam a busca da resolução motivada do contrato ou sua adequação, por conta da aplicação da teoria da imprevisão.

O contrato relacional parte de lógica bastante distinta.

A partir da premissa da impossibilidade de se trazer a tempo presente todos os elementos atuais e desconhecidos ou futuros e imprevisíveis, o contrato relacional trabalha com a ideia da necessidade de se garantir às partes uma eficácia dinâmica das relações contratuais. Assim, a eficácia estática estabelecida pelo contrato clássico liberal é substituída por uma ideia de eficácia dinâmica a partir do interesse concreto das partes diante de circunstâncias futuras não previstas no contrato, utilizando-o como instrumento de previsão de mecanismos de busca de eficácia futura por meio da colaboração entre as partes.

Há uma fuga do que fora estipulado no contrato, permitindo-se a abertura da relação contratual à aceitação de influências externas e de circunstâncias que fogem ao estipulado, o que contraria a teoria contratual clássica. Essas circunstâncias externas caracterizariam uma “teia normativa informal”, formada por práticas comerciais aceitas e influenciadoras da conduta das partes.<sup>205</sup>

Também a perspectiva da análise e consideração dos custos de transação e sua redução seria fator importante na análise do contrato como realidade dinâmica, afastando a fotografia

---

<sup>204</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 398.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 406.

do momento da construção do instrumento contratual, ainda que vago, considerando-se as consequências econômicas de determinado comportamento no decorrer da relação contratual.

É a segurança do quadro jurídico positivo que permite às partes recuarem na previsão estrita do instrumento contratual, substituindo-se tal previsão pela adoção de normas abertas e de integração *ex post*, pois eventual conduta futura deverá respeitar minimamente as normas sociais aplicáveis à situação. Mesmo contratos relacionais devem se apoiar na ordem jurídica, não podendo ser afastados seus fundamentos pela simples vontade das partes, já que as “normas supracontratuais” que os regulam devem harmonizar minimamente com a função social da empresa e do contrato.

E o que justificaria um tratamento jurídico distinto para estes contratos relacionais? Segundo ARAÚJO<sup>206</sup>, seria a duração do contrato um critério justificador, embora não absoluto.

Embora contratos relacionais em geral sejam de longa duração, não se pode afirmar de forma absoluta a relação entre longa duração e o caráter relacional de uma relação. Um contrato de longo prazo, como um financiamento bancário ou o fornecimento de um serviço comum, sem qualquer particularidade que impeça eventual substituição do fornecedor, não possui qualquer característica de especial vinculação e confiança das partes na solução que questões surgidas por circunstâncias futuras que não tenham sido trazidas a tempo presente no momento da contratação. “A questão, portanto, é identificar os contratos de longa duração que possuam efetivamente, um aspecto relacional, um vínculo que, uma vez quebrado, deve permitir a Resolução do contrato.”<sup>207</sup>

Os contratos relacionais têm benefícios ou vantagens em tipos específicos de contratos, como o contexto de contratos de aliança, afirmados por IAN MACNEIL,<sup>208</sup> de fornecimento com regras flexíveis de cumprimento ou de integração *lato sensu* do processo de produção ou prestação de determinado serviço, como no caso de *joint ventures*. Ou seja, num contexto em que não se enquadre a situação nas quais o vencedor ou o que melhor aloque seus riscos “ganha tudo”.

Deve-se reconhecer a eficácia dos contratos relacionais para “limitar ou evitar comportamentos oportunistas que venham a romper a fluidez de uma corrente eficiente de

---

<sup>206</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 418/419.

<sup>207</sup> MOREIRA, RODRIGO CAVALCANTE. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 117.

<sup>208</sup> MACNEIL, IAN R. The many futures of contracts. *South California Law Review*, n. 47: 1974, pp. 782/783, *apud* HEMINGWAY, JOAN MACLEOD. The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty. *Law and contemporary problems*. Vol. 85: 131-151, 2022, p. 136.

fornecimento de insumos.”<sup>209</sup> O comportamento oportunístico denominado sombreamento (*shading*) pode levar a uma reação em cadeia que prejudique não apenas eventual parte obrigada a suportar eventual elevação de preços por fornecedores influentes, não havendo saída senão o repasse para consumidores finais, o que traduz um prejuízo ao funcionamento salutar do mercado. Tal situação

“...ocorre quando uma parte não está obtendo os ganhos esperados e sente que a outra parte não está agindo de forma razoável. A parte prejudicada reagirá tornando-se menos cooperativa e menos proativa no atendimento das necessidades da outra parte (e.g., auxiliando no atendimento de mudanças repentinas nas demandas que exijam ações não previstas no contrato, ou impondo preços mais altos quando o clima de negócios se modifica e ele tem a vantagem.”<sup>210</sup> (tradução livre)

Pode-se sustentar uma visão de que a análise do contrato a partir de uma perspectiva relacional serviria para evitar um comportamento oportunístico da parte que detêm algum controle ou vantagem em contratos de fornecimento, sobrecarregando a posição da outra parte, já que partir-se-ia de uma condição de incerteza e incompletude do contrato original. Assim, a previsão formal de que se trata de um contrato relacional e, por isto, destinado a solucionar situações de incerteza e incompletude do instrumento, tornaria o contrato parte essencial do relacionamento contínuo das partes no desenvolvimento de suas atividades empresariais. O mesmo em relação a situações de *hold-up* contratual, quando uma das partes, aproveitando-se da situação de dependência econômica da outra, impõe soluções ou comportamentos que não atendem à lógica do atendimento bilateral do interesse econômico das partes nos contratos empresariais de longa duração.

### 3.2.2. Incompletude

Uma consequência natural dos contratos empresariais *stricto sensu*, ou seja, que integrem a estrutura da atividade empresarial, é o fato de serem necessariamente longos.

São longos ou duradouros justamente por dizerem respeito a uma forma específica de se organizar a atividade empresarial, refletindo opções feitas pelo empresário no momento da contratação e que traduzam a forma de exercício da livre iniciativa, por exemplo, optando por mecanismos de integração vertical ou horizontal, por decisões do tipo *make it or buy it*, pela busca de cooperação empresarial no âmbito da distribuição de sua produção, através do fracionamento da produção, pela busca diminuição de custos de transação com a formatação

<sup>209</sup> HEMINGWAY, JOAN MACLEOD. The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty, p. 137.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 137: “happens When one party isn’t getting the outcome it expects and feels the other party has not acted reasonably. The aggrieved party will react by becoming less cooperative and less proactive in meeting the other’s needs (e.g., helping to meet sudden shifts in demand that would entail actions not spelled out in the contract, or imposing higher prices when the business climate shifts and it has the upper hand.”

de uma rede de fornecedores de produtos ou serviços que permitam, em termos finais, o próprio funcionamento da empresa. Ainda, pode-se se falar na opção estratégica das partes, a partir de uma perspectiva de eficiência, em realizar contratos escritos de longa duração, especialmente com a finalidade de evitar comportamentos de captura de quase-rendas<sup>211</sup> decorrentes da relação contratual, ou a atuação perturbadora de agentes externos que possam se beneficiar de informações fornecidas por alguma das partes a respeito da atividade da outra, especialmente em casos em que tenha havido investimentos específicos para o desenvolvimento e cumprimento do contrato.

Ou seja, o caráter estruturante ou funcional destes contratos também é fator a determinar, em certa medida, o caráter complexo<sup>212</sup> e indeterminado quanto a todos os aspectos de seu conteúdo, dada a dinamicidade da atividade empresarial, gerando a chamada *incompletude contratual*. Seja pela incapacidade de as partes preverem todos os aspectos fáticos que possam atingir a relação contratual, seja pelo elevado custo de transação para a previsão de tais aspectos, ou a tradução de sua existência e a produção de regramento contratual escrito e prévio a seu respeito, observa-se a ocorrência de contratos incompletos, voluntários ou não.<sup>213</sup>

Nos contratos completos, há previsão *ex ante* da totalidade dos direitos, obrigações e particularidades do negócio, gerando uma impossibilidade inicial de qualquer modificação unilateral ou não justificada legalmente dos termos contratuais. “Em outras palavras, elas [as

<sup>211</sup> MASTEN, SCOTT E., SNYDER, EDWARD A. The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations. *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, no. 1, 1989, pp. 63–85. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1191897> (acesso em 8 Mar. 2024), p. 65: “Quasi-rents refer to the excess of an asset’s value in its current use over its next best use.” [Quase -renda refere-se ao excesso de valor de um ativo em seu uso atual em relação ao seu próximo melhor uso.] (tradução livre).

<sup>212</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, p. 60 “Nos contratos complexos, tende-se à produção de obrigações posteriores à ligação inicial, até mesmo porque o negócio, para continuar a existir, exige adaptações e complementações.”

<sup>213</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 151: “... o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficientemente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.” STAJN, RAQUEL. *Teoria jurídica da empresa*, p. 109: “No caso de cadeias produtivas (empresas multissocietárias), frequentes nas economias modernas por conta da busca de eficiência que dá origem à especialização, convém que as relações contratuais sejam estáveis, o que não afasta a revisão, vez que os programas de produção sofrem impactos de mudança de preferências individuais, obsolescência de produtos, mudança da política econômica, entre outros. Esforços e investimentos cujos resultados serão apurados em momento futuro estão sujeitos a riscos. Prevenir-se contra os efeitos desses eventos, normalmente fora do controle de quem produz, dispor sobre a partilha de direitos, deveres e obrigações no momento da contratação quando sua execução se der em data futura, sabendo que as previsões relativas a certos eventos foram baseadas em informações perfeitas e completas, torna inviável garantir que nada afetará as prestações das partes. Até porque é fácil constatar que nas sociedades industrializadas a premissa da economia clássica, disponibilidades de informações iguais e completas é irreal.”

partes] nunca renegociam ou rompem o contrato”, pois ele está fixo para o futuro de forma integral<sup>214</sup>, limitados à troca pontual (*spot transactions*), de conteúdo independente e não integrativo à organização da empresa.

Tradicionalmente, a análise doutrinária e a construção legislativa a respeito dos contratos de troca têm seu foco no objeto material em sua dimensão qualitativo-objetiva, preocupando-se essencialmente com a definição do objeto, as condições objetivas estabelecidas para a própria existência da troca, como o preço e os ônus da tradição, no caso da compra e venda, por exemplo, e a responsabilidade decorrente do próprio cumprimento, como as regras a respeito de vícios redibitórios, da perda por evicção e do inadimplemento relativo por conta de variações do objeto. O foco, assim, não se concentra na prestação em seu aspecto funcional, dinâmico, mas no próprio objeto da obrigação em suas dimensões objetivas.

Para estes casos, a atuação das partes, no aspecto negocial, fica limitada ao estabelecimento básico do objeto, do preço e das condições de pagamento e entrega, não importando aqui se a troca seja decorrente de uma obrigação de dar ou fazer, ausentes maiores preocupações em relação à fase pós-contratual, especialmente quanto aos efeitos do cumprimento da obrigação em relação a cada uma das partes de maneira particular. As normas legais, em geral, limitam-se a fixar regras de garantia e segurança sobre o próprio objeto.

A lógica é da extinção do contrato como decorrência direta do cumprimento pelo devedor da prestação nele estabelecida. Esta extinção, desde a contratação, é pretendida e buscada pelas partes, desaparecendo por completo o vínculo em relação às mesmas, que somente se mantém em caráter excepcional, em caso de obrigações acessórias expressamente contratadas, como o dever de sigilo e a responsabilidade decorrente de direitos de garantia de qualidade e de perda pela evicção, além de eventual responsabilidade civil pós-contratual. Mas deixa de existir, por certo, uma interligação de interesses diretos entre as partes que, ante o cumprimento da prestação, vem-se livres daquela relação obrigacional contratual, podendo estabelecer novos contratos quanto e com quem lhes aprouver.

Isto significa que eventual necessidade de repetição da operação, ou seja, nova aquisição do mesmo tipo singular de objeto, exigirá outra escolha da contraparte, com nova

---

<sup>214</sup> BAKER, SCOTT; KRAWIEC, KIMBERLY D. Incomplete contracts in a complete contract world. *Florida State University law review*. Vol. 33, 2006, Issue 3, p. 726, segundo os quais se a incompletude do contrato está ligada a incapacidade fática das partes anteverem ou anteciparem o futuro da relação ou do comportamento necessário das partes, não seria absurdo afirmar que as causas de uma renegociação, de um rompimento fundado no descumprimento ou em outro elemento autorizador do fim justificado da relação contratual, sempre se fundamentará em novas informações que se tornem acessíveis às partes ou eventos imprevistos ocorrerem.

procura de fornecedor de bens ou de serviços por parte do adquirente, traduzindo, como afirmado pela teoria econômica da empresa, um custo de transação específico para se aferir os riscos específicos de fornecedores desconhecidos, além de custos de construção do instrumento.

A lógica é distinta para os contratos incompletos. A ideia de um contrato incompleto é atrativa diante das dificuldades descritas para as partes preverem a totalidade de circunstâncias que envolvam o contrato no momento de sua formalização, da existência apenas teórica de partes absolutamente informadas e cientes de todos os aspectos do negócio, a sua inobservabilidade ou inverificabilidade,<sup>215</sup> e da necessidade de eventual adaptação do instrumento aos interesses das partes a partir de ocorrências futuras que podem atingir a relação contratual. Este, assim como no que afirmamos sobre o contrato relacional, pode limitar-se a prever aspectos objetivos mínimos do objeto e da prestação, estabelecendo-se um regramento contratual apto a dar às partes instrumentos para sua integração e adaptação a estas necessidades futuras, numa espécie de governança conjunta da relação contratual.<sup>216</sup>

Mais que isto, a incompletude do instrumento contratual, se antes era apresentada como uma hipótese teórica a partir de uma análise de conteúdo puramente econômico, passa a ser encarada com maior naturalidade pela doutrina contratualista, rompendo-se paradigmas clássicos do contrato liberal presente, completo e imutável. No dizer de PAULA A. FORGIONI<sup>217</sup>, há um lugar comum na doutrina contratualista que aborda o contrato a partir de uma perspectiva de completude de previsões e informações no momento da assinatura do contrato, cabendo exclusivamente à lei e a seu intérprete, no caso, o juiz, o suprimento de tal lacuna. Entretanto, “contratos são, por natureza, incompletos e quanto maior sua complexidade, mais as lacunas far-se-ão sentir”.

PAULA A. FORGIONI explica, ainda, a existência de uma relação direta entre custos de transação e a incompletude contratual, o que interferiria de maneira relevante nas escolhas e

---

<sup>215</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 152, afirmando que a incompletude voluntária se liga a circunstâncias estruturais, como da “assimetria informativa (que impede as partes de esgotarem o domínio das estipulações possíveis), da insusceptibilidade de supervisão da conduta de uma das partes pela outra (a inobservabilidade), ou da insusceptibilidade de supervisão da conduta de ambas as partes por um terceiro (a inverificabilidade).”

<sup>216</sup> STAJN, RAQUEL. *Teoria jurídica da empresa*, pp. 108/109: “A propensão ou aversão ao risco (ganhos ou perdas) estimula as partes a disciplinar efeitos de eventos previsíveis *ex ante*, ou *ex post*. Na primeira alternativa dispõem sobre medidas a serem adotadas se, ou quando, fatos previstos ocorrerem. Na segunda, *ex post*, deixa-se a decisão para quando se fizer necessária nova partilha de direitos e obrigações. Certo é que dificilmente se imagina todas e quaisquer contingências *ex ante*, razão pela qual convém pensar estratégias para reequacionar a relação *ex post*.”

<sup>217</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, pp. 60/61

na formação de preços em determinada atividade empresarial. Assim resume a autora tais aspectos:

“Não se consegue e não se quer prever tudo nos instrumentos contratuais. Isso é explicado a partir de três aspectos dos custos de transação:

[i] existência de contingências imprevistas [unforeseen contingencies], pois as partes não podem definir ex ante todas as vicissitudes futuras, incluindo o comportamento inesperado do parceiro;

[ii] custo de redação de contratos [cost of writing contracts], pois, ainda que todas as contingências fossem previsíveis, mostrar-se-ia excessivamente custoso descrevê-las e prevê-las no contrato;

[iii] custo de execução do contrato [cost of enforcing contracts], pois, diante de contingências e comportamentos imprevistos, não é fácil aos julgadores compreender o que foi avençado e dar-lhe concreção.

Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de que os contratos são incompletos força a reflexão sobre:

[i] existência de inúmeras lacunas que permeiam a avença entre empresas. As lacunas não são necessariamente um ‘defeito’ dos contratos como prega a dogmática tradicional, mas uma característica própria dos contratos complexos;

[ii] regras ou princípios gerais aplicáveis caso não haja previsão expressa em sentido contrário pelas partes [normas dispositivas ou default rules para os norte-americanos]; e

[iii] tratamento que o direito deve dispensar a essas lacunas, encontrando soluções que não aviltem vetores fundamentais de funcionamento do sistema, como o pacta sunt servanda e a liberdade de contratar. Até que ponto as lacunas devem ser supridas inexistindo acordo entre as partes sobre o caminho a seguir?”<sup>218</sup>

Retomando-se a ideia do contrato como instrumento social de antecipação e imposição de comportamentos futuros às partes integrantes de determinado negócio, é possível se observar a diferença entre a adoção de soluções internas ou de autotutela que funcionem a partir de previsões contemporâneas ao surgimento do contrato ou do surgimento da lacuna decorrente do contrato incompleto. Assim, no âmbito da solução interna/autotutela, a solução pode ser: a) *Ex ante*: solução por uma contratação explícita, podendo tal solução ser *i*) unilateral (contrato de adesão) ou *ii*) multilateral, por um contrato explicitamente negociado; ou b) *Ex post*: solução por uma contratação relacional decorrente de uma relação de *autoridade* e unilateral (franquia, trabalho) ou de *especificação de regras e instituições decisórias* com caráter multilateral.

Nos casos de previsão *ex ante* de solução unilateral, o regime de disciplina se dá por meio de *sanções internas* unilaterais, com o exercício assimétrico do poder sancionatório/hierarquia; no caso de previsão *ex ante* de solução multilateral, o regime de *sanções internas* multilaterais se dá pela interrupção de transações e troca de reféns.

No âmbito do quadro institucional e heterotutela, observam-se soluções *ex ante* descentralizadas, com adoção de usos e normas sociais como normas e regras da relação contratual, e no aspecto *ex post* do regramento, com julgamento por terceiros feitos de forma

<sup>218</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, pp. 61/62.

informal pelo próprio mercado, com sanções externas de natureza de perda de reputação e ostracismo. Mas, ainda assim, uma sanção de natureza privada.

Por fim, as sanções de natureza pública se baseiam em previsões *ex ante* de adoção de normas de direitos positivo como normas e regras contratuais, com controle *ex post* por meio de processo judicial e sanções por meio de execução de sentenças judiciais.<sup>219</sup>

Pode-se dizer que, no aspecto funcional, não existe contrato incompleto, pois, e termos finais, a incompletude, se existir no instrumento contratual, ou será preenchida pelas partes, em termos de acordos tácitos ou expressos no decorrer do contrato, ou pelo juiz, em caso de necessidade de integração do contrato para a solução de uma lide concreta.<sup>220</sup> Mas este preenchimento se dará, no caso de relações contínuas, de acordo com as necessidades das partes para a manutenção do interesse econômico que justificou inicialmente a própria existência do contrato.

Dado que tais contratos encerram a própria organização da empresa e se esta, dentro da dinamicidade do mercado, precisa adaptar-se para o atendimento de suas necessidades na busca do lucro, é mais eficaz do ponto de vista econômico a existência de um contrato incompleto e que preveja, de maneira geral, meios de solução das necessidades adaptativas, seja por cláusulas processuais que estabeleçam instrumentos de repactuação interna ao contrato, seja pela previsão geral do dever de concordar (*agreed to agree*) com eventual alteração contratual pretendida, de forma razoável, por alguma das partes.

Neste aspecto, já afirmou a doutrina italiana que o fato de se deixar para a fase de cumprimento do contrato o estabelecimento de elementos acidentais ao contrato não fere a validade do acordo principal.<sup>221</sup> Este argumento é apto a confirmar a tese da plena validade dos contratos incompletos, permitindo às partes estabelecer detalhes considerados acessórios à obrigação principal na fase de execução ou cumprimento da prestação.

---

<sup>219</sup> Descrição feita a partir do quadro de ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 186.

<sup>220</sup> BAKER, SCOTT; KRAWIEC, KIMBERLY D. Incomplete contracts in a complete contract world, p. 726. FERNANDO ARAÚJO (*Teoria econômica do contrato*, p. 152), afirmando, sobre a ineficiência da completude contratual caso a variável necessária à análise do contrato não possa ser conhecida pelo terceiro, no caso, o juiz: “No que toca ao «contrato incompleto», a sua asserção central, já referida, é a de que a inobservabilidade *ex post* de algumas variáveis por um terceiro torna inútil o completamento das estipulações contratuais. A ênfase é agora colocada na inverificabilidade e não tanto já na inobservabilidade: para esta «*incomplete-contract theory*» o mais relevante já não é a assimetria entre partes, em suma, mas a assimetria informativa do terceiro julgador face às partes – um problema de insuficiência judicial, ou arbitral, que nalguns casos será irresolúvel, mas se crê possa ser mitigado com recurso às regras supletivas mais ou menos sofisticadas.”

<sup>221</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale*, p. 409.

No caso de um contrato completo,<sup>222</sup> no qual não se tenha permitido nenhuma margem de integração posterior a partir de necessidades de adaptação futura, por exemplo, a mudanças do mercado, os riscos de desaparecimento de seu fundamento econômico com a obrigação de sua manutenção formal são evidentes. As partes, sem eventual renegociação, estariam obrigadas ou a manter um contrato sem interesses que o sustentem economicamente em sua condição atual, ou a buscar a extinção da relação, com ou sem justificação.

A mutabilidade do conteúdo do contrato incompleto por acordos sucessivos que o venham a integrar, na medida da necessidade das partes, funciona como um facilitador não só da saída do contrato – quando a incompletude permite a análise e o reconhecimento da ausência de interesse na continuidade do contrato com ou sem sua adaptação, impedindo comportamentos abusivos caracterizadores do *hold up* em caso de necessidade de renegociação de um contrato completo –, mas também de sua modificação para permitir a continuidade do interesse econômico bilateral. Conforme salientam BAKER e KRAWIEC,<sup>223</sup>

“Esta renegociação eleva o potencial de comportamento oportunista – durante a renegociação, uma ou ambas as partes podem tentar angariar uma maior fração de ganhos com a continuidade do negócio. Se as partes puderem facilmente mudar para parceiros negociais alternativos, então ambos podem sair da relação existente e essas tentativas de sequestro falharão. Entretanto, quanto maiores os investimentos específicos que uma parte tenha feito na busca de cumprimento do acordo – por exemplo, gastos não recuperáveis, trocas de informações, especialização, treinamento etc. – mais vulnerável estará a tentativas de sequestro por seu parceiro. Reconhecendo isto, as partes ficarão relutantes em realizar investimentos específicos em face da incompletude contratual, a menos que possa ser achada alguma solução para o problema do sequestro.” (tradução livre)

No mesmo sentido, FERNANDO ARAÚJO<sup>224</sup>:

“O facto básico é que o inacabamento contratual expõe uma das partes, ou ambas, ao oportunismo – como vimos, aliás, um dos objetivos do inacabamento deliberado ou estratégico: à medida que a relação contratual avança e é preciso desempenhar alguns dos deveres – sejam eles principais ou acessórios, preparatórios ou não do cumprimento definitivo –, vão-se acumulando custos: ao menos custos de oportunidade, porque o tempo passa e há oportunidades que passam. Quanto maiores os custos acumulados e quanto mais irrecuperáveis (porque passou muito tempo, porque não há um mercado com alternativas disponíveis) mais a parte que

<sup>222</sup> FERNANDO ARAÚJO (*Teoria econômica do contrato*, pp. 181/182) afirma os seguintes pressupostos analíticos do contrato completo: - a «inexistência de custos de transação»; - a racionalidade dos agentes; - a informação perfeita e simétrica; - a irrestrição das escolhas (salvo quanto à escassez); - a ausência de externalidades.”

<sup>223</sup> BAKER, SCOTT; KRAWIEC, KIMBERLY D. *Incomplete contracts in a complete contract world*, pp. 726/727: “This renegotiation raises the prospect of opportunistic behavior – during renegotiation, one or both parties may attempt to garner a higher fraction of the gains from continuing to trade. If the parties can easily switch to alternative bargaining partners, then both can walk away from the existing relationship and these attempts at holdup will fail. However, the greater the relationship-specific investment that a party has made in contemplating of performing on the agreement – for example, nonrecoupable expenditures, information sharing, specialization, training, etc. – the more vulnerable she will be to holdup attempts by her partner. Recognizing this, parties will be reluctant to engage in relationship-specific investment in the face of contractual incompleteness, unless some resolution to the holdup problem can be found.”

<sup>224</sup> *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 169.

neles incorreu fica fragilizada às pressões da contraparte, seja no sentido de renegociar seja no sentido de recusar a renegociação, conforme as circunstâncias.”

Assim, os investimentos feitos por alguma das partes em função de um contrato incompleto pode significar um risco de sequestro, seja no momento de uma renegociação, seja por um comportamento oportunista. A circunstância seria apta a gerar uma espécie de poder de controle não societário, permitindo que uma empresa controle indiretamente a atuação de outra empresa que se encontra sequestrada em decorrência da existência de elevados investimentos direcionados à relação contratual, sendo impossível ou custoso seu direcionamento para outras relações contratuais.<sup>225</sup>

No que diz respeito ao presente estudo, pode-se afirmar como comportamento oportunista da parte que, diante do pedido de recuperação judicial, pretende colocar fim ao contrato de longa duração, tão somente em função daquele pedido, seja exercendo o direito potestativo decorrente de eventual cláusula *ipso facto*, seja a previsão contratual do vencimento antecipado do contrato por conta da recuperação, ensejando eventual imposição de modificação do conteúdo do contrato como condição para sua manutenção. A empresa, diante de um contrato aberto e com investimentos específicos e não recuperáveis, vê-se sequestrada por possíveis condutas da outra parte que pode, aproveitando-se desta incompletude contratual, ou impor modificações do contrato, ou buscar sair do mesmo sem que haja uma justa causa.

### 3.2.3. Atipicidade

Outra característica que pode ser assinalada para tais contratos é seu caráter atípico, dada a impossibilidade do legislador ou da reiteração comercial prever todas as particularidades atinentes a uma determinada organização empresarial. Daí a necessidade de as partes, na construção do instrumento contratual, buscarem a regulação dessas particularidades que interessam a uma relação contratual específica, mesmo que para prever instrumentos de solução de conflitos e integração de lacunas deixadas de forma voluntária no instrumento.

---

<sup>225</sup> STAJN, RAQUEL. *Teoria jurídica da empresa*, p. 107, afirma, a respeito particularmente da relação de dependência e controle não societário decorrente de contratos de fornecimento, que: “Igualmente contratos de fornecimento, quando de longo prazo, por serem de execução continuada, podem, quando uma das partes faça investimentos em ativos específicos, aqueles que dificilmente podem ser utilizados para atender outros interessados, denotar poder de controle não societário, mas bem definido. O contratante fica sujeito ao poder do outro, situação que se agrava quando há investimentos idiossincráticos feitos por um dos contratantes que o deixa em situação ‘inferior’ em face do outro. Aqui é que a noção de incompletude contratual a que aludem os economistas e que, em boa medida, pode ser aplicada ao caso de empresas plurissocietárias quando resultante de contratos de fornecimento se manifesta.”

Perceba-se que mesmo em contratos afirmados por “típicos” pela existência de uma regulação legal genérica, como na franquia ou na concessão mercantil pela Lei Ferrari, pode-se afirmar um grau de atipicidade suficiente para a aplicação da ideia de que, em sua interpretação judicial ou arbitral, devem ser considerados atípicos no que tange a previsões contratuais que fogem à regulação legal, construídas no espaço de disponibilidade dado às partes pelo ordenamento jurídico.<sup>226</sup>

Esta construção atípica decorre justamente da natureza organizativa de tais contratos<sup>227</sup>, não se resumindo à previsão de uma relação de simples trocas mediante pagamento, mas à previsão de comportamentos a serem desenvolvidos internamente na relação contratual. O caráter relacional, continuativo e eventualmente incompleto do contrato não permite uma análise a partir de previsões normativas restritivas nos termos da legislação, mas exigem uma interpretação a partir não só do instrumento contratual em sua completude, mas da análise da vontade econômica que levou as partes à contratação e, ainda, o seu comportamento no decorrer da construção da relação contratual. E observe-se que, embora atípicos e sujeitos a aplicação subsidiária de normas específicas de contratos que lhes sejam similares no objeto e interesse, deve eventual interpretação judicial respeitar, o máximo possível, os termos e a intenção demonstrada pelas partes no instrumento e no comportamento contratuais.

O caráter atípico da relação contratual e, conseqüentemente, de seus termos, também é relevante em situações de redes contratuais, contratos híbridos ou associativos, gerando as chamadas empresas plurissocietárias. A conformação de comportamentos esperados por todas as empresas envolvidas na formação de tais redes contratuais muitas vezes ultrapassa a previsão de comportamentos ou prestações materiais comuns, alcançando previsões de condutas de cooperação e solução comum de problemas, visando um interesse comum econômico das partes. Este interesse comum, por dizer respeito de forma específica a uma determinada atividade econômica desenvolvida de forma coletiva por todas as empresas envolvidas, não pode ser previamente previsto pelo legislador, dizendo respeito exclusivamente ao interesse das partes e, portanto, à sua regulação no limite da liberdade de empresa e da livre iniciativa.

Desta forma, o aspecto atípico de tais relações reguladoras de comportamentos meio de cooperação empresarial, e mesmo de atendimento de necessidades econômicas muito específicas no desenvolvimento de determinada atividade, impede sua análise a partir de

---

<sup>226</sup> Sobre a adoção de modelos legais de contratos de cooperação empresarial, mas com conteúdo atípico: MARMO, LUCIA GIACCARDI. I contratti di cooperazione tra imprese, p. 42.

<sup>227</sup> Ibid., pp. 26/28.

previsões objetivas da lei, havendo de se guardar o máximo de atendimento da vontade que levou as partes ao desenho da relação contratual.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale*, p. 705.

## 4. MANUTENÇÃO FORÇADA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO

### 4.1. O fim da relação contratual

O contrato, como relação jurídica transitória de caráter econômico, não pode manter-se eficaz para vincular as partes sem possibilidade absoluta de cessação. A existência de vínculos jurídico-econômicos eternos ofende o próprio conceito de liberdade individual, não se justificando, em regra e mesmo ante o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*), a renúncia irrevogável do direito de ver-se livre de uma relação jurídica obrigacional, ainda que a custo do cumprimento de requisitos ou sanções legais ou convencionais, como o pagamento de determinado valor vinculado ao retrocesso na vontade declarada, no caso de arras penitenciais ou multa penitencial.<sup>229</sup>

Embora a disciplina da extinção do contrato possa ser analisada de forma simplista, a partir de seu fim regular pelo cumprimento da obrigação, há de se considerar, para uma análise mais abrangente do fenômeno, a existência de diversas formas de extinção do vínculo contratual, seja por conta da própria atuação da vontade das partes, seja por conta de elementos externos ao contrato, levando ao fim de sua existência ou exigibilidade.

Tradicionalmente, nominam-se as formas extraordinárias de extinção do contrato a partir da construção doutrinária e legal adotada por diversos países e pelos respectivos sistemas legais, embora se observem denominações similares com consequências distintas para situações típicas. Nomenclaturas comuns como resolução, resilição, rescisão, rompimento, denúncia e desistência encontram, nos diversos ordenamentos jurídicos, significados e efeitos distintos.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> A ideia de não vinculação eterna a um contrato justifica normas de excepcionais de extinção da relação por vontade unilateral de uma das partes, como se vê, por exemplo, no art. 411º, do Código Civil Português, reconhecendo a caducidade do contrato-promessa em caso de não exercício do direito em prazo fixado (**Art. 411º [Promessa unilateral]**. Se o contrato-promessa vincular apenas uma das partes e não se fixar prazo dentro do qual o vínculo é eficaz, pode o tribunal, a requerimento do promitente, fixar à outra parte um prazo para o exercício do direito, findo o qual este caducará.). Ou mesmo as regras gerais a respeito da cláusula penal, das arras penitenciais ou do direito de opção de não exercício de determinado direito contratual, como no caso do art. 420, Código Civil.

<sup>230</sup> Ressalta-se aqui alguma atecnia do Código Civil na nomenclatura das causas de extinção do contrato, dado o inadimplemento ser causa geral da resolução, com efeitos gerais *ex tunc*, mas justificar a extinção do contrato, em dispositivo específicos, sob a denominação rescisão (arts. 455, 607 e 810, CC), embora em outros dispositivos, afirme a rescisão em seu sentido clássico utilizado pelo direito francês e italiano, de extinção do contrato pelo reconhecimento de sua nulidade (art. 1.642, IV, CC). No mesmo sentido, afirmando a ausência de sistematização numa teoria geral da extinção do contrato, com confusão terminológica pela doutrina e legislação: GOMES, ORLANDO. *Contratos*, p. 200; DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, p. 66.

Considerando a limitação da abordagem do presente estudo, não há espaço a análise aprofundada em direito comparado a respeito do tratamento do fim da relação contratual em diversos ordenamentos jurídicos. Dá-se, assim, primazia à análise do sistema legal brasileiro, com remissões, quando necessário, ao tratamento jurídico adotado em países que influenciam, de alguma forma, o tratamento legal e judicial no âmbito interno. Mais que isto, a questão da extinção do contrato pode se limitar a situações em que se tenha por objeto um contrato válido, não abrangendo situações de ineficácia em decorrência da invalidade do contrato por nulidade ou anulabilidade.<sup>231</sup>

Assim, para os fins desta análise, que considera a dicotomia entre a continuidade econômica da empresa em crise e a possibilidade de extinção unilateral de contratos de longa duração, limitamos nossa abordagem do fim do contrato a partir das situações de cumprimento extintivo, da resolução decorrente do inadimplemento e do direito unilateral de rescisão, como decorrência de ato de vontade da parte, fundada ou não em cláusula resolutiva expressa. Ainda, em relação às duas últimas, objeto específico da construção da tese, pode-se afirmar, a partir da sintetização do posicionamento tradicional da doutrina civilista, que a “*rescisão* (que é o gênero) possui as seguintes espécies: *resolução* (extinção do contrato por descumprimento) e *resilição* (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo”<sup>232</sup>), embora observe-se alguma divergência doutrinária a respeito de tal classificação.

Por fim, considerando o aspecto introdutório do ponto da extinção dos contratos, de se observar a inexistência de um regime jurídico próprio de extinção dos contratos para o caso de recuperação judicial da empresa em crise, situação diversa do efeito legal comum do vencimento e extinção de todos os contratos da empresa em decorrência de sua falência. Não se confunde, no ponto, a não subsunção de créditos especificados no § 5º do art. 49 da Lei 11.101/2005 aos efeitos da recuperação judicial, com a afirmação da continuidade das condições contratuais originais. Embora os créditos passados eventualmente existentes se submetam ao plano, de rigor a possibilidade da interpretação atual de cláusula resolutiva tácita ou expressa, ou da análise da legalidade do exercício do direito de rescisão legal ou convencional, considerando a situação futura da empresa em recuperação. A continuidade dos

---

<sup>231</sup> Sobre a extinção do contrato por fatos anteriores à celebração: TARTUCE, FLÁVIO. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 258/263; MARTINEZ, PEDRO ROMANO. *Da cessação do contrato*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, pp. 30/31; GOMES, ORLANDO. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>232</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 264. No mesmo sentido: GOMES, ORLANDO. *Op. cit.*, p. 221.

efeitos dos direitos de propriedade e das condições contratuais previstas no instrumento não torna o contrato imune à sua interpretação a partir da especial situação da empresa em recuperação, ainda que o seja por outro juízo que não o recuperacional.<sup>233</sup>

Se na falência a extinção dos contratos, considerando a lógica da liquidação do patrimônio da empresa em benefício do concurso de credores, é a regra, sendo a continuidade de contratos bilaterais uma decisão fundamentada do administrador judicial, baseada na existência de benefício ao conjunto de credores<sup>234</sup>, na recuperação judicial a lógica é absolutamente distinta.

Presumindo-se a continuidade da atividade econômica da empresa, limitado o objeto do plano de recuperação *lato sensu* às obrigações passadas inadimplidas, não se justificaria a previsão, como não há, de um regime de extinção dos contratos bilaterais a serem performados por conta do deferimento da recuperação da empresa. A continuidade da empresa pressupõe a continuidade de suas relações jurídicas bilaterais, permitindo-se que o planejamento econômico que fundamentou a própria construção do plano se concretize.

Não há, portanto, norma específica na Lei nº 11.101/2005 a respeito da extinção ou vencimento antecipado de contratos mantidos pela empresa no momento de seu pedido de recuperação, ainda que os créditos passados originados desta relação contratual integrem o próprio plano. E, ausente regulamentação específica a respeito destas relações contratuais existentes no momento do deferimento do pedido, aplica-se, em geral, o direito comum para a interpretação das situações e exercícios de prerrogativas contratuais das partes, ou seja, o Código Civil, sem desconsiderar a principiologia própria do direito empresarial e, no caso, do direito de insolvência.

Esta ausência de norma particular a respeito destas relações contratuais para o futuro justifica a construção, a partir do Direito Civil comum, de uma interpretação que traga para o regime de extinção dos contratos os princípios específicos do direito de insolvência, particularmente o princípio da preservação da empresa como um valor digno de proteção, ainda que não absoluto, dada a possibilidade de se reconhecer, a partir de parâmetros econômicos e objetivos, eventual direito da parte que não esteja em crise de colocar fim ao contrato, desde que de maneira justificada.

---

<sup>233</sup> A questão da competência jurisdicional para apreciação da questão da rescisão ou resolução convencional do contrato de longa duração da empresa em crise será analisado no item 5.1.

<sup>234</sup> Lei 11.101/2005, arts. 117 a 126.

#### 4.1.1. Extinção pelo fim do vínculo contratual. Cumprimento.

Considerando a estrutura da relação obrigacional refletida no contrato, tem-se natural extinção pelo cumprimento de seu objeto pela parte devedora, denominada, por ORLANDO GOMES,<sup>235</sup> como *execução* do contrato. Especialmente em relação a contratos de prestação única (*spot*), ainda que sujeita a termo futuro, tem-se o desaparecimento da relação contratual por conta do exaurimento de seu objeto, através da substituição da obrigação em potência pelo bem da vida dela correspondente.

Em relação aos contratos que contenham uma prestação contínua no tempo (mandado, locação, comodato, *v.g.*) ou que tenham seu objeto renovável periodicamente (fornecimento de energia, *v.g.*), fala-se em extinção da prestação obrigacional periódica ou contínua a cada exigência de cumprimento no tempo, modo e forma estabelecidos no contrato, renovando-se sua obrigação interna a partir da manutenção de sua estrutura contratual. Assim, apesar de único o contrato, tem-se a renovação e extinção periódica da obrigação nele contida pelo cumprimento, considerado este a causa eficiente da extinção do objeto contratual limitado à prestação em questão.

Ou seja, com o cumprimento exato do dar, do fazer ou do não fazer estabelecido genericamente no contrato, tem-se o fim do contrato pelo próprio esvaziamento de seu conteúdo, embora se possa sustentar atualmente a manutenção parcial de seus efeitos no que diz respeito a deveres acessórios de sigilo, de segurança e de garantia em sentido amplo, conforme a teoria da responsabilidade civil pós-contratual ou da pós-eficácia das relações contratuais.<sup>236</sup>

Há de se considerar aqui, também, a existência de situação particular do adimplemento nos contratos de longa duração. Como afirmado no item 3.1.3, nestes contratos a lógica do adimplemento não se limita à entrega do objeto material da prestação, abarcando a própria continuidade do contrato como elemento essencial para que este seja considerado cumprido. Aqui, a vontade inicial não se limita ao objeto material da prestação, ainda que reiterada, mas sim à relação continuada.<sup>237</sup> O interesse contratual diz respeito à formação e continuação de

---

<sup>235</sup> GOMES, ORLANDO. *Contratos*, p. 200.

<sup>236</sup> LOBO, PAULO. *Direito civil: contratos*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2024, p. 85: “A extinção do contrato não extingue totalmente seus efeitos, que podem persistir, em determinadas situações, em virtude do dever geral de conduta em boa-fé e do princípio da proteção do contratante. O princípio da proteção impõe que, entre pessoas que se encontrem no espaço jurídico, não na qualidade de meros estranhos, existem obrigações específicas de não atentar contra os bens jurídicos umas das outras; findo o contrato, as antigas partes não ficam na situação de meros estranhos dos deveres de proteção (Cordeiro, 1991, p. 168), como o de não violação do dever de sigilo. A violação dos deveres pós-contratuais leva à reparação dos danos materiais e morais.”

<sup>237</sup> GOMES, ORLANDO. *Op. cit.*, p. 112, afirma que, independentemente da denominação adotada, seja de contratos de execução periódica, seja de execução continuada, o que é relevante é o fato de o alongamento no tempo caracterizar um elemento essencial do contrato: “O que importa é deixar claro que o traço essencial desses

uma relação material-econômica entre as partes, sendo o cumprimento da prestação apenas um dos elementos a se considerar nesta realidade contratual.

Daí que somente o decurso do tempo necessário à satisfação do interesse que deu causa ao contrato, aliado ao cumprimento, com o encerramento de seu prazo contratual ou a extinção por ato da parte de forma antecipada e justificada, é que caracterizará o adimplemento do contrato.

#### **4.1.2. Extinção pelo não cumprimento do objeto. Resolução.**

Paralelamente à extinção pelo cumprimento de seu objeto, há de se considerar a extinção do contrato como consequência do não cumprimento da obrigação por uma das partes, a caracterizar o inadimplemento,<sup>238</sup> genericamente nominada no sistema brasileiro como extinção pela resolução. Aqui, embora se possa falar em extinção do contrato, não está a ocorrer a extinção em sentido material da obrigação, mas apenas a sua substituição pela pretensão executiva específica ou pela indenizatória dos prejuízos decorrentes do incumprimento,<sup>239</sup> incluído aí o valor necessário ao restabelecimento das partes à condição anterior à formação do contrato, seja em relação ao objeto inadimplido, seja em relação a eventual ressarcimento de valores pagos antecipadamente em caso de contratos comutativos e sem prestações concomitantes e, em todos os casos, acrescido de perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

A resolução, no sistema brasileiro, vincula-se essencialmente ao não cumprimento de obrigação estabelecida, pela impossibilidade relativa ao sujeito, que aqui podemos chamar genericamente de inadimplemento ou inexecução voluntária,<sup>240</sup> pela impossibilidade absoluta de prestação do objeto ou inexecução involuntária,<sup>241</sup> seja por sua inexistência, seja por sua

---

contratos é a *distribuição da execução no tempo*. Sua característica ‘reside no fato de que o tempo, ou melhor, a duração, constituir elemento substancial de determinação das prestações.’”

<sup>238</sup> Código Civil, art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mas juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>239</sup> Código Civil, art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>240</sup> Código Civil, art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão [resolução] do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

<sup>241</sup> Código Civil, art. 500, caput: Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional do preço.

impossibilidade física ou jurídica, pelo desequilíbrio da comutatividade contratual decorrente de causas supervenientes ao contrato, a caracterizar a onerosidade excessiva.<sup>242</sup>

Vê-se, assim, três causas gerais para a ocorrência da resolução no sistema contratual brasileiro: o inadimplemento de uma das partes, a impossibilidade superveniente da prestação e a onerosidade excessiva superveniente ao vínculo contratual. Somadas a estas, de aplicação genérica a todos os contratos, há previsão especial de causas de resolução para contratos e situações típicas descritas na lei, como no caso da resolução da compra e venda pela evicção, pela existência de vícios redibitórios e da empreitada inadimplida, somadas a uma previsão geral decorrente da cláusula resolutiva tácita ou expressa.<sup>243</sup>

Além das causas legais da resolução do contrato, pode-se considerar ainda a possibilidade de ocorrência de resolução do contrato pelo desaparecimento de uma causa determinante do contrato, denominada, pela doutrina italiana, de *pressupposizione*.<sup>244</sup> Esta se define doutrinariamente como “uma situação de fato que ambas as partes, embora não mencionada explicitamente, foi considerada como pressuposto fundamental do contrato.”<sup>245</sup> Embora se observe que a frustração de uma das partes se dá a partir de pressuposto de sua vontade negocial, considera-se tal pressuposto de tal relevância que poderia ser considerado parte da razão concreta da própria existência do contrato e, portanto, integrando a sua causa e vinculando o comportamento contratual de ambas as partes, mesmo aquela que se beneficiaria de seu cumprimento.

A retirada da base negocial considerada pelas partes quando do entabulamento do contrato, ainda que não declarada no instrumento contratual, tornaria o seu cumprimento algo

---

<sup>242</sup> Código Civil, art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

<sup>243</sup> Observe-se que o termo rescisão é adotado particularmente na legislação brasileira para a solução de casos de extinção do contrato em virtude da evicção (art. 455, CC), adotando doutrina nacional o mesmo conceito para a redibição do contrato por vício redibitório (art. 442, CC), fundando-se a causa da extinção em vício de direito ou em vício do objeto (LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, p. 85).

<sup>244</sup> A teoria da *pressupposizione* é desenvolvida no direito continental, em geral, com a denominação “teoria da base do negócio jurídico”, a partir da sistematização de LARENZ (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Santiago: Olejnik, 2018), afirmando a possibilidade de quebra da base do negócio subjetiva e objetiva.

<sup>245</sup> ROPPO, VINCENZO. *Diritto privato*. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 500: “una situazione di fatto che entrambe le parti, pur non menzionandola esplicitamente, hanno considerato come presupposto fondamentale del contratto, di modo que sua inesistenza o il suo venire meno toglierebbero al contratto stesso la sua base.” (tradução livre)

sem qualquer senso ou utilidade para um ou ambos os contraentes, justificando a resolução, aqui fundada num critério de justiça contratual. A solução não se confundiria com a anulação do negócio por erro, já que a circunstância autorizadora da resolução ocorre após a formação do contrato, ou a resolução por onerosidade excessiva, por se exigirem os requisitos do art. 478 do Código Civil, que aqui não se observam: contrato necessariamente de prestação continuada ou periódica, onerosidade excessiva surgida de fato extraordinário e imprevisível e desequilíbrio das prestações correspectivas.

A exigência do cumprimento do contrato que já não tem qualquer interesse para uma das partes, por conta do desaparecimento de pressuposto de fato considerado por ambas para que o contrato existisse e o fosse na forma que celebrado, especialmente quanto ao valor, descumpra a regra geral da boa-fé, exigida por conta da execução do contrato.

De toda forma, a resolução do contrato em decorrência do inadimplemento pressupõe o esgotamento de termo essencial sem que a prestação tenha sido cumprida, com o esvaziamento de forma objetiva do interesse do credor no recebimento da prestação, resolvendo-o. Nestes casos, em que a mora já não se faz presente pela ausência de interesse no recebimento da prestação por conta da não observação dos termos contratado, há a incidência direta do art. 475 do Código Civil, autorizando o exercício do direito de resolução, seja por meio da interpelação judicial do devedor em caso de ausência de cláusula resolutiva expressa, seja pelos efeitos *ex re* da cláusula resolutiva expressa.

A existência de cláusula resolutiva expressa,<sup>246</sup> aparentemente afasta o interesse na discussão a respeito da relevância do inadimplemento, a depender exclusivamente da manifestação da parte interessada no sentido do uso da prerrogativa convencionada. A discussão é atualmente relevante, quando se adota, dentro de uma ideia social e principiológica do direito privado, teorias como o adimplemento substancial ou a conservação do negócio jurídico quando demonstrado ainda o interesse em seus efeitos.

Em qualquer caso, seja de cláusula resolutiva expressa, seja de cláusula resolutiva tácita, há de se considerar o princípio da preservação do negócio jurídico, autorizando não só a aposição de cláusulas de renegociação, de adequação ou de integração sucessiva do contrato, na forma de contratos e cláusulas abertas, mas também pelo reconhecimento judicial de um dever de manutenção do contrato após seu reequilíbrio e mesmo de abusividade da determinada previsão específica como motivo de resolução do contrato.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Código Civil, art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

<sup>247</sup> ROPPO, VINCENZO. *Diritto privato*, p. 498.

A questão da resolução do contrato por força de cláusula resolutiva expressa ganha relevo no presente estudo pela eventual previsão do pedido de recuperação judicial ou seu deferimento como fundamento para a incidência da resolução convencional.<sup>248</sup> A cláusula resolutiva expressa autoriza a resolução do contrato a partir da incidência de uma previsão específica do contrato que, necessariamente, não precisa dizer respeito a seu objeto principal. Ou seja, não só em caso de inadimplemento da prestação há que se falar em incidência da cláusula resolutiva expressa, mas em caso de ocorrência do fato ou conduta prevista na convenção como suficiente à incidência da resolução convencional.

O interesse, daí, diz respeito à previsão, como cláusula resolutiva expressa, da existência de pedido de recuperação judicial ou seu deferimento, afirmado o contrato que este estará resolvido caso alguma das partes se utilize do pedido de recuperação como forma de solução de sua crise financeira.

A previsão, conhecida como cláusula *ipso facto*, indica verdadeira sanção à parte que se utiliza da recuperação judicial como medida legal prevista em favor da empresa viável em crise financeira, já que a resolução do contrato, sem que haja outra causa que não o próprio pedido de recuperação, caracteriza verdadeira sanção convencional pelo exercício de direito legítimo.

A questão será abordada de forma específica no item 4.7, quando discutiremos a natureza da cláusula *ipso facto*, sua incidência e legalidade dentro do sistema recuperacional brasileiro, considerando os princípios da preservação da empresa e da autonomia da vontade.

Neste momento, deve-se ter em mente que, embora haja autonomia da vontade das partes na formação da cláusula resolutiva expressa, com a indicação expressa de situações que ensejam o direito à resolução pelo exercício de direito potestativo de resolver, há de se considerar a necessidade da proporcionalidade entre o descumprimento previsto e a economia do contrato. Sem que haja interferência concreta e relevante na economia do contrato, mostra-se abusiva a previsão contratual que autorize a resolução por conta do descumprimento ou da não observação de algum comportamento de pouca importância para o objeto amplo do

---

<sup>248</sup> Perceba-se que a cláusula resolutiva expressa, por ser convencional, não trabalha dentro da lógica do inadimplemento exclusivo da prestação devida pelo contrato, mas pode prever outras obrigações ou situações, ainda que acessórias, suficientes para dar à parte a quem a cláusula beneficie o direito de pôr fim ao contrato invocando-a. Neste sentido, afirma ORLANDO GOMES (*Contratos*, p. 205) que “o pacto deve **indicar as obrigações cujo inadimplemento determina a resolução...**”, levando à conclusão de que a liberdade negocial, quanto à cláusula resolutiva, é ampla. Da mesma forma, PAULO LOBO (*Direito civil: contratos*, p. 86), ao afirmar que “a cláusula resolutiva expressa é comumente prevista nos contratos, estipulando-se que o contrato será extinto ou resolvido se houver inadimplemento total ou **de alguma de suas cláusulas**, independentemente de prévio aviso ou notificação.” (grifei)

contrato. No dizer de RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, “quando a única prestação diferida é de escassa importância, não deve ser admitida a cláusula resolutiva para sua inexecução.”<sup>249</sup>

Daí se concluir pela possibilidade do controle judicial sobre a legalidade da cláusula resolutiva expressa, considerando seu efeito grave de permitir a resolução do contrato, exigindo-se a presença de proporcionalidade entre a previsão da obrigação acessória descumprida e as consequências da resolução do contrato.

#### **4.1.3. Extinção pelo fim do vínculo contratual. Resilição. A vontade como elemento suficiente à extinção do contrato.**

Classicamente se afirma que os contratos, sendo resultado de um encontro inicial de vontades, pode ser desfeito por meio do mesmo fenômeno jurídico. Se o consenso determina o surgimento do contrato, também o “consenso mútuo determina a extinção do vínculo”.<sup>250</sup>

De maneira geral, é possível classificar a extinção do contrato fundada tão só pela manifestação da vontade em resilição bilateral ou distrato,<sup>251</sup> caracterizada como negócio jurídico coligado ao negócio anterior, de eficácia extintiva da relação contratual validamente constituída em momento anterior, e a resilição unilateral,<sup>252</sup> caracterizada como ato unilateral de vontade com efeitos extintivos do contrato.

Do distrato não se vai tratar neste trabalho, já que a existência de mútuo acordo entre as partes, a princípio, esvazia a necessidade de análise da existência ou não de justa causa para o negócio, considerando a boa-fé e os efeitos econômicos em relação à particular situação da parte em recuperação judicial, embora se possa, de maneira indireta, reconhecer eventuais efeitos econômicos em relação a terceiros atingidos pela cessação do contrato distratado.

A resilição unilateral, ou *stricto sensu*, considerando a nomenclatura adotada pelo Código Civil de 2002, caracteriza-se como um negócio jurídico unilateral de efeito extintivo, formado a partir da manifestação unilateral da vontade de uma das partes e fundado essencialmente na ideia de que os vínculos obrigacionais não podem ser perpétuos. Pode ser ordinária, em contratos por tempo indeterminado nos quais se reconhece, de maneira geral, o direito potestativo de colocar fim ao contrato sem a necessidade de indagação de causa ou

---

<sup>249</sup> AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 400.

<sup>250</sup> MARTINEZ, PEDRO ROMANO. *Da cessação do contrato*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 59.

<sup>251</sup> Código Civil, Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

<sup>252</sup> Código Civil, Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

motivação, sujeitando-se apenas à notificação prévia, e a rescisão extraordinária, em caso de colocar fim ao contrato antes do vencimento de seu prazo, quando a lei assim autorizar.<sup>253</sup>

A questão da não perenidade do vínculo com reflexo da liberdade negocial é referenciada de maneira geral pela doutrina civil quando trata do direito de se colocar fim a uma relação contratual por tempo indeterminado, demonstrando fundamentação vinculada essencialmente à teoria da vontade em direito contratual. A análise do contrato e sua continuidade dá-se a partir da lógica da autonomia privada e da vontade, dando-se primazia ao fato da mesma vontade geradora do contrato, aliada à liberdade negocial, ser capaz de colocar fim ao mesmo, quando a falta de prazo estipulado ou pela natureza da relação estabelecida ensejar a sua continuidade ordinária.

O contrato bilateral é pensado para ser cumprido sem que se permita a qualquer das partes, ausente justa causa legal ou contratual, a escolha pelo fim da relação contratual antes do prazo estipulado ou esgotada sua prestação. A possibilidade de rescisão pela manifestação unilateral de vontade destoa da ideia da imutabilidade relativa do contrato, mas *reforça e protege o princípio da liberdade de contratar*,<sup>254</sup> já que dá à parte a segurança de contratar sabendo que tal vínculo, mesmo ausente uma causa legal de extinção, não será eterno, garantindo-se à manifestação de vontade o efeito de colocar fim a tal relação de cunho eminentemente patrimonial. No dizer de PEDRO ROMANO MARTINEZ,

“Para evitar que as partes fiquem vinculadas ao cumprimento de um contrato por um período indefinido, permite-se que uma parte o faça cessar; não estando o vínculo sujeito a um prazo de vigência, faculta-se a qualquer das partes a possibilidade de se desvincular, denunciando o contrato.”<sup>255</sup>

Percebe-se a visão específica do autor no que diz respeito à possibilidade de uso da denúncia para colocar fim a contratos sem prazo final de vigência, pressupondo-se a renovação da obrigação ou seu alongamento no tempo, com aparente fundamento numa exclusiva prevalência da vontade sobre o objeto ou o interesse econômico específico das partes na continuidade do negócio. Reconhece, assim e nos termos da doutrina civilista em geral, o caráter potestativo do exercício da denúncia do contrato sem tempo certo.<sup>256</sup>

<sup>253</sup> AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 241; ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, p. 510: “Il recesso è materia di un **diritto potestativo** della parte, attribuito o direttamente dalla **legge** (recesso legale) o da una clausula del **contratto** (recesso convenzionale). Può spettare a entrambe le parti; opere a una sola di esse”. [A rescisão é matéria de **direito potestativo** da parte, atribuído ou diretamente pela **lei** (rescisão legal) ou por uma cláusula do **contrato** (rescisão convencional). Pode caber a ambas as partes; ou apenas a uma delas.] (tradução livre)

<sup>254</sup> AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>255</sup> MARTINEZ, PEDRO ROMANO. *Da cessação do contrato*, p. 63.

<sup>256</sup> DENIER, MARIA CRISTINA. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè Editore, 2002, p. 511: “Sotto altro aspetto, il negozio di recesso può qualificarsi come atto di esercizio di un diritto potestativo perché il recedente agisce, con un suo atto di volontà, sulla sfera giuridica dell’altro contraente che non può e non deve fare nulla,

O fato de se prever a rescisão como direito potestativo não significa vedação à previsão de consequências jurídicas negociais e legais a partir do seu exercício.<sup>257</sup> Apesar de se tratar de posição jurídica legítima, pode-se discutir se a outra parte haveria de suportar passivamente os efeitos decorrentes de tal exercício ou exigir sua realização de forma a minimizar efeitos prejudiciais. É o caso da discussão da possibilidade de se indenizar ou de se atribuir ineficácia relativa da manifestação de vontade unilateral pela rescisão, da concessão de prazo razoável antes do fim da eficácia do contrato, da forma de comunicação da rescisão, do reconhecimento de rescisão abusiva etc.

A situação, em tese, permite a visualização do risco de prejuízo decorrente da “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio (no exercício de posições jurídicas)”,<sup>258</sup> o que nos permitiria reconhecer a possibilidade de análise judicial de eventual abuso de direito no exercício da rescisão do contrato, especialmente quando há desproporcionalidade entre as vantagens financeiras havidas pela parte que exerce o direito de resiliir e o prejuízo sofrido pela parte que não deu causa ao fim do contrato.<sup>259</sup>

Conforme previsto expressamente no art. 473, do Código Civil, tem-se o exercício do direito potestativo de resiliir a partir de um ato jurídico receptício, necessariamente conhecido pela outra parte, sob pena de ineficácia absoluta. Esta obrigação pode decorrer da lei, como no caso do contrato de locação<sup>260</sup> ou de representação comercial,<sup>261</sup> do contrato, quando haja

---

ma soltanto soggiacere alle conseguenze della dichiarazione di volontà.” [Sobre outro aspecto, o negócio de rescisão pode qualificar-se como ato de exercício de um direito potestativo, porque quem resile age, com um ato de vontade próprio, sobre a esfera jurídica do outro contratante que não pode e não deve fazer nada, mas apenas sucumbir à consequência daquela declaração de vontade] (tradução livre)

<sup>257</sup> JACQUES GHESTIN afirma que o direito potestativo de resiliir não é mais tão discricionário quanto no século XIX, pois a teoria do abuso de direito, aplicável ao caso, moraliza o exercício do direito de rescisão unilateral (*Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*, pp. 267-8). No mesmo sentido: AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 249, afirmando a possibilidade de se reconhecer uma rescisão abusiva, quando “o próprio exercício do direito extintivo se apresenta como contrário ao seu fim social e econômico, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187).” Ainda, GUIDO ALPA (*Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale*, p. 699) trazendo caso de reconhecimento, pela Corte de Cassação Italiana (Cass. 18 settembre, 2009. N. 20106), de abuso no exercício do direito de resolução *ad nutum* de contrato de concessão de vendas em prejuízo do concessionário, fundado na existência de um prejuízo injustificado e desproporcional da outra parte.

<sup>258</sup> MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA DE. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 857. FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*, p. 515.

<sup>259</sup> AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>260</sup> Lei 8.245/1991. Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.

<sup>261</sup> Lei 4.866/1965. Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de

cláusula fixando obrigação da concessão do aviso prévio, ou de sua própria natureza, sendo que, nestes últimos casos, “será preciso examinar a situação dada em concreto e aferir, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual seria o tempo de antecedência entre denúncia e a extinção do contrato”,<sup>262</sup> especialmente se se observar uma divergência na condição econômica das partes, de sua dependência econômica em relação ao contrato e a produção de um desequilíbrio econômico importante pela rescisão.<sup>263</sup>

Embora tais condições não sejam elementares previstas no Código Civil para a regulação de um direito de rescindir, já que não há regra condicionando tal exercício à verificação de tais circunstâncias, são relevantes para se fixar o prazo necessário ao aviso prévio para que este atinja a sua finalidade, mesmo que não existam investimentos aptos a fazer incidir a regra do parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

A existência de desproporção econômica entre as partes envolvidas, de natureza comum em negócios empresariais, pode ensejar a necessidade de um maior prazo de aviso prévio a permitir que prepare seu reposicionamento em determinado mercado após a perda de um contrato relevante, senão essencial. Então, é esta dependência econômica decorrente da condição de fragilidade o fator que interfere na verificação da necessidade do aviso prévio e seu prazo necessário para a exclusão de prejuízos ilícitos pelo rompimento unilateral do contrato.

Também a dependência econômica de uma das partes em relação à existência do contrato a se rescindir é fator essencial a ser considerado, sob a perspectiva do prazo do aviso prévio e eventual alongamento da eficácia do contrato por conta dos investimentos realizados. Esta dependência econômica não é fundamento suficiente para a incidência do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, já que este pressupõe, de maneira expressa, a existência de uma desproporcionalidade entre o tempo da rescisão e a recuperação de investimentos, numa relação de causalidade entre expectativa de ressarcimento de investimentos com o resultado econômico em favor de quem realizou tais gastos.

Ao contrário, a existência de dependência econômica, havendo ou não investimentos específicos, é fator a ser considerado no fim da relação contratual, quando seu objeto se mostre essencial à continuidade da atividade empresarial ou à não imposição de redução de faturamento com potencial de levá-la a uma situação de crise econômico-financeira. Daí que o

---

trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

<sup>262</sup> MAMEDE, GLADSTON. *Direito empresarial brasileiro*; volume 5: teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 452.

<sup>263</sup> LABORDERIE, ANNE-SOPHIE LAVEFVE. *La pérennité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005, p. 501.

alongamento do prazo do aviso prévio, em situações nas quais se vislumbre a dependência econômica, é medida que reduz o potencial de exercício de comportamentos oportunistas pela parte que busca a rescisão.

Por fim, pode-se analisar o aviso prévio a partir da previsão de prejuízos diretos que incidirão sobre a parte por conta do fim do contrato. A ideia de prejuízo para o caso é ampla, abarcando possíveis lucros cessantes pelo fim do contrato, considerando a legítima expectativa de sua continuidade por um período mínimo, tendo em vista o comportamento das partes na fase pré-contratual e no período de cumprimento do contrato, e danos emergentes diretamente decorrentes do fim da relação, com a perda de estoques e necessidade de dispensa de pessoal, ensejando gastos aos quais não corresponderá, por certo, faturamento apto a absorvê-los.

Particularmente no âmbito do presente estudo, de maior interesse a análise da questão da expectativa legítima de inexistência de rompimento abrupto ou injustificado de contratos de longa duração, não se limitando à circunstância da extensão do contrato em vista dos investimentos. Até porque, no caso, o que se discute é a continuidade genérica do contrato, sem uma vinculação temporal a determinado dado objetivo, no caso, a absorção do investimento realizado em função do contrato.

E qual seria o fundamento jurídico do dever de concessão de aviso prévio nos casos de exercício do direito de rescisão unilateral do contrato?

A obrigação justifica-se nos princípios da boa-fé e da lealdade entre as partes, já que “nos contratos de execução que se prolongam no tempo, qualquer que seja a razão, assim como nos contratos relacionais, têm relevo os deveres de lealdade e boa-fé, em virtude da larga vinculação dos contratantes.”<sup>264</sup> Em termos finais busca evitar ou diminuir prejuízos advindos do fim da relação contratual, dando tempo suficiente para a parte se preparar para os efeitos econômicos da extinção, vendendo estoques, buscando novos mercados e parceiros comerciais, além de eventuais reprogramações de produção e pessoal, dentre outras medidas.

---

<sup>264</sup> AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 262. Segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A lei pode não regulamentar o exercício da denúncia. Deve porém entender-se que, por exigência da boa-fé, a denúncia seja feita com antecipação de um prazo razoável sobre a extinção efetiva da relação. Assim, a empresa que estava vinculada a outra na distribuição dos produtos da primeira não pode denunciar o contrato sem deixar tempo bastante para que a outra empresa possa contratar com novo distribuidor. Também não se admite que quem celebrou um contrato duradouro o denuncie logo após a entrada em vigor, pois isso violaria igualmente a boa-fé.” (*Direito civil: teoria geral*, vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273). No mesmo sentido, pela exigência de um tempo mínimo do contrato: ASSIS, ARAKEN. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 577. FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*, p. 516. GHESTIN, JACQUES. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*, p. 266.

O dever de aviso prévio é geral, não se ligando à ideia de amortização de investimentos,<sup>265</sup> mas sim de adaptação de atividade econômica tendo em vista o fim de um contrato relevante para a continuidade equilibrada da atividade empresarial. Existente ou não investimento específico, o dever de aviso prévio vincula-se à ideia da reorganização da atividade empresarial com o fim de um contrato relevante, na liquidação de estoques que tenham ligação direta com a realização do objeto do contrato, na realização de operações em aberto com terceiros que tenham ligação direta com o contrato, evitando-se uma reação em cadeia capaz de trazer prejuízos não só para o contratante, mas também para outras empresas que com ela mantenham relações empresariais vinculadas àquele objeto.

Além disto, eventual necessidade de busca de outros mercados para a substituição do parceiro comercial que quer pôr fim à relação sem prazo determinado é um fator a ser considerado quando se analisa a questão do prazo do aviso prévio. A particularidade de determinado mercado, com a participação de poucos agentes e de difícil direcionamento da atividade empresarial para outros parceiros comerciais, a manter o resultado positivo da operação, tende a dificultar a realocação de investimentos quando do fim de um contrato com as características descritas.

De outra parte, pode-se afirmar que a necessidade de um aviso prévio não diz respeito à garantia de lucro da parte prejudicada com a rescisão. Não se trata de garantir o lucro futuro esperado pela parte notificada, nem tempo para amortização de todos os investimentos realizados para o cumprimento do contrato,<sup>266</sup> mas apenas o reconhecimento de que o rompimento abrupto do contrato, mormente se vigente a longa data, quebra a boa-fé traduzida pela legítima expectativa de continuidade, caracterizando um ato abusivo, gerando prejuízos além dos aceitos como normais pela natureza do negócio estabelecido. Trata-se de situação que gera prejuízo além do aceito para a modalidade contratual estabelecida, sendo que

---

<sup>265</sup> RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR (*Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 286) confirma a diferença entre o fundamento para a concessão do aviso prévio e para a extensão do contrato por conta de investimentos: “O contrato duradouro por tempo indeterminado cria para a contraparte certa situação de estabilidade que é abalada com a denúncia; depois a extinção haverá a necessidade da reacomodação dos interesses da parte denunciada, com a reorganização de projeto de vida ou empresarial e isso recomenda a concessão de um prazo, a partir da data em que a comunicação chega ao conhecimento do notificado, para que a denúncia tenha eficácia, independentemente do disposto no parágrafo único do art. 473, que regula a situação especial da execução com investimentos consideráveis.”

<sup>266</sup> Sobre a inexistência da tutela do lucro, deve-se considerar a lição de Enzo ROPPO (*O contrato*, p. 225): “Deve-ser acrescentar que, deste modo, o ordenamento não tutela nem sequer as **concretas expectativas de lucro** que cada operador coloca na troca contratual (a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que **um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato**, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo contraente o deve assumir. Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a **abstracta possibilidade do lucro**; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo.”

“prejuízo desproporcional não significa qualquer dano. Algum dano aos outros é inerente nas relações humanas e está incluído no próprio processo de troca.”<sup>267</sup>

Assim, a concessão de aviso prévio é obrigação do notificante,<sup>268</sup> decorrente da boa-fé objetiva e da vedação do ato ilícito por abuso de direito,<sup>269</sup> e não da existência de investimentos consideráveis. Sua falta ou concessão em prazo insuficiente gera o dever de indenizar<sup>270</sup>, limitado às despesas havidas por conta da falta de tempo para a reorganização da atividade empresarial do notificado, para a liquidação de estoques e operações em aberto e a busca de novos mercados em substituição, permitido, no caso, pedido específico de prolongamento do aviso prévio, o que não se confunde com o disposto no parágrafo único, do art. 473 do Código Civil.

#### **4.2. Tratamento legal do exercício do direito de extensão do contrato como contraponto ao direito potestativo de resilição.**

Neste ponto, entendemos importante distinguir as situações de eventual direito de extensão do contrato por conta de investimentos relevantes feitos e a ausência de tempo suficiente, considerando o aviso prévio realizado, para a obtenção do retorno econômico legitimamente esperado pelas partes, previsto no parágrafo único do art. 473, do Código Civil,<sup>271</sup> e a situação da manutenção de um contrato de longa duração objeto de resilição por uma das partes, traduzindo a imposição de um prejuízo desproporcional para a outra parte ou o rompimento de uma boa-fé específica esperada nos contratos empresariais de longa duração.

No ponto, e considerando a limitação do estudo à questão da manutenção do contrato empresarial de longa duração em caso de recuperação judicial, há de se reconhecer que a situação descrita no citado parágrafo único particulariza-se por se tratar tão somente de alongamento limitado, vinculado necessariamente aos investimentos feitos pela outra parte

<sup>267</sup> MACNEIL, IAN C. *O novo contrato social*, p. 100.

<sup>268</sup> LABORDERIE, ANNE-SOPHIE LAVEFVE. *La pérenité contractuelle*, p. 501. MIRANDA, CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419; ASSIS, ARAKEN. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5, p. 576 e 579, fundando o dever de indenizar na falta do pré-aviso em si (boa-fé objetiva) e não nos investimentos realizados.

<sup>269</sup> FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*, p. 516.

<sup>270</sup> Embora haja manifestação na doutrina francesa (FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*, p. 521) afirmando a possibilidade da reparação *in natura*, com a declaração de nulidade do ato de ruptura unilateral do contrato. No mesmo sentido, sustentando que a falta do respeito a um prazo essencial de aviso prévio poderia gerar consequência alternativa: ou a ineficácia do aviso prévio (“*recesso*”), com a continuidade do contrato, ou a resilição do contrato, mas com o dever de indenizar os danos daí havidos: ROPPO, VINCENZO. *Il contratto*, p. 511.

<sup>271</sup> Código Civil, art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressamente ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

direcionados ao contrato e, ao mesmo tempo, necessários à sua recuperação, diferenciando-se da situação da ineficácia da rescisão em si, ante o reconhecimento de um direito próprio de manutenção do contrato sem uma vinculação objetiva à existência daqueles investimentos ou sua recuperação.

#### **4.2.1. Particularidade do regime do parágrafo único do art. 473 do Código Civil**

Em termos gerais do Código Civil, com aplicação a empresas em crise ou não, vige a regra de que, nos contratos por tempo indeterminado, seja por conta de renovações sucessivas do vínculo a indicar um contrato de trato sucessivo, seja por não haver termo final prefixado, é obrigação da parte denunciante a comunicação prévia da intenção de rescisão (pré-aviso ou aviso prévio), com tempo suficiente para que a outra parte possa se preparar economicamente para o fim da eficácia do contrato. Esta obrigação existe não só em casos de incidência da regra especial vinculada à existência de investimentos dirigidos, mas em qualquer relação comercial de longa duração à qual não se tenha previamente estabelecido prazo ou condição *ex re* de extinção, como no caso de alguma cláusula resolutiva específica.

Nestes casos, conforme previsto expressamente no art. 473, do Código Civil, tem-se o exercício do direito potestativo de rescindir a partir de um ato jurídico receptício, necessariamente conhecido pela parte contrária, sob pena de ineficácia absoluta. Esta obrigação pode decorrer da lei, como no caso do contrato de locação<sup>272</sup> ou de representação comercial,<sup>273</sup> do próprio contrato, quando haja cláusula fixando obrigação da concessão do aviso prévio, ou da própria natureza do contrato, sendo que, nestes últimos casos, “será preciso examinar a situação dada em concreto e aferir, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual seria o tempo de antecedência entre denúncia e a extinção do contrato”,<sup>274</sup> especialmente se se observar uma divergência na condição econômica das partes, de sua dependência econômica em relação ao contrato a ser extinto e a produção de um desequilíbrio econômico importante pela rescisão.<sup>275</sup>

Embora tais condições não sejam elementares previstas no Código Civil para o reconhecimento da legitimidade do exercício do um direito de rescindir, já que não há regra

---

<sup>272</sup> Lei 8.245/1991. Art. 57. O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.

<sup>273</sup> Lei 4.866/1965. Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

<sup>274</sup> MAMEDE, GLADSTON. *Direito empresarial brasileiro*; volume 5, p. 452.

<sup>275</sup> LABORDERIE, ANNE-SOPHIE LAVEFVE. *La pérenité contractuelle*, p. 501.

condicionando tal exercício à verificação de tais circunstâncias, são relevantes para se fixar o prazo necessário ao aviso prévio para que atinja a sua finalidade, mesmo que não existam investimentos aptos a fazer incidir a regra do parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

Estas circunstâncias descritas não se ligam necessariamente à previsão legal, mas a todos os contratos de longa duração entre empresas e que, por seu objeto e características relacionais, coloquem uma das partes em situação economicamente vulnerável pela extinção de determinado contrato. Perceba-se, assim, que a previsão do parágrafo único do art. 473 do Código Civil é limitada, já que condiciona sua incidência à existência de: a) investimentos dirigidos ao contrato; b) insuficiência do tempo contratual para a recuperação de tais investimentos; c) previsão de ineficácia temporal da rescisão até a equalização do retorno econômico do contrato em relação aos gastos realizados.

Não se trata, assim, em solução dirigida à manutenção genérica do contrato, mas sim ao alongamento temporário de sua eficácia para atendimento de um fim específico: a recuperação dos investimentos realizados, afetando não só a questão da obrigatoriedade do aviso prévio, mas a retirada por tempo específico da eficácia da notificação para fins de concretização da rescisão do contrato.

A incidência do parágrafo único do art. 473 do Código Civil é fator de ineficácia superveniente à manifestação de vontade unilateral da parte que tenha o direito de rescindir o contrato,<sup>276</sup> pois retira temporariamente a eficácia jurídica do ato unilateral, condicionando-o ao tempo necessário para a amortização dos investimentos consideráveis.<sup>277</sup> Há, portanto, uma vinculação direta entre o alongamento do contrato e os investimentos que se buscam recuperar.

---

<sup>276</sup> Há alguma divergência exclusivamente doutrinária a respeito, alguns fixando a indenização como obrigatória, ante a impossibilidade de o Poder Judiciário determinar a continuação de relação contratual não mais querida por uma das partes (FORGIONI, PAULA A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005, p. 452 e seguintes), e outros reconhecendo exclusivamente a eficácia suspensiva dos efeitos da notificação de rescisão, forçando a manutenção temporal do vínculo contratual (MIRANDA, CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral* (arts. 421 a 480), p. 419; AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*; volume VI, tomo II, p. 365; ROSENVALD, NELSON. *Código Civil comentado*. Coord. Min. Cezar Peluso. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2014, p. 497). Na doutrina francesa, JACQUES GHESTIN sustenta que a sanção pela não concessão de aviso prévio com tempo suficiente não pode ser a manutenção forçada do contrato, mas apenas uma indenização pelo rompimento de má-fé (*Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*, p. 269). Afirma MURIEL FABRE-MAGNAN que a consequência da falta do aviso prévio é a reparação de danos, havendo uma lacuna legislativa para outras soluções (*p. cit.*, pp. 517/518), embora ANNE-SOPHIE LAVEFVE LABRODERIE (*La pérenité contractuelle*, p. 503) sustente a extensão do contrato. Na doutrina italiana, VINCENZO ROPPO sustenta dupla possibilidade, seja pela ineficácia da resolução, com a continuidade do contrato, seja a extinção do vínculo, mas com responsabilidade civil pelos danos daí decorrentes (*Il contratto*, p. 511).

<sup>277</sup> Segundo PAULA A. FORGIONI (*Contrato de distribuição*, pp. 471/472), “O texto do parágrafo único do art. 473, quando aplicado aos contratos de distribuição, tem a função de proteger o agente econômico que realizou investimentos específicos para viabilizar a celebração do contrato, assegurando-lhe que o prazo de vigência será tal que lhe permitirá recuperar os respectivos gastos.”

Investimentos podem ser considerados gastos feitos para o incremento dos meios de produção, visando o aumento da capacidade produtiva ou da eficácia da operação empresarial, resultando no aumento do lucro. Trata-se de capital aplicado em máquinas, equipamentos, instalações e serviços que, em tese, serão incorporados à atividade empresarial desenvolvida pela parte. Serão incorporados no ativo imobilizado da empresa, já que não se destinam ao consumo (de fato e de direito) ou alienação no prazo de menos de 12 meses (ativo circulante).

Não se deve confundir o investimento com despesas correntes havidas com formação de estoque, pagamento de fornecedores e empregados, além de outros gastos necessários para o regular funcionamento da empresa, mas que não tenham por característica a agregação de valor ao ativo imobilizado. Estas – despesas correntes – interferem diretamente na verificação da existência de lucro ou não na operação.

Os investimentos estão para além das despesas correntes, pois se sustentam numa taxa de lucro positiva, na aquisição de capital na forma de crédito ou aumento de capital. Não se confundem com o lucro, pois este nem sempre se reverterá em investimento.

Nem todo investimento feito a partir da contratação permitirá a imposição de efeito suspensivo à notificação para fins de resilição. A partir de uma perspectiva objetiva vinculada ao valor dos investimentos, qualificado pela lei como “investimentos consideráveis”, ou de sua previsibilidade no desenvolvimento comum da atividade empresarial de uma das partes contratantes, considerando-se aqui a lógica dos contratos empresariais, poder-se-ia concluir pela existência de investimentos que integram a atividade própria da parte contratante e cuja álea relativa à perda seja natural em sua atuação.

Somente os investimentos consideráveis, ou seja, que saiam de uma esfera de normalidade e previsibilidade à atividade empresarial desenvolvida pela parte, integrando a álea comum de sua atividade, poderão ser considerados para fins de indenização. E o que seriam investimentos consideráveis e fora da normalidade e previsibilidade para fins de fixação do regime de ressarcimento ou de efeitos jurídicos daí decorrentes por conta da resilição do contrato?

Se enquadram nesta situação os investimentos exigidos por força do contrato, os investimentos decorrentes do cumprimento do contrato ou mesmo os feitos em função exclusiva do contrato.

Em primeiro lugar, tem-se os investimentos exigidos por força do contrato, seja porque previstos expressamente no instrumento contratual, seja porque exigidos por uma das partes no decorrer da relação contratual, especialmente diante de variabilidades materiais em

contratos de longa duração, com caráter relacional e, por isto, sujeitos à incompletude no momento da contratação.

Estando os investimentos previstos no contrato, dúvida não há que a sua manutenção por todo o prazo fixado se liga ao tempo necessário para a realização das expectativas econômicas das partes com a relação negocial estabelecida. Tratando-se de contrato por tempo certo, presume-se a ciência das partes quanto ao tempo necessário para a amortização dos investimentos realizados e a obtenção dos lucros necessários para o resultado positivo da operação, não se confundindo tais conceitos de amortização e de lucro. A partir de tal presunção, também há de se admitir que eventual fixação de cláusula penal remuneratória por conta do rompimento do contrato antes de seu vencimento leve em consideração os valores necessários para que a operação, para a parte inocente, resulte nos mesmos efeitos do cumprimento integral do contrato ou, ao menos, suficiente para evitar o prejuízo.

Por outro lado, há situações em que os investimentos realizados de fato no decorrer da relação contratual decorram da construção dinâmica do contrato e de seu conteúdo, especialmente em contratos de natureza relacional de longa duração.

A incompletude contratual, exigindo sua integração quanto ao objeto e condições no decorrer do desenvolvimento do contrato, traduz variações quanto ao objeto da prestação contratual, exigindo, por vezes, adaptações das próprias partes contratantes à fim de adequar-se a tais necessidades.

Ou seja, devem ser incluídos os investimentos que sejam exigidos pela outra parte ou previstos exclusivamente no contrato, ou, ainda, que sejam feitos exclusivamente em função do contrato.<sup>278</sup> É essencial, para fins de análise de eventual direito de extensão do contrato ou mesmo de fixação de prazo alongado de aviso prévio, que os investimentos sejam decorrentes ou posteriores à formação do contrato. Investimentos prévios, que já haviam se realizado por conta da relação da negociação e contratação entre as partes não podem ser considerados para fins de mensuração do tempo necessário para sua amortização e, conseqüentemente, da extensão do contrato. Há de se observar uma relação de causalidade entre o contrato firmado e o investimento realizado, embora os investimentos preexistentes e utilizados no cumprimento do contrato possam, indiretamente, ser considerados para fins de fixação do prazo razoável de aviso prévio por conta da rescisão contratual, permitindo a readaptação da atividade econômica da parte contratual que não teve a iniciativa do rompimento contratual.

---

<sup>278</sup> MAMEDE, GLADSTON. *Direito empresarial brasileiro*; volume 5, p. 453, esclarecendo que se os objetos necessários para o desenvolvimento da prestação já existiam, não há que se falar em extensão do contrato, por não haver investimento vinculado ao contrato.

Investimentos exigidos pela outra parte, a partir do instrumento contratual, geram presunção de ciência de que serão realizados, além de previsão de duração do contrato por tempo suficiente a permitir sua amortização. Não poderia a parte contratante, que recebe a prestação a partir dos investimentos exigidos da outra parte afirmar o desconhecimento destes para fins de ver-se livre de imputações decorrentes da falta de aviso prévio ou da pretensão ao reconhecimento da ineficácia da notificação de rescisão.

Assim, a discussão sobre a ciência prévia da parte dos investimentos realizados pela outra parte somente é relevante, para fins de análise de sua conduta na rescisão, quando a sua exigência decorra de uma pretensão posterior à contratação, ou seja, previsão inexistente no instrumento inicial. Se a previsão dos investimentos era expressa no contrato, a ambas as partes não é lícito arguir a inexistência da obrigação de realizar os investimentos ou a ausência de ciência prévia de sua realização como questões prejudiciais quanto à eficácia e exigência do contrato.

A rescisão em tempo insuficiente para a amortização de tais investimentos, previstos no contrato ou exigidos pela própria parte – comuns em contratos como de franquia – indicam comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), pois traduzem exercício do direito subjetivo “em contrariedade com o comportamento anteriormente adotado pelo seu titular”, caracterizando ofensa à boa-fé objetiva.<sup>279</sup>

Investimentos feitos exclusivamente em função do contrato gerarão o direito à amortização<sup>280</sup>, desde que a parte notificante tenha ciência prévia formal ou presumida de sua realização, sem que haja efeito surpresa no momento da notificação. Evita-se, com isto, a extensão demasiada do vínculo contratual, permitindo ao denunciante que, tendo ciência de futuros investimentos a serem feitos para outra parte e ciente da possibilidade de rescisão, lhe dê ciência do risco de extinção da relação contratual.

Além disto, há de se reconhecer que a comunicação dos investimentos por seu realizador também significa cumprimento da regra da boa-fé objetiva, evitando-se que o notificante, ao realizar o exercício do direito potestativo de rescisão, seja surpreendido pela alegação de investimentos de vulto pelo notificado, além de permitir a prévia análise se tais investimentos são ou não necessários à atividade.<sup>281</sup>

---

<sup>279</sup> ZANETTI, CRISTIANO DE SOUZA. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 115.

<sup>280</sup> FORGIONE, PAULA A. *Contrato de distribuição*, p. 472.

<sup>281</sup> BDINE JUNIOR, HAMID CHARAF. Rescisão contratual e o art. 473 do CC. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul. 2012, p. 99.

Da mesma forma, deve-se considerar como pressupostos para a eficácia do direito à extensão do contrato: a) que a natureza do contrato justifique os investimentos consideráveis; b) que tenham um valor importante em relação ao valor total do negócio, gerando prejuízo pela rescisão do contrato.<sup>282</sup>

Por fim, de se considerar, para fins de consideração ou não na extensão do contrato ou alongamento do aviso prévio, a natureza irrecuperável dos investimentos realizados em função do contrato.

Segundo posicionamento doutrinário de PAULA A. FORGIONI, somente os investimentos irrecuperáveis servem à eficácia do parágrafo único do art. 473 do Código Civil.<sup>283</sup> Tal posicionamento se sustenta na conclusão de que a possibilidade de reversão do uso dos bens adquiridos como investimento para outra atividade economicamente relevante, especialmente dentro do mesmo escopo empresarial do contratante, ou o fato de a parte possuir outros parceiros comerciais cuja atividade possa ser desenvolvida em função dos investimentos realizados, não justificariam sua consideração para fins de extensão do contrato.

Da mesma forma, bens adquiridos para o cumprimento do contrato, na forma de investimentos necessários, se forem de fácil alienação e conversão em dinheiro, não permitiram a extensão do vínculo contratual.<sup>284</sup> O posicionamento doutrinário está fundado no prejuízo presumido decorrente do investimento realizado para o contrato, sem tempo suficiente para sua amortização, desde que não se comprove concretamente no caso concreto, que a presunção sob a qual se funda o dispositivo legal não se observa.

Em verdade, ao se afirmar que a facilidade de alienação dos bens adquiridos como investimento está a se afastar o contrato como causa suficiente e exclusiva de sua realização, aproximando-se o investimento mais de uma opção econômica da parte do que uma obrigação decorrente do contrato.

Entretanto, entendemos que o posicionamento de que o afastamento da regra da extensão por conta da alienabilidade facilitada do bem não poderia ser arguida em caso de investimento decorrente de cláusula contratual expressa, ou seja, investimentos previstos no contrato, assumindo a condição de obrigação contratual.

---

<sup>282</sup> AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II, p. 365/366.

<sup>283</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contrato de distribuição*, p. 476, afirmando que os investimentos irrecuperáveis deverão ser analisados no âmbito da amortização, considerando os valores recebidos desde o início do contrato, enquanto os investimentos recuperáveis deverão ser analisados no âmbito do prazo do pré-aviso para sua “recuperação”, a partir do pré-aviso.

<sup>284</sup> AGUIAR JUNIOR, RUY ROSADO DE. *Op. cit.*, p. 366.

### **4.3. A causa econômica e a análise da justa causa na resilição unilateral de contratos de empresas em recuperação judicial.**

A Lei 11.101/2005 não tratou diretamente dos efeitos do pedido de recuperação judicial em relação aos contratos bilaterais de longa duração, com ou sem prazo de vencimento, existentes no momento do requerimento, limitando-se a questão dos contratos bilaterais essencialmente a dois aspectos. O primeiro é a inclusão dos créditos já constituídos, vencidos ou vincendos, no plano de recuperação, o que pressupõe algum tipo de cumprimento do contrato por alguma das partes, capaz de constituir o débito vencido ou vincendo; o segundo, é a não inclusão ordinária de créditos ou obrigações que se constituam em momento posterior ao pedido de recuperação, isto é, que decorram da continuidade do contrato e da atividade econômica ordinária da recuperanda.

Distingue-se aí o contrato como fonte de obrigações e os créditos e débitos como sua consequência. O contrato fonte de obrigações não se inclui, por si, no plano de recuperação, mas apenas os créditos ou débitos dele decorrentes, sem prejuízo de eventual disposição específica e particular no plano a seu respeito, envolvendo o credor que seja parte do contrato em questão, fugindo ao aspecto global da negociação coletiva.

Embora na tramitação do projeto de lei que deu origem a atual Lei 11.101/2005 se observe, em algum momento, previsão de tratamento específico dos contratos bilaterais existentes no momento do pedido de recuperação, conforme trazido por GUSTAVO STENZEL SANSEVERINO,<sup>285</sup> não houve, no texto final, previsão específica a respeito da manutenção ou extinção legal de tais contratos, especialmente quando precisem ser mantidos para que a empresa tenha sucesso na continuidade de sua atividade. O contrato, em seu aspecto de regulação do comportamento futuro das partes, não foi abordado pela lei sob o aspecto de sua importância para a continuidade da atividade econômica da empresa, ou seja, sob seu aspecto de valor intangível em favor da empresa.

---

<sup>285</sup> SANSEVERINO, GUSTAVO STENZEL. *Tratamento dos contratos bilaterais na recuperação judicial*. São Paulo: Almedina, 2022, pp. 71/96 salientando que, entre diversas propostas de emendas ao Projeto de Lei 4.376/93, relativas ao tratamento dos contratos bilaterais no regime de insolvência, pôde-se observar um movimento inicial em direção ao texto do Decreto-lei 7.661/1945, um movimento de prevenção contra o uso ilícito do instituto da recuperação judicial em substituição ao da concordata, estabelecendo-se um sistema binário (com a falência significando o vencimento dos contratos e a recuperação a manutenção das obrigações e contratos nos termos contratados, salvo novação específica no plano), um movimento no sentido do reconhecimento da suficiência da simples previsão do caráter extraconcursal de créditos originados após o pedido de recuperação para garantir crédito novo para a recuperanda. Isto sem se discutir, de maneira aprofundada, a previsão da manutenção dos contratos bilaterais como ativo intangível da empresa, limitando-se as discussões legislativas à questão da extraconcursalidade dos negócios fiduciários.

A Lei 11.101/2005, diversamente do regime específico da falência,<sup>286</sup> não possui previsão específica quanto a extinção ou manutenção de contratos bilaterais na recuperação, ainda que sujeita a decisão do empresário ou do administrador judicial, em casos de substituição na gestão da empresa. Não há previsão de autorização genérica para se manterem ou não contratos vigentes após o pedido de recuperação, mas apenas autorização para tratar os seus débitos já constituídos, vencidos ou vincendos, no momento do pedido de recuperação, preservando-se o contrato como negócio jurídico autônomo e não vinculado necessariamente aos rumos do plano de recuperação.

Limitou-se a prever, como haveria de ser, dada a continuidade da atividade econômica da empresa, a manutenção das condições, conteúdo e natureza dos contratos obrigacionais existentes, caso não tenham suas condições alteradas pelo plano, além de prever a não inclusão obrigatória na negociação coletiva dos contratos garantidos por alienação fiduciária, de arrendamentos mercantis, de promessa de compra e venda de imóveis com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade e dos contratos de venda e compra com reserva de domínio, situações nas quais o direito real envolvido prevalece sobre a natureza obrigacional dos créditos discutidos na recuperação judicial.<sup>287</sup>

Desta forma, o contrato “causa” não é objeto obrigatório do plano de recuperação, mas apenas suas consequências obrigacionais e creditícias; qualquer alteração futura de seu conteúdo decorre da vontade do devedor, da parte contratante específica e, eventualmente, dos demais credores, ou do reconhecimento judicial de causa legal de revisão. O plano de recuperação, incidente ordinariamente aos débitos constituídos até momento do requerimento, não abarca obrigações constituídas em momento futuro, a partir do cumprimento de contrato bilateral preexistente ou posterior ao plano, ou seja, obrigações contratuais que se cumpram

---

<sup>286</sup> Lei 11.101/2005. 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.

<sup>287</sup> Lei 11.101/2005. Art. 49. Estão sujeitos a recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 2º 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.

§ 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 irretratabilidade, 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.

ou se deixem de cumprir durante a vigência do plano de recuperação, ainda que tenham uma causa anterior ao início do procedimento.

Não se fala, assim, em alteração do contrato pelo plano, que permanecerá em cumprimento após sua aprovação, gerando novas obrigações das quais decorrerão novas relações de crédito e débito. E isto se observa, expressamente, no regramento legal que define o caráter extraconcursal das obrigações contraídas no decorrer do cumprimento do plano, em caso de convolação em falência, ou do possível tratamento diferenciado ao credor que, no decorrer do plano, mantenha eficazes contratos de fornecimento preexistentes ao pedido de recuperação, desde que sejam os produtos e serviços fornecidos essenciais à manutenção da atividade da recuperanda.<sup>288</sup>

Os contratos que não se extinguem pela aprovação do plano, não abarcados por seu efeito novador (art. 59, *caput*, Lei 11.101/2005), continuam a ser cumpridos, salvo alteração bilateral das condições negociais. Há, assim, um caráter limitado do tratamento dado pela Lei 11.101/2005 aos contratos bilaterais e continuados que, como dito, não se extinguem ordinariamente por um comando legal específico, considerando a continuidade ordinária da atividade econômica da empresa em recuperação, e que apenas geram, em se reconhecendo sua essencialidade à continuidade da atividade da empresa e com expressa previsão no plano, a possibilidade de um tratamento particular em relação aos demais credores e aos créditos constituídos até o requerimento da recuperação. Entretanto, este tratamento particular aos fornecedores de bens e serviços necessários à continuidade da empresa é um elemento normativo a indicar a importância e a particularidade de tais contratos para o sucesso do plano e a recuperação da empresa.

A revisão sofrida pela Lei 11.101/2005, levada a cabo pela Lei 14.112/2020, não alterou tal quadro, pois não regulou os efeitos do procedimento de recuperação em relação aos contratos bilaterais mantidos pela empresa em crise, especialmente se necessários à própria continuidade da atividade empresarial, limitando-se ao tratamento da constrição ou retirada do

---

<sup>288</sup> Lei 11.101/2005. Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

estabelecimento de bens afetados à atividade produtiva e que sejam necessários à manutenção da atividade empresarial.<sup>289</sup>

A previsão legislativa não teve por objeto os contratos de longa duração e sua manutenção em relação a atividade empresarial, mas apenas a existência ou não de condições materiais para a continuidade de tal atividade, a partir de uma perspectiva puramente fática sobre a integração da atividade por elementos materiais e imateriais inseridos na organização produtiva. O enfoque, assim, não diz respeito à continuidade de relações jurídicas bilaterais atuais e futuras da empresa, mas ao acesso ao uso e eventual disposição de bens integrados ou decorrentes da atividade econômica, já que limitada a inovação legislativa a um tratamento específico relativo à penhora, à posse, ao uso e ao acesso aos bens de capital necessários para a continuidade da atividade, pressupondo-se a propriedade ou a posse pela recuperanda, além de eventual disponibilidade de numerário para cumprimento de obrigações em dinheiro, sem se preocupar com relações contratuais em continuidade como causa do próprio resultado econômico necessário para o sucesso da recuperação da empresa.

Ainda, por força da ausência de previsão legal específica na Lei 11.101/2005, não há nenhum tipo de atração de competência jurisdicional do Juízo recuperacional em relação a processos nos quais se discuta a existência, eficácia, validade e continuidade do contrato essencial à empresa em recuperação. Consequência deste vácuo legislativo é a apreciação de eventuais demandas envolvendo a imposição judicial da manutenção de tais contratos ou o reconhecimento de eventual inadimplemento geral ou específico para fins de sua resolução pelo Juízo Cível comum que deverá, sem o conhecimento integral de todo o universo de questões que envolvem a empresa em recuperação, decidir não só sobre os caracteres

---

<sup>289</sup> Lei 11.101/2005. Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive da aquelas dos credores particulares do sócio solidário relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, a resto penhora sequestro busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos obrigações sujeitem se a recuperação judicial ou a falência.

(...)

§ 7º-A. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaem sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o parágrafo quarto deste artigo, a qual será implementada mediante cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais admitida todavia a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaem sobre bens de capital essenciais a manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

objetivos do contrato – seu caráter empresarial e de longa duração -, mas também sobre a qualificação de seu objeto como sendo um elemento essencial à manutenção de uma atividade econômica positiva pela empresa em crise.<sup>290</sup>

Em resumo: a) não há previsão na lei, no que tange à recuperação judicial, de tratamento específico sobre a extinção ou continuidade dos contratos empresariais de longa duração essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica da empresa; b) a previsão legal, quanto aos bens materiais e imateriais que integram a organização produtiva e se mostrem necessários à continuidade da atividade material da empresa, se limita a considerar a necessidade de acesso imediato, uso ou consumo, tendo em consideração a continuidade do funcionamento do estabelecimento ou da atividade econômica no *stay period*, suspendendo-se o exercício de direitos materiais e processuais que impeçam esta fruição necessária; c) não há uma abordagem legal do contrato como fonte de obrigações e riquezas da empresa enquanto atividade futura a ser desenvolvida pela empresa em crise, limitando-se a afirmar a manutenção de seu conteúdo para o futuro, salvo alteração específica aprovada no plano e pela parte contratual especificamente envolvida; d) não há previsão legal de atração da competência do Juízo Recuperacional para o conhecimento de ações nos quais se discuta a manutenção ou extinção de contratos empresariais de longa duração essenciais à continuidade da atividade da recuperanda, incidindo a regra geral da competência pelo Juízo Cível comum.

#### **4.3.1. A extinção dos contratos bilaterais e a recuperação judicial**

A partir da premissa da existência de um contrato empresarial *stricto sensu*, de longa duração, relacional, possivelmente incompleto e com objeto determinante para a continuidade da atividade econômica da recuperanda, é necessário se analisar, no escopo do presente trabalho, a posição jurídica e econômica da parte que negociou ou negocia continuamente com a recuperanda, isto a partir de algumas situações essenciais.

A primeira, tendo por base o contrato em plena eficácia – ou seja, ausente extinção por resolução ou resilição em momento prévio ao procedimento recuperacional –, podemos ter um contrato em situação de adimplemento das prestações bilaterais constituídas anteriormente ou

---

<sup>290</sup> MAX MAGNO FERREIRA MENDES (*Manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 127), sustenta a competência do Juízo da Recuperação para apreciar a questão da resolução do contrato por conta de cláusula resolutiva expressa não decorrente de inadimplemento: “A discussão acerca da cláusula resolutiva assentada na hipótese futura de distribuição da ação de recuperação judicial atrai a competência do juízo da recuperação judicial porque não pode ser tida como caso de inadimplência da recuperanda e sim de abusividade da autonomia da vontade com impactos negativos em múltiplos interesses tutelados pela Lei nº 11.101/2005.” A questão da competência jurisdicional para a apreciação de questões atinentes à manutenção dos contratos de longa duração na recuperação será tratada de forma específica no item 5.1.

que tenham se constituído no decorrer do procedimento, com ou sem mora de alguma prestação, sujeito às regras gerais de resolução por inadimplemento e à eventual rescisão unilateral decorrente da natureza indeterminada do prazo contratual, comunicada à outra parte e com prazo suficiente para eventual amortização de investimentos específicos realizados por conta do contrato, nos termos do parágrafo único do art. 473, do Código Civil.

A segunda, tendo por base também um contrato em plena eficácia, havendo ou não mora, por tempo indeterminado, com previsão de cláusula resolutiva expressa vinculada a algum procedimento de reestruturação de débitos (cláusula *ipso facto*), sujeito à regra geral da rescisão, ou seja, permitida sua extinção a partir da manifestação unilateral da vontade de qualquer uma das partes.

Por óbvio as situações reais podem indicar circunstâncias diversas das acima relacionadas, dada a multiplicidade de situações e fatores a interferir nos negócios jurídicos empresariais. Pense-se, a título de exemplo, a circunstância de uma relação empresarial típica envolvendo duas empresas em situação de crise, ambas em procedimentos de recuperação judicial e que, em condição antagônica e por conta da continuidade de seus negócios no decorrer do cumprimento do plano, enxergam no contrato de longa duração, uma situação antagônica: para uma, o contrato de longa duração é uma necessidade à continuidade do negócio; para a outra, sua manutenção gera a impossibilidade da continuidade do negócio, sendo sua extinção condição para o sucesso do plano. Ou seja, a continuidade do contrato é necessária para uma das recuperandas, enquanto a sua imediata extinção é condição para o sucesso do plano da outra.

Mas, tomando-se em conta aquelas situações específicas para nosso estudo, podemos construir uma análise particular a partir das premissas fixadas anteriormente, sejam em relação a um olhar econômico e objetivo da relação contratual empresarial *stricto sensu*, seja em relação à situação subjetiva das partes, particularmente aquela que está em crise e que opta por ingressar num procedimento recuperacional.

Consideramos a existência de um contrato em pleno cumprimento, com ou sem mora prévia ao procedimento de recuperação, ausente o exercício do direito de resolução ou a previsão de cláusula resolutiva do tipo *ipso facto*. Nestes casos, entendemos que o contrato não poderá ser ordinariamente extinto pela vontade das partes, por conta do exercício do direito de resilir (art. 473, *caput*, CC), salvo a ocorrência de mora posterior que atinja obrigações constituídas após o início do procedimento recuperacional – as anteriores ao plano, ainda que vincendas, devem integrar o plano, o que afasta, para elas, os efeitos da mora – incidindo a regra geral da resolução por inadimplemento.

Em havendo mora posterior, ainda que presente o elemento prejuízo grave à empresa em recuperação, temos que prevalece o direito de resolver fundado no inadimplemento atual, pena de se transferir completamente os ônus e os riscos econômicos do contrato para a parte adimplente. Isto significaria, por certo, um desequilíbrio econômico à parte presumidamente equilibrada em seu aspecto econômico sem uma justificativa legal, o que contraria a ideia da livre iniciativa e da liberdade econômica em relação aos riscos assumidos.

O risco, natural e inerente às operações empresariais, diz respeito ao sucesso ou insucesso econômico da operação, não abarcando a assunção forçada do risco da outra parte, particularmente quando o risco do inadimplemento já tenha se concretizado. Não se está, assim, falando do risco empresarial de receber os créditos originalmente esperados da operação - circunstância que é, por certo, mitigada pela própria existência de um regime próprio da recuperação judicial, a permitir, como medida de recuperação, o deságio de obrigações vencidas e vincendas (art. 50, I e IX, Lei 11.101/2005),<sup>291</sup> - mas do risco econômico do exercício da própria atividade da empresa em crise. Embora o risco do insucesso passado da atividade empresarial possa ser parcialmente dirigido aos credores, por uma escolha legislativa que autorize do uso da recuperação para a reestruturação de dívidas,<sup>292</sup> deve-se ter e mente que este não engloba o risco de insucesso atual, que não pode ser transferido para a outra parte para que esta, após a aprovação do plano, absorva as consequências da mora pós-plano de forma contínua, mantendo-se um contrato já inadimplido.

Não enxergamos, no caso, um exercício abusivo da posição contratual, mormente porque o princípio da preservação da empresa, se é estruturante de todo o sistema recuperacional brasileiro, não é absoluto para anular o exercício de boa-fé da liberdade negocial e da livre iniciativa.

Assim, a mora pós plano autoriza ordinariamente a resolução de contratos que se mantiveram ativos e geraram novas obrigações decorrentes da continuidade da atividade econômica da recuperanda. No aspecto, nem mesmo eventual revisão do plano de recuperação poderia, de forma ordinária, abarcar nova negociação das obrigações que já constaram do

---

<sup>291</sup> Lei 11.101/2005. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

(...)

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do polo passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

(...)

<sup>292</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale*: Il contratto in generale, p. 531.

plano originário, sendo anômala a inclusão de novas obrigações constituídas durante o cumprimento do plano.

Ou seja, o exercício do direito contratual de resilir, fundado numa mora posterior ao plano, é garantia geral a ser dada à empresa que opta por manter-se contratada e fornecendo para a empresa em crise, não se podendo transferir a ela os riscos econômicos da continuação da atividade empresarial da empresa em crise.

Ausente o inadimplemento de obrigações futuras, formadas pela continuidade da relação contratual entre as partes após o plano, tem-se a circunstância limitada do exercício o direito de resolver o contrato, pela parte contrária à empresa em crise, por conta de eventual cláusula resolutiva específica do tipo *ipso facto* ou pelo exercício do direito de resilir o contrato.

#### **4.3.2. A causa econômica dos contratos empresariais típicos e sua preservação durante a recuperação da empresa**

Deixando de lado da resolução do contrato empresarial por inadimplemento de obrigações surgidas após o pedido de recuperação ou mesmo da aprovação do plano, a depender de seu alcance objetivo, temos as circunstâncias nas quais o exercício do direito de colocar fim ao contrato se ampare exclusivamente no exercício de uma posição jurídica, esta fundada ou na existência objetiva da recuperação judicial, nos casos de cláusula *ipso facto*, ou no exercício do direito de resilir como decorrência da natureza indeterminada do prazo contratual.

E, neste ponto, ganha relevo a aplicação da ideia de causa econômica do contrato empresarial *stricto sensu* em relação ao interesse direto das partes, e às suas consequências, quando se fala em sua preservação mandatória como instrumento de sucesso do soerguimento da empresa em crise.

Dado que a Lei de Recuperação Judicial não tratou de forma específica os efeitos do procedimento recuperacional sobre a existência e cumprimento dos contratos bilaterais empresariais de longa duração e que tenham por objeto prestações essenciais à continuidade da atividade econômica da empresa, é possível, ante o vácuo legislativo, abordar tais contratos a partir da leitura de sua causa econômica como elemento específico de interpretação e justificação do comportamento das partes.

Como afirmando nos Capítulos 2 e 3, a causa econômica, nestes contratos empresariais *stricto sensu*, ganha relevância por não se observar, no ato de contratar entre empresas, uma atuação da vontade não aderente a um fim econômico objetivo e observável a partir da

natureza das partes, da atividade econômica por elas explorada e pela natureza das obrigações estabelecidas no contrato, caracterizando-se um afastamento do aspecto subjetivo do contrato e a adoção de uma teoria funcional-econômica do contrato empresarial. Há, em relação ao fundamento da existência e manutenção do contrato, um deslocamento do elemento volitivo para um elemento objetivo e econômico, aferível pela análise da importância de seu objeto em relação aos interesses legítimos das partes em sua busca direta ou indireta pelo lucro, o que impede uma análise baseada exclusivamente em normas e princípios derivados da lógica do contrato subjetivo, pontual, de execução instantânea e com valor econômico específico e limitado a seu objeto, como o trazido pelo regramento geral do Código Civil.

Neste aspecto, deve-se levar em conta, como especificidade própria do objeto do presente estudo, que discutir o contrato empresarial como instrumento de regulação privada dos interesses econômicos das partes e de alocações de riscos próprios, é ultrapassar o aspecto da autonomia privada enquanto tal, abordando a questão a partir de uma especificidade própria das empresas e a partir de uma racionalidade econômica do contratante.<sup>293</sup> Esta importância objetiva e funcional dos contratos empresariais de longa duração, no caso da empresa em crise e de contratos que envolvam a estruturação de sua atividade, integra a segurança jurídica necessária ao sucesso de um plano de recuperação judicial, considerando ser vinculante a seu sucesso se manterem relativamente estáveis as premissas fáticas utilizadas como condição de sucesso do plano, dentre elas a própria continuidade de contratos essenciais que traduzam direta ou indiretamente um resultado lucrativo.

Conclui-se, assim, que tais contratos passam a integrar o próprio plano econômico contido no plano de recuperação, dando a segurança jurídica necessária ao próprio sucesso deste último, exercendo, por conseguinte, função de segurança econômica da empresa em recuperação. Desta forma, se na contratação tais negócios tinham uma função econômica específica e essencial à continuidade da atividade da empresa, no momento de eventual recuperação judicial vê-se, além do aumento da importância daquela função econômica essencial, a atribuição de mais uma função específica, que é a de dar segurança econômica para o futuro próximo da empresa, ao menos até a aprovação ou o cumprimento do plano.

A manutenção do equilíbrio entre a segurança jurídica tradicional decorrente do contrato, inclusive para pôr fim ao mesmo, a segurança jurídica do plano apresentado pela

---

<sup>293</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale*: il contratto in generale, p. 705, afirmando que o contrato empresarial, em relação à operação econômica nele consubstanciada, não tem característica dogmática ou conceitual, mas apenas descritiva. A realidade econômica refletida no contrato não decorre, assim, de uma previsão legal específica ou encontra limite nos conceitos legais trazidos pela lei em sentido estrito, mas exclusivamente da necessidade de as partes instrumentalizarem uma operação econômica necessária ao atingimento de seus objetivos econômicos.

empresa em crise e a preservação do interesse econômico das partes, deve ser o objeto final da interpretação das normas que compõe o que podemos denominar de legislação recuperacional, ao menos no âmbito interno das relações entre a empresa em crise e as outras partes contratuais.<sup>294</sup> A quebra deste tenuous equilíbrio entre segurança jurídica e interesses específicos pode ser observada tanto no encerramento injustificado do contrato pela parte que está em situação privilegiada em relação à empresa em crise, em verdadeiros *hold up* contratual, ostentando ou não a condição de credor, como na determinação de sua continuidade forçada em detrimento da manutenção de um interesse econômico mínimo da outra parte quanto ao seu objeto, impondo-se um eventual prejuízo para a outra parte contratante em benefício da empresa em crise.

Decorrência desta conclusão é que não há, ou não pode haver, uma interpretação preconcebida das situações concretas que justifiquem ou não a manutenção, a resolução ou a rescisão unilateral do contrato, cabendo ao intérprete sopesar as consequências de cada uma das situações, seja para decidir pela continuidade forçada do contrato, seja para considerar concretamente justificada sua extinção frente a empresa em recuperação.

Seja pela incidência de eventual cláusula resolutiva expressa que descreve a própria recuperação como causa justificadora da extinção, em circunstância fortemente amparada na distribuição de riscos entre as partes, seja pela incidência de uma cláusula legal geral ou específica que autorize a rescisão do contrato sem justificativa declarada do contrato por alguma das partes, o que se tem é a necessidade de sopesar eventual justa causa para a conduta ou as consequências particularmente gravosas decorrentes do final da relação contratual.

E esta justa causa é, em nosso entender, uma via de mão dupla, sujeita a princípios norteadores próprios a cada parte envolvida na relação contratual. Com isto, eventual interesse público decorrente do princípio da preservação da empresa, que tem valor relevante na interpretação de relações negociais e situações jurídicas envolvendo a empresa em crise, não pode anular de forma absoluta, mas apenas relativa e justificada, a análise de risco e a opção de manter-se ou não no contrato pela contraparte, pena de se desestimular de forma perigosa a manutenção de relações negociais com outras empresas ao primeiro sinal de crise,

---

<sup>294</sup> E observe-se, no plano teórico, que tais contratos de longa duração podem envolver partes que sequer ostentam a condição de credor para fins de fixação do polo passivo do procedimento recuperacional, já que a relação, por ter caráter relacional, incompleto e de longa duração, pode não ter sido inadimplida, ante eventual reconhecimento, pelo devedor, de seu caráter essencial, com decisões econômicas no sentido de seu cumprimento. Ou seja, dentre vários credores no momento prévio à recuperação, pode o devedor optar por não estar em mora em relação a fornecedores essenciais, o que pode simplesmente retirá-los formalmente do procedimento recuperacional.

o que aumenta custos de transação, diminui as chances de sucesso da atividade empresarial e aumenta o risco de se levar a empresa, da sua primeira crise, para uma situação de inviabilidade econômica.

#### **4.3.3. Justa causa e a situação particular da empresa em recuperação**

A necessidade de sopesar os interesses econômicos objetivamente envolvidos na decisão pela continuidade ou não de contratos de longa duração em caso de recuperação judicial traduz, em nosso ver, a necessidade de se incluir na análise a ideia de justa causa para o exercício de posições contratuais e a particular situação da empresa em crise que tenha optado por fazer uso do procedimento da recuperação judicial.

É natural a situação de desvantagem imposta à empresa em crise que busque socorrer-se de um procedimento de reestruturação de seus débitos. Afinal, estando configurada uma crise econômico-financeira, tem-se por consequência decorrente da própria natureza da atividade econômica o afastamento de parceiros comerciais ante a elevação do risco econômico específico apresentado.

Em uma abordagem distinta, poderíamos afirmar que não é o fato de a empresa ingressar num procedimento recuperacional que gerará uma desvantagem negocial em relação aos contratos a serem firmados ou mantidos com parceiros comerciais, mas o próprio fato da situação em crise enfrentada pela empresa. Daí poder-se afirmar que esta situação de desvantagem ou assimetria de poderes negociais<sup>295</sup> não se caracteriza como uma anomalia, mas sim uma circunstância natural enfrentada por qualquer agente de mercado, particularmente em desequilíbrio, gerando maiores dificuldades para estabelecer condições ideais de troca, especialmente se chegou à situação de ingressar com um pedido de recuperação judicial.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> ROPPO, VINCENZO. *Il contratto del duemila*, p. 106.

<sup>296</sup> Observe-se que, por condições ideais de troca deve-se entender como condições equilibradas a partir de uma perspectiva de mercado. Estando a parte equilibrada, poderá, se não concordar com as condições oferecidas por determinado parceiro comercial, buscar outro parceiro que melhor atenda a suas necessidades, ainda que econômicas. Dá-se, aí, a natural formação do preço a partir de uma lógica de oferta e procura. A outra parte, sabendo que o parceiro comercial poderá procurar outro parceiro caso suas condições não atendam seus interesses de forma a atender a um objetivo econômico, seja em relação ao preço, seja em relação às condições ou às características do objeto, deverá controlar seu ímpeto negocial, pena de não fechar o negócio. A empresa em crise perde em parte esta margem de manobra negocial – assim como a perde a parte que seja refém numa negociação por sua dependência econômica ou em relação ao objeto específico do negócio –, tornando-se refém em relação a parceiros comerciais existentes no momento do pedido de recuperação ou no desenvolvimento posterior de sua atividade empresarial.

E, por certo, ausentes estas condições ideais de troca, ainda que num aspecto relativo e subjetivo, dificulta-se a obtenção de resultados bons para a atividade econômica de determinada empresa, já que terá de concorrer no mercado com outras empresas que, por não estarem em crise, negociam em condições mais próximas do ideal.

Como pano de fundo, há de se ter em mente que a atividade empresarial possui, em si, o risco de não gerar o resultado econômico esperado pelos agentes econômicos. Este risco é decorrente direto da ideia de empreender e da livre iniciativa, não se sustentando qualquer posição que admita uma intervenção estatal como forma de garantir lucro em determinada atividade empresarial. O que o Estado deve buscar é garantir condições mínimas de desenvolvimento da atividade empresarial em si, de forma livre e com concorrência justa, mas não a existência de um resultado positivo para o ato de arriscar capital em busca do lucro.

Daí que, em caso de recuperação judicial, não se tem a ideia de tutela ou proteção do empresário por conta do risco de capital decorrente dos investimentos para o exercício de determinada atividade econômica, mas a tutela de empresa como ente socialmente relevante e suficientemente autônomo em relação aos interesses patrimoniais diretos de seus proprietários. Tanto assim que, em caso de recuperação judicial, uma das medidas possíveis para a busca da estabilização econômica da empresa é o afastamento dos gestores, proprietários ou não, como forma de se garantir o soerguimento da empresa. Ou seja, o lucro do empresário titular da empresa não se identifica com seu valor social e econômico intrínseco, podendo-se falar numa tutela estatal da economia da empresa sem se falar na tutela estatal do lucro do empresário.

Necessário, neste aspecto, sopesar a equação entre vantagens e sacrifícios econômicos eventualmente impostos às partes, quando uma delas se encontra em recuperação, no momento da extinção de uma relação negocial.

Como visto no item 4.1.3, a extinção do contrato como consequência exclusiva de uma manifestação unilateral de vontade traduzirá em algum prejuízo para a parte contrária, mas que se enquadra no próprio conteúdo do conceito de risco negocial. A extinção de um contrato a qualquer tempo, a partir da vontade de alguma das partes, é parte do risco negocial decorrente da manutenção de um contrato de longa duração por prazo indeterminado, sem cláusulas específicas de renovação ou de natureza penal, embora estas sejam incomuns em contratos vigentes por tempo indeterminado, não sendo a princípio compatível a ideia de sanção ou indenização em decorrência do exercício de um direito legítimo de extinção de um vínculo sem prazo de vencimento.

Entretanto, esta vontade unilateral da parte, como potencial de extinção de um contrato com prazo indeterminado, pode ser mitigada quanto presentes determinados requisitos, como a existência de investimentos consideráveis baseados no contrato, a dependência de alguma das partes em relação a seu objeto ou à outra parte, a justificar a imposição de um aviso prévio

alongado ou mesmo a suspensão da eficácia do exercício da prerrogativa de resilir, conforme prevê o parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

De forma diversa, esta mitigação pode se amparar numa desproporção manifesta entre o prejuízo imposto à outra parte em relação às vantagens ou benefícios econômicos da que exerce o direito de resolver ou resilir, seja numa situação em que nenhuma das partes se encontre em crise financeira e dentro de um procedimento de recuperação, seja na situação particular de uma das partes estar na particular situação de ter ingressado com um pedido de recuperação judicial, sendo o rompimento causa direta da impossibilidade de cumprimento do plano.

Em qualquer caso, a desproporcionalidade entre o prejuízo imposto à parte que quer manter o contrato e os benefícios econômicos da parte que quer colocar fim à relação, pode justificar uma relativização do princípio contratual da autonomia da vontade para fins de ver-se livre do vínculo contratual. Esta desproporcionalidade no exercício de posições jurídicas pode ser observada não só em caso de rescisão do contrato ou resolução fundada na previsão específica da existência de um pedido de recuperação,<sup>297</sup> mas também em casos de resolução fundada na mora ensejadora do inadimplemento autorizador da resolução, em casos nos quais se reconheça, por exemplo, a incidência da teoria do adimplemento substancial.

Este exercício de posições jurídicas sem uma justificativa econômica aferível a partir da causa econômica do contrato, ou seja, o benefício econômico contínuo, ainda que com valor variável no tempo, esperado por ambas as partes quando do início do vínculo contratual, pode se caracterizar como abusiva por ausência de justa causa, justificando eventual intervenção judicial até mesmo para sustar a eficácia do ato de extinção.

A ilicitude do abuso seria particularmente observável pelo fato de que a recuperanda, por uma presunção relativa decorrente da aprovação do próprio plano, vai continuar a desenvolver sua atividade econômica de forma viável, a ponto de pagar o plano e os credores das obrigações formadas no decorrer do cumprimento do plano. Presumindo-se este adimplemento futuro, também se presumiria a continuidade do interesse econômico no contrato pela outra parte, eis que, ausente a demonstração de alterações objetivas das circunstâncias negociais, como uma alteração de mercado a tornar o contrato deficitário para a

---

<sup>297</sup> A cláusula resolutiva *ipso facto*, que será analisada, em sua validade em relação à parte em recuperação, no item 4.6.

outra parte, ainda que se mantenha o interesse econômico da recuperanda, permanece eficaz a causa econômica do contrato.<sup>298</sup>

Não haveria, por conta do pedido de recuperação de uma das partes contratuais, uma presunção de prejuízo pela continuidade do contrato de longa duração, não se podendo antever ou presumir uma mora futura. Se o contrato foi feito de forma a estabelecer um interesse econômico comum, não se pode presumir o desaparecimento deste interesse comum pelo fato de a empresa entrar em recuperação, presumindo-se, ao contrário, o cumprimento futuro do contrato nos termos em que estabelecido.

Para todos os casos, deve-se considerar, por presunção relativa decorrente do deferimento do procedimento de recuperação judicial ou da aprovação do plano apresentado, a existência de uma empresa em crise, mas viável economicamente, caso adotadas as soluções propostas no plano. Esta presunção de viabilidade econômica da empresa através do plano de recuperação, ou seja, de que as obrigações decorrentes da novação especial da Lei 11.101/2005, e as obrigações decorrentes do cumprimento futuro de contratos não extintos por decisão da recuperanda, traduz um afastamento momentâneo da mora como fundamento do exercício de posições jurídicas pela outra parte contratante.

Eventual previsão subjetiva de um descumprimento futuro de obrigações surgidas pelo cumprimento de contratos pela recuperanda após o plano, dentro da ideia geral de inadimplemento antecipado ou presunção de inadimplemento, não poderia traduzir um exercício presumidamente legítimo do direito de resilir ou resolver contratos empresariais típicos de longa duração e essenciais à manutenção da atividade econômica da empresa em crise. Somente em casos em que se demonstre concretamente a existência de uma justa causa de tal conduta, particularmente pelo desaparecimento da causa econômica do contrato para a parte que pretenda extingui-lo, questão que pode ser objeto de prova concreta em

---

<sup>298</sup> Ou, no dizer de KARL LARENZ (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los*, p. 120), os elementos caracterizadores da própria base objetiva contrato bilateral: “Un contrato «bilateral» presupone siempre que cada uno obtenga por su prestación un equivalente, el cual, objetivamente considerado, puede ser notablemente inferior al valor de la prestación, pero ha de poder considerarse como tal equivalente por el que realiza la prestación. Si esto pertenece a la «esencia» del contrato bilateral en sí, constituyendo su peculiaridad específica y, por tanto, su «naturaleza» jurídica, un contrato celebrado como «bilateral» pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto, que ya no puede hablarse de «contraprestación», de un equivalente que puede considerarse como tal. En semejante supuesto ha de afirmarse que «la base» de todo el contrato ha desaparecido.” (Um contrato «bilateral» sempre pressupõe que cada um recebe por sua prestação um equivalente, o qual, objetivamente considerado, pode ser claramente inferior ao valor da prestação, mas pode-se considerar este equivalente como pelo o que se realiza a prestação. Se isto faz parte da «essencial» do contrato bilateral em si, constituindo sua particularidade específica e, por tanto, sua «natureza» jurídica, um contrato celebrado como «bilateral» perde seu sentido e características originais quando, por conta de uma transformação das circunstâncias, a relação de equivalência se modifica tanto que já não se pode falar de «contraprestação», de um equivalente que possa ser considerado como tal. Em situação semelhante deve-se afirmar que «a base» de todo o contrato desapareceu.) (tradução livre)

procedimento judicial para verificar tal exercício, é que se poderia falar em rescisão legítima do contrato.

Ou seja: a situação econômica prévia da parte em recuperação, com a aceitação de um plano de reestruturação de débitos e da própria organização econômica da empresa, deixa de ter relevância imediata para o exercício de posições jurídicas, pena de se retirar a eficácia particular dada pelas normas recuperacionais ao conceito de “empresa economicamente viável”. A crise econômico-financeira passada, se não é anulada ou apagada da vida da empresa por conta da aprovação do plano, dada a possibilidade de convolação em falência e o restabelecimento da eficácia originária das obrigações novadas, passa a ter seus efeitos jurídicos e econômicos sustados, ao menos até o final do período de acompanhamento judicial do cumprimento do plano.

Com isto a mora anterior ao procedimento recuperacional não pode ser alegada como fundamento do exercício de posições contratuais que sejam gravemente prejudiciais à empresa em recuperação, salvo expressa previsão legal autorizadora, como nos casos do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005.

Perceba-se aqui que adotamos, como elemento de configuração da tese, a existência de prejuízos graves à empresa recuperanda, especialmente quanto a viabilidade não só do cumprimento do plano de recuperação, mas da própria continuidade de suas atividades econômicas. Situações envolvendo contratos pontuais (*spot contracts*), impessoais e sem perspectiva de uma continuidade essencial, sem caráter relacional e que possam, com alguma facilidade, serem concluídos e cumpridos por outros agentes do mercado, não interessam à incidência da tese, pena de restrição injustificada da liberdade contratual e da autonomia da vontade.

Como efeito prático desta “ineficácia relativa” da mora da recuperanda que seja anterior ao pedido de recuperação, temos: a) as obrigações em mora incluídas necessariamente no plano não podem ser consideradas para o exercício de posições jurídicas fundadas nesta mora, ainda que em relação a contratos distintos daqueles em que se originaram as obrigações constantes do plano, pena de retirada de uma das condições particularmente geradas pela aprovação do plano, que é a presunção relativa de viabilidade econômica e solvência da recuperanda; b) eventual exercício de posições jurídicas fundadas na condição subjetiva da recuperanda decorrentes da mora passada, contraria o princípio da preservação da empresa, caso o exercício de tal posição traga um prejuízo grave à continuidade de suas atividades; c) somente em casos nos quais haja uma justa causa econômica da outra parte contratante se admitiria a extinção do contrato empresarial *stricto sensu* e necessário à manutenção da

atividade produtiva da empresa em crise, num típico caso de prejuízo legítimo decorrente do exercício legítimo de uma posição jurídica.

Ou seja, se há presunção de que a recuperanda vai continuar atuando e tendo lucro suficiente para pagar o plano e as obrigações surgidas durante seu cumprimento, não se justificaria o exercício de uma posição jurídica fundada exclusivamente na exacerbação do risco negocial. Até porque tal risco, em caso de procedimento de recuperação judicial, fica particularmente mitigado, já que não se sujeita exclusivamente a um juízo de interesse das partes, mas da própria sociedade através da análise judicial da viabilidade econômica da empresa, corroborada pela manifestação dos credores.

Sem que haja demonstração concreta de uma justa causa econômica para o rompimento do contrato, caracterizado, por exemplo, da circunstância do prejuízo a ser suportado pela outra parte contratante em se mantendo o contrato, não seria ordinariamente admitido o exercício da posição jurídica que autoriza tal resolução. Ter-se-ia, assim, uma ilicitude complexa, decorrente da combinação de dois fatores: a ausência de uma justa causa econômica e a imposição, pela conduta injustificada, de um prejuízo relevante e desproporcional à parte contrária. A equação, se não é especificada na legislação, já foi observada em sede doutrinária, afirmando GUIDO ALPA<sup>299</sup>:

“Por outro lado, é difundido o princípio segundo o qual uma parte não pode abusar de seu poder de barganha, não apenas nos casos expressamente previstos em lei, como o caso de abuso de posição dominante no campo da concorrência e abuso de posição econômica no campo da subcontratação, mas em geral quando o exercício do poder de negociação é contrário ao princípio da boa-fé e denuncia a intenção de prejudicar a outra parte.” (tradução livre).

É que a ilicitude base, ou seja, o caráter ilícito do ato pelo abuso de direito, retira o efeito jurídico pretendido pela parte que assim age, dada a inviabilidade do ato ilícito gerar os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente. Se se anula o ato de rescisão do contrato pela contaminação pelo abuso de direito, o resultado é a sua continuidade. Ou seja, um direito subjetivo à continuidade do contrato quando ausente uma justa causa para o seu fim decretado

---

<sup>299</sup> ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale*: Il contratto in generale, p. 697: “È invece diffuso il principio in base al quale una parte non può abusare del proprio potere contrattuale, non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, come il caso di abuso di posizione dominante in materia di concorrenza e di abuso di posizione economica in materia di subfornitura, ma in generale quando l’esercizio del potere contrattuale sia contrario al principio di buona fede e denunci la volontà di danneggiare la controparte.” No mesmo trecho de sua obra, GUIDO ALPA apresenta julgado da Corte de Cassação Italiana que reconheceu a ilicitude da rescisão unilateral *ad nutum* pelo produtor de contrato de concessão mercantil em prejuízo ao concessionário, afirmando a possibilidade do juízo, após a análise de eventual abuso decorrente da existência de um prejuízo injustificado e desproporcional, a partir dos princípios da boa-fé e do dever de “correttezza”, analisar e declarar a ineficácia do ato pelo abuso de direito, além de impor a indenização de danos sofridos, prescindindo de uma vontade de prejudicar, sem que isto signifique uma interferência nas escolhas econômicas do empresário, reconhecendo-se o abuso não pelo ato negocial de romper o contrato, mas o abuso desta posição contratual (Cass., 18 settembre, 2009. N. 20106, *apud* ALPA, p. 699).

unilateralmente, ainda que tal direito subjetivo seja natural em determinadas relações jurídicas, como os contratos sem prazo determinado ou sujeitos a rescisão unilateral por expressa disposição legal ou contratual.

Há, portanto, a necessidade de um preenchimento do ato de rescindir o contrato ou resolvê-lo por força de cláusula resolutiva específica (*ipso facto*), considerando-se a situação particular da recuperanda que, tendo em conta exclusivamente o caráter objetivo e econômico da relação contratual, considerou tal continuidade como parte do arcabouço de segurança jurídica e econômica do plano de recuperação. É necessário, em qualquer caso de extinção que não se fundamente inadimplemento atual, sopesar a manutenção dos interesses econômicos das partes, particularizando-se a situação da recuperanda, tendo em conta a afirmada segurança econômica do plano de recuperação e o princípio da preservação da empresa.

#### **4.3.4. Tutela da confiança e boa-fé no exercício do direito de encerrar a relação contratual.**

Por fim, há de se considerar, em aspectos de análise do exercício do direito de extinguir unilateralmente contratos empresariais *stricto sensu*, a incidência dos princípios da tutela da confiança e da boa-fé no exercício de posições jurídicas.

Contratos empresariais *stricto sensu*, especialmente os de longa duração, com caráter relacional e incompletos, possuem uma convenção indireta de negociação de boa-fé e com elementos justos, ante a características de trazerem, em si, uma ideia de cooperação entre as partes. Foge-se, assim, de uma ideia de interesses contrapostos das partes por conta do contrato, adotando-se uma ideia de interesses comuns a serem atingidos a partir de resultados econômicos positivos a serem alcançados pelas partes, dentro de uma lógica “ganha-ganha”.

Este caráter cooperativo dos contratos empresariais pode se diferenciar a partir de uma gradação da cooperação esperada e observada na relação entre as partes. No dizer de ANA FRAZÃO,<sup>300</sup> seriam tais contratos cooperativos entre empresas diferenciados pela gradação da cooperação:

“(i) nos contratos de intercâmbio, é dever anexo decorrente da boa-fé objetiva; (ii) nos contratos híbridos, já ultrapassa a função de dever anexo, ocorrendo de forma mais intensa do que nos contratos de intercâmbio, porém de forma combinada com os elementos sinalagmáticos que também estão presentes; e (iii) nos contratos associativos, constitui o seu próprio objeto, que se traduz na consecução de um fim comum e na assunção de álea compartilhada entre as partes. É o que se verifica, por exemplo, nas *joint ventures*.”

---

<sup>300</sup> FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 114.

Este caráter associativo pode, para o presente estudo, ser considerado dentro da lógica econômica da união de esforços de duas ou mais empresas para a obtenção de um resultado econômico de interesse de todas as partes envolvidas, dando origem à ideia geral de empresa plurissocietária. A união de empresas distintas, por meio de feixes de múltiplos contratos, constrói uma lógica de busca de benefícios mútuos e de compartilhamento de resultados positivos, afastando-se da ideia de interesses contrapostos que inspira a interpretação de relações negociais de simples troca. A lógica do ganho bilateral ou plurilateral da relação negocial acaba por contaminar a interpretação da relação contratual, seja para gerar uma perspectiva de confiança de que as demais partes adotarão comportamentos buscando criar e garantir resultados positivos para todos os envolvidos, seja para permitir uma previsão de comportamentos dentro desta lógica econômica, dando concretude ao princípio da boa-fé objetiva.

Embora a relação de longa duração possa ter se desenvolvido de maneira satisfatória, com a obtenção de ganhos de cooperação, de eficiência produtiva e de resultados econômicos positivo, não é incomum a existência de uma litigiosidade intrínseca quando do término ou da aproximação do término de tal relação, seja lá o motivo que justifique a ocorrência. Em geral, é neste momento em que se observam comportamentos abusivos de uma parte, buscando aproveitar-se de uma última chance de obter vantagens da relação contratual.

Seja na conduta de forçar o encerramento do contrato para impor uma renegociação de preços à parte sequestrada por investimentos específicos feitos em função do contrato, seja por eventual posição de dependência econômica à relação contratual, é possível se observar a fase final da relação contratual como um momento particularmente propício para comportamentos abusivos.<sup>301</sup> A circunstância do fim da relação contratual pela vontade de uma das partes atrai de forma natural a discussão doutrinária a respeito do interesse legítimo das partes envolvidas, ante eventual não cumprimento do objeto negocial, de buscar a resolução do contrato ou o seu cumprimento forçado, por meio de medida judicial específica.

Se o contrato mantém em sua origem o caráter de resultado de uma vontade específica de cada uma das partes, nos contratos empresariais de longa duração com caráter cooperativo e integrativo particularizam-se não só como instrumento de troca, mas e principalmente como um meio de governança para seu preenchimento contínuo, considerando as necessidades específicas das partes, evitando-se comportamentos oportunistas, ainda que fora de uma

---

<sup>301</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 384, afirmando que nas fases de “endgame”, com o esvaziamento do interesse de ambas ou alguma das partes naquilo que a relação contratual ainda pode lhes oferecer, há uma tendência de se buscar um “derradeiro *holdup* da contraparte, antes de encerrar definitivamente aquela relação e regressar ao mercado à busca de um novo parceiro negocial.”

integração vertical, com uso de mecanismo de gerenciamento de negócios continuados entre partes autônomas que possuam âleas separadas e interesses contrapostos.<sup>302</sup> A busca é, portanto, do aproveitamento dos ganhos de produtividade e de mercado decorrentes da união de esforços, sem fazer desaparecer a individualidade de cada empresa contratante em termos finais.

Esta análise, a partir da situação da empresa em crise e que necessita manter um contrato de longa duração, de caráter cooperativo, relacional e, particularmente, interessante economicamente para as partes e demais *stakeholders* com interesse no sucesso das empresas envolvidas, demonstra que a cooperação empresarial é uma particular leitura da boa-fé objetiva em relação aos contratos empresariais. Resultaria, deste caráter cooperativo, verdadeira formação de um ente de natureza econômica, envolvendo todos os atores diretamente vinculados com a obtenção de resultados econômicos positivos e compartilhados entre as empresas participantes, ainda que em caráter informal no que tange à criação de pessoas jurídicas autônomas.

Dentro desta particular relação de cooperação empresarial, considerando a boa-fé específica dos contratos empresariais, pode-se afirmar que as decisões das partes, seja pela constituição do contrato, seja por aspectos objetivos de seu desenvolvimento, são tomadas com base num balanceamento entre necessidades, riscos e recursos, particularmente em contratos de fornecimento que, por suas características de continuidade e cooperação, possuem em si uma cláusula implícita de boa-fé e negociação justa.<sup>303</sup>

Impor à empresa que requer recuperação judicial a busca de outros fornecedores ou novos contratos para suprir aqueles essenciais à continuidade de sua atividade seria impor, à empresa em crise, novos e desnecessários custos de transação, o que contraria a própria finalidade do instituto da recuperação de empresas. Os custos de transação já foram previstos e absorvidos na contratação inicial ou em momento anterior ao pedido, e a imposição de novos custos por conta da recuperação por si só deveria ser minimamente motivada.

Daí se considerar a necessidade de intervenção judicial quando se observe uma externalidade decorrente do exercício de uma posição contratual caracterizadora de um maior prejuízo social em relação ao bem-estar interno ou da outra parte decorrente de tal exercício.<sup>304</sup> Seria uma justificativa comum para a intervenção na vontade interna, entendida por economistas como uma espécie de paternalismo estatal, já que o julgador é incapaz de

---

<sup>302</sup> FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados, p. 115.

<sup>303</sup> HEMINWAY, JOAN MACLEOD. The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty, p. 143.

<sup>304</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, p. 435.

aferir com precisão a medida do bem-estar gerado pelo exercício da posição contratual ou por seu afastamento.

A possibilidade do uso da recuperação judicial para fins de impor aos credores uma solução externa pode ser lida como uma espécie de incentivo, decorrente de uma norma incentivadora do comportamento da reestruturação da empresa em relação à sua falência, já que a manutenção da empresa produtiva gera, como resultante, um bem-estar geral e mesmo particular face à quebra ou ao exercício de posições contratuais obstativas.<sup>305</sup>

Não é uma questão de justiça corretiva interna do contrato, mas uma questão de atendimento de um princípio de justiça econômica externa do contrato, onde não se discutem características objetivas da prestação, mas o interesse decorrente de sua existência em si.

Desta forma, a existência de contratos que signifiquem uma combinação de esforços para ganhos bilaterais ou multilaterais geram natural confiança de um comportamento cooperativo entre as partes, seja no desenvolvimento da vida contratual, seja sob a perspectiva de sua continuidade enquanto houver interesse econômico objetivo das partes envolvidas.

#### 4.4. Cláusula resolutiva expressa ou cláusula *ipso facto*.

A existência do pedido de recuperação da empresa pode se caracterizar como um evento previsível *ex ante* gerador de risco e, por isto, apto a contar de eventual previsão contratual como causa justificadora da extinção do contrato. Neste sentido, afirma RAQUEL STAJN:<sup>306</sup>

“A propensão ou aversão ao risco (ganhos ou perdas) estimula as partes a disciplinar efeitos de eventos previsíveis *ex ante*, ou *ex post*. Na primeira alternativa dispõem sobre medidas a serem adotadas se, ou quando, fatos previstos ocorrerem. Na segunda, *ex post*, deixa-se a decisão para quando se fizer necessária nova partilha de direitos e obrigações. Certo é que dificilmente se imagina todas e quaisquer contingências *ex ante*, razão pela qual convém pensar estratégias para reequacionar a relação *ex post*.”

A cláusula *ipso facto* se identifica como uma cláusula resolutiva expressa que prevê, de forma *ex ante*, um determinado fato que, ao ocorrer, autoriza a parte detentora da posição jurídica a colocar fim ao contrato, resolvendo-o.<sup>307</sup> Embora haja alguma divergência entre o conceito da cláusula *ipso facto* e a cláusula resolutiva expressa, particularmente pelo fato desta última conter um ato ou fato contrário aos interesses das partes, como o inadimplemento

<sup>305</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*, pp. 443/444.

<sup>306</sup> STAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*, p. 109.

<sup>307</sup> MACIEL, Renata Motta; BONINI, Paulo Rogério. A aplicação da cláusula *ipso facto* no caso de deferimento do processamento da recuperação judicial: estudo do tratamento legal pelo Canadá, EUA, Grã-Bretanha, Alemanha e Diretiva da UE. *Liber Amicorum: uma homenagem aos 10 anos do Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro no STJ*. Coord. Wilson Furtado Roberto *et al.*, p. 25: “*Ipsa facto* tem aqui o significado de *pelo próprio fato*, ou seja, um gatilho que se liga a uma conduta contratual ou não tomada pela parte, ou por um fato deliberadamente escolhido, que, ocorrido, autoriza o uso da faculdade prevista na própria cláusula como sua consequência.”

ou a mora, pode-se adotar, dentre conceitos distintos e oriundos do direito estrangeiro, como a feita por SARRA *et al.*<sup>308</sup>, que define a cláusula *ipso facto* como:

“...uma cláusula que prevê que, num evento de descumprimento, a outra parte tem um direito incondicional de terminar o contrato ou antecipar seu pagamento, às vezes nominada como cláusula *ipso facto*. As palavras *ipso facto* significam literalmente ‘pelo fato em si’ e no direito contratual significa ‘pelo simples efeito de um ato ou fato’. Portanto, pelo fato de estar insolvente, ou ter iniciado um procedimento de insolvência, a cláusula de extinção e/ou antecipação é acionada. Eventos de falha podem incluir uma solicitação de procedimento de insolvência pelo devedor ou por credores; a consulta a um representante da insolvência<sup>309</sup>; o fato de o devedor satisfazer critérios para iniciar procedimentos de insolvência; e em alguns casos, um devedor em dificuldades financeiras e não cumprindo suas obrigações contratuais.” (tradução livre)

Tem uma natureza similar e essencial da cláusula resolutiva expressa, pois

“oferece um remédio automático para o credor sem tempo e dinheiro para um procedimento judicial pelos quais o credor pode exigir a antecipação de pagamento ou a extinção do contrato, economizando desta maneira custos de transação associados com o inadimplemento.”<sup>310</sup>

A análise da validade e eficácia a cláusula *ipso facto*, a partir de uma perspectiva econômica, notadamente quanto prevê, como elemento de incidência, o pedido de recuperação judicial – cláusula resolutiva expressa –, fundamenta-se nos riscos econômicos assumidos pelas partes no momento da contratação.

Neste aspecto, é possível afirmar a validade da cláusula *ipso facto* com base no princípio da liberdade contratual e de escolhas econômicas fundadas nos riscos conscientemente assumidos pelas partes.<sup>311</sup> Por outro lado, pode-se questionar sua validade ante o princípio da preservação da empresa, notadamente ante a previsão legal do uso da

---

308 SARRA, J., PAYNE, J., MADAUS, S. The promise and perils of regulating *ipso facto* clauses. *International Insolvency Review*, 31(1), 2022, p. 46. No mesmo sentido: DI GENNARO, Michael J.; GOLDESTEN, Harley J. Can *Ipsa Facto* clauses resolve the discharge debate? An economic approach to novated fraud debt in bankruptcy. *DePaul Business and Commercial Law Journal*, v. 1, n. 5, 2003, p. 435.

<sup>309</sup> “Insolvency representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in an insolvency proceeding to administer the reorganization or liquidation of the enterprise group member debtor’s asset or affairs or to act as a representative of the insolvency proceeding.” É uma pessoa ou entidade autorizada a administrar a reorganização ou a liquidação do patrimônio de empresas em procedimentos de insolvência. Seria o equivalente, com particularidades, da figura do administrador judicial (UNICITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency. Part A, Ch. 1, art. 2º, i).

<sup>310</sup> SARRA *et al.* *Op. cit.*, p. 47.

<sup>311</sup> MELITO, GIANCARLO; SANTOS, THIAGO DO AMARAL. Validade da cláusula resolutiva no direito recuperacional. *Revista de direito recuperacional e empresa*, v. 6, out-dez/2017; CAVALCANTE, FÁBIO MURTA ROCHA. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutiva. *RT*, v. 983, set. 2017, pp. 223/261; FERNANDES, MICHAELA BARROS BARCELOS. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. *Revista brasileira de direito civil*, v. 20, abr-jun/2019; ANDRADE, FLÁVIA CRISTINA MOREIRA DE CAMPOS. Extinção dos contratos no âmbito do processo de recuperação judicial. *Revista de direito recuperacional e empresa*, v. 5, jul-set/2017; JOHNSON, HENRIK. *Ipsa Facto Clause: some legal and economic aspects on opting out of bankruptcy*. Tese de mestrado. *University of Lund*, 2000; EIDENMUELLER, HORST G. M. What can restructuring laws do? Geopolitical shocks, the new German Restructuring Regime, and the limits of restructuring laws. *European Corporate Governance Institute: law working paper* nº 672, 2022.

recuperação judicial como instrumento de soerguimento em atenção ao interesse social e econômico na manutenção da empresa, reconhecendo-se uma ilicitude implícita pelo fato de se atribuir tamanha consequência pelo exercício de um direito legalmente previsto em favor da empresa em crise.<sup>312</sup>

O fundamento da validade de tal cláusula, prevista de forma corriqueira em contratos empresariais de longa duração, especialmente se contenham um elemento de fornecimento de crédito ou de comportamentos promissórios futuros, justifica-se no aumento de riscos econômicos pela manutenção de contrato bilateral que exija prestações contínuas após o pedido de recuperação. Entretanto, ainda que válida a disposição que prevê a extinção do contrato tão só pelo uso da recuperação judicial, é possível se condicionar sua eficácia a uma análise de fatores externos, como a abordagem do contrato pelo plano de recuperação da empresa<sup>313</sup> ou como a ponderação de interesses envolvidos.<sup>314</sup>

A UNCITRAL, por conta da publicação do *Legislative Guide on Insolvency Law*,<sup>315</sup> assim resumiu os argumentos favoráveis à validade da cláusula *ipso facto*:

“...a desejabilidade de que se respeitem negociações comerciais; a necessidade de se evitar que o devedor cumpra seletivamente contratos mais lucrativos e rejeite outros (uma vantagem que não está à disposição para a outra parte); o efeito na compensação de contratos financeiros em caso de não previsão da extinção automática; a convicção de que uma empresa insolvente geralmente não será capaz de pagar, atrasando a extinção de contratos que potencialmente apenas aumentarão os níveis de débitos já existentes; a necessidade de titulares de propriedade intelectual serem capazes de controlar o uso de tal propriedade; e o efeito sobre o negócio da outra parte em caso de extinção do contrato, especialmente quando disser respeito a um bem imaterial.” (tradução livre)

<sup>312</sup> SACRAMONE, MARCELO BARBOSA. Cláusula de vencimento antecipado na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, n. 131, 2016, pp. 133/139; VASCONCELOS, RONALDO; GULIM, MARCELLO DE OLIVEIRA. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. *Revista de direito recuperacional e empresa*, v.7, jan-mar/2018; KIRSCHBAUM, DEBORAH. Cláusula resolutive expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun/2006, pp. 37-54; SARRA, J., PAYNE, J., MADAUS, S. The promise and perils of regulating *ipso facto* clauses. *International Insolvency Review*, 31(1), 2022. Ainda, Segundo MARCELO BARBOSA SACRAMONE (*Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed., São Paulo: Saraivajur, 2021, p. 269), a cláusula de vencimento antecipado impede o uso regular da recuperação judicial pela empresa dependente daquele contrato, já que seu vencimento antecipado, por certo, significaria sua falência.

<sup>313</sup> CAVALCANTE, FÁBIO MURTA ROCHA. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutive, p. 2

<sup>314</sup> FERNANDES, MICHAELA BARROS BARCELOS. Distinção entre a condição resolutive e a cláusula resolutive expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial, p. 3.

<sup>315</sup> *LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW*. United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, New York, 2005, p. 122: “...the desirability of respecting commercial bargains; the need to prevent the debtor from selectively performing contracts that are profitable and rejecting others (an Advantage that is not available to the counterparty); the effect on financial contract netting of not upholding an automatic termination provision; the belief that, since an insolvent business will generally be unable to pay, delaying the termination of contracts potentially only increases existing levels of debt; the need for realtors of intellectual property to be able to control the use of that property; and the effect on the counterparty’s business of termination of a contract, especially one with respect to an intangible.”

Percebe-se a centralidade do argumento econômico, particularmente pelo fato de prever-se a incidência da cláusula de vencimento antecipado em contratos de fornecimento de produtos e serviços sujeitos a um regime de concessão de crédito implícito no contrato, prevendo-se pagamentos pelo comprador ou tomador após o cumprimento da contraprestação, ensejando um risco econômico específico caso a empresa se apresente em uma situação de crise financeira ou econômica. Esta condição de risco elevado e da necessidade de maiores custos decorrentes da precaução necessária para se negociar com a empresa em recuperação judicial, pode ser observada da própria regulação específica de mercados, como o fornecimento de crédito bancário, a exigir provisionamentos de 100% do valor do crédito concedido como forma de garantir a segurança do funcionamento do sistema bancário, conforme os arts. 2º e 6º, da Resolução CMN 2.682.<sup>316,317</sup>

Este aspecto é bem observado pela UNCITRAL, ao listar, dentre os argumentos a favor da exclusão da cláusula *ipso facto* para o caso de um procedimento de insolvência, a necessidade de manutenção de contratos chave não só em favor do devedor, mas também da coletividade de credores que se beneficiarão de eventual recuperação da empresa:

“Embora a abordagem derogatória destas cláusulas possa ser considerada uma interferência nos princípios gerais do direito contratual, tal interferência pode ser essencial para o sucesso do procedimento. Na reorganização, por exemplo, onde o contrato seja um empréstimo crítico ou envolva o uso de propriedade intelectual integrado a um produto chave, a continuação do cumprimento do contrato pode melhorar o potencial de ganhos do negócio; reduzir o poder de barganha de um fornecedor essencial; apreender o valor dos contratos do devedor em benefício de todos os credores; e auxiliar a trazer todos os credores numa reorganização.” (tradução livre)<sup>318</sup>

Vê-se, assim, uma divergência doutrinária e institucional a respeito da justificativa econômica da cláusula *ipso facto*, reconhecendo-se a sua eficácia protetiva aos interesses da

<sup>316</sup> BIGOLIN, PAULO ROBERTO DE SOUSA. Manutenção de contratos de desconto bancário em procedimentos de recuperação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 12, n. I, jun. 2018, pp. 26/38.

<sup>317</sup> Resolução CMN 2.682. Art. 2º A classificação da operação no nível de risco correspondente é de responsabilidade da instituição detentora do crédito e deve ser efetuada com base em critérios consistentes e verificáveis, amparada por informações internas e externas, contemplando, pelo menos, os seguintes aspectos:

I – em relação ao devedor e seus garantidores:

a) situação econômico-financeira;

(...)

Art. 6º A provisão par afazer face aos créditos de liquidação duvidosa deve ser constituída mensalmente, não podendo ser inferior ao somatório decorrente da aplicação dos percentuais a seguir mencionados, sem prejuízo da responsabilidade dos administradores das instituições pela constituição de provisão em montantes suficientes para fazer face a perdas prováveis na realização dos créditos.

<sup>318</sup> *LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW*, pp. 122/123: “Although the approach of overriding such clauses can be regarded as interfering with general principles of contract law, such interference may be crucial to the success of the proceedings. In reorganization, for example, where the contract is a critical lease or involves the use of intellectual property embedded in a key product, continued performance of the contract may enhance the earnings potential of the business; reduce the bargaining power of an essential supplier; capture the value of the debtor’s contracts for the benefit of all creditors; and assist in locking all creditors into a reorganization.”

parte solvente, que não seria obrigada a manter-se em negócio com elevação desproporcional dos riscos futuros ante a condição econômica da outra parte que ingresse em procedimento de recuperação, bem como seu caráter tremendamente prejudicial à empresa em crise, particularmente em contratos empresariais *stricto sensu* que se mostrem essenciais à continuidade da atividade econômica da recuperanda.

Conforme sustentamos, em artigo publicado em conjunto com RENATA MOTA MACIEL,<sup>319</sup>

“Dessa forma, a adoção por determinados ordenamentos jurídicos de posição tendente à maior tutela da empresa em crise, buscando-se evitar sua liquidação forçada que, por presunção, trará maiores prejuízos ao devedor, aos credores e à sociedade, ensejará restrição à cláusula *ipso facto*.

O fundamento desta restrição é a presunção de que a empresa, buscando se reorganizar e superar a crise, terá maiores dificuldades na busca de novos contratos em substituição àqueles não performados e que sejam de interesse à continuidade de suas atividades.

Os efeitos futuros do contrato, não atingidos pela captura dos débitos existentes no momento do início do procedimento de insolvência pelo plano de recuperação, traduziria benefício não só ao devedor, mas também à outra parte, mantido o interesse em ver cumprido o contrato original, e os demais credores, interessados na recuperação da empresa e na limitação de sua desvalorização, pensando-se em caso de eventual falência.

Por outro lado, uma visão que tutele com maior rigor a liberdade negocial das partes preverem o fim do contrato pelo início de procedimentos de insolvência, notadamente a recuperação judicial, reconhece a primazia do interesse do contratante/credor que, ante o aumento do risco de inadimplemento, prefere pôr fim ao contrato ante a possibilidade de aumento do débito.”

A partir das visões dicotômicas a respeito da validade e eficácia da cláusula *ipso facto* em casos de recuperação judicial, é preciso se utilizar o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005, como vetor de interpretação das questões que, atingindo a empresa em recuperação, possam levar a uma maior ou menor dificuldade para a continuidade da atuação econômica da empresa em recuperação.

O princípio da preservação da empresa, embora previsto expressamente na Lei 11.101/2005, não tem caráter absoluto, mas relativo, sendo sua incidência condicionada ao cumprimento de condições legais e particulares em relação à manutenção do interesse econômicos das partes envolvidas no negócio. No que interessa ao presente estudo, há de se ter em mente que o princípio da preservação da empresa somente incide e é eficaz quando se está diante de uma empresa que, apesar de estar em crise, é economicamente viável. Se a empresa não é economicamente viável, não há suficiente interesse tutelável em favor do devedor para o regime de recuperação, impondo-se o regime de liquidação por falência, em benefício de credores e do mercado em geral.

---

<sup>319</sup> A aplicação da cláusula *ipso facto* no caso de deferimento do processamento da recuperação judicial: estudo do tratamento legal pelo Canadá, EUA, Grã-Bretanha, Alemanha e Diretiva da UE, p. 30.

Assim, a preservação da empresa como atividade econômica em continuidade é o meio de se obter a solução de sua crise financeira, além de atender, concomitantemente, aos interesses da outra parte contratante e dos demais atores interessados na continuidade da empresa como polo econômico gerador de riqueza. A ponderação entre estes dois interesses – dos credores em seus direitos de crédito e da empresa viável em crise em sua recuperação – é o mote que deve orientar não só a interpretação legislativa, mas a aplicação em concreto de tal legislação.

Para a recuperanda, o interesse econômico observável pela continuação do contrato empresarial de longa duração, mesmo após o início do procedimento recuperacional ou a aprovação do plano, se visualiza pela essencialidade do objeto principal do contrato na própria continuação da atividade empresarial. E isto se observa, com alguma facilidade, em contratos de fornecimento de insumos materiais e imateriais, de licenciamento de uso de marca sob a qual se explora a atividade empresarial ou quando a empresa se organizou ao redor de uma determinada prestação sem a qual sua própria razão de ser desaparece, sem os quais não se pode visualizar a preservação do resultado econômico que fundamenta o próprio plano de recuperação.

Para a contraparte, é possível se identificar este interesse econômico na continuidade do contrato, a partir da ideia de presunção relativa de capacidade econômica atual e solvência da empresa em crise, presumindo-se ou garantindo-se o adimplemento das obrigações futuras, ou minimizando o risco de inadimplemento, por exemplo, pela adoção do regime de pagamento na entrega.<sup>320</sup> Ou seja, o resultado econômico inicialmente estabelecido pelas partes não se altera tão somente pelo regime de recuperação de uma das partes, posto que o plano não afeta contratos futuros a ele não submetidos.

O risco de inadimplemento futuro é apontado como fator de alteração das bases do contrato suficiente para a resolução com base em cláusula *ipso facto*. Tal exercício se baseia numa presunção, muito amparada no regime de liquidação da falência e no regime ineficaz da antiga concordada, de que a empresa, ao iniciar um procedimento de reorganização de seus débitos, não será capaz de cumprir os contratos não submetidos ao plano, gerando uma elevação extraordinária dos riscos. Esta elevação extraordinária dos riscos não é compensada pelo risco de sucesso econômico pela continuidade da relação contratual, extinguindo-se a relação negocial antes que produza seus efeitos concretos.

---

<sup>320</sup> PAD: *Payment on delivery*.

O exercício da cláusula *ipso facto*, na forma ora descrita, contraria a ideia que sustentamos de que a empresa em crise, ao requerer e ter deferido o procedimento de recuperação, com aprovação do plano pelos credores – ou judicialmente, em caso de *cramdown* ou reconhecimento de abuso do direito de voto –, pois tem como premissa econômica absoluta o inadimplemento futuro ou a elevação desproporcional de seus riscos econômicos de contratos não submetidos ao plano. Esta presunção, por inviabilizar por completo a aprovação e cumprimento de planos específicos de reorganização de débitos, contraria não só o princípio da preservação da empresa, mas também a ideia de função social e econômica do contrato empresarial.

Não se pode admitir uma interpretação do regramento recuperacional que, pelo efeito particular de uma cláusula contratual, leve à retirada completa dos efeitos próprios do regime especial recuperacional previsto na legislação.

Assim, se o princípio da preservação da empresa não é absoluto para impor novas situações jurídicas mais gravosas aos credores e demais participantes de negócios, também não pode ser relativizado de tal forma que impeça a eficácia específica das disposições especiais da legislação de insolvência.

Nem o fato de a Lei 11.101/2005 não trazer previsão específica sobre a cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* impede que se faça uma interpretação global da situação das partes a partir de uma visão objetiva e econômica da relação contratual estabelecida.<sup>321</sup> O silêncio não significa a pura e simples solução da questão pela aplicação de princípios contratuais clássicos ou da legislação ordinária do Código Civil, dada a particularidade da relação contratual empresarial *stricto sensu*, com interesses econômicos próprios e particulares a justificar uma hermenêutica particularizada.

A existência da cláusula *ipso facto* não seria, por si só, uma causa de nulidade relativa ou ineficácia do direito da outra parte pôr fim ao contrato em caso de recuperação judicial de uma empresa. Mas se o objeto do contrato demonstrar-se essencial à continuidade da atividade econômica da empresa, com dificuldades de substituição da outra parte pela existência de um mercado restrito, a existência de investimentos idiopáticos a significar uma posição de assimetria econômica entre as partes, com uma vulnerabilidade específica a gerar oportunismos indesejáveis, entendemos haver justificativa objetiva para o afastamento da

---

<sup>321</sup> Observe-se que os EUA, o Canadá, o Reino Unido, a Alemanha e a União Europeia, observando a importância da preservação de contratos específicos em favor da empresa em crise, tratam da eficácia e ineficácia da cláusula *ipso facto* de forma específica a depender do objeto do contrato.

eficácia da cláusula *ipso facto*, exigindo-se a existência de uma justa causa para o exercício do direito de resolver o contrato contra os interesses da empresa em crise.

Esta ponderação de interesses foi feita por diversos países desenvolvidos e pela União Europeia, adotando-se regras particulares em favor da empresa em crise para se evitar o chamado “esvaziamento da empresa” (*anti-deprivation rules*), com a ideia de que a empresa, para se recuperar, deve ter garantida a continuidade de relações negociais prévias que se mostrem essenciais a tal continuidade. Neste sentido, vê-se a *Section 65.1* da BIA<sup>322</sup> e a *Section 34.1* da CCAA<sup>323</sup>, do Canadá, proibindo o vencimento, alteração ou antecipação de pagamento de contratos por conta do início de um procedimento recuperacional ou por débitos vencidos antes de tal pedido; a *Section 365* do *Bankruptcy Code* dos EUA, afirmando a ineficácia da cláusula *ipso facto* para extinguir o contrato exclusivamente em função da insolvência ou condição financeira do devedor antes da apresentação do plano, o início de um procedimento de reorganização de débitos ou a assunção da administração por um administrador judicial ou um *trustee*; o art. 44 da StaRUG<sup>324</sup> da Alemanha, proibindo cláusulas de rescisão fundadas exclusivamente na existência de um pedido de reestruturação ou de estabilização de débitos; o art. 7º (5) e (7) da Diretiva EU 2019/1.023, proibindo o vencimento antecipado, por conta do pedido de recuperação em geral, de contratos bilaterais não performados e que sejam necessários à continuidade da empresa; e a Grã-Bretanha, por meio do *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*, que alterou a *Section 233* do *Insolvency Act* de 1980, muito em função da Pandemia COVID-19, determinando a ineficácia de cláusulas que permitissem a extinção de contratos de fornecimento de mercadorias, serviços e insumos, exclusivamente por conta do início de um procedimento de reorganização de débitos da empresa.

Embora em todos estes casos indicados, à par da previsão de ineficácia da cláusula *ipso facto* para pôr fim ao contrato, estabeleceram-se exceções, quando o uso da cláusula é aceito, mediante uma justificação legal *ex ante*, como em contratos de serviços financeiros bancários, seguros e serviços de pagamentos eletrônicos, ou, ainda, que envolvam a liquidação de operações em mercado de valores mobiliários e em operações estruturadas, quando o risco da recuperação ultrapassa a outra parte contratante, envolvendo terceiros em função da amplitude subjetiva de operações em mercado secundário de valores mobiliários, ou uma justificação judicial *ex post*, com a comprovação da inviabilidade de continuidade do contrato estando a

---

<sup>322</sup> *Bankruptcy and Insolvency Act*.

<sup>323</sup> *Companies Creditors Arrangement Act*.

<sup>324</sup> StaRUG – *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* (Lei do Esquema de Estabilização e Reestruturação de Empresas).

outra parte em recuperação, sob pena de transferirem-se os prejuízos para a outra parte contratante.

Em resumo, nos casos de contratos empresariais *stricto sensu* de longa duração, relacionais e que integrem a própria organização da atividade econômica da empresa em crise, com uma presunção de dependência econômica e assimetria entre as partes, o exercício do direito de resolver o contrato com fundamento na cláusula *ipso facto* deixa de ser irrestrito e passa a ser condicionado à demonstração de uma justa causa econômica para a extinção do contrato.

Quais seriam estas justificativas econômicas? As que entendemos eficazes no caso de empresas em recuperação judicial e relações negociais de longa duração serão abordadas no próximo item do presente trabalho.

#### **4.5. Cláusula de opção na recuperação judicial.**

Embora o contrato de opção ou a cláusula de opção constante em determinado contrato não se enquadre ordinariamente no conceito de contrato de longa duração, já que a existência da opção de compra ou venda outorgada por uma parte a outra não tem característica de contrato, mas de negócio jurídico que permite a formação do contrato tão somente pela manifestação unilateral da vontade do outorgado, cremos seja interessante duas palavras sobre o instituto dentro do objeto deste estudo.

A opção como negócio jurídico pode ser descrita como a situação na qual o “beneficiário do direito de opção (optante) é livre para estipular o contrato, mas se aceita fazê-lo não é necessário – como no contrato preliminar – um posterior consenso do outro contratante; o contrato se aperfeiçoa com a aceitação do optante, ato que é suficiente para fazer surgir a relação contratual final.”<sup>325</sup>

No aspecto econômico, pode-se “concluir que uma das funções primordiais das opções é, ao mesmo tempo, conferir ao beneficiário a prerrogativa de *escolher* levar a cabo a compra e venda do bem subjacente dentro do prazo definido, bem como obter do outorgante uma *promessa* vinculante quanto à conclusão da compra e venda futuramente.”<sup>326</sup>

Este direito potestativo de escolher exercer a opção, com a característica que tiver – em geral de compra ou venda de determinado ativo – pode ser usado com objeto de uma operação econômica direta ou servir com meio de garantia de outra operação, o que se observa

---

<sup>325</sup> ALEM, FÁBIO P. *Contrato preliminar: níveis de eficácia*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 96.

<sup>326</sup> IGLESIAS, FELIPE CAMPANA PADIN. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2011, pp. 45/46.

atualmente em operação de *project finance*, nas quais a opção de compra do ativo financiado, seja ele material ou imaterial, fica garantido ao financiador pela opção de, com a aquisição do ativo ou de seu controle, num caso de opção de compra de ações, assumir a titularidade sobre a operação e dos resultados econômicos daí esperados.

Segundo posicionamento doutrinário recente, reconhece-se o escopo bastante variado do uso da cláusula de opção ou do contrato de opção como instrumento garantidor da eficácia futura de um negócio bilateral a partir de uma sucessiva manifestação de vontade unilateral.

“A razão primordial [do uso da opção em negócios do mercado financeiro] refere-se à versatilidade dos contratos de opção que podem se adequar a uma vasta gama de situações negociais. Isto porque, embora seja possível obter os mesmos resultados almejados pelas partes – respeitadas algumas diferenças - por meio de outras figuras contratuais, com efeito, o contrato de opção dentro do panorama jurídico-econômico, é a figura contratual mais eficiente e flexível para plena satisfação dos interesses envolvidos.

Clara evidência é a variedade de negócios que atualmente se utilizam de contratos ou cláusulas de opção de compra e venda, bem como os diversos casos práticos noticiados na mídia nos últimos anos.

Apenas a título ilustrativo, os contratos de opção são largamente utilizados nas práticas financeira e societária, como nas operações de derivativo, fusões e aquisições, *joint venture*, *private equity*, recuperação e reestruturação de empresas, defesa contra a concorrência, medidas defensivas contra ofertas hostis de aquisições de ações do bloco de controle de companhias (*poison pills*, entre outros).”<sup>327</sup>

Em resumo, outorga-se a uma das partes o direito de optar pela concretização do negócio já fixado pela vontade das partes, caracterizando, assim, um direito formativo gerador. Há, portanto, uma relação de sujeição jurídica entre as partes que, de fato, ainda não contrataram, mas prometeram contratar de forma optativa para uma as partes e obrigatória para a outra.

Diante destas características, como ficaria a situação jurídica da existência de uma promessa de venda ou fornecimento futuro por parte do outorgante em relação ao outorgado, que passa a ter a faculdade jurídica de, independentemente de outra vontade que não a sua, exigir a concretização e o cumprimento do contrato, caso o outorgado entre num procedimento de recuperação judicial?

Estaria justificada a resolução contratual pelo aumento do risco por parte do outorgado ou a constituição da opção como obrigação de contratar prevaleceria em benefício da empresa em recuperação?

Até que haja o exercício da opção pelo comprador, a relação final é incerta, o que não pode se identificar como contrato definitivo. O que integraria o patrimônio jurídico e

---

<sup>327</sup> IGLESIAS, FELIPE CAMPANA PADIN. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2011, pp. 56/57.

econômico da outorgada é o direito de opção como um ativo decorrente da opção de negócio futuro, sujeitando-se ao exercício de um direito potestativo que dará concretude ao negócio em potência. Mas a opção concedida, em si, é um ativo intangível em favor do outorgado.

Entretanto, é possível se observar, a depender do caso concreto, eventual interesse econômico relevante em favor da empresa recuperanda que tenha outorgado ao possível comprador, a opção futura de determinado bem, caracterizado pelo exercício do direito de compra.

Sendo o direito de opção um ativo relevante para a empresa em crise, por exemplo, numa situação em que a venda ou compra de determinado bem, objeto de opção em seu favor, tenha um resultado econômico relevante para o sucesso do plano, não se justificaria a decisão da parte outorgante de desistência ou qualquer outra forma de extinção imprópria da opção como negócio.

De outra parte, a existência de opção de compra em favor da outra parte que não a recuperanda traduz o reconhecimento de um direito optativo desvinculado de outro fator que não a simples manifestação de vontade do beneficiário ou, no caso, o direito de sujeitar a recuperanda à sua decisão de exercer ou não o direito de opção.

Nestes casos, embora se possa reconhecer em concreto algum prejuízo à recuperanda pelo “não exercício” da opção de compra – o que traduziria em um “não negócio” para fins de geração de renda, tão necessária ao cumprimento do plano de recuperação implementado – não se pode justificar a supressão do próprio direito optativo contratado ao impor o exercício da opção à contraparte da recuperanda.

Daí que a própria consideração de uma venda futura de um bem produzido pela recuperanda ou mesmo de algum ativo não circulante, como medida específica do plano de recuperação, que prevê a opção pelo comprador, não é medida com suficiente segurança jurídica para integrar a segurança econômica estruturada no plano.

O outorgado poderá, assim, optar por não exercer o direito de compra, frustrando as expectativas da recuperanda, sem que isto signifique um exercício abusivo de posição jurídica, ainda que se traduza em prejuízo potencial à empresa em recuperação e, em termos finais, à sua preservação.

#### **4.6. Limitações ao direito de manutenção do contrato.**

Com base na construção feita neste estudo, de que o interesse das partes nos contratos empresariais *stricto sensu*, a partir da consideração da operação econômica como causa objetiva do contrato, pode ser aferido sem a vinculação a ideias puramente subjetivas e

voluntaristas, tem-se a possibilidade de análise do comportamento contratual das partes levando-se em conta legítimas expectativas decorrentes da importância do objeto do contrato e do interesse econômico na sua continuidade e cumprimento.

Parte-se da construção teórica de que as empresas podem ter seu “comportamento contratual” aferido a partir de dados objetivos de natureza econômica, fixados pela legítima expectativa das partes quanto ao resultado positivo da relação, observado no momento da contratação, embora sujeito a variações decorrentes de seu caráter duradouro, relacional e, algumas vezes, incompleto. As alterações na estrutura da operação econômica no decorrer do contrato visam manter, em termos finais, o interesse econômico demonstrado no momento da contratação.<sup>328</sup>

Por mais que se alterem as circunstâncias fáticas ou jurídicas da relação que se desenvolve de forma contínua, é possível se aferir se a manutenção ou não do interesse econômico inicial pretendido pelas partes, especialmente quando este não se limita a um lucro direto na operação, mas a um resultado material que, agregado a outros, decorrentes da organização dos meios de produção feita pelo empresário, significará um resultado econômico positivo.

Esta “manutenção” do interesse econômico na operação ampla representada pelo contrato é uma variável que se aplica a todas as partes da relação contratual. Se o contrato empresarial é de longa duração para a recuperanda, também o será para a outra parte; se significou um determinado objetivo econômico para a recuperanda, também teve um significado econômico próprio para a outra parte; se seu objeto era ou se tornou essencial para a continuidade da empresa em crise, poderá eventual também sê-lo para a outra parte.

Tudo isto a significar que o interesse econômico no contrato empresarial é uma via de mão dupla (ou tripla, ou quádrupla *etc*, considerando a ideia das relações entre empresas como decorrentes de múltiplos feixes contratuais), podendo ser analisado não só a partir da perspectiva da empresa em recuperação, mas também a partir da perspectiva econômica objetiva da outra parte contratante.

Embora se reconheça que o princípio da preservação da empresa, como vetor interpretativo, tenha particular relevo na situação, a afastar inclusive a perspectiva econômica

---

<sup>328</sup> O que não significa manter o mesmo “lucro” decorrente do contrato. Lucro ou prejuízo são conceitos mais amplos da atividade empresarial, sendo o resultado da atividade econômica em seu aspecto global. Em relação a contratos específicos, não é possível se falar em lucro ou prejuízo, mas atendimento ou não de expectativas econômicas quantificadas no momento da operação ou quantificáveis a partir da análise da integração de seu objeto na atividade econômica das partes envolvidas. Assim, na aquisição de um serviço, não é possível se quantificar lucro ou prejuízo na operação em relação ao tomador dos serviços, mas atendimento ou não das expectativas objetivas decorrentes da integração do serviço na atividade econômica desenvolvida.

do empresário ou dos sócios da sociedade empresária em crise, em benefício de uma tutela da empresa como “autonomia econômica” em relação a seus titulares, é preciso ter em mente que as relações contratuais empresariais se inserem numa lógica de mercado e de decorrência do exercício da livre iniciativa. Significa que a perspectiva da tutela da empresa em crise, embora relevante e preferencial no regime recuperacional, não significa abandono absoluto da tutela econômica da outra parte da relação contratual que, em termos finais, também deverá ter preservado minimamente seu interesse econômico quanto à continuidade do contrato, seu objeto e previsão de um resultado econômico positivo.

Se o direito à manutenção de tais contratos em benefício da empresa em crise não é absoluto, posto que ausentes normas legais específicas determinando compulsoriamente tal continuidade, resulta sua imposição de uma análise judicial baseada na existência de requisitos objetivos em relação à recuperanda para o reconhecimento de tal direito, e na inexistência de requisitos objetivos contrários em relação à outra parte, que afastariam o direito à manutenção reconhecido à recuperanda.

Em termos finais, após a recuperanda demonstrar os requisitos objetivos necessários para a manutenção forçada do contrato empresarial (bilateralidade, caráter de longa duração ou continuado, pretensão da outra parte encerrar o contrato por conta ou em função da recuperação judicial ou da situação de crise financeira anterior ao pedido e a necessidade objetiva de tal manutenção para a continuação de sua atividade econômica ou o sucesso do plano) é possível à parte contrária demonstrar que a continuação do contrato, na forma pretendida, significa uma transferência do risco econômico da atividade da recuperanda para si, ou o esvaziamento de seu interesse econômico no contrato, ou a existência de prejuízo desproporcional para si ou, ainda, que a extinção do contrato não traz prejuízos desproporcionais para a recuperanda.

Sem se considerar minimamente os interesses econômicos da parte contrária não haveria uma justificativa sistêmica para a continuidade do contrato como operação econômica bilateral, dada a impossibilidade de transferência de todos os riscos econômicos da atividade empresarial para a outra parte. Tal transferência de riscos, como dito, limita-se por opção legal aos créditos vencidos e vincendos, mas constituídos até a data do pedido de recuperação, não abrangendo os riscos próprios da atividade econômica da empresa em crise.

Deve-se considerar, portanto, a existência de situações nas quais a manutenção do contrato empresarial, embora presentes os requisitos para seu reconhecimento, deve submeter-se aos interesses econômicos objetivos da outra parte.

Analisaremos, nos próximos subitens, as situações nas quais entendemos pela existência de um contra direito da parte contrária, a impedir a imposição da manutenção do contrato, não ao menos sem eventual alteração de seu objeto e condições.

#### **4.6.1. Preservação do interesse econômico de ambas as partes do contrato.**

Um primeiro aspecto que entendemos relevante para o reconhecimento de um direito de a parte contrária opor-se à continuação de um contrato empresarial de longa duração mantido com a empresa em recuperação é a ideia de preservação de um interesse econômico bilateral no objeto do contrato.

Embora se reconheça que o objeto do contrato possa se mostrar necessário à continuidade da atividade da empresa em crise, também é possível se observar que seu objeto já não é mais interessante economicamente para a outra parte, gerando um esvaziamento dos fundamentos econômicos daquela relação.

Como afirmando anteriormente, o contrato empresarial é uma relação construída a partir de escolhas econômicas prévias, nas quais as partes observam o interesse na obtenção do resultado material do contrato para integrar uma operação econômica mais ampla, objeto de escolhas baseadas na livre iniciativa de cada parte. Ou seja, o contrato tem uma causa econômica objetiva para as partes, que é anteder a determinada escolha prévia feita por cada uma delas, relativa ao desenvolvimento de certa atividade econômica.

A manutenção ou não de tais atividades econômicas é uma escolha que diz respeito, a princípio, somente ao empresário, cabendo-lhe a exclusividade da análise e opção em manter-se ou não dentro de determinada atividade ou mercado. Assim, cabe somente ao empresário decidir se mantém ou não o desenvolvendo determinada atividade produtiva.

Esta opção de natureza econômica mais ampla não corresponde exatamente à questão particular do objeto mantido com a empresa em crise, mas à atividade econômica em seu sentido mais amplo, considerando particularmente a atividade desenvolvida pela outra parte. Assim, se determinado fornecedor de serviços pretende desligar-se de determinado mercado – não somente em relação ao contrato mantido com a empresa em recuperação, mas em relação a todos os contratos mantidos a partir de determinada atividade econômica – cessando a prestação de determinado serviço, não se poderá afirmar a manutenção de um interesse econômico que justifique a continuidade do contrato em relação à empresa em recuperação.

Imagine-se ainda, a decisão do franqueador internacional de encerrar suas atividades no Brasil, por não ver mais interesse no mercado interno. Ou do fabricante de determinado tipo de peça necessária à composição do produto final da empresa em crise que decida, por uma

questão econômica, modificar seu escopo de atuação, deixando de fabricá-la. Ou ainda, numa situação mais drástica, na situação da outra parte contratante falir, optando o administrador judicial a não manter as atividades econômicas da falida, por não observa aí um interesse da massa.<sup>329</sup>

Perceba-se, a circunstância não se aplicaria somente ao contrato que a empresa em recuperação pretende manter, mas a todos as relações negociais mantidas pela outra parte contratante relativas a determinada atividade econômica, o que afasta o fundamento do ato na existência da condição de empresa em recuperação ou algo do tipo. Trata-se de uma escolha empresarial de manter-se ou não em determinado mercado, decorrente da própria livre iniciativa prevista nos arts. 1º, IV e 170 da Constituição Federal.

Pode-se determinar a manutenção de um determinado contrato com uma determinada empresa em recuperação, desde que esta opção de cessar a atividade econômica diga respeito exclusivamente ao objeto deste contrato, permanecendo outros negócios de mesmo objeto e mantidos com outras empresas, circunstância que demonstra o subjetivismo da atuação. Mas não se pode determinar que uma empresa continue a explorar determinada atividade econômica quando seus titulares entendam que já não há mais interesse econômico para tal, seja para a recuperanda, seja para qualquer outra parte.<sup>330</sup>

Em conclusão, uma empresa não pode ser obrigada a continuar a explorar determinada atividade econômica quando decide não mais fazê-lo, pena de ofensa ao princípio da livre iniciativa. Ainda que a conduta se releve abusiva, sujeita a determinadas sanções fundadas na responsabilidade civil contratual, não se pode exigir que uma empresa permaneça ativa quando seus titulares entendem que não há mais interesse econômico na exploração de certa atividade. As relações jurídicas mantidas pela empresa que deixa de existir como um todo se extinguem pelo próprio esvaziamento de seu objeto, já que a prestação não mais será oferecida no mercado, de forma absoluta.

---

<sup>329</sup> Lei nº 11.101/2005. 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.

§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial n prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.

§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

<sup>330</sup> Percebe-se a potência deste direito fundado na livre iniciativa quando a Lei 9.279/1996, em seu art. 68, prevê a licença compulsória de patentes em caso de sua não exploração adequada frente ao mercado nacional. Não se obriga a exploração da patente, ou seja, não se obriga o desenvolvimento de determinada atividade econômica, mas se autoriza que terceiros o façam a partir do licenciamento compulsório, reconhecido o abuso decorrente da não exploração adequada da patente anteriormente concedida.

Nestes casos, ainda que se reconheça um interesse econômico direto da empresa em recuperação na manutenção de um contrato de longa duração e essencial à continuidade de sua atividade, não será possível determinar a sua continuidade compulsória, já que a exploração da atividade econômica objeto do contrato não é mais de interesse da outra parte.

#### **4.6.2. Escopo de lucro e exceção da ruína**

Seria legítimo ou justificável, num caso específico de inadimplemento eficiente, exigir da parte a quem a situação beneficia o cumprimento do contrato, baseado no fato de a outra parte estar numa recuperação judicial? O aspecto social ou coletivo da recuperação poderia impor um cumprimento não eficiente à parte que tem a prerrogativa de resilir o contrato? Mais ainda, poderia haver a liberação da parte contrária em seu dever de manter o contrato caso reconhecido que a sua continuidade, nos termos contratados, significaria recorrente prejuízo e, conseqüentemente, uma operação econômica sem qualquer eficiência que poderá contribuir, inclusive, para levá-la a uma situação de crise financeira ou econômica?

A resposta a tais questionamentos passa pela fixação prévia da ideia central da atividade empresarial, que é a busca do lucro. Sem um resultado econômico positivo sucessivo não há como a atividade empresarial se manter, restando ao empresário cessar por completo suas atividades, com ou sem liquidação por meio de autofalência, ou modificar o objeto de sua atuação, alterando a atividade econômica em busca de outras que lhe tragam o resultado pretendido. O lucro não só é a finalidade da atividade do empresário, mas é uma necessidade objetiva, sendo a justificativa específica de todo agir empresarial.

A partir desta premissa e, num plano geral, podemos afirmar que o empresário não pode ser obrigado a realizar ou manter compulsoriamente negócios jurídicos em relação aos quais tenha o direito legal ou convencional de resilição, quando lhe causem prejuízo direto, a partir da alteração de circunstâncias decorrentes de sua continuidade no tempo,<sup>331</sup> salvo exceções decorrentes de algum ato ilícito *lato sensu* prévio, como no caso de ofertas simuladas para atrair a vontade da outra parte.

Esta posição está baseada na ideia de que o empresário, no desempenho de sua atividade econômica, é capaz de analisar se o resultado final irá atingir aquilo que era esperado no momento inicial e, mais que isto, se a operação, como um todo, não cobrirá os custos de sua

---

<sup>331</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 3ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 253: “A alteração das circunstâncias pode provocar impactos de monta nas bases originárias do contrato, isto é, na relação entre riscos e vantagens, ônus e bônus estabelecidos pelas partes; pode levar ao desaparecimento de seu fim («frustração do fim»); pode provocar a excessiva onerosidade, subvertendo a álea normal do contrato; pode ocasionar a perda ou deterioração de seu objeto; entre outras vicissitudes.”

realização. Daí podemos extrair duas situações distintas que podem servir de fundamento para a conduta das partes em um contrato contínuo necessário à atividade empresarial da empresa em crise.

Em primeiro lugar, a situação na qual alguma das partes, analisando objetivamente a operação, considerando naturais alterações de circunstâncias objetivas e de mercado, decorrentes da continuidade por longo tempo da relação contratual, concluir ser mais eficiente economicamente não o cumprir, arcando com eventual cláusula penal ou indenização, do que levar a cabo uma relação que já não se mostra eficiente em seu plano econômico, ocorrendo a chamada teoria do “inadimplemento eficiente”. Em segundo lugar, a circunstância objetiva do empresário verificar que o cumprimento do contrato, na forma estabelecido originariamente com a empresa recuperanda, lhe trará prejuízos objetivos, permitindo a afirmação, em interpretação ampliada, da chamada teoria da “exceção da ruína”.

O inadimplemento eficiente ocorre em situações nas quais as partes, no momento da contratação, não têm certeza sobre alguma dimensão da transação para o momento futuro, seja a respeito dos custos do vendedor, do valor atribuído ao negócio pelo comprador, da existência de novos compradores ou vendedores no mercado, indicando um possível resultado econômico positivo para o caso de não cumprimento do contrato do que por seu cumprimento na forma pactuada.<sup>332</sup> Ou seja, por conta de dificuldades de se realizarem previsões seguras a respeito do cumprimento futuro do contrato, este acaba por não ser um instrumento eficiente na alocação de custos e riscos no momento de sua execução, seja ela única, seja continuada. E, por esta falha de previsão futura, tem-se uma situação de maior eficiência econômica para alguma das partes pelo não cumprimento do contrato, com todas as suas consequências, do que o seu cumprimento de forma economicamente ineficiente.

Embora a tese do inadimplemento eficiente não seja de aplicação regular pelo direito brasileiro,<sup>333</sup> é lugar comum na *common law* a possibilidade de uso da prerrogativa de resolução do contrato, pagando-se os danos previamente estipulados no contrato, em geral lucros cessantes, quando estes sejam inferiores ao prejuízo da manutenção do cumprimento do contrato ou, ainda, quando o não cumprir seja mais vantajoso, ainda que com o pagamento da multa, para o credor.

Abordando a questão a partir da perspectiva da empresa recuperanda e que tem no contrato um instrumento necessário para a continuidade de sua atividade, temos que é

---

<sup>332</sup> MASTEN, SCOTT E., SNYDER, EDWARD A. *The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations*, p. 66.

<sup>333</sup> MARTINS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE. *Inadimplemento eficiente do contrato: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 229.

impossível o uso de eventual prerrogativa contratual da rescisão fundada no inadimplemento eficiente. O fato de o resultado econômico obtido pela outra parte ser inferior aos custos de arcar com o inadimplemento não justifica a cessação de uma relação contratual que se identifica, particularmente, pela integração na atividade empresarial da recuperanda, com todas as consequências para terceiros nas relações obrigacionais mantidas com esta última. Isto porque eventual solução indenizatória não atenderia à função específica do contrato dentro da organização da atividade da empresa em crise, não sendo uma resposta eficiente à necessidade de manutenção da atividade produtiva da recuperanda. Assim, o não cumprimento voluntário do contrato, por conta da eficiência econômica dos custos do inadimplemento em relação ao cumprimento do contrato, não se justificaria ante a particular situação do contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração.

E percebe-se que, em relação à teoria do inadimplemento eficiente, não se está trabalhando com a hipótese de prejuízo direto da outra parte por conta do cumprimento do contrato, mas apenas o fato objetivo de o lucro obtido com a operação, descontados os custos de cumprimento, será menor que os custos de se arcar com o rompimento imotivado do contrato. Ou seja, não se justifica a conduta da outra parte em um prejuízo próprio, mas apenas na ineficiência econômica do diminuto lucro a tornar a continuidade da operação desinteressante economicamente.

No caso particular dos contratos empresariais *stricto sensu* de longa duração e necessários à continuidade da atividade econômica da recuperanda, a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente imporá a uma das partes um prejuízo mais grave que os simples custos decorrentes do inadimplemento, já que geraria a interrupção da atividade econômica necessária ao próprio soerguimento da empresa em crise. Esvazia-se, daí, um dos pressupostos da teoria do inadimplemento eficiente, é que a observação de um resultado econômico objetivamente vantajoso para ambas as partes<sup>334</sup>, seja para a que decide não cumprir o contrato, seja para a que é indenizada por tal inadimplemento, o que não se vê pela amplitude dos prejuízos para a recuperanda.

Assim, se a outra parte obtém lucro com a manutenção do contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração com a recuperanda, ainda que diminuto, e há necessidade da manutenção daquele para a continuidade da atividade empresarial desta última, justificada estaria a imposição da continuidade de tal contrato para se atender a um interesse específico não só da empresa em crise, mas de todos os demais credores e *stakeholders* vinculados.

---

<sup>334</sup> MARTINS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE. *Inadimplemento eficiente do contrato*, p. 247.

Percebe-se daí que, embora o contrato empresarial *stricto sensu* seja um contrato individual, seus efeitos podem transcender ao interesse das partes, envolvendo, por exemplo, fornecedores e empregados do fornecedor que terá prejuízo com a manutenção do contrato.

Situação diversa é a comprovação, pela parte contra a qual a recuperanda busca a manutenção do contrato, de que o cumprimento da avença de forma contínua, a partir da situação particular da recuperação judicial da outra parte, lhe causaria prejuízos contínuos. Trata-se da análise da aplicação da teoria da “exceção da ruína” arguida pela parte à qual é imposta a continuidade do contrato, demonstrando que a manutenção do contrato nos termos vigentes no momento do pedido de recuperação e considerando a situação particular da recuperanda, lhe trará sucessivos prejuízos.<sup>335</sup>

Nestes casos, não se discute a falta de eficiência do contrato de longa duração para se garantir uma margem de lucro que torne a operação continuamente interessante para a outra parte, mas sim a imposição, por conta da manutenção do contrato, de prejuízos recorrente à outra parte, em verdadeira transferência dos riscos econômicos da continuidade da atividade da recuperanda.

A circunstância aqui é objetiva e, por isto, sujeita a demonstração clara por parte de quem argui a tese: a manutenção do contrato, considerando a condição da recuperanda, sujeitará a outra parte a prejuízos que não foram previstos, não geram qualquer tipo de eficiência econômica e não se fundam em qualquer ato ilícito de sua parte. À guisa de exemplo, podemos afirmar a manutenção de contratos de fornecimento combinados com o financiamento, por conta de pagamentos parcelados ou futuros, custeados por operação com instituição financeira, situação na qual, eventual manutenção do fornecimento com o financiamento combinado, ensejará a elevação de custos de captação de valores no mercado, exigindo a alteração de condições contratuais. Ou, ainda, situações em que se demonstre que o

---

<sup>335</sup> Embora a teoria da “exceção da ruína” tenha se originado da jurisprudência alemã para relações contratuais baseadas em contratos comuns ligados a uma operação econômica de base, baseados no mutualismo como, por exemplo, relações securitárias, a partir de uma lógica de efeitos da decisão judicial de um contrato em relação aos demais, é possível se justificar sua aplicação a modalidades diversas de obrigações, quando se observe a ruína de uma das partes pelo cumprimento do contrato, fundada na boa-fé objetiva e a na ausência de justificação para a imposição de um sacrifício desproporcional ao patrimônio de uma das partes, quando este sacrifício não tenha sido originariamente previsto pelas partes no momento do contrato, dadas alterações objetivas de suas circunstâncias. No dizer de BRUNO MIRAGEM (*Direito das obrigações*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 204): “Na aplicação pela jurisprudência alemã do início do século passado, a preocupação decisiva se deu pelos efeitos que a execução de um contrato teria noutros contratos similares, não submetidos à sua apreciação. Trata-se, pois, de instrumento de tutela à confiança no sistema contratual que se estabelece em certas situações de contratos que se relacionam a uma mesma situação econômica, como são os contratos fundados no mutualismo – caso do seguro e da previdência complementar, por exemplo – em que a alteração de circunstâncias, ao mesmo tempo em que justifica a revisão do objeto da obrigação, também faz com que as repercussões na alteração de cada contrato individual seja tomada em consideração no conjunto dos contratos que formam o sistema contratual.”

cumprimento do contrato na forma que pactuado, poderá elevar de forma significativa os riscos da outra parte, em casos de antecipação de custos de produção de bens específicos a serem pagos mediante entrega.

Nestas situação, a arguição da “exceção da ruína” não se apoia num direito de revisão de cláusulas contratuais fundada em ilicitude originária ou mesmo a onerosidade excessiva decorrente de fatos extraordinários e imprevisíveis, mas sim um exercício de direito de oposição à manutenção do contrato em seus termos fixados pretendida pela empresa em recuperação, servindo como verdadeira exceção liberatória do dever de manter-se preso a um contrato ineficaz economicamente. Trata-se, portanto, de exceção de natureza excepcional e sujeita à comprovação por quem a arguiu, de que o resultado da continuidade do contrato, na forma que estabelecido, lhe trará prejuízos financeiros certos.

Enfim, em circunstâncias nas quais a parte contrária demonstre que a manutenção do contrato original lhe trará prejuízos contínuos, a rescisão unilateral do contrato ou o exercício da cláusula resolutória do tipo *ipso facto* estará justificada, sendo a justificativa do prejuízo verdadeiro preenchimento da cláusula *ipso facto* ou exercício justificado da rescisão, por meio de verdadeira exceção liberatória decorrente da “exceção da ruína”, ou o reconhecimento de um dever de cooperação específico da recuperanda, no sentido de adequar o contrato para a sua manutenção, preservando o interesse econômico de ambas as partes na continuidade do contrato.<sup>336</sup>

Afinal, a aplicação do princípio da preservação da empresa em crise não pode, em termos finais, significar a imposição às empresas que mantenham com ela contratos de longa duração de uma situação de crise, decorrente de sucessivos prejuízos antevistos pela parte à qual é imposta a continuidade do contrato deficitário. A solução da preservação social da empresa não pode ensejar a colocação de outras empresas na mesma situação de crise, sendo alternativa à permissão de extinção do contrato a adequação do contrato, seja fundada num dever de renegociar, seja fundada numa decisão judicial que privilegie a preservação do negócio jurídico após sua adequação.<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> Sobre as características e efeitos da “exceção da ruína”, afirma BRUNO MIRAGEM (*Direito das obrigações*, p. 204): “a exceção da ruína caracteriza-se como espécie de exceção liberatória do devedor, impondo às partes um dever de adaptação do contrato às novas circunstâncias da realidade, com a finalidade de manter a relação jurídica sem a quebra do sistema, sendo exigível o dever de cooperação mútuo para modificar o contrato do modo menos gravoso às partes. O recurso à exceção da ruína tem, contudo, caráter excepcional, justificando-se apenas quando seja cabalmente demonstrado que a manutenção do objeto da obrigação e a exigência de seu cumprimento nos termos em que ajustado originalmente, tornou-se impossível sem a excessiva onerosidade de uma das partes, e o risco de ruína do próprio sistema contratual no qual se integra.”

<sup>337</sup> A questão dos limites da intervenção judicial numa relação contratual que seja, ao mesmo tempo, necessária à recuperanda e prejudicial à outra parte, será abordada especificamente no Cap. 6.

Nestes casos, é possível reconhecer a exceção liberatória do dever de manter-se vinculado a um contrato deficitário, especialmente em se tratando de um contrato que se prolonga por tempo indeterminado, autorizada, como regra geral, a rescisão ou denúncia, desde que comprovada objetivamente a circunstância do prejuízo decorrente da continuidade.

Também é possível reconhecer, aqui, particular situação de incidência do dever de cooperação entre as partes, decorrência direta da boa-fé objetiva.

Se a contraparte tem o dever de colaborar com a empresa em crise, não exercendo de forma abusiva posições contratuais que autorizem o rompimento de um contrato essencial à continuidade das atividades econômicas da recuperanda, deve-se afirmar também a esta o dever de cooperação específico, reconhecendo a imposição de prejuízo à outra parte pela continuidade do contrato, considerando seus termos e sua própria condição de empresa em recuperação, impulsionando-se as partes à busca da adequação do contrato para sua manutenção.

Os limites à esta busca de manutenção do contrato por meio de sua adequação colaborativa entre as partes, bem como a ausência de instrumentos processuais adequados, será objeto do próximo capítulo.

## **5. LIMITES DA SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE DAS PARTES PELA DECISÃO JUDICIAL NA MANUTENÇÃO FORÇADA DE CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

As conclusões havidas na tese levam a seguinte situação: a continuidade da atividade econômica da recuperanda pode depender da manutenção de relações contratuais de natureza estritamente empresarial, cujo objeto integre a própria organização de sua produção ou prestação de serviços. Tais contratos, por envolverem o próprio meio de ser da empresa, são estabelecidos por longo prazo ou já alcançaram a condição de contratos por tempo indeterminado e, por isto, sujeitam-se às variações do mercado e à situação particular das partes envolvidas. Pelo mesmo fundamento, há um direito geral abstrato de qualquer das partes colocar fim ao contrato, mediante aviso prévio em tempo razoável apto à absorção de investimentos realizados em sua função.

A condição de dependência da atividade econômica da empresa em recuperação ao contrato mantido com outras empresas justifica, ante a ineficácia da mora passada e a presunção relativa de cumprimento das obrigações constituídas na continuidade de sua atividade, o reconhecimento de um direito à manutenção do contrato, desde que mantido o interesse econômico da outra parte.

A intervenção judicial nestes casos não se caracteriza por uma revisão das cláusulas e condições gerais do contrato, mas apenas seu ajuste pontual, seja quanto à sua continuidade e por quanto tempo, seja em relação a aspectos acessórios da obrigação principal ou de obrigações acessórias estabelecidas, mas sempre vinculado à manutenção das expectativas legítimas das partes, a partir da premissa de que nenhuma das partes tem o direito de exigir o cumprimento ou abandonar o contrato sem uma justificativa, quebrando a ideia de cooperação natural em contratos empresariais desta natureza.

Nestes termos, entender-se pela possibilidade de um ajuste judicial do contrato empresarial de longa duração, especialmente à vista da situação particular da empresa em recuperação, não significa um alargamento desta intervenção, nem um enfraquecimento do princípio da liberdade contratual ou do *pacta sunt servanda*, ante a falta de vontade das partes para obter um ajuste, mas sim o respeito à vontade econômica inicial que impulsionou a formalização do contrato. Nem seria o caso de uma supervalorização do princípio da

preservação da empresa, dado o fundamento específico da tese proposta estar na objetivação do interesse econômico contratual, afastando atuações subjetivas injustificadas.<sup>338</sup>

Eventuais maiores custos na manutenção e cumprimento do contrato se justificam ante o interesse econômico das partes na manutenção da relação contratual, eis que a continuidade do contrato trará todos os benefícios decorrentes do cumprimento de suas prestações, originais ou alteradas pelo juiz, sem os custos e eventual ineficiência decorrente da busca de novos parceiros comerciais para um outro contrato com as mesmas características. Há de se entender, ante a presunção de continuidade da atividade econômica da recuperanda, pela permanência do interesse negocial das partes, não se justificando uma ruptura sem uma motivação economicamente aferível. Seria, assim, mais eficiente a continuidade do contrato de longa duração já existente do que a renovação da contratação com novos agentes econômicos.

Entretanto, em havendo previsão expressa de alocação particular de riscos em caos de pedido de recuperação judicial, por exemplo, uma cláusula *ipso facto* vinculada tão somente ao pedido de recuperação, necessário se observar se o cumprimento da cláusula traduziria ofensa a alguma norma de ordem pública, principalmente em se observando a inviabilização da recuperação judicial da empresa em crise. É que o sistema de insolvência brasileiro, se não permite um tratamento privilegiado para as obrigações futuras da empresa em recuperação, limitado seus efeitos às obrigações constituídas, vencidas ou vincendas no momento do pedido, determinando tratamento comum para a empresa na continuidade de suas atividades empresariais, também reconhece o interesse público na adoção e cumprimento de medidas que preservem a empresa como núcleo produtor de benefícios econômicos gerais e particulares.

Em resumo, o direito à manutenção do contrato sujeita-se à comprovação, pela recuperanda, dos requisitos objetivos acima delineados; de outra lado, a contraparte poderá impedir tal continuidade, caso demonstre a existência de prejuízos graves em caso de continuidade da relação negocial durante o cumprimento do plano de recuperação. Perceba-se

---

<sup>338</sup> FORGIONI, PAULA A. *Contratos empresariais*, pp. 64/65: “Em muitos aspectos, essa linha compromete os vetores de funcionamento do próprio mercado, quando tratamos de relações entre empresas, especialmente naquelas em que inexiste relação de dependência econômica. Obrigar o agente econômico àquilo que não contratou, em nome do seguimento da relação contratual, no mais das vezes, implica exagerada ingerência nos negócios privados, em benefício exclusivo da outra parte – e não da fluência das relações de mercado e do desenvolvimento econômico.

Ao mesmo tempo, a teorização sobre os contratos relacionais traz conceitos que hoje são revisitados e revitalizados por nossa doutrina e jurisprudência: motores específicos dos contratos de longa duração, confiança como base da relação contratual, motivação do negócio, boa-fé objetiva e, acima de tudo, a visão dos contratos empresariais como um processo. Essa discussão ilumina a *hermenêutica* das avenças e opera dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico, i.e., pelas ‘premissas implícitas’ do nosso ordenamento...”

que a questão passa por eventual reconhecimento do abuso da previsão contratual de resolução do contrato com base apenas no pedido de recuperação, bem como da ilicitude por abuso de direito da vontade de resilir o contrato sem que haja uma justificativa econômica para tal.

Tratando-se de interesses parcialmente contrapostos, com congruência de interesses na manutenção do contrato enquanto fonte de benefícios econômicos para as partes, e um desalinhamento dessas vontades pela intenção da parte contrária de pôr fim ao contrato pelo exercício da cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* ou pela rescisão não motivada, haverá eventual necessidade de intervenção judicial ou arbitral para a declaração da existência de tais requisitos e, se necessário, dos termos para tal continuidade.

Surgem, daí, diversos problemas baseados na estrutura do processo civil brasileiro e do procedimento legal previsto para a recuperação judicial. Alguns deles: qual o juízo competente para aferir o direito à manutenção de um contrato que, embora seja essencial à continuidade da empresa, não é englobado pelo plano? Qual a natureza e alcance desta decisão quanto ao contrato originário e à vinculação futura das partes? Existe um prazo máximo ou mínimo para a fixação deste direito de manutenção? Incidiria, a partir da imposição da manutenção, a cláusula *rebus sic stantibus* e, se sim, a partir do equilíbrio econômico original ou aquele reconhecido no momento da recuperação? Seria permitida nova pretensão de resolução pela parte contrária em havendo novos fundamentos que não a cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* ou a rescisão imotivada, como a mora ou a resolução por onerosidade excessiva?

Neste capítulo buscaremos sistematizar algumas circunstâncias ao redor da atuação judicial no momento da apreciação da questão, seja quanto à competência e conteúdo da decisão, seja quanto a seu alcance material.

### **5.1. A intervenção judicial substitutiva da vontade contratual**

Um primeiro ponto a analisar quanto à intervenção judicial substitutiva da vontade contratual,<sup>339</sup> impondo a uma das partes o dever de manter-se vinculada ao contrato, suspendendo a eficácia de cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* ou do exercício da rescisão imotivada, é a competência jurisdicional.

---

<sup>339</sup> Código de Processo Civil, art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Não há, no procedimento de recuperação judicial, a incidência de *vis atrativa* prevista para o juízo falimentar,<sup>340</sup> ausente regra geral que determine a competência do juízo recuperacional para decidir questões atinentes a contratos que não estejam submetidos compulsoriamente ao plano de recuperação. Esta autonomia de competência se justifica pelo pressuposto comum de que a empresa em recuperação, separado o componente passivo integrado ao plano, continuará a exercer regularmente sua atividade econômica, sem solução de continuidade ou alteração de sua personalidade jurídica ou autonomia negocial.

Eventuais processos envolvendo os negócios em continuidade da atividade da empresa em recuperação não têm regra especial de competência, incidindo a norma geral do Código de Processo Civil de competência no foro de domicílio do réu.<sup>341</sup>

A Lei 11.101/2005 limitou-se a prever um regramento múltiplo a respeito de situações excepcionais, seja determinando a não incidência do plano sobre certos contratos, seja para fixar regras particulares de cooperação judicial entre juízos diversos, em questões envolvendo pedido de reserva, restituições e, no particular, a retirada de bens e valores da posse da empresa por força de situações jurídicas e processuais não influenciadas pelo plano.

Assim é que a Lei 11.101/2005 prevê a impossibilidade de retirada de bens que estejam na posse da recuperanda que sejam essenciais à continuidade de sua atividade econômica, durante o *stay period*, sem que haja comunicação e autorização do juízo recuperacional.<sup>342</sup> A previsão não envolve a fixação de competência do juízo recuperacional para apreciar e julgar demandas atinentes a contratos não submetidos ao plano, mas apenas uma lógica de coordenação e cooperação judicial para que manter o acesso pela recuperanda aos meios necessários à continuidade de sua atividade econômica.

---

<sup>340</sup> Lei 11.101/2005. 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.

<sup>341</sup> Código de Processo Civil. Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

<sup>342</sup> Lei 11.101/2005. Art. 6º (...)

§ 7º-A O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

Entretanto, a competência fixada pelo § 7º-A do art. 6º da Lei 11.101/2005 não diz respeito a obrigações constituídas após o plano e, por consequências, de suas relações contratuais continuadas. Diz respeito a créditos anteriores originados de relações jurídicas não submetidas ao plano<sup>343</sup> e, por isto, com regulação legal limitada aos efeitos desta não submissão durante o período de suspensão de ações e execuções contra a recuperanda.

Assim, não há uma regra de ampliação de competência do juízo recuperacional para abarcar todas as discussões a respeito de contratos e obrigações decorrentes da continuidade da atividade econômica. Por consequência, e como regra geral, a discussão a respeito da validade de cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* deve ocorrer no juízo natural fixado a partir de regras gerais do Código de Processo Civil, não havendo uma regra especial de fixação de extensão de competência do juízo recuperacional.<sup>344</sup>

Isto não significa, por certo, que outro juízo que não o da recuperação não possa, em processo autônomo no qual se discuta a legalidade do fim do contrato, reconhecer a existência dos requisitos ensejadores do direito à sua manutenção, cabendo à recuperanda, frente ao exercício da resolução pela cláusula *ipso facto* ou a rescisão, ajuizar ação de conhecimento buscando a declaração do direito à manutenção e suas consequências.

Tal circunstância também não significa a impossibilidade da prorrogação da competência do juízo recuperacional para conhecer pedido de manutenção do contrato, quando tal pedido caracterizar provimento de natureza cautelar ao próprio plano de recuperação. Ou seja, se o próprio plano prevê a manutenção do contrato que se busca manter como um elemento objetivo de seu sucesso, teria natureza cautelar a decisão que imponha tal manutenção, pois visa, em termos finais, garantir um resultado útil do processo de recuperação.

O segundo ponto a se considerar na análise da decisão judicial que tenha por objeto a imposição da manutenção do contrato, ou seja, que reconheça a ineficácia da cláusula

---

<sup>343</sup> Lei 11.101/2005. 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.

<sup>344</sup> Em sentido contrário, sustentando a competência do juízo da recuperação para conhecer da abusividade da autonomia da vontade, seja pela previsão da cláusula *ipso facto*, seja para a rescisão: MENDES, MAX MAGNO FERREIRA. *Manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 127.

resolutiva expressa ou o exercício da rescisão, é ligado ao fundamento suficiente da decisão, seja para determinar a continuidade do contrato, seja para reconhecer o direito da outra parte pôr fim ao contrato. Esta decisão passa, necessariamente, pela apreciação da existência ou não de uma alteração grave de circunstâncias, dentre elas o início de um procedimento de recuperação, que poderia justificar uma revisão de riscos e custos, ensejando uma busca do fim do contrato.

Como observado por HILLMAN,<sup>345</sup> a partir de uma visão contratualista fundada na *common law*, a decisão judicial nestes casos poderia simplesmente manter a eficácia do contrato, impondo a continuidade de seu cumprimento ou a sua substituição por uma solução indenizatória, se reconhecer a impossibilidade relativa de cumprimento, liberando a outra parte de manter o contrato mediante indenização. Ou poderia, ainda, afastar a exigibilidade futura do contrato com base num argumento de quebra da confiança ou perda do interesse na sua continuação, incidindo, ainda que por conta de aspecto subjetivo, a cláusula *rebus sic stantibus*. Alternativamente, poderia impor às partes um dever específico de renegociar os termos do contrato ou, ainda, alterar judicialmente os termos e condições do contrato, vinculando a obrigação de continuidade da relação contratual e sua performance à aceitação das condições impostas judicialmente.

Embora esta última solução seja possível, esbarraria em problemas de ordem principiológica, ao afetar os efeitos da liberdade contratual e o ajuste prévio pelas partes, e de ordem prática, pois o juiz não teria suficientes informações para reconhecer quando e em que termos o contrato precisaria ser alterado. Seria necessário, no ponto, o recolhimento de diversas informações a respeito da atividade econômica específica das partes envolvidas, inclusive de natureza estratégica e funcional, para se inferir como as partes poderiam ter resolvido a questão em termos voluntários, evitando-se uma decisão judicial que imponha aos contratantes uma solução que não atende de qualquer forma os interesses de todos os envolvidos na relação contratual. Afinal, qualquer solução externa quanto ao conteúdo do contrato deve atentar para o interesse econômico bilateral, garantindo-se resultado econômico suficiente a evitar prejuízos desproporcionais a qualquer uma das partes.<sup>346</sup>

---

<sup>345</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law. *Duke Law Journal*, v. 1987, feb., nº 1, pp. 1-2.

<sup>346</sup> No dizer de FERNANDO ARAÚJO (*Teoria econômica do contrato*, p. 152): "...a inobservabilidade *ex post* de algumas variáveis por um terceiro torna inútil o completamento das estipulações contratuais. A ênfase é agora colocada na inverificabilidade e não tanto já na inobservabilidade: para esta «*incomplete-contract theory*» o mais relevante já não é a assimetria entre partes, em suma, mas a assimetria informativa do terceiro julgador face às partes – um problema de insuficiência judicial, ou arbitral, que nalguns casos será irresolúvel, mas se crê possa ser mitigado com recurso às regras supletivas mais ou menos sofisticadas." Assim, a principal dificuldade do juiz para moldar o contrato a uma situação futura não prevista pelas partes é a inobservabilidade de variáveis

Desta incapacidade da interpretação judicial aferir com exatidão a vontade econômica das partes quando da contratação pode decorrer a falta de segurança em se permitir que o juiz, como terceiro estranho a esta realidade contratual, venha a remoldar seu conteúdo a partir de uma vontade que não teria sido querida por qualquer das partes. Incide, aqui, “o argumento de que raramente o julgador externo terá a possibilidade de aquilatar o valor de bem-estar gerado no contrato melhor do que o podem fazer as próprias partes.”<sup>347</sup>

A incapacidade de tal mensuração de maneira objetiva, dada a necessidade de perquirição de interesses internos das empresas por um agente estranho não dotado de plenas informações a respeito da eficiência considerada no momento da contratação, somado à consideração de valores particulares impostos por normas de ordem pública, como o princípio da preservação da empresa viável em crise, previsto na Lei 11.101/2005, afastam, em nossa opinião, a possibilidade de apreciação das questões postas tão somente com base em ideias de análise econômica do direito.<sup>348</sup> A própria intervenção do Estado a impor aos credores a aceitação do plano de recuperação aprovado está a demonstrar uma ressignificação da eficiência econômica e da maximização do bem-estar para além do interesse direto das partes, incluindo um elemento externo que afasta soluções vinculadas apenas à microeconomia do contrato. Isto quer dizer que a aplicação da fundamentos baseados na análise econômica do direito talvez não sejam suficientes para a solução da questão posta no sistema brasileiro, já que o reconhecimento de um valor social próprio da continuidade da empresa como elemento gerador de riquezas socialmente relevantes, a intervenção do Estado nas relações obrigacionais submetidas ao plano e da continuidade da empresa em toda sua capacidade e potencialidade para negócios em continuidade, afastam um solução baseada simplesmente numa decisão de eficiência econômica individual do credor.

Não quer isto dizer o afastamento da ideia aqui defendida de uma objetivação do contrato a partir de sua causa econômica, mas sim a limitação do exercício de determinadas posições contratuais de forma relativa a partir de uma análise também objetiva da relação jurídica em continuidade. O que se sustenta é que o interesse coletivo e individual do devedor, face a um contrato em continuidade que mantenha objetivamente bases econômicas suficientes para garantir o interesse econômico imediato do credor, justificam uma limitação temporal da eficácia do direito contratual ou legal de extinguir-se sem justa causa o contrato.

---

consideradas pelas partes no momento da contratação e na inverificabilidade dos pressupostos econômicos que as levaram a contratar.

<sup>347</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria econômica do contrato*. P. 435.

<sup>348</sup> SALAMA, BRUNO MEYERHOF. O que é direito e economia? In TIMM, LUCIANO B. (org.). *Direito e economia*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. Republicação: RODRIGUES, JOSÉ RODRIGO (org.). *Fragments de um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Trata-se, enfim, no reconhecimento da legitimidade de uma postergação de eficácia de determinada posição contratual em proteção à própria eficácia do sistema de proteção da empresa em crise previsto na legislação brasileira, posição que, em termos de simples consideração de eficiência econômica e maximização de riqueza do credor não se justificam. E esta retirada temporária da eficácia do direito de resilir, por se amparar numa tutela específica do sistema recuperacional, não justifica uma fundamentação exclusiva com base na teoria da ilicitude do ato em si, mas na prevalência, num conflito de interesses do credor particular e do devedor e demais *stakeholders*, da ideia de manutenção dos contratos necessários à continuidade da empresa.

E veja-se que aqui a situação particular não é de suprimento de lacuna ou substituição judicial de parcela ilegal do contrato, mas apenas a compatibilização de sua continuidade no tempo com os interesses econômicos das partes.

Esta intervenção judicial é baseada em aspectos fáticos e não na vontade eventual que moveu as partes no momento da contratação, com riscos de consideração, pelo julgador, de elementos externos ao contrato, sociais, econômicos e jurídicos, que levem a consequências jamais pretendidas pelas partes e, por isto, contrárias ao interesse econômico que levou as partes a contratar. Pode incorrer-se numa dicotomia entre a manutenção da operação econômica designada no contrato e eventuais perdas econômico-financeiras que possam inviabilizar a atividade econômica de alguma das partes, em espécie de exceção da ruína.<sup>349</sup>

## **5.2. O sucesso do plano de recuperação judicial como vetor de interpretação na decisão que impõe a manutenção do contrato**

Toda a construção teórica a respeito do direito à manutenção do contrato empresarial *stricto sensu* funda-se na necessidade da continuidade da prestação *in natura* contratada, sem a qual a atividade empresarial da recuperanda cessaria.

Por conta disto, observa-se a insuficiência da solução indenizatória para o caso de reconhecimento de um direito à manutenção do contrato por conta da essencialidade de seu objeto para a continuidade das atividades empresariais.<sup>350</sup> O ponto inicial é a ideia de que a empresa em recuperação permanece atuando regularmente no mercado, sendo eventual solução liquidatória drástica uma exceção, embora prevista no art. 50, XIV da Lei 11.101/2005.

---

<sup>349</sup> STAJN, RAQUEL. *Teoria da empresa*, p. 114.

<sup>350</sup> No mesmo sentido: MENDES, MAX MAGNO FERREIRA. *Manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial*, p. 126.

Percebe-se a possibilidade da recuperanda utilizar-se de pedido de tutela de urgência ligada ao cumprimento do plano *stricto sensu*, como no caso de tutela antecipada para eventual alienação urgente de ativo permanente não prevista no plano ainda não aprovado<sup>351</sup>, e pedidos ligados a necessidades vinculadas à continuidade das atividades da empresa em recuperação, como a manutenção de serviços essenciais (fornecimento de energia, telefonia, água *etc*) ou específicos (meios de pagamento, internet, mão-de-obra terceirizada *etc*), seja por conta de débitos anteriores ao plano e que compõe, necessariamente, a listagem contida no plano, seja por eventual ato unilateral do fornecedor após a apresentação do pedido de recuperação.

A continuidade da empresa é uma necessidade atual do momento do pedido de recuperação, especialmente se o contrato em questão garante à recuperanda meios não só para continuar a atuar economicamente, mas de obter resultados que tornem possível o cumprimento das obrigações futuras e das previstas no plano de recuperação. Sendo obrigações e necessidades atuais, eventual concessão futura de indenização pela cessação do contrato inviabilizará, por uma questão de temporalidade, a continuidade da empresa e o sucesso do plano.

Bem por isto, soluções baseadas na ideia da *law and economics* de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente – quando o não cumprimento do contrato e a sua substituição por indenização é mais eficaz economicamente para a parte que quer romper a obrigação – não são factíveis num caso de reconhecimento de essencialidade do contrato para a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica da recuperanda.

Trata-se de procedimento com típica característica de procedimento de urgência, advindo a cautelaridade *lato sensu* da ideia de que somente a tutela específica do interesse contratual irá satisfazer o interesse legítimo e imediato da recuperanda, com a manutenção do contrato em sua prestação material original. Interessa, assim, que o contrato permaneça e seja cumprido, não interessando eventual tutela indenizatória substitutiva que, em termos finais, não irá garantir meios para a continuidade do funcionamento regular da empresa em crise.

Da mesma forma, o sucesso do plano de recuperação deve servir de vetor de interpretação do contrato e da vontade das partes no decorrer de tal relação, especialmente quando se mostrem contraditórios o interesse de colocar fim ao contrato e de manter-se a empresa viável em crise em funcionamento.

---

<sup>351</sup> Ouvido previamente o Comitê de Credores, verificada a situação concreta de benefício à recuperanda na continuidade de suas atividades e observados os limites do art. 66 da Lei 11.101/2005.

Sendo a manutenção da empresa como ente produtivo e de valor social uma das principais finalidades – senão a principal – do sistema recuperacional previsto pela Lei 11.101/2005, não se justificaria uma interpretação absoluta em favor do interesse individual da outra parte contratante, amparada em princípios contratuais individualistas, como a liberdade de não se manter contratado em caso de contrato por tempo indeterminado.

Não se está aqui a advogar a prevalência absoluta do interesse direto dos empresários, e indireto da sociedade, na manutenção da empresa como entidade originadora de riqueza, já que seria admitida uma recusa à manutenção do contrato em caso de justa causa. O que se está a afirmar é a necessidade de se tomar em conta, como vetor interpretativo, a necessidade do contrato para o sucesso do plano de recuperação de recuperação, mantido o interesse econômico objetivo da outra parte, dada a equação econômica indicada no instrumento contratual.

Assim, ainda existente um interesse econômico objetivo da outra parte na continuidade do contrato, ou seja, sendo ele economicamente positivo, deve prevalecer a interpretação judicial que melhor tutele o sucesso do plano de recuperação aprovado, considerando a previsão de tal contrato como instrumento necessário para seu sucesso. A solução, portanto, não geraria prejuízo direto para a outra parte, mas apenas a extensão e uma ampliação de riscos decorrentes da condição da outra parte negocial.

Mas, como afirmado anteriormente, esta imposição de riscos é autorizada pela própria lógica do sistema recuperacional, ao trabalhar com a ideia da continuidade dos negócios levados a cabo pela empresa em recuperação. E se é natural esta elevação de riscos perante o próprio fato da situação recuperacional, sua arguição como único fundamento para a extinção do contrato necessário caracterizaria uma contrariedade ao sistema, pois retiraria por completo a eficácia da aprovação de um plano de recuperação judicial.

### **5.3. Limitações temporais**

Afirmando-se o direito à manutenção de um contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração em favor da recuperanda, tem-se o questionamento sucessivo a respeito do limite temporal de tal determinação judicial.

Não havendo previsão na Lei 11.101/2005 para a manutenção compulsória de contratos em favor da recuperanda, decorrendo esta de uma interpretação sistemática da lei e de uma teoria geral dos contratos empresariais, não existe período predeterminado a vincular ou direcionar a decisão judicial para o caso concreto.

Eventual paralelo com o prazo de suspensão de ações e execuções durante o *stay period* não se justifica, já que aquela suspensão se dirige fundamentalmente a demandas fundadas em créditos que integram o plano de recuperação, ou dizem respeito a obrigações não incluídas no plano, limitando-se tal efeito a eventual suspensão do exercício do direito de retirada coercitiva do estabelecimento de bens essenciais à atividade da empresa. O *stay period* aqui tem uma função específica de viabilizar a aprovação do plano, evitando-se a um só tempo uma corrida de credores pelo recebimento antecipado de seus créditos, eventualmente exigidos em ações individuais, ou o impedimento à atividade da empresa por seu esvaziamento por meio de ordens judiciais de retirada de bens objeto de garantia ou com posse decorrente de contratos com garantia fiduciária.

Não guarda relação, portanto, com a continuidade de contratos e com obrigações futuras que somente surgirão, na forma de crédito em favor de terceiros, com o seu cumprimento futuro durante o período de cumprimento do plano. Não se trata, portanto, da aplicação de normas atinentes a créditos passados e da posse de bens essenciais ao estabelecimento, mas a continuidade de relações contratuais que, em termos finais, deverão continuar a desenvolver-se em termos de normalidade.

A partir da ausência de previsão legal, é preciso adotar fundamentos que permitam se fixar limites temporais da manutenção do contrato, sem que se prejudique de forma absoluta os dois interesses contrapostos, quais sejam: a necessidade de manutenção do contrato específico sob pena de insucesso do plano de recuperação e a necessidade de manutenção do interesse econômico da parte contrária.

O limite temporal aqui deve ser definido a partir da lógica da existência de uma recuperação judicial em toda sua potencialidade, ou seja, enquanto existente o acompanhamento judicial do cumprimento do plano, nos termos do art. 61 da Lei 11.101/2005,<sup>352</sup> pelo prazo máximo de dois anos.

E isto se justifica pelo fato da manutenção do contrato se fundamentar no risco à continuidade da atividade empresarial da recuperanda, com risco da decretação da falência de uma empresa economicamente viável. Desta forma, se o inadimplemento de qualquer obrigação prevista no plano, o que poderia facilmente ocorrer pelo fim abrupto de um contrato necessário, gera a automática falência da recuperanda no período de dois anos da

---

<sup>352</sup> Lei 11.101/2005. Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência.

§ 1º Durante o período estabelecido no *caput* deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei. (...)

homologação do plano, eventual inadimplemento obrigacional, ultrapassado este prazo legal, apenas gerará a execução do crédito constituído pela novação ou um novo pedido de falência.<sup>353</sup> Perceba-se que a garantia de continuidade da atividade da empresa em recuperação funciona, aqui, como pressuposto do cumprimento do plano e, a partir do final do acompanhamento judicial, o afastamento da conversão automática do inadimplemento específico do plano em falência.

Desta forma, ultrapassado o prazo de dois anos de cumprimento do plano, presume-se um retorno da empresa beneficiada a uma situação de normalidade, já que honrou todas as obrigações previstas no plano, sujeitando-se eventual débito distinto, oriundo de obrigações decorrentes da continuidade da empresa, a um regime geral de responsabilidade patrimonial e execução individual. Bem por isto, é de se presumir que a recuperanda, cumprindo integralmente o plano nestes dois anos, tenha conseguido se reerguer, diminuindo situações de dependência econômica ao contrato mantido coercitivamente e, conseqüentemente, dando a ela poder de negociação para substituir o parceiro comercial ou renegociar os termos do negócio, sem que pressões de um risco de quebra iminente.

Em conclusão, a decisão judicial que eventualmente imponha a continuidade do contrato em favor da recuperanda, com ou sem adequação a pedido da contraparte, deverá limitar-se no tempo ao período de acompanhamento da recuperação, ou seja, os dois anos previstos no art. 61, *caput*, da Lei 11.101/2005.

#### **5.4. Cláusula *rebus sic stantibus* e a possibilidade de manutenção do contrato com adaptações**

Como *infra* indicado, pode-se questionar se a existência de um pedido de recuperação judicial caracterizaria alteração de circunstância apta a autorizar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* quanto à manutenção do interesse específico da parte contrária à recuperanda na continuidade do cumprimento do contrato, especialmente se há relação de dependência material pelo objeto ou pelo vínculo particular, caracterizando situação de *captura* contratual. Nestes casos é possível observar uma série de decisões distintas, caso surja a questão do conflito entre o direito de se exigir a performance e o direito de evitar um cumprimento danoso, em espécie de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Lei 11.101/2005. **Art. 62.** Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

<sup>354</sup> Entretanto, como afirmado, a aplicação simplista da teoria do inadimplemento eficiente, no caso particular de um contrato necessário à continuidade da atividade da empresa em recuperação, não seria possível, dada trata-se

Ou seja, eventual decisão judicial no sentido da continuidade do contrato deve considerar a manutenção do interesse econômico originário da parte contrária, ainda que, para tal, haja necessidade de alguma adaptação, a partir de posições adotadas pela parte que tem o direito abstrato de pôr fim ao contrato.

Particularmente nos contratos de longa duração, o juiz não terá orientação suficiente quanto aos termos contratuais apropriados,<sup>355</sup> considerando o objeto econômico-material de relações comerciais complexas, o que tornará eventual procedimento judicial custoso e presumidamente moroso, ante a necessidade de atuação de assistentes do juízo – peritos, principalmente – aptos a traduzir a linguagem econômica e empresarial para a correta delimitação da questão em termos de decisão judicial. Isto significa, por certo, elevação de custos de transação, ante a incerteza gerada pela alteração externa do contrato por meio de um agente estatal não suficientemente informado e em possível descompasso entre a divisão de riscos da operação e a necessidade de se estabelecerem contratos empresariais de longa duração.

Mas quando um ajuste judicial do contrato de longa duração, havendo ou não a situação de uma das partes estar em um procedimento de recuperação judicial, seria justificado? Podemos dizer que a modificação judicial do contrato nestes casos, seja para impor a sua continuidade por um determinado tempo, seja para eventual adequação incidental de aspectos relacionados ao atendimento de seu objeto principal, pode ser uma boa medida se o juiz tiver informações objetivas suficientes a respeito da operação econômica prevista e realizada a partir do contrato, e o acesso a medidas específicas a serem impostas às partes, evitando-se maiores prejuízos em decorrência da extinção abrupta do contrato.

Particularmente nas situações nas quais as partes não tenham previsto solução específica para a circunstância enfrentada, seja uma elevação desproporcional de custos, seja uma situação particular de alguma das partes, como o início de um procedimento de recuperação, a guisa de espécie de cláusula *hardship*, é possível se observar a necessidade da atuação judicial neste vazio normativo privado observado no contrato, sempre no intuito de evitar um prejuízo desmensurado para alguma das partes, mas garantindo-se o atendimento de interesses econômicos da outra.

---

de típica solução indenizatória que, em termos finais, não atende aos interesses econômicos imediatos da recuperanda, nem aos interesses do conjunto de credores que pretendem a solução de seu crédito com a continuidade da empresa e o cumprimento do plano.

<sup>355</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law. *Duke Law Journal*, v. 1987, feb., nº 1, pp. 2/3: “Courts have insufficient guidance on the appropriate terms of an adjustment, and, in any event, judges are personally illequiped to adjust complex commercial contracts.” [Tribunais possuem orientação insuficiente sobre os termos adequados de um reajuste e, em qualquer caso, juízes são pessoalmente mal capacitados para ajustar contratos comerciais complexos.] (tradução livre)

Este modelo de ajuste, denominado na teoria contratual norte-americana de *gap model of adjustment*,<sup>356</sup> prevê a atuação judicial no espaço vazio deixado pelas partes no texto contratual, ao não preverem uma solução de ajuste específica para o caso que não a sua simples extinção, seja para reconhecer e impor às partes um dever de ajustar pontualmente o contrato seja para, em caso de insucesso da primeira medida, promover o ajuste pela própria decisão judicial.

Observe-se que não trata o caso de revisão do contrato em sentido amplo, fundado em eventuais nulidades de seu objeto ou condições, ou mesmo a adequação do contrato a partir de uma busca de sua preservação ante a ocorrência de circunstâncias justificadores da aplicação da teoria da imprevisão, já que não se está aqui discutindo a existência ou não de uma justificativa legal para a resolução do contrato. Trata-se de medida pontual que visa apenas adequar o contrato, quanto a aspectos temporais ou acessórios, de forma a manter íntegro o interesse econômico das partes, particularmente a que não está em recuperação, não apenas na prestação final, mas na continuidade de uma relação negocial de longo prazo e que traduz, em termos finais, ganhos de cooperação e redução de custos de transação.

Em se tratando de uma extinção abrupta do contrato pretendida pela outra parte, diante do início de um procedimento de recuperação judicial de seu parceiro comercial, muitas vezes a decisão de ajuste se limitará à simples extensão do prazo do contrato ou a determinação de sua continuidade até que haja uma justificativa legal para a resolução, isto ao menos até que se recuperem despesas dependentes do contrato feitas pela parte prejudicada pela resilição ou se permitir a readequação da atividade desta por meio de busca de novos parceiros comerciais, absorvendo-se tal custo de transação.

Ainda, é certo que a intervenção judicial somente se justificará quando “a recusa em ajustar o contrato possa ser considerada uma violação contratual”,<sup>357</sup> quando a natureza do contrato indicar um acordo para seu cumprimento contínuo ou, em outros termos, seu caráter duradouro ou continuado, com os necessários ajustes decorrentes das próprias variações

---

<sup>356</sup> Literalmente um ajuste do contrato lacunoso. Segundo HILLMAN (Court adjustment of long-term contracts: one analysis under modern contract law, p. 3), “occurs when the supplier has no reasonable expectation of adjustment, but the parties simply fail to allocate the risk of some calamitous event. The supplier will suffer substantial harm from continued performance, but the buyer has materially relied on that performance. The gap model is based primarily on the fairness principle that the parties should agree to share unallocated losses.” [ocorre quando o fornecedor não tem uma expectativa razoável de ajuste, mas as partes simplesmente falharam em alocar o risco de algum evento calamitoso. O fornecedor sofrerá um dano substancial se continuar a cumprir o contrato, mas o comprador ainda tem interesse material naquela performance. O modelo da lacuna é baseado primariamente em um princípio de justiça contratual de que as partes concordariam em dividir perdas não previstas.] (tradução livre)

<sup>357</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, p. 7.

objetivas no decorrer de sua existência. Mesmo em caso de não se observar uma ideia de cumprimento continuado, pode-se reconhecer a existência de um dever de ajustar o contrato decorrente da boa-fé objetiva, mormente se o comportamento das partes, no decorrer da relação contratual, é apto a gerar confiança em sua continuidade.

A ideia aqui é de expectativas razoáveis da parte não só em relação à prestação, mas à sua continuidade. Assim, uma conduta contratual que se afaste das legítimas expectativas em relação à continuidade do cumprimento do contrato, seria considerada uma conduta de má-fé, pensando-se na ideia de expectativas razoáveis surgidas no momento da contratação e mantidas no decorrer do contrato, ainda que a prestação material precise de eventuais ajustes.<sup>358</sup>

Frise-se, novamente, que não se está aqui a falar de uma revisão do conteúdo do contrato em benefício da recuperanda em função de tal condição, mas sim a necessidade de adaptação do contrato em benefício da parte à qual é imposta a continuidade do contrato, visando manter seu interesse econômico no objeto do contrato. Assim, é um ajuste em favor da parte contrária e não da parte que esteja em recuperação judicial que, em termos finais, irá se beneficiar apenas da continuidade do contrato.

Tratando-se do exercício de rescisão unilateral ou resolução fundada em cláusula *ipso facto* vinculada ao pedido de recuperação, o que se tem é a pretensão da recuperanda manter o contrato que lhe é essencial, sendo certo seu prejuízo em caso de rompimento do contrato em si, não importando variações da prestação com preço ou condições. É a perda da relação contratual que significa o prejuízo direto à empresa em crise que precisa de sua continuidade para manter-se economicamente ativa. E mais, para a outra parte, que busca resilir ou resolver sem outra motivação senão a própria condição de recuperanda da outra parte, não há que se falar, a princípio, em prejuízo na manutenção do contrato, pois mantidas as condições originalmente contratadas em relação ao objeto e preço. Não haveria, assim, uma alteração objetiva do objeto do contrato a justificar sua extinção ou modificação judicial, considerando-se, ante o prejuízo que irá causar à parte recuperanda, uma conduta injustificada e ilícita.

Tal raciocínio, entretanto, não se aplica a compras em grande quantidade do mesmo produto, como *commodities*, situações nas quais não há uma variabilidade das prestações como um todo, mas apenas variações de preço, o que justificaria eventual revisão nos casos

---

<sup>358</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, p. 7: “Adjustment often may be precisely what the parties expect. The best way to maintain an informal, harmonious relationship, preserve goodwill and reputation, and protect one’s investment is to remain flexible and avoid disputes and litigation.” [Muitas vezes o ajuste deve ser precisamente o que as partes esperam. O melhor jeito de manter uma relação informal e harmônica, preservar a clientela e a reputação, e proteger o investimento de alguma das partes, é permanecer flexível e evitar disputas e litígios.] (tradução livre)

legal ou contratualmente previstos, como na aplicação das regras sobre desproporção entre o valor de contratação e de cumprimento de uma obrigação (art. 317, CC) ou da onerosidade excessiva (arts. 478 e 479, CC) ou, ainda, em eventual situação de incidência da cláusula *hardship*. Em verdade, simples variações de preços decorrentes de fatos extraordinários ou não previstos no contrato não são similares à necessidade de adequações necessárias para manter o contrato e evitar prejuízos à parte que não pretendia mantê-lo. Nos casos previstos no Código Civil e mesmo na tradicional cláusula de *hardship* em contratos internacionais, trabalha-se com a ideia do extraordinário e imprevisível a alterar o balanço econômico do contrato, justificando-se a imposição de sua alteração pelas partes ou pela vontade substitutiva da decisão judicial.

No caso de contratos de longa duração, nos quais se vê a integração de seu objeto à própria atividade de uma ou de ambas as partes, observa-se que o interesse na continuidade da relação ganha contornos próprios, dados os enormes prejuízos decorrentes não só da necessidade de busca de substituição do contrato, mas especialmente por significar aparente paralisação das atividades de uma das empresas. Se uma das partes terá um prejuízo limitado ao não recebimento do lucro decorrente do fornecimento suspenso por sua própria decisão, a outra parte, ao ter paralisada sua atividade, terá prejuízos exponenciais, considerando o natural inadimplemento sucessivo de todas as obrigações que se vencerem após tal paralisação.

Este efeito exponencial pode ser observado pela existência de outros contratos firmados pela recuperanda com agentes econômicos diversos, empresas ou consumidores finais, a serem cumpridos a partir da continuidade de sua atividade que, como visto, pode depender do cumprimento de contratos de fornecimento específicos. Desaparecidos estes por decisão unilateral do fornecedor, tem-se a natural impossibilidade de cumprimento de todos os demais contratos firmados para o futuro pela recuperanda o que traduz, embora um improvável reconhecimento de força maior, inadimplemento apto a frustrar o plano de recuperação e levar a empresa viável à falência.

Mas, em termos conclusivos, pode-se advogar a ideia de que a imposição de um dever de adequação do contrato frente à circunstância da recuperação judicial, seja para afastar um direito de resilição ou resolução sem justificativa, seja para manter o interesse econômico da outra parte na continuidade da relação, somente se justifica caso se observe que a continuidade do contrato em sua conformação inicial, irá significar perdas severas à parte obrigada a cumpri-lo até o final. E se significará perdas severas em caso de cumprimento até o seu final sem qualquer ajuste, incide a ideia de que as partes, caso pudessem prever tal

situação na contratação, ou não teriam contratado ou o teriam de forma distinta, com previsões específicas para solucionar a situação. Nestes casos, a incidência do modelo de ajustamento baseado na lacuna contratual indica um “dever de ajuste baseado na conveniência de exigir das partes o compartilhamento das perdas não alocadas”<sup>359</sup> no momento do contrato, pois não previstas ou não consideradas pelas partes no momento da contratação.

Mais do que a decisão judicial substitutiva, incidiria, no caso, o dever de cooperação específico entre as partes, caracterizado como um “dever técnico, e finalisticamente orientado”<sup>360</sup> e não um dever genérico de cooperação com fundamentos morais.

O dever de cooperação entre as partes, numa situação de busca de manutenção de um contrato empresarial de longa duração, não pode ser interpretado de forma a ampliar os ônus para além daqueles decorrentes estritamente do contrato objeto do ato de interpretação ou integração. Com isto quer-se dizer que a colaboração exigida na busca de uma solução para o alongamento do contrato, visando atender a um interesse específico da recuperanda – no caso, a preservação de uma prestação necessária à continuidade de sua regular atividade econômica – e não uma colaboração genérica para com a situação econômica e financeira desta última. Sem este direcionamento da colaboração para uma solução específica para a continuidade de um determinado contrato – e não de toda a condição decorrente da crise da recuperanda – ter-se-á uma imposição de um dever de colaboração genérico, baseado em preceitos morais que não encontram respaldo numa relação empresarial *stricto sensu*.

De uma forma ou de outra, não parece fazer sentido a adoção de uma solução do tipo “tudo ou nada”, ou seja, ou o contrato simplesmente se extingue, trazendo graves prejuízos à recuperanda, ou se mantém em sua integralidade, o que pode significar a alocação de riscos pela crise exclusivamente em detrimento da outra parte contratante.<sup>361</sup> A solução, aqui, deve

<sup>359</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, p. 15.

<sup>360</sup> COSTA, JUDITH MARTINS. *A boa-fé no direito privado*, p 225.

<sup>361</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, p. 17: “Does the all-or-nothing approach make sense? In a gap situation, where the parties agreement does not justify a refusal to adjust and where both parties have strong contractory interests, it would be better to recognize a duty to adjust and enforce the duty through appropriate remedies. First, an adjustment duty is even-handed. Both parties have significant interests worthy of protection in a situation in which there is little reason to favor either one completely. An adjustment duty also avoids unexpected gain by one party at the cost of catastrophe for the other, when neither is earned. Moreover, an adjustment duty helps both parties ultimately to benefit from the contract. Finally, in an atmosphere of flexibility and cooperation, an adjustment duty may reflect what the parties would have agreed to at the time of contracting had they addressed the problem of changed circumstances.” [Faz sentido a abordagem do tudo ou nada? Em uma situação de lacuna, quando o acordo das partes não justifica a recusa do ajuste e as partes têm um forte interesse contratual, seria melhor reconhecer o dever de ajustar e forçar o cumprimento deste dever por meio de recursos apropriados. Em primeiro lugar, a imposição do dever de ajuste é imparcial. Ambas as partes têm interesses significativos dignos de proteção em uma situação na qual haja poucas razões para se favorecer inteiramente apenas uma. O ajuste também evita ganhos inesperados para uma parte a um custo catastrófico para a outra, quando nenhum dos dois é merecido.]

preservar minimamente os interesses de ambas as partes, seja a que pretende manter a relação seja a que, para manter seu interesse econômico minimamente protegido, precisa que o acordo seja ajustado.

Aceitando-se então a possibilidade de uma decisão judicial reconhecer a existência de um dever de ajuste do contrato, como contraponto a um direito de sua manutenção por parte da empresa em recuperação, surge a questão dos limites e instrumentos para realizar tal ajuste.

Poderia uma ordem judicial se limitar a reconhecer a existência de um dever de ajustar o contrato entre partes, determinando a estas que o façam?

Se as partes não conseguem, por si, chegar a um ajuste, ainda que imposta por uma decisão judicial, não restaria outra solução senão a próprio Poder Judiciário impor o próprio ajuste necessário para que o contrato se mantenha íntegro no aspecto do interesse das partes.<sup>362</sup>

Seria apropriada uma fixação judicial do conteúdo parcial de um contrato de longa duração, quando as partes não foram capazes de chegar a esta solução?

Um argumento relevante é o desconhecimento pelo juiz de quais seriam os padrões de comportamento que as partes poderiam adotar *ex post* ao contrato inicial, ou mesmo qual teria sido tal comportamento *ex ante*, o que gerará uma discricionariedade ilimitada na criação de um “novo contrato” para as partes, podendo limitar a intervenção judicial a um simples alongamento do contrato.

A finalidade de uma decisão judicial que reconheça, a um tempo, o direito de a empresa em recuperação manter o contrato em plena eficácia, e o interesse da outra parte em colher do contrato efeitos econômicos necessários à manutenção da equação econômica inicial, é preservar, o máximo possível, os interesses econômicos das partes, evitando-se ganhos ou perdas não esperados ou previstos pelas partes.

Neste aspecto, ajustes pontuais e limitados à questão do alongamento do contrato, evitando-se a sua interrupção inesperada, são mais justificados do que amplas revisões do objeto do contrato e de sua equação econômica. Mas, por certo, eventual adequação de preço ou mesmo de condições objetivas do contrato, como o prazo de pagamento, *v.g.*, podem significar alterações significativas na distribuição de riscos dentro do contrato e, por isto,

---

Além disso, um dever de ajuste ajuda ambas as partes a se beneficiarem do contrato. Finalmente, num clima de flexibilidade e cooperação, um dever de ajuste pode refletir o que as partes teriam acordado no momento da contratação se tivessem abordado o problema da alteração das circunstâncias.] (tradução livre)

<sup>362</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, pp. 18/19: “If the parties still do not reach agreement, or if the court believes such an approach would be fruitless, a third approach would be for the court itself to adjust the contract.” [Se as partes ainda não chegaram a um acordo, ou se a corte acredita que tal solução não será exitosa, uma terceira solução seria a própria corte ajustar o contrato.] (tradução livre)

indicar uma mudança de postura da parte que, ante o procedimento de recuperação, tenta por fim a relação contratual.

A vantagem da intervenção judicial, nestes casos de relações contratuais de longa duração e a existência de uma crise financeira a ser resolvida por meio do cumprimento de um plano, é a possibilidade de o juiz analisar a questão a partir de uma perspectiva histórica da relação entre as partes, identificando-se comportamentos anteriores baseados no contrato, os objetivos que fomentaram a relação e a existência de objetivos futuros a serem alcançados ou mantidos no interesse das partes.<sup>363</sup>

O ajuste judicial do contrato se baseará na performance e cumprimento específicos que, em termos finais, deve atender às expectativas de ambas as partes. E estas expectativas devem ser lidas a partir de uma avaliação comum e objetiva do interesse, sem a criação de vantagens ou ônus baseados exclusivamente num fato futuro não considerado no momento da contratação, como a existência de uma recuperação judicial, mas apenas adequando as obrigações contratuais às particularidades daí decorrentes.

Exemplo, disto, em nossa opinião, seria a impossibilidade de uma elevação de preços baseada no fato do comprador ou um tomador de serviços ter ingressado com pedido de recuperação judicial, pois se trataria de uma alteração que imporia um ônus tão somente pelo fato da recuperação que, em termos objetivos, não alteraria o preço fixado no contrato. Ao contrário, pode ser justificada uma regra contratual que determine a alteração do regime de pagamentos para que ocorram na entrega das mercadorias, por se fundamentar nas consequências econômicas decorrente da condição de empresa em recuperação, já que o fornecedor é obrigado a manter o fornecimento, mas não é obrigado a financiá-lo.

## 5.5. Dever de renegociar

Por fim, pode-se questionar se o reconhecimento da essencialidade de um contrato empresarial *stricto sensu* de longa duração em favor de uma empresa em recuperação justificaria a imposição à parte contrária de um dever de renegociar o contrato, como forma de cooperação específica com a empresa em crise.

---

<sup>363</sup> HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law, p. 26: “Hindsight provides judges with accurate, current information that not only helps them to adjust the contract to reflect present conditions, but also provides clues as to the likelihood of future events... even if a judge opts for a price adjustment rather than a more modest approach, adjustment does not require the judge to alter the fundamental nature of the parties’ long-term agreement.” [A retrospectiva proporciona ao juiz informações acuradas e atuais que não apenas o ajudam a ajustar o contrato para refletir suas condições atuais, mas também proporciona pistas sobre a probabilidade de eventos futuros... mesmo se o juiz optar por um ajuste de preços em vez de uma abordagem mais simples, o ajuste não exige do juiz a alteração da natureza do contrato de longo prazo das partes.] (tradução livre)

Creemos que não. Como afirmado, eventual dever de manter vigente um contrato de longa duração no caso de dependência da recuperanda não se funda numa avaliação do equilíbrio contratual ou algo do tipo, mas apenas na coexistência de uma situação de dependência da recuperanda e de interesse econômico objetivo da contraparte.<sup>364</sup> Não se sustentaria, assim, um dever de renegociar os termos do contrato tão somente em função da condição de empresa em crise ou da aprovação do plano ou da dependência econômica do contrato, já que a assimetria contratual e econômica, aqui, é natural.<sup>365</sup>

Não há, assim, uma expectativa concreta de que a contraparte, para auxiliar a recuperanda no cumprimento do plano, venha a revisar os termos do contrato. Neste sentido, podemos afirmar, com JUDITH MARTINS COSTA,<sup>366</sup> que o dever de renegociar não decorre da boa-fé, pois esta seria elemento a pautar o exercício da renegociação e não fundamento para sua imposição como dever legal, não havendo como se afirmar uma obrigação de renegociar como dever específico imposto às empresas em tais modalidades de contrato.

Primeiro porque não se pode impor às partes, ausente eventual ilicitude de objeto ou alteração de circunstâncias objetivas previstas na lei, uma modificação do objeto econômico da negociação. Há de se preservar, entre empresas, a base econômica e objetiva do negócio, não se justificando alterações judiciais sem que haja contaminação do objeto do contrato por eventual ilicitude objetiva.

Segundo porque eventual decisão judicial a respeito de uma possível dever de renegociar encontraria óbices práticos, pois não é dado ao juiz reescrever o contrato de forma a substituir a análise *ex ante* feita pelas partes. Também não poderia impor às partes este dever genérico de renegociar, ante a ausência de critérios objetivos para aferição de atendimento ou não da decisão judicial que, por não estabelecer critérios ou limites materiais, deixariam as partes em verdade armadilha judicial. Afinal, renegociar nem sempre significa o sucesso da atividade. No dizer de JUDITH MARTINS COSTA, “Se uma das partes pedisse a renegociação e a outra a rejeitasse, qual seria o papel do julgador? Por certo não poderia

---

<sup>364</sup> SCHREIBER, ANDERSON. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 376: “O dever de renegociação constitui, como visto, um dever anexo, imposto pela boa-fé objetiva a ambos os contratantes. Não tem como objeto a obtenção de um resultado consubstanciado no efetivo acordo para a revisão do contrato, mas sim a conduta a ser adotada pelas partes diante do desequilíbrio contratual.”

<sup>365</sup> Relevante se fixar, aqui, que o objeto em questão é o contrato em seu tempo futuro, não envolvendo as obrigações incluídas no plano. Para estas, poder ser reconhecida uma espécie de dever de renegociar decorrente da própria natureza mandatória do plano, inclusive para credores que não o aprovaram e mesmo para classes que não a aprovaram, através da imposição judicial por meio do instituto do *cram down* (art. 58, § 1º, Lei 11.101/2005). Neste sentido, afirmando a imposição de um dever de renegociar judicial na recuperação, que poderia ser antecipado extrajudicialmente: SCHREIBER, ANDERSON. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, p. 382.

<sup>366</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *Da boa fé no direito privado*, p. 258.

refazer o contrato, substituindo-se às partes. Na ausência de quaisquer critérios advindos do contrato, poderia impor *astreintes*, obrigando as partes a renegociar?”<sup>367</sup>

A imposição de um dever de renegociação dos termos do contrato se diferenciaria, no aspecto material, à decisão judicial que apenas retiraria a eficácia da cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* ou de um direito à rescisão imotivada, não se assemelhando à construção de novo conteúdo contratual a partir de uma nova negociação. Tais decisões teriam caráter objetivo, diferentemente de uma decisão genérica impondo o dever de renegociar fundada num desequilíbrio contratual, pois não haveria como se impor limites máximos ou mínimos para tal renegociação, impedindo futura decisão sobre o regular cumprimento ou não de tal obrigação de renegociar.

Da mesma forma, a imposição de um dever de se renegociar um contrato empresarial de longa duração, sem que haja previsão legal a respeito de determinado conteúdo obrigatório ou vedado, não se confundiria com eventual apresentação, pela parte contrária da recuperanda, da necessidade de ajustes pontuais e específicos para evitar que a continuidade do contrato lhe traga prejuízos. Aqui, há um pedido certo que pode ser apresentado em sede de defesa *lato sensu* pela parte contrária que, ante um pedido de manutenção do contrato, afirma a existência de prejuízos caso não se formalizem certas adaptações, como a exigência de pagamento na entrega em lugar de financiamento indireto do fornecimento, ou mesmo uma alteração objetiva de custos pelo fato da outra parte estar em recuperação.

De qualquer forma, uma imposição judicial de um dever de renegociar incidiria numa interpretação judicial do que as partes poderiam ter pensado ou pretendido no momento do contrato, circunstância que, considerando o objeto econômico específico dos contratos empresariais, quando nem sempre resultado positivo se identifica com lucro direto da operação, é extramente insegura. No dizer de RAQUEL STAJN<sup>368</sup>,

“Interpretação feita por terceiro do que as partes pretendiam ou teriam acordado se tivessem disposto sobre o fato e os riscos relevantes a ele atribuíveis usualmente se apoiam na realidade fática.

Eficiência, bem-estar social ou o preenchimento de alguma outra função ou finalidade interessam na integração ou interpretação de contratos deliberadamente incompletos porque só a aplicação de normas supletivas nem sempre resolve as dificuldades, **a par de poder criar consequências socialmente inaceitáveis, notadamente quando se considera a relevância de manter as operações ao mesmo tempo que se pretende evitar perdas econômico-financeiras que venham a inviabilizar a atividade empresarial.**”

Por estes motivos, não se justificaria a imposição de um dever genérico de renegociar o contrato de longa duração, limitando-se a decisão judicial a apenas alongar o tempo do

<sup>367</sup> MARTINS-COSTA, JUDITH. *Da boa fé no direito privado*, p. 259.

<sup>368</sup> STAJN, RAQUEL. *Teoria jurídica da empresa*, p. 114.

contrato ou mesmo adequá-lo a partir de um pedido específico e justificado da parte contrária à empresa em crise, considerando a necessidade de se manter o interesse econômico de ambas as partes no contrato.

## Conclusões

1. O interesse econômico, refletido no comportamento das partes, substituiu o consenso como elemento de justificação da imposição de comportamentos futuros por força de contratos, podendo ser inferido de comportamentos específicos aptos a atrair o interesse da outra parte. A objetivação das relações contratuais empresariais, a partir deste elemento econômico, permite a construção de uma teoria interpretativa própria aos contratos incompletos, relacionais e de longa duração, substituindo a vontade declarada pela importância do objeto aos interesses legítimos das partes de obter um resultado econômico positivo, sem o qual a vontade da empresa se esvazia como elemento justificador.

2. A livre iniciativa é um valor social (art. 1º, IV, CF) e fundamento da República Federativa do Brasil, tendo por um de seus fins o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF), por meio fortalecimento da economia, através do estabelecimento e desenvolvimento de atividades econômicas que, direta ou indiretamente, também contribuam para a diminuição das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF).

O conceito de mercado, construído a partir do exercício da livre iniciativa, depende de previsibilidade e ordem, ideias que integram o conceito de segurança jurídica empresarial, caracterizada pelo reconhecimento de que uma prática recorrente pelos agentes econômicos é capaz de gerar a antecipação de comportamentos futuros de forma coerente. O contrato é instrumento concretizador da livre iniciativa e da segurança jurídica empresarial, instrumentalizando a livre iniciativa e a livre utilização empresarial da propriedade privada, somada ao respeito à operação econômica objeto da relação contratual.

3. A função social do contrato não se confunde com o objeto indireto do contrato empresarial, que é o lucro ou o resultado econômico positivo. A função social do contrato empresarial é a obtenção ou melhora de uma atividade econômica, gerando lucros às partes e efeitos difusos entre *stakeholders* e o mercado, melhorando o ambiente econômico.

4. O contrato empresarial não tem um fim em si mesmo; é finalístico e instrumental para as operações econômicas, trazendo segurança jurídica. Há uma conjunção do interesse econômico ou função econômica, a partir da lógica funcional capitalista, com a função social

do contrato, exigindo a correspondência de uma operação econômica justificada pelo interesse das partes e por padrões mínimos de ética, gerando circulação de riqueza.

5. A função social e econômica do contrato empresarial deve considerar sua natureza de instrumento específico de alocação de riscos e interesses econômicos específicos e particulares para certa atividade econômica, de previsão de comportamentos e consequências materiais futuras. É primária a consideração da função econômica específica do contrato empresarial, não se aplicando, de forma direta e sem cotejos necessários, interpretações fundadas numa função social de tutela de direitos fundamentais, dada a especificidade de seu objeto.

6. A segurança jurídica empresarial vai além da entrega da prestação material do contrato, atingindo a previsibilidade de comportamentos futuros coerentes quanto ao funcionamento do mercado. A uniformidade de condutas de um mercado permite aos agentes econômicos antecipar comportamentos a partir de uma expectativa de resultados econômicos positivos.

7. A análise externa do contrato permite observar um caráter funcional específico dos contratos de longa duração, pois estruturam a própria atividade da empresa pela integração da organização produtiva ou de fluxo econômico entre agentes diversos, não se confundindo com simples relação de troca. Possuem uma função de base no plano de recuperação da empresa em crise, que é a de dar segurança da continuidade da atividade econômica na forma prevista no plano.

8. O contrato empresarial *stricto sensu* não representa uma unidade ou negócio jurídico com objeto unitário e delimitado, mas uma forma de organizar a empresa, de alocar riscos e de otimizar resultados, alterando a funcionalização do contrato de instrumento funcional à propriedade para instrumento funcional à empresa, por meio de feixes de contratos que organizam a atividade empresarial entre vários atores. O caráter organizativo de tais contratos impede sua análise com base em normas e princípios construídos a partir da lógica do contrato pontual, de execução instantânea e com valor econômico específico e limitado a seu objeto.

9. Prevalece a atipicidade dos contratos empresariais *stricto sensu*, pois seu conteúdo tem por finalidade solucionar um problema econômico-funcional específico, impedindo seu

enquadramento em modelos contratuais típicos ou mesmo a ideia de unidade de objeto. A ausência de tipificação legal dos contratos empresariais *stricto sensu* leva a uma menor necessidade de regulação ou intervenção do Estado, a uma limitação das partes à observação de normas constitucionais e legais em sentido amplo, afastando-se normas dispositivas e impondo a observância estrita da vontade econômica das partes, dentro dos limites das normas de ordem pública.

10. Contratos empresariais *stricto sensu* com objeto integrado no processo produtivo da parte, com interdependência subjetiva, possuem valor próprio decorrente do aspecto dinâmico da relação. A organização da empresa como objeto contratual gera a este um valor distinto em relação à prestação material, pois interfere no resultado positivo das atividades empresariais, influenciando na maior ou menor lucratividade e custos, dado ser resultado de escolhas organizativas empresariais. Não há lógica econômica de ganho e perda, mas de busca de resultados econômicos positivos para todas as partes, numa lógica de “ganha x ganha”, afastando-se da estrutura econômica do contrato de troca.

11. Sempre há algum nível de vulnerabilidade contratual entre empresas, seja econômica, seja sobre o objeto. Vulnerabilidade e ausência de equilíbrio econômico não são fatores patológicos, mas comuns e externos às relações contratuais empresariais, não servindo por si como fundamento para eventual integração ou interpretação do contrato.

Assimetria entre partes é natural nos contratos empresariais, dado o fato de o mercado ser formado por *players* fortes e fracos, não significando uma patologia a ser dirimida por intervenção externa. A assimetria informacional que gere maior eficiência na tomada de decisões, produzindo vantagem negocial, é fisiológica e não significa por si um negócio que contrarie os princípios econômicos e legais dos contratos. Somente quando da assimetria resulte uma situação contratual considerada patológica é que se poderá falar em alguém vício contratual *lato sensu*.

12. Assimetria contratual, dependência econômica e exploração da posição dominante do mercado são questões externas ao contrato, mas que refletem diretamente nas relações contratuais, impondo que a interpretação do contrato empresarial *stricto sensu* considere não só o seu conteúdo, mas também estas circunstâncias externas relativas ao mercado, e particulares decorrentes da atividade empresarial de cada uma das partes.

13. Além da dependência de natureza puramente econômica, da assimetria contratual patológica ou do abuso do poder decorrente da posição de controle em determinado mercado, há dependência específica em relação ao objeto do contrato, quando a substituição de determinado fornecedor ou relação empresarial seja impossível em curto espaço de tempo, seja muito custosa ou acarretará, ao menos em um momento inicial, a paralização ou a dificuldade exacerbada das atividades econômicas da parte que pretende manter o contrato.

14. Contratos empresariais de longa duração não se fundamentam apenas no interesse na aquisição ou transferência de um bem material, mesmo que de forma reiterada, mas sim no fato de seu objeto ser elemento integrador da organização da empresa, caracterizando uma empresa plurissocietária ou interfuncionalizada. A empresa moderna é a organização, pelo empresário, da atuação de diversas outras empresas em seu favor, integrando seu processo econômico, como se houvesse uma empresa constituída por diversas empresas, todas vinculadas por contratos.

15. A relação desenvolvida entre as partes e a capacidade de atender às suas necessidades sucessivas indicam um caráter cooperativo da relação, com ganhos recíprocos em decorrência da melhoria dos processos produtivos e das soluções apresentadas pelas partes. O caráter cooperativo leva à formação de um valor próprio decorrente da relação e não do objeto material do contrato, com o deslocamento do elemento central do objeto para a relação, dada sua função econômica específica.

16. Nos contratos de longa duração a vontade das partes não se dirige à prestação material, ainda que reiterada, sendo sua causa a formação e a continuação de uma relação material-econômica entre as partes. O cumprimento da prestação é apenas um dos elementos a se considerar nesta realidade contratual. Sua manutenção ou extinção forçada deve ter por norte o combate ao comportamento oportunista de alguma das partes e não a preservação do contrato como um valor em si.

17. Nos contratos relacionais há expectativa de cooperação futura e planejamento a longo prazo, não se limitando seu objeto à substância da troca, mas à previsão de “processos e estruturas” contratuais necessários para a manutenção do interesse contratual e econômico das partes frente a circunstâncias futuras não previstas ou desconhecidas, por meio de “estrutura de governo” do contrato para soluções *ex post*, solucionando questões futuras sem que

existam soluções *ex ante* no contrato, afastando mesmo soluções trazidas por agente externo não confiável do ponto de vista do interesse econômico, como a solução judicial ou arbitral. A previsão formal de que se trata de um contrato relacional torna o contrato parte essencial do relacionamento contínuo das partes no desenvolvimento de suas atividades empresariais.

18. Investimentos feitos por alguma das partes em função de um contrato incompleto podem significar risco de sequestro no momento de uma renegociação ou de um comportamento oportunista gerador de poder de controle não societário. A parte que pretende extinguir um contrato de longa duração exclusivamente por conta da cláusula *ipso facto* ou da previsão contratual do vencimento antecipado, ambos exclusivamente por conta da recuperação, ensejando eventual imposição de modificação do conteúdo do contrato como condição para sua manutenção, age de forma a caracterizar um comportamento oportunista.

19. A lógica atípica, a caracterizar como oportunista o exercício de direitos formais de extinção do contrato, decorre da natureza organizativa de tais contratos. O caráter relacional, continuativo e eventualmente incompleto do contrato não permite análise a partir de previsões normativas restritivas nos termos da legislação, exigindo interpretação a partir do instrumento contratual em sua completude, da análise da vontade econômica que levou as partes à contratação e de seu comportamento no decorrer da construção da relação contratual.

20. Não há previsão na lei, no que tange à recuperação judicial, de tratamento específico sobre a extinção ou continuidade dos contratos empresariais de longa duração essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica da empresa. A previsão legal, quanto aos bens materiais e imateriais que integram a organização produtiva e se mostrem necessários à continuidade da atividade material da empresa, se limita a considerar a necessidade de acesso imediato, uso ou consumo, tendo em consideração a continuidade do funcionamento do estabelecimento ou da atividade econômica no *stay period*, suspendendo-se o exercício de direitos materiais e processuais que impeçam esta fruição necessária. Não há abordagem legal do contrato como fonte de obrigações e riquezas da empresa enquanto atividade pós plano, limitando-se a afirmar a manutenção de seu conteúdo para o futuro, salvo alteração específica aprovada no plano e pela parte contratual especificamente envolvida.

21. O deferimento da recuperação e a aprovação do plano pelos credores gera adequação dos débitos passados e o reconhecimento da capacidade econômica de

soerguimento pela continuidade da empresa. Decorre deste reconhecimento a ineficácia dos débitos passados para justificar a extinção motivada de contratos, além da presunção de capacidade econômico-financeira para a manutenção da equação econômica que justificou a contratação e a sua continuidade após o pedido de recuperação.

22. O exercício do direito contratual de resilir, fundado numa mora posterior ao plano, é garantia geral dada à empresa que opta por manter seus contratos de fornecimento para a recuperanda, circunstância que não significa a transferência a aquela dos riscos econômicos da continuação da atividade empresarial da empresa em crise.

23. A segurança jurídica do plano de recuperação judicial é integrada pelos contratos de longa duração que façam parte da estruturação da atividade da recuperanda, dada sua importância objetiva e funcional, vinculando-se o sucesso do plano a se manterem relativamente estáveis as premissas fáticas utilizadas como condição de sucesso do plano, dentre elas a própria continuidade de contratos essenciais que traduzam direta ou indiretamente um resultado lucrativo. A manutenção do equilíbrio entre a segurança jurídica tradicional decorrente do contrato, a segurança jurídica do plano de recuperação e a preservação do interesse econômico das partes, deve ser o objeto final da interpretação das normas que compõe a legislação recuperacional.

24. O fato de a empresa ingressar num procedimento recuperacional não gera desvantagem negocial em relação aos contratos a serem firmados ou mantidos com parceiros comerciais, mas o próprio fato da situação em crise enfrentada pela empresa. A abusividade da pretensão de extinção decorre da observação da presunção relativa decorrente da aprovação do próprio plano, no sentido de que a empresa em crise vai manter sua atividade econômica de forma viável para o pagamento do plano e dos credores por obrigações sucessivas na continuidade da empresa.

A previsão subjetiva de um descumprimento futuro de obrigações decorrentes da continuidade das atividades da empresa, a caracterizar uma ideia de inadimplemento antecipado ou presunção de inadimplemento, não poderia traduzir um exercício presumidamente legítimo do direito de resilir ou resolver contratos empresariais típicos de longa duração e essenciais à manutenção da atividade econômica da empresa em crise. Daí que: a) as obrigações em mora incluídas necessariamente no plano não podem ser consideradas para o exercício de posições jurídicas fundadas nesta mora, ainda que em

relação a contratos distintos daqueles em que se originaram as obrigações constantes do plano, pena de retirada de uma das condições particularmente geradas pela aprovação do plano, que é a presunção relativa de viabilidade econômica e solvência da recuperanda; b) eventual exercício de posições jurídicas fundadas na condição subjetiva da recuperanda decorrentes da mora passada, contraria o princípio da preservação da empresa, caso o exercício de tal posição traga um prejuízo grave à continuidade de suas atividades; c) somente em casos nos quais haja uma justa causa econômica da outra parte contratante se admitiria a extinção do contrato empresarial *stricto sensu* e necessário à manutenção da atividade produtiva da empresa em crise, num típico caso de prejuízo legítimo decorrente do exercício legítimo de uma posição jurídica.

25. O ato de resilir ou de resolver o contrato por força de cláusula resolutiva específica (*ipso facto*), considerando-se a situação particular da recuperanda, o caráter objetivo e econômico da relação contratual e sua consideração como parte do arcabouço de segurança jurídica e econômica do plano de recuperação, deve ser justificado, tendo em conta a afirmada segurança econômica do plano de recuperação e o princípio da preservação da empresa.

26. Contratos empresariais *stricto sensu*, especialmente os de longa duração, com caráter relacional e incompletos, possuem uma convenção indireta de negociação de boa-fé e com elementos justos, ante a características de trazerem, em si, uma ideia de cooperação entre as partes. Foge-se da ideia de interesses contrapostos das partes por conta do contrato, adotando-se uma ideia de interesses comuns a serem atingidos a partir de resultados econômicos positivos a serem alcançados pelas partes, dentro de uma lógica “ganha-ganha”. A partir da situação da empresa em crise e que necessita manter um contrato de longa duração, de caráter cooperativo, relacional e, particularmente, interessante economicamente para as partes e demais *stakeholders* com interesse no sucesso das empresas envolvidas, demonstra que a cooperação empresarial é uma particular leitura da boa-fé objetiva em relação aos contratos empresariais.

27. A preservação da empresa como atividade econômica é o meio de se obter a solução de sua crise financeira, além de atender, concomitantemente, aos interesses da outra parte contratante e dos demais atores interessados em sua continuidade. O exercício da cláusula *ipso facto* contraria a ideia de que a aprovação do plano indica que presunção relativa de que a empresa cumprirá todas as suas obrigações. A presunção de inadimplemento futuro ou a

elevação desproporcional de riscos econômicos de contratos não submetidos ao plano, decorrente da lógica da cláusula *ipso facto*, inviabiliza por completo a aprovação e cumprimento de planos específicos de reorganização de débitos, contraria o princípio da preservação da empresa e a função social e econômica do contrato empresarial.

28. Demonstrados os requisitos objetivos necessários para a manutenção forçada do contrato empresarial (bilateralidade, caráter de longa duração ou continuado, pretensão da outra parte encerrar o contrato por conta ou em função da recuperação judicial ou da situação de crise financeira anterior ao pedido e a necessidade objetiva de tal manutenção para a continuação de sua atividade econômica ou o sucesso do plano), pode a parte contrária demonstrar que a continuação do contrato significa transferência do risco econômico da atividade da recuperanda para si, ou o esvaziamento de seu interesse econômico no contrato, ou a existência de prejuízo desproporcional ou, que a extinção do contrato não traz prejuízos desproporcionais para a recuperanda.

29. A decisão de uma empresa de se desligar de determinado mercado – não somente em relação ao contrato mantido com a empresa em recuperação, mas em relação a todos os contratos mantidos a partir de determinada atividade econômica – cessando a prestação de determinado serviço, afasta a ideia de interesse econômico que justifique a continuidade do contrato em relação à empresa em recuperação. Uma empresa não pode ser obrigada a continuar a explorar determinada atividade econômica quando decide não mais fazê-lo, pena de ofensa ao princípio da livre iniciativa. Ainda que se reconheça um interesse econômico direto da empresa em recuperação na manutenção de um contrato de longa duração e essencial à continuidade de sua atividade, não será possível determinar a sua continuidade compulsória, já que a exploração da atividade econômica objeto do contrato não é mais de interesse da outra parte.

30. O fato de o resultado econômico obtido pela outra parte ser inferior aos custos de arcar com o inadimplemento não justifica a cessação de uma relação contratual que integre a atividade empresarial da recuperanda, pois eventual solução indenizatória não atende à função específica do contrato dentro da organização da atividade da empresa em crise, não sendo uma resposta eficiente à necessidade de manutenção da atividade produtiva da recuperanda. Não se aplica ao caso a teoria do inadimplemento eficiente.

31. A comprovação de prejuízos à parte contrária em caso de manutenção do contrato afasta a imposição de tal manutenção com base no princípio da preservação da empresa. O princípio da preservação da empresa não significa a imposição de sucessivo prejuízo às empresas que mantenham com ela contratos de longa duração, pois significaria colocar a empresa sadia numa situação de crise. Reconhece-se exceção liberatória em benefício da parte contrária, com solução alternativa à permissão de extinção do contrato sua adequação a seu pedido, autorizada, como regra geral, a resilição ou denúncia, desde que comprovada objetivamente a circunstância do prejuízo decorrente da continuidade.

32. Maiores custos na manutenção e cumprimento do contrato se justificam ante o interesse econômico das partes na manutenção da relação contratual, sem os custos e eventual ineficiência decorrente da busca de novos parceiros comerciais para um outro contrato com as mesmas características e os riscos da falência da empresa em recuperação. Justifica-se, assim, a exigência, pelo dever de colaboração bilateral, eventual adequação dos termos do contrato a pedido da parte contrária à empresa recuperanda.

33. Não há uma regra de ampliação de competência do juízo recuperacional para abarcar todas as discussões a respeito de contratos e obrigações decorrentes da continuidade da atividade econômica. A ausência de competência judicial específica não proíbe o conhecimento da questão do direito à manutenção em favor da recuperanda, reconhecendo-se a abusividade do exercício da cláusula *ipso facto* ou o direito de resilição perante a empresa em recuperação. Afirma-se também a possibilidade da prorrogação da competência do juízo recuperacional para conhecer pedido de manutenção do contrato quando caracterizar provimento de natureza cautelar ao próprio plano de recuperação.

34. A incapacidade de uma interpretação judicial aferir com exatidão a vontade econômica das partes gera insegurança em eventual modificação do conteúdo do contrato pelo juiz, como terceiro estranho, particularmente quanto à sua continuidade no tempo. A intervenção judicial baseada em aspectos fáticos e não na vontade inicial das partes gera riscos de consideração de elementos externos ao contrato - sociais, econômicos e jurídicos - que levem a consequências não pretendidas e contrárias ao seu interesse econômico.

35. A solução indenizatória, quando reconhecido o direito à manutenção do contrato fundado na essencialidade de seu objeto para a continuidade das atividades empresariais,

baseada na ideia da *law and economics* da teoria do inadimplemento eficiente, não é eficaz num caso de contrato necessário à continuidade da atividade econômica da recuperanda. A existência de um interesse econômico bilateral objetivo faz prevalecer a interpretação judicial que melhor tutele o sucesso do plano de recuperação aprovado, não gerando prejuízo direto para a outra parte, mas apenas a extensão e uma ampliação de riscos decorrentes da condição da outra parte negocial. A imposição de riscos aos credores é autorizada pela lógica do sistema recuperacional, ao prever a continuidade dos negócios da empresa em recuperação.

36. O direito à manutenção compulsória de contratos de longa duração em favor da recuperanda, não sendo previsto na Lei 11.101/2005, decorre de interpretação sistemática da lei e de uma teoria geral dos contratos empresariais. Ausente prazo legal, a decisão judicial que imponha a continuidade do contrato, com ou sem adequação a pedido da contraparte, deverá limitar-se no tempo ao período de acompanhamento da recuperação, ou seja, os dois anos previstos no art. 61, *caput*, da Lei 11.101/2005, por não se confundir com a suspensão de ações e execuções abrangidas pelo plano de recuperação ou anteriores ao pedido. O limite temporal é definido pela lógica da existência de uma recuperação judicial em toda sua potencialidade, presente o acompanhamento judicial, pelo prazo máximo de dois anos, quando presente o risco de conversão em falência.

37. O exercício de resilição unilateral ou resolução fundada em cláusula *ipso facto* vinculada ao pedido de recuperação, quando a recuperanda precise do contrato para a continuidade de suas atividades, traduz prejuízo certo e desproporcional à recuperanda, sem prejuízos diretos para a parte contrária. Não há alteração objetiva do objeto do contrato a justificar sua extinção ou modificação judicial.

38. O dever de cooperação entre as partes, numa situação de busca de manutenção de um contrato empresarial de longa duração, não pode ser interpretado de forma a ampliar os ônus para além daqueles decorrentes estritamente do contrato objeto do ato de interpretação ou integração. Trata-se de colaboração específica tendo em vista o contrato e a manutenção dos interesses econômicos bilaterais, não se confundindo com um dever de cooperação com fundamentos genéricos e morais.

A imposição de um dever de renegociação dos termos do contrato se limita, no aspecto material, à decisão judicial que retira a eficácia da cláusula resolutiva expressa do tipo *ipso facto* ou de um direito à resilição imotivada, não se assemelhando à construção de novo

conteúdo contratual a partir de uma nova negociação. Limita-se a alongar o tempo do contrato ou mesmo adequá-lo a partir de um pedido específico e justificado da parte contrária à empresa em crise, considerando a necessidade de se manter o interesse econômico de ambas as partes no contrato.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO DE. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VI, t. II: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEM, FÁBIO P. *Contrato preliminar: níveis de eficácia*. São Paulo: Almedina, 2018.
- ALPA, GUIDO. *Trattato di diritto civile e commerciale: Il contratto in generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2014.
- AMARAL, FRANCISCO. *Direito civil: introdução*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ANDRADE, FLÁVIA CRISTINA MOREIRA DE CAMPOS. Extinção dos contratos no âmbito do processo de recuperação judicial. *Revista de direito recuperacional e empresa*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 5, jul-set/2017.
- ARAÚJO, FERNANDO. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil: teoria geral*, vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASQUINI, ALBERTO. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, 104/109.
- ASSIS, ARAKEN. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ATIYAH, PATRICK SELIM. *An introduction to the law of contract*. 5ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1995.
- AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *RT*, v. 832/2005, fev. 2005, pp. 115/137.
- \_\_\_\_\_. *Negócio jurídico*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAKER, SCOTT; KRAWIEC, KIMBERLY D. Incomplete contracts in a complete contract world. *Florida State University law review*. Vol. 33, 2006, Issue 3.
- BDINE JUNIOR, HAMID CHARAF. Resilição contratual e o art. 473 do CC. *Revista do advogado*. Ano XXXII, nº 116, jul. 2012.
- BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2ª ed., São Paulo: Almedina, 2022.

- BIGOLIN, PAULO ROBERTO DE SOUSA. Manutenção de contratos de desconto bancário em procedimentos de recuperação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 12, n. I, jun. 2018.
- BOBBIO, NORBERTO. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BONINI, PAULO ROGÉRIO; MACIEL, RENATA MOTA. A aplicação da cláusula *ipso facto* no caso de deferimento do processamento da recuperação judicial: estudo do tratamento legal pelo Canadá, EUA, Grã-Bretanha, Alemanha e diretiva da UE. *Liber Amicorum: uma homenagem aos 10 anos do Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro no STJ*. Coord. Wilson Furtado Roberto *et al.* Curitiba: Juruá, 2023.
- BORK, REINHARD. Pre-insolvency frameworks: developments in the European Union. *International Insolvency Review*, 2023; 1-17.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 17/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 16/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de janeiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em 16/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 17/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/\\_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_3/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm). Acesso em 17/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113966.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113966.htm). Acesso em 17/05/2024.

- BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14886.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14886.htm). Acesso em 17/05/2024.
- BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm). Acesso em 17/05/2024.
- BRASIL. Resolução Conselho Monetário Nacional nº 2682, de 21 de dezembro de 1999. Disponível em [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res\\_2682\\_v2\\_L.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf). Acesso em 17/05/2024.
- CARVALHOSA, MODESTO. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- CAVALCANTE, FÁBIO MURTA ROCHA. A falência e a recuperação judicial como causas de extinção de contrato empresarial em cláusula resolutiva. *RT*, v. 983, set. 2017.
- CAVALLI, CÁSSIO. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COASE, RONALD H. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloísa Gonçalves Barbosa. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.
- COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de direito comercial*; vol. 3. 20ª ed, São Paulo: Thomson ReutersBrasil, 2021.
- CORDEIRO, ANTONIO MENESES. *Tratado de direito civil*; 7º v.; direito das obrigações: Contratos. Negócios unilaterais. 2ª reimpr. da 1ª ed. Do tomo II da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2016.
- COUTO E SILVA, CLÓVIS. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- CROCCO, FABIO; SALAMA, BRUNO MEYERHOF. A racionalidade econômica do direito falimentar: reflexões sobre o caso brasileiro. In ABRÃO, CARLOS HENRIQUE; ANDRIGHI, FÁTIMA NANCY; BENETI, SIDNEI (coord.). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DELFINI, FRANCESCO. *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2019.
- DI GENNARO, MICHAEL J.; GOLDSTEIN, HARLEY J. Can Ipso Facto clauses resolve the discharge debate? An economic approach to novated fraud debt in bankruptcy. *DePaul Business and Commercial Law Journal*. V. 1, n. 3, 2003.
- DIDIER JR, FEDIE; BOMFIM, DANIELA SANTOS. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa. (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, V. 10/2017, pp. 305/330, Jan.-Mar./2017.
- DIENER, MARIA CRISTINA. *Il contratto in generale*. Milão: Giuffrè Editore, 2002, p. 73.
- DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais* – v. 3. 39ª ed., São Paulo: Saraivajur, 2023, ePub.

- DIRETIVA EU 2019/1023. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023>), acesso em 25/04/2023.
- EIDENMUELLER, HORST G. M. What can restructuring laws do? Geopolitical shocks, the new German Restructuring Regime, and the limits of restructuring laws. *European Corporate Governance Institute: law working paper* n° 672, 2022 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4308421>, acesso em 23.02.2023).
- FABRE-MAGNAN, MURIEL. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004.
- FASSÒ, GUIDO. *Storia della filosofia del diritto*; volume II: L'età moderna. Bologna: Mulino, 1968.
- FERNANDES, MICHAELA BARROS BARCELOS. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. *Revista brasileira de direito civil*, v. 20, abr-jun/2019.
- FIGUEIREDO, Helena Lanna; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FILOMENO, JOSÉ GERALDO BRITO. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- FORGIONI, PAULA A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Contratos empresariais: teoria e aplicação*. 8ª ed., rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- \_\_\_\_\_. Interpretação dos negócios empresariais. In *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRAZÃO, ANA. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 01, p. 105-125, jan./abr. 2018.
- FRYDLINGER, DAVID; HART, OLIVER; VITASEK, KATE. An innovative way to prevent adversarial supplier relationships. *Harvard Business Review*. Outubro 8, 2020.
- GELLHORN, ERNEST. Limitations on contract termination rights – Franchise cancellations. *Duke Law Journal*. V. 1967, n. 3, pp. 465/521.
- GHESTIN, JACQUES. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992.
- GILISSEN, JOHN. *Introdução histórica ao direito*. 8ª ed., trad. A. M. Espanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.
- GILSON, RONALD J.; SABEL, CHARLES F.; SCOTT, ROBERT E. Braiding: the interaction of formal and informal contracting in theory, practice and doctrine. *Columbia Law Review*, n. 110, n. 6, oct. 2010.
- GODOY, CLAUDIO LUIZ BUENO DE. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

- GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 6, Sep. 1981, pp. 1.089/1.150.
- GOMES, ORLANDO. *Contratos*. 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- GRAHAM, DANIEL A.; PEIRCE, ELLEN T. Contract modification: an economic analysis of the hold-up game. *Law and Contemporary Problems*. Duke Law, v. 52, n. 1, pp. 9/32.
- GRAU, EROS R.. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 20ª ed., atual. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023.
- HART, OLIVER; FRYDLINGER, DAVID; VITASEK, KATE. An innovative way to prevent adversarial supplier relationships. *Harvard Business Review*. Outubro 8, 2020.
- HEMINGWAY, JOAN MACLEOD. The potential legal value of relational contracts in a time of crisis or uncertainty. *Law and Contemporary Problems*. Duke Law, Vol. 85: 131-151, 2022.
- HILLMAN, ROBERT A. Court adjustment of long-term contracts one analysis under modern contract law. *Duke Law Journal*, v. 1987, feb., nº 1.
- IGLESIAS, FELIPE CAMPANA PADIN. *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2011.
- JOHNSON, HENRIK. *Ipsa Facto Clause: some legal and economic aspects on opting out of bankruptcy*. Tese de mestrado. *University of Lund*, 2000.
- KASER, MAX. *Direito privado romano*. 2ª ed., trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- KAYLA MARTIN, J.D. Protecting valuable interests through the unenforceability of ipso facto clauses. *American Bankruptcy Institute Law Review*. 10 St. John's Bankr. Research Lib., 18, 2018.
- KENT, ANDREW J. F.; MIRAKIAN, SHAHEN; MAEROV, ADAM C.; WEERASOORIYA, TUSHARA N. Eligible Financial Contracts vs Insolvency: Round II. *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto: Carswell, 2008. ([https://mcmillan.ca/wp-content/uploads/2020/07/AKent\\_EligibleFinancialContracts-vc-Insolvency\\_0108-1.pdf](https://mcmillan.ca/wp-content/uploads/2020/07/AKent_EligibleFinancialContracts-vc-Insolvency_0108-1.pdf), acesso em 18/02/2023)
- KIRSCHBAUM, DEBORAH. Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun/2006.
- KRAWIEC, KIMBERLY D.; BAKER, SCOTT. Incomplete contracts in a complete contract world. *Florida State University Law Review*. Vol. 33, 2006, Issue 3.
- LABORDERIE, ANNE-SOPHIE LAVEFVE. *La pérennité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005.
- LARENZ, KARL. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

- LOBO, PAULO. *Direito civil: contratos*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2024.
- LOPES, TERESA ANCONA. Princípios contratuais. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Coord. Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LORENZETTI, RICARDO LUIZ. *Tratado de los contratos: parte especial*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2021.
- LOTUFO, RENAN. Teoria geral dos contratos. *Teoria geral dos contratos*. Coord. RENAN LOTUFO, GIOVANNI ETTORE NANNI. São Paulo: Atlas, 2011.
- MACIEL, RENATA MOTA. Recuperação judicial e tutelas de urgência. *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei nº 11.101/05*. Org. ALEXANDRE ALVES LAZZARINI, THAIS KODAMA, PAULO CALHEIROS. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- MACIEL, RENATA MOTA; BONINI, PAULO ROGÉRIO. A aplicação da cláusula *ipso facto* no caso de deferimento do processamento da recuperação judicial: estudo do tratamento legal pelo Canadá, EUA, Grã-Bretanha, Alemanha e diretiva da UE. *Liber Amicorum: uma homenagem aos 10 anos do Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro no STJ*. Coord. Wilson Furtado Roberto *et al.* Curitiba: Juruá, 2023.
- MACKAAY, EJAN; ROUSSEAU, STÉPHANE. *Análise econômica do direito*. Trad. Raquel Sztajn, 2ª ed. [2ª reimp], São Paulo: Atlas, 2020.
- MACNEIL, IAN C. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Trad.: Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- \_\_\_\_\_. *The new social contract*. New Haven and London: Yale University Press, 1980.
- MAMEDE, GLADSTON. *Direito empresarial brasileiro; volume 5: teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARMO, LUCIA GIACCARDI. I contratti di cooperazione tra imprese. *I contratti in generale: I contratti atipici: primo tomo*. ALPA, GUIDO; BESSONE, MARIO. Torino: UTET, 1992.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO. *Da cessação do contrato*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- MARTINS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE. *Inadimplemento eficiente do contrato: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes*. Curitiba: Juruá, 2020.
- MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 3ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- \_\_\_\_\_. *Contratos. Conceito e evolução. Teoria geral dos contratos*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.
- MASTEN, SCOTT E., SNYDER, EDWARD A. The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations. *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, no. 1, 1989. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1191897> (acesso em 8 Mar. 2024).

- MELITO, GIANCARLO; SANTOS, THIAGO DO AMARAL. Validade da cláusula resolutiva no direito recuperacional. *Revista de direito recuperacional e de empresa*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 6, out-dez/2017.
- MENDES, MAX MAGNO FERREIRA. *Manutenção compulsória de contrato empresarial de longa duração na recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA DE. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MIRAGEM, BRUNO. *Curso de direito do consumidor*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- \_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MIRANDA, CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419.
- MORATO, ANTONIO CARLOS. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, RODRIGO CAVALCANTE. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança*. São Paulo: Almedina, 2021.
- NONNENBERG, MARCELO JOSÉ BRAGA NONNENBERG. *Integração produtiva, fragmentação da produção e evolução do comércio internacional: como evoluíram os países da Ásia e América Latina*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília-Rio de Janeiro: IPEA, 2013.
- OPPO, GIORGIO. I contratti di durata. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, v. XLI, 1943, parte prima.
- \_\_\_\_\_. I contratti di durata: parte II. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Vol. XLII, 1944, parte prima.
- PASETTI, GIULIO. Impresa dominante e rescissione. *Rivista di diritto civile*. Padova: CEDAM, ano XVII, Parte Prima, 1971, pp. 345/355.
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Instituições de direito civil: contratos – vol. III*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – vol. I*. 34ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- POSNER, ERIC. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso*. Trad. e adap. ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Insolvenzordnung - Insolvency Code of 5 October 1994* (Federal Law Gazette I, p. 2866), as last amended by Article 2 of the Act of 7 May 2021

- (Federal Law Gazette I, p. 850), in [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_inso/englisch\\_inso.html#p0587](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/englisch_inso.html#p0587), acesso em 12/12/2022.
- ROCHA, THELMA ROCHA. *Gestão dos stakeholders*. Coord. Thelma Rocha, Andrea Goldschmidt, São Paulo: Saraiva, 2010.
- RÖDL, FLORIAN. Contractual freedom, contractual justice, and contractual law (theory). *Duke Law*, v. 76: 57, n. 2, 2013, pp. 57/70.
- ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, VINCENZO. *Diritto privato*. 5ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Il Contratto*. 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Il contratto del duemila*. 3ª ed., Torino: G. Giappichelli, 2011.
- ROSENVOLD, NELSON. *Código Civil comentado*. Coord. Min. Cezar Peluso. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2014.
- ROUSSEAU, STÉPHANE; MACKAAY, EJAN. *Análise econômica do direito*. Trad. Raquel Sztajn, 2ª ed. [2ª reimp], São Paulo: Atlas, 2020.
- SABEL, CHARLES F.; GILSON, RONALD J.; SCOTT, ROBERT E. Braiding: the interaction of formal and informal contracting in theory, practice and doctrine. *Columbia Law Review*, n. 110, n. 6, oct. 2010.
- SACRAMONE, MARCELO BARBOSA. Cláusula de vencimento antecipado na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, n. 131, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed., São Paulo: Saraivajur, 2021.
- SALAMA, BRUNO MEYERHOF; CROCCO, FABIO. A racionalidade econômica do direito falimentar: reflexões sobre o caso brasileiro. In ABRÃO, CARLOS HENRIQUE; ANDRIGHI, FÁTIMA NANCY; BENETI, SIDNEI (coord.). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. O que é direito e economia? In TIMM, LUCIANO B. (org.) *Direito e economia*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. Republicação: RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (org.). *Fragments de um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/). Acesso em 20/05/2024.
- SALOMÃO FILHO, CALIXTO. Função social do contrato: primeiras anotações. In TEPEDINO, GUSTAVO; FACHIN, LUIZ EDSON (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Thomson Reuters, Ano 1, Volume IV, Junho/2011.
- SANSEVERINO, GUSTAVO STENZEL. *Tratamento dos contratos bilaterais na recuperação judicial*. São Paulo: Almedina, 2022.
- SARRA, J., PAYNE, J., MADAUS, S. The promise and perils of regulating *ipso facto* clauses. *International Insolvency Review*, 31(1), 45-80, 2022. (<https://doi.org/10.1002/iir.1446>, acesso em 27/10/2022)

- SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Tavares. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. Quartier Latin: São Paulo, 2013.
- SCHREIBER, ANDERSON. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SCOTT, ROBERT E.; GILSON, RONALD J.; SABEL, CHARLES F. Braiding: the interaction of formal and informal contracting in theory, practice and doctrine. *Columbia Law Review*, n. 110, n. 6, oct. 2010.
- SCOTT, Robert E.; GOETZ, Charles J. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 6, Sep. 1981, pp. 1.089/1.150.
- SILVA, LEONARDO TOLEDO DA. *Contratos de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção*. São Paulo: Almedina, 2017.
- SNYDER, EDWARD A.; MASTEN, SCOTT E. The Design and Duration of Contracts: Strategic and Efficiency Considerations. *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, no. 1, 1989, pp. 63–85. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1191897> (acesso em 8 Mar. 2024).
- STAATS, AARON C. VON. Ipso Facto and Chapter 7 Bankruptcies: Superfluous contract provisions, enforceable prenuptial, or contrary to the fresh start. *Boston College Law Review*. V. 32, Issue 3, Number 3, Article 5, 1991. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol32/iss3/5>, acesso em 26/10/2022)
- STAJN, RAQUEL. Mercados e função social do contrato. *Revista de Direito Empresarial*. V. 12/2015, pp. 19/33, Nov.-Dez./2015.
- \_\_\_\_\_. *Teoria jurídica da empresa*. 2ª ed., São Paulo: Grupo GEN, 2010. *E-book*, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- TAVARES, ANDRÉ RAMOS. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *O contrato e sua função social*. 4ª ed., São Paulo: Grupo GEN, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 106.
- TIMM, LUCIANO BENETTI. *Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano (posfácio)*. In POSNER, ERIC. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso*. Trad. e adap. ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOMASETTI JUNIOR, ALCIDES. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E ABUSO DE PODER CONTRATUAL Regime jurídico particularizado. Denunciabilidade restrita da

relação contratual a tempo indeterminado. Contrato de fornecimento interempresarial. Monopólio estatal de sociedade fornecedora. Aumento arbitrário de lucros. Ilícitos constitucionais e de direito comum. Providências processuais corretivas. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Org. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. São Paulo: Thomson Reuters, Ano 1, Volume IV, Junho/2011

UNCITRAL. *LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW*. United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, New York, 2005.

VACCARI, EUGENIO. The normative and Jural meanings of the anti-deprivation principle *vis-à-vis* freedom of contract. *International Insolvency Review*. 2022; 31: 235-274.

VASCONCELOS, RONALDO; GULIM, MARCELLO DE OLIVEIRA. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. *Revista de direito recuperacional e empresa*, v.7, jan-mar/2018.

VITASEK, KATE; FRYDLINGER, DAVID; HART, OLIVER. An innovative way to prevent adversarial supplier relationships. *Harvard Business Review*. Outubro 8, 2020.

WALTON, PETER; JACOBS, LÉZELLE. Corporate Insolvency and Governance Act 2020 – Interim report March 2020. *The Insolvency Service*. (<https://www.gov.uk/government/publications/corporate-insolvency-and-governance-act-2020-interim-report-march-2022>), acesso em 26/10/2022.

WALTON, PETER; JACOBS, LÉZELLE. Corporate Insolvency and Governance Act 2020 – Final evaluation Report November 2022. *The Insolvency Service* (<https://www.gov.uk/government/publications/corporate-insolvency-and-governance-act-2020-evaluation-reports/corporate-insolvency-and-governance-act-2020-final-evaluation-report-november-2022>), acesso em 18/04/2023.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZANETTI, CRISTIANO DE SOUZA. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZOPPINI, ANDREA. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. *Rivista di diritto civile*. Padova: CEDAM, ano LIV, nº 5, set/out 2008, pp. 515/541.