

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**A VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA EXPRESSA DE RESOLUÇÃO DE  
CONTRATO BILATERAL EM CASO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA OU DO  
DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO DO DEVEDOR**

**NOVA LIMA**  
**2012**

**ANDRÉ HOSTALÁCIO FREITAS**

**A VALIDADE OU NÃO DA CLÁUSULA EXPRESSA DE RESOLUÇÃO DE  
CONTRATO BILATERAL EM CASO DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA OU DO  
DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO DO DEVEDOR**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Linha de Pesquisa: As sociedades empresárias e suas atividades

Projeto: o novo paradigma do Direito Falimentar – a recuperação e a preservação das empresas.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

**NOVA LIMA**  
**2012**

F862v Freitas, André Hostalácio.

A Validade ou não da cláusula expressa de resolução de contrato bilateral em caso de decretação de falência ou do deferimento das recuperação do devedor / André Hostalácio Freitas. - 2012.  
78 f.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo  
Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 72 - 78

1. Contrato. 2. Cláusula resolutória expressa. 3. Validade. I. Título.



Dissertação intitulada “A validade ou não da cláusula expressa de resolução de contrato bilateral em caso de decretação de falência ou do deferimento da recuperação do devedor”, de autoria do mestrando André Hostalácio Freitas, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo  
Orientador

---

Prof.  
Examinador

---

Prof.  
Examinador

---

Prof.  
Suplente

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000- 000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

À minha esposa Luciana, pelo incentivo e compreensão durante todo o período de estudo.



A você, todo o meu amor!

## **AGRADECIMENTOS**

A todos os professores do mestrado, especialmente a meu orientador, Prof. Dr. Vinícius Gontijo, pela amizade e pela luz que foi e sempre será.

Ao mestre e amigo Prof. Dr. Luciano Santos, pelo apoio fundamental.

Aos meus amigos e constantes colaboradores, Profa. Mestra Maria Fernanda de Lima Moura, Prof. Mestre Fábio Antunes Gonçalves e Eduardo Gonçalves, pela participação decisiva em todas as etapas da realização do trabalho.

Ao meu mestre dos sonhos, Prof. Luis Frederico da Cunha Rego, por não ter perdido a esperança, quando até eu mesmo já havia perdido.

"Na vida, não vale tanto o que temos, nem tanto importa o que somos. Vale o que realizamos com aquilo que possuímos e, acima de tudo, importa o que fazemos de nós!"

Chico Xavier

## RESUMO

É comum se encontrar, no mundo empresarial, contratos que contemplam cláusula prevendo, expressamente, a resolução destes em virtude da falência ou da recuperação do empresário. Ocorre que a principiologia da Lei 11.101/05 estabelece bases cada vez mais condizentes com a dinâmica negocial, que difere, essencialmente, da dinâmica particular, de cunho mais civilista. Entretanto, estas tais cláusulas insistem em se fazerem presentes, fato que ainda divide a doutrina. Muito embora ainda se identifique tal cisão doutrinária em torno do tema, razão não assiste aos que defendem a validade da cláusula, tendo em vista três pilares básicos: a Lei 11.101/05 tem como base proporcionar o maior aproveitamento possível dos ativos do empresário, bem como promover a superação da crise econômico-financeira do devedor com a preservação da empresa, o que seria mitigado caso determinado contrato, que fosse estrutural da atividade, fosse rompido pelo simples fato de se reconhecer a insolvência, sem ao menos se identificar se havia ou não patrimônio que pudesse honrar as dívidas do empresário. Este rompimento poderia até mesmo reduzir as chances de recebimento ou inverter a ordem de prioridades adotada pela própria lei, distorcendo a razão de ser de sua edição; a cláusula resolutória rompe com os princípios da função social do contrato e da empresa, haja vista que prejudica terceiros estranhos à relação jurídica, trazendo a tona a irrestrita autonomia privada, o que não é mais desejável; o entendimento de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, liquida a questão, dado que a legislação falimentar deve prevalecer sobre a legislação privada, ou seja, se a lei prevê que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, não há que se buscar entendimento outro no diploma civil. Portanto, é inválida a cláusula de resolução de contrato bilateral no caso de decretação da falência ou de deferimento da recuperação do empresário.

**Palavras-chave:** Contrato. Cláusula resolutória expressa. Validade. Falência. Recuperação.

## ABSTRACT

It is common to find in the business world, contracts that include clause providing expressly addressing these because of bankruptcy or recovery manager. It happens that the principiology of Law 11.101/05 establishes bases increasingly consistent with the dynamics of negotiation, which differs essentially from the particular dynamics, of a more civilist. However, they insist on such clauses make themselves present, a fact that still divides the doctrine. Although still identify such doctrinal split around the theme, why not watch those who defend the validity of the clause, through three basic pillars: the Law 11.101/05 is based on providing the best possible use of the assets of the business and how to promote the overcoming of economic and financial crisis with the preservation of the debtor company, which would be mitigated if a particular contract that was structural activity, was broken by the simple fact of recognizing the insolvency without even identify whether there was or assets that could not honor the debts of the business. This disruption could even reduce the chances of receiving or reverse the order of priorities adopted by the law itself, distorting the raison of its edition, the termination clause breaks with the principles of the social contract and the company, given that damages persons outside the legal relationship, bringing out the unrestricted autonomy, which is not the most desirable, the understanding that the special law prevails over general law settles the question, since the bankruptcy laws should prevail over the private legislation, if the law provides that bilateral contracts are not resolved by the bankruptcy, there is another who seek understanding in civil diploma. Therefore, the clause is invalid for resolving bilateral contract in case of declaration of bankruptcy or deferral of recovery manager.

**Keywords:** Contract. *Ipso facto* clause. Validity. Bankruptcy. Recovery.

## SUMÁRIO

<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>78</u>
-------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Não raro são encontradas em diversas espécies de contratos cláusula prevendo a possibilidade de uma das partes, caso seja configurada a insolvência da outra, rompê-lo. Nesse sentido, o simples fato de o empresário ser declarado insolvente, por si só já seria motivo suficiente para a resolução do contrato, mesmo que nenhuma obrigação constante do mesmo houvesse sido inadimplida. Há que se notar, todavia, que existem casos em que o procedimento falimentar se instala em virtude de uma falta de liquidez momentânea, sem que o episódio esteja relacionado à ausência de patrimônio suficiente para saldar as dívidas.

Aliado à isto, inúmeros contratos estão relacionados à atividade crucial do empresário, especialmente os contratos de duração continuada, que no momento da rescisão podem provocar instabilidade que coloque em risco a continuação da própria atividade empresarial.

Fato que desperta interesse é que mesmo se identificando que os tribunais têm se direcionado a um posicionamento contrário aos efeitos que a cláusula pode provocar, bem como questionando a sua validade, além de haver certa concordância doutrinária sobre a obrigatoriedade de se respeitar as normas disciplinadoras do instituto da falência, estas cláusulas insistem em se fazerem presentes nos contratos do ambiente empresarial.

Ocorre que a relação contratual vai além das partes envolvidas, já que provoca efeitos em diversos âmbitos, especialmente na perspectiva de terceiros envolvidos indiretamente com o negócio.

Mais séria é a discussão quando se busca a interpretação dos dispositivos previstos na Lei 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, quando conjugados especialmente com os artigos 49, §2º e 117, que tratam dos efeitos e desdobramentos das relações obrigacionais nos casos de falência e recuperação. Pelo que se entende, a promulgação da Lei 11.101/05, que substituiu o Decreto-lei 7.66/45, teve o intuito de modernizar o procedimento, principalmente quando fomenta a recuperação judicial ou extrajudicial do empresário. Entretanto, por serem as bases dos contratos disciplinadas pelo Direito Civil, a tendência é que estes se estabeleçam em uma perspectiva essencialmente civil e não empresarial, o que pode apresentar um obstáculo na concretização das reais intenções da lei nova.

Dessa forma, inicialmente será realizada uma abordagem conceitual, porém sintética, do instituto do Contrato, assim como suas principais características e requisitos.

Posteriormente, proceder-se-á à uma breve incursão sobre o concurso creditório, com ênfase nas finalidades e perspectivas da Lei 11.10/05, especialmente.

Em seguida, serão confrontados alguns posicionamentos prós e contras à cláusula de resolução expressa, considerando-se, dentro do possível, as perspectivas civil e empresarial falimentar.

Logo após, o estudo partirá para uma singela reflexão sobre o que se entende por lei geral e lei especial, para, ao final se apresentar a conclusão sobre o a problemática em questão.

Assim, a pretensão desse estudo é analisar a validade ou não da cláusula de resolução expressa no caso de falência ou recuperação, confrontando os ideais da Lei 11.101/05, especialmente, mas não só, com os ditames civis que regulamentam os contratos.

O desenvolvimento deste trabalho parte da pesquisa teórica, com base em doutrina, artigos eletrônicos e revistas especializadas, incluindo a análise de leis antigas, até mesmo revogadas, além de outras que envolvem o tema central do presente e precedentes dos tribunais relacionados ao tema central. Para tanto, foram adotadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e o Padrão de Normatização da Faculdade Milton Campos.



## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO JURÍDICO DO CONTRATO

A construção conceitual do instituto do contrato guarda referências e requisitos basilares para todo o Direito Civil e desde os tempos de BEVILÁQUA (1950)<sup>1</sup>, o contrato é conceituado de forma bastante simples, citado pela quase unanimidade de autores, como sendo uma pactuação de vontades com o fito de obter, proteger, modificar ou extinguir direitos. Note-se que o conceito guarda muita similaridade com a própria definição de negócio jurídico, que seria qualquer forma de manifestação da vontade que tenha por finalidade a ocasionar efeitos jurídicos. A razão é que os contratos são os melhores expoentes dos negócios jurídicos, o que justifica a própria miscigenação conceitual.

Como são autênticos criadores de relações jurídicas, são apontados como sendo um dos mais importantes geradores de obrigações, seguidos pelas declarações unilaterais de vontade e pelos os atos ilícitos culposos ou dolosos, nos dizeres de Gonçalves (2010, p. 21).

Importante destacar que como condição de instrumentos de emissão de vontade, impescindem de uma estrutura jurídica que suporte sua existência, validade e eficácia, requisitos que a própria parte geral do Código Civil de 2002 se encarrega de fornecer. A partir daí transformam-se em fontes imediatas ou diretas das obrigações, assumindo a lei um papel secundário, embora sem merecer menor importância.

Ruggiero (1973, p. 27) afirma que, atualmente, independente de qualquer forma que se refira aos contratos, seja chamando-os de convenções ou de pactos, o sentido será o mesmo. Tradicionalmente as convenções eram tratadas como acordos de vontade, entre duas ou mais pessoas, sobre determinado objeto, já o contrato ficava restrito às convenções que criavam obrigações. Note-se que Direito Romano nitidamente distinguia a convenção, que era o gênero, do contrato, que era espécie, mas atualmente a diferenciação não mais se justifica. É o que preceitua Pereira (2005, p.10) quando pontua que as distinções perderam o sentido, especialmente depois da obra genial de Savigny, que afastou a distinção entre eles.

Em suma, os contratos são espécies de negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, que necessitam da participação de pelo menos duas partes para que se aperfeiçoem e para que provoquem efeitos jurídicos, representando uma conjunção de interesses, diferentemente dos negócios jurídicos unilaterais, que se aperfeiçoam pela emissão de vontade de apenas uma parte.

---

<sup>1</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. ed. São Paulo: 1950. v. IV.

Além disso, importante o destaque de Fiúza (2009, p. 398), quando prega que os contratos detêm três funções primordiais: a econômica, a pedagógica e, relacionada às outras duas, a função social, nestes termos:

A função econômica dos contratos é variada. Os contratos auxiliam no processo de circulação da riqueza. É por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica, desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular as riquezas, mas ajudam a distribuir a renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos nossas necessidades. Tendo em vista a função pedagógica, contrato é meio de civilização, de educação do povo para a vida em sociedade. Aproxima os homens dos homens, abate suas diferenças. As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenham sua própria palavra. A função social dos contratos é como que uma síntese das duas funções anteriores. Os contratos são fenômeno econômico-social. Sua importância, tanto econômica quanto social salta aos olhos. São meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem a dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros. Esta seria a função social dos contratos: promover o bem-estar e a dignidade dos homens, por todas as razões econômicas e pedagógicas acima descritas. A função não serve apenas para limitar o exercício dos direitos, mas antes de tudo para promover a dignidade humana.

Em tempo, há que se destacar o conteúdo de contrato proposto por Paulo Nalin (2011, p. 49), nestes termos: “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.

Este conceito vai de encontro ao conteúdo atualmente definido pela escola do Direito Civil-Constitucional, visto que os contratos encontram-se extremamente amparados por princípios constitucionais basilares, que estabelecem novas referências para a ordem econômica, tais como a valorização da livre iniciativa econômica e a função social da propriedade e dos contratos, a fim de que se reduzam as desigualdades sócio-econômicas, almejando, assim, a solidariedade social, disposta no art. 3º, I da Constituição Republicana de 1988.

É de se notar, que tais vetores interpretativos fortalecem, ainda mais, a ligação externa – com terceiros não envolvidos diretamente na relação jurídica – que se estabelece quando da apreciação da própria função social do contrato.

Por óbvio que, sem adentrar na caracterização doutrinária de cada um deles, existem os requisitos essenciais do negócio jurídico, estatuídos no artigo 104, do Código Civil, que quando ausentes, condenam de morte o próprio contrato, quais sejam: o agente capaz e com legitimidade para praticar o ato; a forma prescrita ou não proibida por lei; e o objeto lícito,

possível, determinado ou determinável, considerando-se a vontade – consentimento – não como requisito, mas como pressuposto de existência do próprio pacto.

## **2.1 Planos de Existência, Validade e Eficácia Aplicáveis ao Contrato: Breves Considerações**

Os contratos, por serem negócios jurídicos por excelência, também devem percorrer os planos ou dimensões de “existência”, “validade” e “eficácia”, magistralmente definidos por Antônio Junqueira de Azevedo (2000), com base no ensinamento do insigne Pontes de Miranda (1974), que, em seus tomos III, IV e V, estabeleceu uma estrutura única para explicá-los. Destaca-se que o entendimento é de tamanha importância, que foi denominado “Escada Pontiana”.

Partindo para as definições, com enfrentamento direto da teoria, tem-se que quando se trata do ‘plano de existência’, observar-se-á se o contrato detém como seus elementos: a vontade manifesta, objeto e forma. Neste plano, se presentes estes elementos, ter-se-á como existente. Note-se que não há qualquer aperfeiçoamento destes elementos, basicamente a constatação da sua presença, mesmo que sem qualquer qualidade.

Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 367) esclarece que é neste plano que se busca identificar a presença destes elementos constitutivos do negócio jurídico, que se ausentes estar-se-ia diante de um “não ato”, não havendo que se cogitar em validade ou eficácia.

Neste plano, portanto, não se busca averiguar se a vontade manifestada é livre, ou se objeto é lícito, apenas se estes elementos estão simplesmente presentes. Assim, se forem identificados tais elementos, ter-se-á por existente o negócio jurídico

Importante consignar, de antemão, que a vontade, para alguns doutrinadores, é elemento do negócio jurídico, como é o caso de Washington de Barros (2005, p. 314) e Maria Helena Diniz (2003, p. 384). Para outra parte da doutrina, como é o caso de Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 402), é mais do que um elemento, a vontade é um pressuposto para a existência do negócio jurídico.

Nas palavras de Fiúza (2009, p. 399), extrai-se:

Para que um contrato seja válido, produzindo os efeitos desejados pelas partes, deve, aliás, como qualquer outro negócio jurídico, preencher certos requisitos de validade, que devem estar presentes antes e durante a celebração. Os requisitos anteriores à celebração são pressupostos. Pressupostos são aquelas condições que devem estar presentes antes mesmo da celebração, como, por exemplo, a capacidade das partes. Os requisitos que devem estar presentes durante a celebração

dizem respeito à própria constituição do conteúdo do vínculo contratual, podendo ser chamados de elementos do contrato, como a forma adequada pela qual o contrato deverá ser celebrado, o objeto sobre o qual se está pactuando etc.

Vencido o plano de existência, parte-se para a verificação do “plano de validade”. Neste os elementos do plano de existência devem estar aperfeiçoados, nos seguintes termos: vontade livremente manifestada, agente capaz e legitimado para contratar, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e por fim, se reveste da forma prescrita ou não defesa em lei. Esta dimensão atinge os requisitos estabelecidos no art. 104, do Código Civil que, quando presentes, tornam válido o negócio jurídico, via de consequência, o próprio contrato.

Como pontifica San Tiago Dantas (2000, p. 336):

Os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Para que, porém, produzam efeito, é indispensável que reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os de sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação e extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo.

Por fim, perpassadas as duas dimensões acima descritas, partir-se-á para a análise da terceira dimensão ou ‘plano de eficácia’.

O plano de eficácia, tem por temática o estudo do negócio jurídico no sentido de se averiguar se a este foram adicionados algum termo, condição ou encargo. Importante ressaltar que tais elementos são descritos pela doutrina especializada como elementos acidentais do negócio jurídico, ou seja, são elementos que podem fazer parte da relação jurídica estabelecida, mas sem se caracterizar como elemento essencial da mesma, *a priori*. Ocorre que, uma vez inseridos no negócio jurídico, tornam-se de observação obrigatória, revestindo-se da essencialidade dos demais elementos.

Antônio Junqueira de Azevedo (2000, p. 19), assim se pronuncia sobre este plano:

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano de eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, de sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.

Percorridos todos os planos e preenchidos todos os respectivos elementos ou requisitos, o negócio jurídico, e via de consequência o próprio contrato, estará apto a ser legitimado.

## 2.2. Negócio Jurídico Unilateral e Bilateral, Contrato Unilateral e Bilateral

É de se notar, que embora todos os contratos sejam negócios jurídicos bilaterais, nem todos os contratos são contratos bilaterais.

Inicialmente, há que se consignar que, segundo Gomes (1983, p. 396), o contrato é unilateral se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão somente, para uma das partes – *ex uno latere*. Nesse sentido, por dedução, se o contrato, quando formalizado, cria obrigações para duas ou mais partes, será tido como contrato bilateral ou plurilateral, respectivamente.

Gonçalves (2010, p. 90) assim preleciona:

Bilaterais são os contratos que geram obrigações para ambos os contratantes, como a compra e venda, a locação, o contrato de transporte, que por serem obrigações recíprocas, serão denominadas sinalagmáticas.

Embora a terminologia apresentada cause certa estranheza, é bom que se estabeleçam os fatores de diferenciação entre um e outro.

Quando se fala em negócio jurídico bilateral, diz-se que o negócio jurídico está formado a partir de duas ou mais manifestações de vontade, apenas isto, como é o caso da clássica compra e venda. Ao contrário, quando se fala em negócio jurídico unilateral, como no caso do testamento, a emissão de vontade cabe apenas a uma parte.

Os contratos bilaterais, então, são aqueles em que as prestações, obrigações, são recíprocas entre os participantes do negócio jurídico. Nesse sentido, se um contrato estabelece uma obrigação apenas para uma das partes, não há que se falar em bilateralidade, mas sim em unilateralidade.

Percebe-se que para que o negócio jurídico possa ser considerado unilateral ou bilateral, dever-se-á observar se, no momento da sua celebração, existe emissão de uma vontade apenas ou de duas ou mais.

Noutro giro, quando se falar em contrato unilateral ou bilateral, observar-se-á se o negócio cria obrigações para apenas uma das partes, ou se cria obrigações recíprocas, o que permitirá distinguir um de outro.

Assim, o negócio jurídico bilateral é aquele que possui mais de uma fonte de emissão de vontade. Já o contrato bilateral é aquele que cria obrigações para ambas as partes.

### 2.3. Função Social do Contrato

A relação do Direito, dos Contratos e das Obrigações é algo que se encontra intimamente ligado, se tangenciando em um *motu continuo*, do qual o entendimento se mostra como elemento basilar para se compreender a importância destas relações e sua aplicação na sociedade, sobretudo no que pertine às funções e/ou elementos dos próprios contratos que se exteriorizam. Tais elementos estão revestidos no que se convencionou chamar de função social do contrato, consistindo, basicamente, das atribuições às quais o contrato deve desempenhar e/ou observar para que seja juridicamente válido, socialmente aceito, e moralmente reconhecido.

Antes mesmo do reconhecimento da função social de que o contrato deve se ocupar, Rousseau já discorria, ao dizer que “o homem nasceu livre, e não obstante, está acorrentado em toda a parte”. Ele ainda defendia que “[...] a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. Não obstante, este direito não provem da Natureza; funda-se em convenções” (ROUSSEAU, 1978, p. 11). Inegavelmente, a ordem social é de importância ímpar para o Direito, posto que é a que possibilita a harmonia e coesão indispensáveis para a vida em sociedade.

Assim, é possível se aduzir que a ordem social somente pode ser derradeiramente obtida com o atender dos interesses da coletividade, ainda que nas relações particulares.

Ante tal perspectiva, nota-se que os contratos, inicialmente, visavam recolher o homem do estado de barbárie que o dominava, uma vez que a vida em sociedade exigia um mínimo de segurança de suas posses. Por conseguinte, os contratos surgiram como uma forma de se limitar o uso da força e da vontade de apenas uma pessoa, consistindo em uma forma de pactuação entre os envolvidos, com a publicidade e aceitação que lhe são indispensáveis, e que possibilitam o mínimo de segurança patrimonial e jurídica necessários para a vida em sociedade. Daí já se observa certo fundamento de pacificação social nos contratos, que seria um esboço do que viria a se ter hodiernamente.

Emerge, neste contexto, o *pacta sunt servanda* como um pressuposto basilar dos contratos, segundo o qual, o ato de contratar, quando devidamente realizado, faz lei entre as partes, obrigando-as a cumprir com aquilo que foi acordado<sup>2</sup>, devendo, os contratantes se

---

<sup>2</sup> Esta colocação tem seus primórdios no artigo 1.134 do Código Civil Francês de 1804, que serviu de inspiração ao legislador que redigiu o Código Civil Brasileiro de 1916 (‘Código de Beviláqua’). Assim estipula o artigo da legislação francesa: ‘Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite’ (PARIS, 1804). (As convenções legalmente formadas têm a força de lei para aqueles que as fizeram) (tradução livre).

aterem à disposição contratual que assumiram quando de sua lavratura, conforme asseverado por Hobbes (1988, p. 52-53):

Que os homens cumpram os pactos que celebrarem. Sem esta os pactos seriam vãos, e não passariam de palavras vazias; como o direito de todos os homens a todas as coisas continuaria em vigor, permaneceríamos na condição de guerra. [...] Portanto a justiça, isto é, o cumprimento dos pactos, é uma regra da razão, pela qual somos proibidos de fazer todas as coisas que destroem a nossa vida, e por conseguinte é uma lei de natureza.

Esta colocação acerca da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos é aduzida, ainda, por Rousseau, no capítulo III, de O Contrato Social, ao esclarecer que “o mais forte nunca o é bastante para ser sempre o amo, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever” (ROUSSEAU, 1978, p. 13). Assim, o contrato, per se, torna a obediência dos contratantes às cláusulas estipuladas um dever.

Todavia, dada a dinamicidade das relações sociais, e alicerçado no fato de que o homem é um fim em si mesmo, prescindindo de outros meios para sua valoração, a força absoluta dos contratos não tem mais acolhimento, devendo, este, se vincular a determinados princípios jurídicos e sociais, como, e.g., a razoabilidade, a função social, a boa-fé, e a paridade das partes. Tais requisitos possuem a capacidade de relativizar a conceituação e interpretação originais do instituto contratual, de forma que ele deixa de ser considerado como algo onipotente, isolado e absoluto, sem interligações com os outros ramos do Direito e fatores sociais e econômicos.

Nesse sentido, a autonomia sem limites instituída pelo *pacta sunt servanda* vem sendo mitigada pelo pensamento jurídico contemporâneo, posto que recobriu, por vezes, inúmeros excessos, inclusive praticados sob o palio da legalidade de sua liberdade contratual e da obrigação de se cumprir de forma estrita o que foi convencionado na epístola contratual. Deste modo, a liberdade contratual, que outrora se vinculava – e tinha seus limites apenas na autonomia da vontade –, atualmente tem, na função social, um estanque da suposta arbitrariedade das/nas relações privadas. A ilicitude das relações contratuais teve sua definição ampliada para açambarcar os atos que se manifestam além dos horizontes da função social do contrato.

Na contemporaneidade, observa-se que o contrato, assim como o próprio Direito e toda e qualquer relação jurídica e/ou social, vem se revestido de escopos transindividuais que permeiam toda a relação contratualista, estipulando determinados liames cujo cumprimento é e/ou deve ser inerente à obtenção do justo. Esta concepção de Justiça emanada de elementos metaindividuais e coletivos, foi discorrida por John Rawls em 1921, que preleciona:

[...] a idéia fundamental de uma sociedade bem-ordenada – uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça – é uma ideia associada utilizada para definir a ideia organizadora central da sociedade como um sistema equitativo (sic.) de cooperação. Dizer que uma sociedade política é bem-ordenada significa três coisas: Primeiro, e implícito na idéia de uma concepção pública de justiça, trata-se de uma sociedade na qual cada um aceita, e sabe que os demais também aceitam, a mesma concepção política de justiça (e portanto os mesmos princípios de justiça política). Ademais, esse conhecimento é mutuamente reconhecido: ou seja, as pessoas sabem tudo o que saberiam se sua aceitação de tais princípios tivesse resultado de acordo público. Segundo, e implícito na idéia de regulação efetiva por uma concepção pública de justiça, todos sabem, ou por bons motivos acreditam, que a estrutura básica da sociedade – ou seja, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como elas interagem como sistema de cooperação – respeita esses princípios de justiça. Terceiro, e também implícito na idéia de regulação efetiva, os cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça, ou seja, um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos, e, de modo geral, agir de acordo com o que sua posição na sociedade, com seus deveres e obrigações, o exige (RAWLS, 2003, p. 11-12).

Numa sociedade bem-ordenada, portanto, a concepção pública de justiça fornece um ponto de vista aceito por todos, a partir do qual os cidadãos podem arbitrar suas exigências de justiça política, seja em relação a suas instituições políticas ou aos demais cidadãos, finaliza Rawls (2003, p. 14).

Face a tais considerações e digressões, embora o contrato, por si só, possa ser entendido como sendo “a palavra com que os homens designam a transferência mútua de direitos” (HOBBS, 2012, p. 110), é admissível que se possa compreender e/ou se denotar que, “se por meio de sinais ou palavras, o homem parece se despojar do fim para o qual esses sinais foram criados, isso não significa que é isso mesmo que ele pretende dizer, ou que essa é sua vontade, mas que ele ignora como essas palavras e ações serão interpretadas” (HOBBS, 2012, p. 110).

Tal interpretação contratual demanda uma série de outras ponderações, que abarcam diversas searas que tangenciam e/ou são tangenciadas pela vida em sociedade, como a moralidade, a publicidade, a eficiência, o bem comum, o respaldo legal, e muitos outros, com especial destaque para a percepção, aceitação e impacto social da estipulação contratual. A função social do contrato, neste aspecto, pode ser considerada como o “elemento-mor”, como o fim último e princípio maior do contrato, para onde todos os demais princípios convergem e se consubstanciam. Assim sendo, observa-se a inovação do legislador, na esteira dos ditames constitucionais, que disciplinou que o contrato não se vincula unicamente às disposições jurídicas categóricas que lhe conferem valor e concretude, mas, se liga de forma inalienável com o que é eticamente exigível na perspectiva pessoal-privada e no horizonte social da coletividade, abolindo, assim, o pandectismo do legislador do Código Civil de 1916.



Tal concepção sofreu profundas alterações com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de romper com as concepções liberais burguesas que estavam até então arraigadas, principalmente, nos institutos jurídicos do Direito Privado, que foram concebidos e eram interpretados tomando por base valores estritamente individuais e positivistas. Nesse sentido, as normas constitucionais de 1988 – que inauguram o paradigma do Estado Democrático – estabelecem como pilares do sistema jurídico valorização da livre iniciativa e da propriedade, desde que conjugadas com a observância de que tais elementos devem respeitar e promover a função social.

Importante consignar a reflexão de Tereza Ancona Lopes (2007, p. 5), quando trata da socialidade dos novos tempos dos contratos:

Em suma, a socialidade choca-se com o individualismo. Em outras palavras, houve a vitória dos valores coletivos sobre os individuais e, como afirma Reale, sem perda do valor fundante da pessoa humana. Assim, na interpretação contratual os valores sociais ou coletivos devem prevalecer sobre os individuais, quando houver tensão entre as duas situações.

Com o desfraldar dessas novas concepções paradigmáticas, observa-se que o legislador infraconstitucional, observando a ordem constitucional e no afã de atender aos anseios de uma sociedade dinâmica e em constante procedimento mutacional e evolutivo, que se volta cada vez mais para o ideal humano de fraternidade, imbuiu a nova legislação civilista com uma determinação cristalina e ao mesmo tempo etérea – ao passo que não tem um rol explicitativo de sua aplicação, sendo, ao contrário, deixada “aberta” para adequação aos mais diversos casos que se apresentam de forma concreta aos palácios da justiça –. A determinação encerrada no Código Civil de 2002, em seu artigo 421, portanto, determina, sem o pairar de qualquer sombra de dúvida, que o contrato deve ser elaborado e concretizado visando não apenas a vontade dos particulares contratantes, mas sobretudo a finalidade que a sociedade almeja dele, a função deste contrato no nicho social, e seu préstimo social. Nesta acepção discorre Neto (2007, p. 154):

[...] ao contrário do que já se possa ter pensado afoitamente, a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso.

Neste paradigma, destacam-se como certeiras as palavras de Fernando Noronha, ao afirmar que o contrato “não obriga propriamente porque tenha sido ‘querido’, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social [...]” (1994, p. 82).

Neste átimo nota-se que o contrato se reveste de uma significação que excede os contratantes. Estes tais elementos sociais exteriores aos mesmos devem ser considerados, podendo e devendo, influir no contrato, quer seja em sua redação, quer em sua execução, atuando como mandamentos de otimização cuja satisfação pode se dar em variados graus, tendo, esta satisfação, um atrelar das possibilidades jurídicas e fáticas.

Paulo Nalin citado por Lotufo (In. LOTUFO; NANNI, 2011, p. 131) pontua com autoridade que “a função social do contrato não se revela, uma vez inobservadas a igualdade, a equidade ou a boa-fé”. Contrato justo, por outro lado, é aquele socialmente funcionalizado”.

### 2.3.1 A Visão Contemporânea da Função Social do Contrato

Com a conhecida astúcia de sempre, César Fiuza (2009, p. 411), assim dispõe:

Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e circulação de riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social.

Este entendimento tem sua origem no artigo 421 do Código Civil, que prevê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”<sup>3</sup>.

Desponta daí o fato de que o contrato, assim como todo direito “só pode ser legitimamente exercido se em harmonia com a finalidade para a qual é reconhecido aos particulares, que é sempre e necessariamente social” (NORONHA, 1994, p. 84).

Já dizia Jossierand nos primórdios do século XX:

Toda prerrogativa, todo poder jurídico são sociais na sua origem, na sua essência e até na missão que estão destinados a cumprir; como poderia ser diferente, se o direito objetivo tomado no seu conjunto ‘a juridicidade’(*juricité*), não é outra coisa senão a regra social obrigatória? A parte não poderia ser de natureza diferente do todo. (*Apud* NORONHA1994, p. 84).

Neste cunho imposto pela ordem social e consagrado pela ordem jurídica, o Direito tem seu exercício delimitado pelas acepções e aceitações sociais, sendo que o exercício de um direito de forma contrária ao interesse social perfaz-se de antijuridicidade, configurando um abuso de direito. Na mesma senda discorre a doutrina de Moraes (2005, p. 100), ao assegurar que “o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse

<sup>3</sup> (BRASIL. Código Civil Brasileiro *In*. Vade Mecum Editora Saraiva S.A. com a colaboração de CURIA; CÉSPEDES; NOCOLETTI, 2012, p. 177)

individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”.

Decorre desse entendimento, que desta função precípua do contrato como fruto da autonomia da vontade – sobretudo da autonomia da vontade privada, fundamentada no arbítrio das partes, mas que tem suas margens e seu plano de atuação e extensão delimitados ou, mais acertadamente indicados pela vontade social –, se ergue a possibilidade jurídica de sua revisão em razão de suas atribuições e repercussões sociais. Mostra-se, outrossim, um instrumento ímpar para que se consiga, atendendo à vontade e/ou necessidade social, redefinir o contrato e seu conceito enquanto um ‘contrato justo’, de uma justiça contratual material e social. Este entendimento se justifica no fato de que o contrato não é um elemento jurídico isolado, inerte e neutro, mas ao contrário, é um fato social que repercute em todas as esferas da sociedade em que se deu e na qual atua, operacionalizando, desta forma, a concretização de valores tidos como globais, não sendo mais, um *res inter alios acta*<sup>4</sup>, não podendo ser concebido, presentemente, como um *privatus ius est quod singulorum utilitatem pertinet*<sup>5</sup>.

Acerca da solidez de se debater tal temática, Rosenvald e Farias (2011, p. 205) explicitam a relevância de tal proceder, ao afirmar que a previsão normativa da função social do contrato é uma “cláusula geral de grande envergadura e confins ainda imprecisos”, dada a sua importância, subjetividade e dinamicidade. A falta de precisão conceitual e incidental da função social do contrato é, conforme Pablo Rentería (2006, p. 131), algumas das vezes, o que dificulta a atuação do operador do direito, dada a ausência de um conteúdo normativo que conceda à função social um escopo de aplicação que lhe seja próprio, e que seja revestido de efetividade. Sobre esta dificuldade conceitual, e sobre a diáfana colocação do legislador ao não explicitar um rol acerca de tal regra, é pertinente ponderar que não se poderia exigir dos edis nada diferente do que foi fixado no texto normativo, visto que bastante dificultosa uma definição apriorística das inúmeras hipóteses que poderiam configurar a violação de tal preceito, de forma que apenas a solidez, a eticidade e moralidade da relação negocial é que hão de descrever a própria ‘patologia contratual’, se existente.

A função social do contrato coaduna-se com a função social da propriedade, dada a relação visceral entre os bens e o ato contratual que, invariavelmente, incide sobre bens, quer sejam eles físicos, intelectuais, tangíveis ou intangíveis. Desta forma, ao se tecer uma consideração hermenêutica sobre o artigo 421 do Código Civil, nota-se que, diferentemente do que se pode aduzir a uma primeira vista, a função social do contrato não visa mitigar por

---

<sup>4</sup> Trad.: ‘Coisa realizada entre outros

<sup>5</sup> Trad.: “O Direito Privado é o que visa a utilidade dos particulares”.

completo a liberdade contratual, mas sim legitimar tal liberdade, delimitando-a. A liberdade de contratação é, ainda, derradeira, muito embora a ordem jurídica tenha que submeter tal composição contratual ao crivo da sociedade no que tange ao seu ‘mérito’ e atuação, almejando pela concretização dos elementos valorativos que se erguem com a ordem constitucional vigente, e com o ideal de fraternidade que impera na Democracia, sendo, a função social, não apenas um limite imposto às relações de contratação, mas também uma razão que deve ser seguida. Em tempo, a função social do contrato visa, sobretudo, visa conciliar os interesses dos contratantes com os interesses da sociedade, estabelecendo, assim, um “bem comum” que abranja a ambos.

Certo é que a análise da função social do contrato visa desqualificar a dogmática anticausalista que outrora imperara no Direito Civil, erodindo, assim, a visão estrutural do contrato soerguido pela faculdade normativa da vontade das partes, tornando, o contrato, mediante a submissão deste a um elemento objetivo de controle social de sua legitimidade, em um instrumento de cristalização de finalidades, objetivos e interesses fixados pela coletividade. Este realinhamento de concepções, funções e aplicações dos contratos, que, sob uma visão superficial pode parecer bastante anárquico – especialmente para os mais conservadores –, só foi possível graças interpretações e reinterpretações, elas mesmas deveras variadas do conceito kantiano de espontaneidade livre do Direito e de seu papel para com a sociedade.

O professor Gladston Mamede (2010, p. 23) aborda a importância desta mudança ao suscitar que a mera mensuração e constatação da legalidade de um ato jurídico gera um grande risco de se obter aquilo que é legalmente possível e/ou permitido, mas que não é moral tampouco correto e justo. Daí a premissa de se atrelar a vontade particular à vontade social, que, tem por fito, mitigar, ao menos em parte, a extremação do poder privado quando este não se encontra subordinado a cânones morais e sociais.

Deste modo, evidencia-se que a previsão da legislação civilista codificada, explicitada no artigo 421, configura-se como uma norma jurídica ‘aberta’– também denominada genérica ou geral –, a ser completada, interpretada e aplicada pelos operadores do Direito, sobretudo o juiz, para sua adequação ao caso concreto, onde será empregada como elemento elucidativo da relação contratual, e como balizador e aferidor do contrato, de sua formulação e validade.

Assim expõem os Enunciados nº 21 e 22 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, respectivamente:

Enunciado 21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado 22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Em virtude de disso, há que se consignar, que a construção do que seria a efetiva função social do contrato fica quase que exclusivamente a cargo do magistrado, o fazendo caso a caso. Neste ponto, Rodolfo Barreto Sampaio Júnior (2008, p. 4648), chama atenção para o detalhe de que aos juizes caberia o encargo de dizer o que seria a função social, questionando se a sociedade estaria realmente disposta a assumir tal risco, visto se tratar de cláusula geral.

Noutro giro, é importante ressaltar que a função social do contrato não se trata de um direcionismo contratual imposto pelo Estado, e de sua interferência nos negócios privados, mas é fruto da própria alteração da estrutura paradigmática sofrida pelo Estado brasileiro, como dito anteriormente, com o advento da Constituição republicana de 1988, que impingiu significativas modificações nos conceitos e relacionados aos elementos convencionados nos próprios pactos. Diante de sociedades pós-modernas, constituídas por inúmeros seguimentos sociais com múltiplos interesses e valores divergentes, é essencial que o sistema jurídico atenda, cada vez mais, os anseios da comunidade e da ordem social, que imprescindem de um sopesar dinâmico-valorativo, a fim de que se alcance a Justiça e a pacificação social.

Nesse diapasão, pontua César Fiuza (2009, p. 418):

Dentre todos os grupos, só o Estado pode impor uma submissão, seja através da coerção ou de outro meio.

Se o homem pode escolher a que grupos sociais se unir, não tem esta opção em relação ao Estado. A cidadania é involuntária e compulsória. Se o Estado se abster, como recomenda o *laissez-faire*, nenhum poder existirá para conter os excessos dos indivíduos em relação ao grupo e a outros indivíduos, e dos grupos em relação aos indivíduos.

Se os fins das instituições sociais são o poder, a segurança e o direito, necessita-se do Estado para estender sua atividade sobre as funções imediatas com que possam satisfazer-se. A satisfação depende, dentre outros, dos meios econômicos.

Assim, não se compreende que, cumprindo ao Estado regular a conduta humana, seja-lhe defeso penetrar no domínio econômico, estreitamente ligado ao social e ao político. Lembremo-nos das crises econômicas e suas repercussões.

Venosa (2012, p.375), em complemento, trata com inequívoca maestria o respaldo constitucional da cláusula aberta elencada no artigo 421 do Código Civil, observando que a função social do contrato é corolário lógico da norma primeira. Assim pontua o renomado exegeta:

A função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social do contrato *latu sensu* (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III), bem como no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e da isonomia (art. 5º, caput). Isso, repita-se, em uma nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, que deve guiar o civilista do nosso século, seguindo tendência de personalização.

Face ao explanado, aduz-se que a atribuição expressa na letra da lei, de uma função social e de uma significação transindividual ao contrato pretende, sobretudo, que ele possa se concluir em benefício dos contratantes, sem, contudo, que tal conclusão conflite com os interesses públicos, condensando, em si, todo o arcabouço axiológico presente na nova codificação civil.

Assim, a função social da qual o contrato se cinge não tem por meta impedir e/ou dificultar que os contratantes o concluam livremente, mas apenas exige que a coletividade e seus interesses se vejam em uma situação de detrimento em prol do acordo de vontades de particulares. Em oposto, deve-se observar na vontade dos particulares, um dos meios primordiais de afirmação e desenvolvimento da sociedade, ao integrar de forma construtiva o modo como se há de exercer o direito subjetivo que lhe é inerente, fazendo com que as relações jurídicas se dêem mediante uma consciência coletiva que transcende o estado estático do individualismo e eclodem para um fenômeno dinâmico de condutas plurais e intersubjetivas que hão de atuar no mais amplo sentido, no meio social

*Concessa venia*, é mister trazer à baila, à guisa de exemplo analógico, a postulação de Mamede (2010, p. 33), que ressalta a redação do Art. 421 do Código Civil de 2002, em especial no que se reputa à expressão “em razão e nos limites”, nos seguintes termos:

O mais interessante na oposição dos conceitos de *razão e limite*, para entender-se a determinação constante no artigo 421 do Código Civil, é perceber-lhes complementares, como na imagem de um copo de água: a água, conteúdo que é, não prescinde do copo, limite que é, para que alcance sua finalidade específica, para que possa ser utilizada. A expressão em *razão e nos limites*, via de consequência, toma tanto a liberdade de contratar, quanto a função social do contrato, por seus aspectos intrínsecos e extrínsecos: a função social não só limita a liberdade de contratar, mas, orienta-lhe, dá-lhe ideologia, justificação. A autonomia privada, portanto, contem-se nos limites da função social do contrato, quando o negócio não se expresso nos moldes da razão (*ratio*) e do espírito (*mens*) da sociedade.

Ao se despertar para a socialidade, nota-se que a função social do contrato recobre-se de preceitos éticos cuja fonte é a boa-fé que delimita a nova codificação das normas do direito civil inaugurada em 2002. Assim sendo, os edis, ao elaborarem a ordem jurídica das relações privadas, optaram legitimamente por assumir uma posição equidistante entre os interesses individuais estatuídos no Código Civil de 1916 e entre os valores coletivos nos quais a

socialização dos contratos é compulsória. Deste modo, em vista da equidistância que o legislador infraconstitucional optou por estabelecer, a legislação civil contemporânea almeja fundir de forma complementar os interesses individuais e sociais, mediante o incidir de cláusulas e regras abertas e oportunas à resoluções concretas e equitativas, onde há a satisfação tanto dos interesses particulares envolvidos na relação contratual, quanto dos interesses da coletividade que se apresenta no tecido onde o pacto social há de repercutir.

Tendo em vista tais colocações, infere-se que o dispositivo cinzelado no artigo 421 do Código Civil em vigor deve ser interpretado de acordo com os referidos princípios constitucionais que regem as relações jurídicas privadas, influenciados pela concepção humanística, ética e social das relações humanas, obrigacionais e jurídicas, tendo por certo que a disposição instituída no referido artigo não colide com a liberdade de se firmar acordos e convenções que são diuturna e exaustivamente exigidos pela sociedade pós-moderna, mas, antes disso, torna tais pactuações aceitas, reconhecidas, válidas e eficazes perante a sociedade e a ordem jurídica.

Neste átimo, é importante ressaltar que a função social do contrato há de ser considerada sob dois prismas correlatos e complementares: a função social do contrato firmado perante os contratantes, e a função social do contrato firmado perante o restante da sociedade, cada qual com as repercussões que lhe são próprias – no primeiro caso, as repercussões *ad intra* (que muita das vezes se vincula com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana), e no segundo, as repercussões *ad extra*, que, embora indiretas, são deveras amplas e relevantes.

Há que se fazer luz, ainda, para o fato de que a “relatividade dos contratos”, princípio muito abordado na teoria contratual abolida parcialmente com o Código Civil de 2002, não tem a mesma significação que outrora, sendo, presentemente mitigado, como dito, uma vez que o contrato não produz efeitos unicamente com relação às partes contratantes.

Embora os efeitos principais do contrato indubitavelmente atinjam as partes contratantes de forma direta, seus efeitos secundários e terciários reverberam por toda a sociedade, podendo, esta, sofrer efeitos benéficos ou maléficis em função de seu cumprimento.

Nesta linha de pensamento afirma Nalin (2006, p. 226):

[...]. No meu pensar, divide-se a função social em intrínseca e extrínseca. A primeira – intrínseca – é relativa a observância de princípios novos ou reescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, no arti.

1.165 do Code (“as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...”), corolário lógico do princípio da liberdade contratual. No perfil – extrínseco – (fim coletividade), por sua vez, romper com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.<sup>6</sup>

Diferentemente do que se pode cogitar em uma primeira análise, repita-se, a função social do contrato não infringe o “princípio da autonomia da vontade”, conforme se depreende pelo disciplinado no Enunciado nº 23 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabelece:

23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Faz-se pertinente o adendo de que a dignidade da pessoa humana, salientada no entendimento do Centro de Estudos Judiciário (CEJ) do Conselho de Justiça Federal, requer uma interpretação extensiva, não se aplicando apenas às Pessoas Naturais; mas se propagando por todos os ramos do Direito e da sociedade, tendo, sua aplicabilidade, tangenciando as Pessoas Jurídicas, relativizando a autonomia contratual, não apenas em função da dignidade humana, mas também em prol da dignidade da pessoa jurídica; posto que esta, conforme se interpreta da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, que salienta a possibilidade de a Pessoa Jurídica sofrer dano moral, nestes termos:

Súmula nº 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Ademais, o próprio artigo 52, do Código Civil, estabelece que serão aplicados, dentro do que for cabível, todos os entendimentos sobre os direitos da personalidade, às pessoas jurídicas.

O violar da função social do contrato pode, por sua vez, se dar por transgressão a ato normativo público – leis – ou privado – convenções, ou, ainda, pela desequiparação do contrato ou de seus contratantes, pela arbitrariedade do contrato ou de suas cláusulas, pela ofensa ou violar da ordem ou dos preceitos públicos, sobretudo os que afetam de forma direta e inequívoca a sociedade que arcará com os danos provenientes de seu cumprimento, por qualquer deslealdade, e até mesmo por violar de qualquer preceito ético ou moral vigente na sociedade. Sinteticamente, pode-se afirmar que a função social do contrato se verá cerceada

---

<sup>6</sup> Grifo Meu.



ante ao fato de que terceiros não de sofrer consequências em seu desfavor decorrentes do contrato.

Nesse sentido o descumprimento da função social do contrato poderá acarretar a nulidade contratual, muito embora tal medida seja, algumas vezes, deveras drástica. Dada a necessidade de o Estado ter uma intervenção mínima nas relações entre particulares, é possível que o vício que afeta a coletividade seja sanado sem que tenha que se declarar a nulidade de todo o contrato para tanto. Este é o entendimento fixado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, dito nos seguintes termos:

O exame da função social do contrato é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras e que, sendo encontradas caso a caso, não cheguem a aniquilar nenhum dos outros valores que orientam o ordenamento jurídico, como a autonomia da vontade [...].(STJ, 3ª Turma, REsp 972.436, Rel.: Min. Nancy Andrighi, j. 17/03/09, DJ 12.609).

Assim, é possível que se altere algumas cláusulas contratuais, muitas vezes em um processo dialético-construtivista entre os contratantes, no sentido de que sua execução ou objeto sejam alterados de forma a não mais afrontar a sociedade. Tal viés mostra-se de cristalina importância, visto ser inegável a relação entre os negócios jurídicos e a dinamicidade das relações sociais que se estabelecem em um ambiente “macro” e pluralístico, onde o contrato figura em meio a uma série de atos e consequências que atingem terceiros que não participam de forma direta dos pactos. Assim, é neste ambiente mais amplo que a função social do contrato se externa e se justifica, em especial face à significação e às consequências do contrato para este ambiente e os que nele se inserem<sup>7</sup>.

Mediante tais considerações observa-se que o Direito brasileiro tem adquirido novos contornos hermenêuticos, que polimerizam o arcabouço principiológico que vigora nas sociedades humanas pós-modernas. Este fenômeno espalha suas gavinhas por todos os ramos das relações sociais e jurídicas e, no que se mostra correlato aos contratos, funde os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico, da liberdade contratual, e da autonomia da vontade, tendo por fruto o princípio da função social do contrato que, além de ter características próprias, evoca as particularidades dos demais elementos principiológicos. No prisma contemporâneo, tais princípios que regem as relações contratuais devem ser interpretados de forma conjunta e complementar, dentro de uma ótica social inaugural, onde o individualismo das relações comerciais e jurídicas se vê sobrestado pela necessidade de tutela de um bem-estar coletivo.

---

<sup>7</sup> Aqui poder-se-ia dizer que a função social do contrato adquire contornos similares a uma emanção mais ampla e tênue do princípio da boa-fé, aplicado não entre os contratantes, mas para com os terceiros que, embora exteriores ao negócio jurídico, são por ele afetados.

Nesta senda, Teresa Ancona Lopez (2007, p. 5), conclui:

*A operabilidade* refere-se à técnica para a melhor aplicação do Direito. Para tanto optou o novo legislador pelo uso das cláusulas gerais (que podem conter princípios ou não) e pelos conceitos jurídicos indeterminados, que têm seu conteúdo fixado somente diante do caso concreto, com a probidade, a boa-fé, a função social, os bons costumes.

Face a tais perspectivas, faz-se necessário estabelecer a contextualização do princípio da função social do contrato para além dos contratantes, estudando e ponderando os mais diversos efeitos externos do contrato, posto que este não se encontra alheio às variantes sociais, tendo, o legislador, despertado para tal fato, ao orientar a liberdade contratual pela função social do mesmo, disciplinando seu alcance de tocar a terceiros não participantes – diretos – vínculo obrigacional. A função social do contrato, todavia, não tem por baliza tolher a autonomia privada, devendo ser entendida e aplicada apenas como uma ferramenta de controle da liberdade de se estipular a incidência das disposições contratuais, em especial quando estas são manifestamente contrárias aos interesses da sociedade, valendo-se, ainda, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nas palavras de Orlando Gomes (2009, p. 30), tem-se que quando se afirma ter o contrato uma função social, há que se entender que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela.

Assim, é desejável que as partes contratantes tenham por meta o cumprimento da relação jurídica fixada no contrato, mas com observância à harmonia e cooperação social. No entanto, Rodolfo Barreto Sampaio Júnior (2008, p. 4664), com lucidez ímpar assim se posiciona, se referindo às cláusulas gerais do Código Civil de 2002, defendendo a não utilização da interpretação funcionalista dos contratos:

A função social não pode ser entendida como meio de se criar obrigações positivas para um dos contratantes, e tampouco é admissível que, na ordem privada, a solidariedade social seja imposta, salvo em excepcionais hipóteses, como soe ocorrer no direito de família. Entendimento contrário retiraria os méritos do sistema aberto instaurado pelo Código Civil de 2002 e conduziria as relações privadas a um nada desejável sistema impositivo de deveres e obrigações.

Certo é que a definição mais uníssona do que seja função social do contrato ainda promete acaloradas discussões, o que dirá quando o ambiente for o empresarial e não o essencialmente privado.

## 2.4. Princiologia do Direito Contratual

### 2.4.1 Considerações Preliminares

“*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ubi jus, ibi ratio*<sup>8</sup>”, já diziam os romanos à época em que o Direito conheceu aquela que seria sua ‘Idade de Ouro’. A máxima latina exprime a relação do Direito com o homem de forma clara, incontestável e suprema, ao dizer que ‘onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o Direito; onde está o Direito, está a razão’. Extrai-se daí que o Direito, ao se instaurar na sociedade e afetar o homem, atua segundo uma razão, formando assim uma espécie de silogismo, onde a razão adquire um caráter dual, sendo, tanto um motivo e causa, quanto uma justa medida; sendo que ninguém detém o poder de desempenhar determinada atividade sem que seja detentor de uma razão de direito, e tampouco pode extrapolar a justa medida que propicia a Justiça, que é o intento maior do homem, da sociedade e do Direito.

É face a tal premissa que se instaura no meio jurídico, sobretudo em sua normatividade e nas relações que se desenvolvem sob a égide do Direito, uma princiologia que atua como liames desta justa medida, ao estabelecer critérios a serem atendidos e elementos a serem considerados para que se tenha o transcorrer das relações jurídicas sob a aprovação do Estado, e por consequência, para que tais relações sejam chanceladas de validade e revestidas de eticidade e moralidade.

Sob o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, projeto este em andamento, juntamente com a perspectiva pós-positivista, é necessário salientar que a concepção normativa sofreu grandes alterações no que tange à sua conceituação, operabilidade e incidência. Os princípios passaram a ser considerados uma espécie de norma jurídica ao assimilar uma inteira força normativa, eliminando o antigo panorama positivista no qual essa vertente princiológica possuía caráter supletivo, haja vista desfalcado de normatividade e operabilidade plenas.

Dessa forma, a normatividade princiológica incide em todos o sistema jurídico, inclusive, nas relações privadas se pautam, também, por tal escopo, a fim de que os pactos firmados transcorram de forma justa e consonante às acepções estatais. É cingido por este diadema que se observa que não mais existe de forma absoluta, no meio contratual, o dogma da autonomia da vontade como elemento máximo das relações entre particulares, que instaura

---

<sup>8</sup> Trad.: ‘Onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito; onde está o direito, está a razão’.

o *pacta sunt servanda*,<sup>9</sup> onde o Estado e a sociedade não poderiam influir na formação de normas individuais. Embora o contrato tenha um viés voluntarista – onde graça a espontânea submissão do particular à limitação de sua liberdade contratual, face à intangibilidade do que foi acordado livremente entre as partes, e à relatividade contratual, segundo a qual o contrato obriga apenas as partes contratantes, não tendo eficácia sobre terceiros, cuja vontade não ensejou o contrato – presentemente, sob o signo da modernidade, há o permear de elementos outros, que reorganizam e relativizam este voluntarismo, fazendo do contrato um “instrumento de tutela da pessoa humana, [e] um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 130).

Frente a tais mudanças, a hermenêutica contratual se pauta pelo solidarismo, concedendo às relações privadas uma aura humanizada e civilizada; esmaecendo a sacralidade da autonomia privada, que perde seu caráter absoluto, ante um estandarte de princípios que se desfralda no horizonte jurídico; passando, a autonomia da vontade – nomenclatura mais atualizada, embora não seja unânime –, a se vincular de forma simbiótica com a Dignidade da Pessoa Humana, que se manifesta sob diversas faces, e com o Interesse da Ordem Econômica; sendo que esta relação não apenas leva ao desmoronar da aparente dicotomia entre os interesses públicos e privados, mas também edifica o homem como um fim em si mesmo. Neste sentido, nota-se que os princípios que regem as relações contratuais não mitigam a autonomia da vontade, mas apenas a relativizam ao vinculá-la aos princípios que pautam a vida em sociedade, constituindo, assim, não um elemento de cercear da autonomia, mas sim um mecanismo de controle da legitimidade da Autonomia Privada e das decisões dela oriundas.

As ingerências estatais na Autonomia da Vontade Privada, portanto, com o fito de indicar-lhe a senda dos princípios que grassam na sociedade, devem ser encaradas como um ato natural e necessário, para que haja, de fato, uma pacificação social, e uma adequação dos interesses privados àqueles ansiados pela coletividade.

Reconhece-se que as relações contratuais não são mais elementos autônomos, inertes e imunes à coletividade – como eram no passado – mas, presentemente, são “células vivas” da dinâmica social, que se relacionam com as demais relações jurídicas e com a sociedade, influenciando umas sobre as outras, integrando, assim, um mesmo “organismo”, o que justifica certas intervenções, uma vez o que ocorre com cada uma das “células da sociedade” – e de suas relações – repercute em todo o “organismo”.

---

<sup>9</sup> Trad.: ‘O contrato faz lei entre as partes’. / Literalmente: ‘Os pactos devem ser respeitados’.

É em função disto que o solidarismo contratual, além de ter o contrato como fonte de obrigações – onde o interesse primordial é a persecução dos objetivos firmados pela autonomia –, atrela a este três princípios basilares que se coadunam com outros para que a Dignidade Humana e o Interesse Social sejam, também, alcançados; sendo, tais princípios, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, e a justiça contratual, que, em detrimento do mitigar da Autonomia Privada, agem como um elemento de valorização desta, adequando-a àquilo que é justo e àquilo que é objetivados pela sociedade, formando assim, aquilo que Teresa Negreiros (2003, p. 76) denomina como sendo uma intercomplexidade, uma amálgama entre os princípios clássicos que regiam os contratos, e os princípios contemporâneos que os aprimoram.

Assim, é sob tal aurora que o contrato, além de ser um instrumento facilitador da circulação de titularidade e valores, se vê apto a fundar a confiança nas promessas firmadas entre as partes, e concede a certeza da benção da sociedade e do Estado para a relação obrigacional ali originada, promovendo assim uma intersubjetividade e uma socialização das relações entre os particulares.

#### **2.4.2 Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada**

É cediço que as relações contratuais transcorrem sob a batuta da autonomia, sendo que os sujeitos da relação contratual são detentores de autonomia para avançar todo e qualquer elemento da relação obrigacional consagrada pelo contrato, sendo que confere aos contratantes o poder de criar uma norma que há de valer entre as partes, observando apenas os limiares mínimos fixados pela ordem jurídica

Nas palavras de Francisco Amaral (2000, p. 337), tem-se:

A autonomia da vontade, como manifestação da vontade individual no campo do direito, e a autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar para si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.

Todavia, conforme explanado anteriormente, no advento da pós-modernidade, onde os interesses da coletividade deixaram de ter um caráter secundário para se tornarem um dos alvos da relação contratual, a autonomia transcende a si mesma, sendo um objeto relevante dos contratos, mas perdendo sua exclusividade e seu caráter absoluto.

Portanto, ao se tratar da autonomia, emergem duas conceituações na seara contratual,

a “autonomia da vontade” e a “autonomia privada”, que prescindem de uma conceituação própria e correta, pois, mesmo sendo o negócio jurídico do contrato uma manifestação da autonomia, é preciso se diferir e se determinar cada uma delas, que muitas das vezes são tidas como sinônimos, em decorrência de seu uso indiscriminado.

Conceituando a autonomia privada, Custódio da Piedade U. Miranda (1991, p. 42), assim se posiciona:

A autonomia privada, mais do que expressão de liberdade individual, é autodeterminação, auto-regulação dos próprios interesses nas relações sociais, autonomia social, se se quiser, à qual sobrevém o efeito sancionador do direito

Conforme expõe Ferri (1969, p. 6) a “autonomia privada” não se relaciona com a “autonomia da vontade”, uma vez que esta é a liberdade de querer ou não contratar, de escolher o que contratar, como contratar, quando contratar,... sendo que é a possibilidade que um sujeito tem de determinar-se mediante principiologias estabelecidas por si, tendo liberdade para fazer suas escolhas, se tornando responsável por elas; sendo, tal autonomia, um derivado da subjetividade moral que se manifesta no voluntarismo das partes contratantes, sendo um dos principais fundamentos da vinculatividade.

Varela (1994, p. 242 - 243) assim expõe:

A liberdade contratual consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrar contratos diferentes dos prescritos no Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver [...]. As partes são livres ao contratar na medida que podem seguir os impulsos da sua razão, sem estarem aprisionados pela jaula ou pela gaiola das normas legais [...] Como o próprio nome indica, a liberdade de contratar consiste na faculdade reconhecida às pessoas de criarem entre si, guiadas pela própria razão, acordos destinados a regular os seus interesses recíprocos.

É de se destacar que é da autonomia que decorrem outros elementos inerentes ao contrato, como, e.g., o direito de preferência, a necessidade de consentimento, e *o pactum de contrahendo*<sup>10</sup>.

É mister trazer à baila a posição kantiana acerca da autonomia, sendo que em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant (p. 93-94) pontua:

*A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas.*

*A liberdade não é negação da lei. É antes seguir uma lei que emana da própria vontade.*

A definição da liberdade que acabamos de propor é negativa e portanto infecunda para conhecer a sua essência; mas dela decorre um conceito positivo desta mesma liberdade que é tanto mais rico e fecundo. Como o conceito de uma causalidade traz

<sup>10</sup> Trad.: ‘Tratado Preliminar’.

consigo o de leis segundo as quais, por meio de uma coisa a que chamamos causa, tem de ser posta outra coisa que se chama efeito, assim a liberdade, se bem que não seja uma propriedade da vontade segundo leis naturais, não é por isso desprovida de lei, mas tem antes de ser uma causalidade segundo leis imutáveis, ainda que de uma espécie particular; pois de outro modo uma vontade livre seria um absurdo. A necessidade natural era uma heteronomia das causas eficientes; pois todo o efeito era só possível segundo a lei de que alguma outra coisa determinasse a causalidade a causa eficiente; que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, isto é a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? Mas a proposição: "*A vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma*", caracteriza apenas o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma por objeto como lei universal. Isto, porém, é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa.<sup>11</sup>

Assim sendo, nota-se que a ‘autonomia da vontade’ soergue-se sobre três pilares, a liberdade contratual, que é a livre estipulação do objeto do contrato – observados os ditames e restrições legais –; a intangibilidade do pactuado, que se manifesta pela obrigatoriedade de se cumprir o contrato, assentado sobre o fato de que este advém da convenção firmada pelas vontades dos pactuantes enquanto pessoas livres – nota-se que tal elemento é alvo de relativização presentemente, ante, dentre outras coisas, o *rebus sic stantibus*<sup>12</sup> –; e pela relatividade contratual, segundo a qual a vinculação advinda do ato contratual se restringe às partes, sem ter um caráter vinculante para com terceiros, que são alheios às vontades que originaram o negócio jurídico.

Contudo, dada a dinamicidade das relações jurídicas e do Direito como um todo, que se encontra em um movimento progressístico a fim de acompanhar as mudanças da sociedade na qual se insere e para a qual existe, tais elementos sofrem, atualmente, uma relativização já vaticinada por Bobbio (2007, p. 8), sendo que presentemente as consequências sociais para a qual norteia o direito subjetivo são elementos inafastáveis da exegese jurídica dos pactos firmados, sendo, a função social destes, bem como sua repercussão e aceitação social, insumos responsáveis pela consolidação do negócio pactuado.

Assim, observa-se que atualmente, diferentemente do previsto em tempos pretéritos, a forma e estrutura do contrato não bastam por si só, sendo imprescindível o atrelar destas a uma função que não se ata apenas aos contratantes, mas também à sociedade, o que é magistralmente insculpido por Perlingieri (2008, p. 674-678), ao afirmar que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e quando for conforme não apenas aos interesses do titular, mas aquele da coletividade”.

É desta premissa, portanto, que emerge a “autonomia privada”, uma vez que a

<sup>11</sup> Grifo Meu.

<sup>12</sup> Trad.: ‘Estando as coisas assim’ ou ‘Enquanto as coisas estiverem assim’.

autonomia, antes tida como absoluta, agora é relativa, sendo que a vontade, outrora magnânima, agora é um suporte fático delimitado pela atividade legislativa, a fim de que sejam realizados os interesses que se mostram dignos de tutela, tendo-se, assim, uma funcionalização do contrato.

Neste diapasão Farias e Rosenvald (2011, p. 135) expõem:

[...] há uma composição que confere merecimento ao contrato. Os contratantes delimitam a função econômica do negócio jurídico, acrescentando-se a isto o interesse prático que esteja em consonância com os interesses social e geral. A força normativa do contrato é conferida pelo ordenamento, sendo a vontade o seu suporte fático. Quer dizer, a utilidade deverá se conformar com as aspirações éticas do ordenamento. [...] Tem-se o contrato como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico e não mais dos interesses dos contratantes isoladamente considerados. O poder jurígeno da vontade não é originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado em prol de finalidades heterônomas. Atualmente, há uma amálgama entre os princípios clássicos e os contemporâneos de contrato, como modelos que convivem interação em uma linha de ponderação de interesses.

É sob o *lumen* deste entendimento que se manifestou o Conselho de Justiça Federal, quando do édito do Enunciado nº 23<sup>13</sup>, ao dizer que:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a autonomia privada não configura um dado abstrato, mas, em contrário, é uma construção correlata ao ordenamento jurídico. Nesta feita, a autonomia não é um valor em si, por constituir um ato de liberdade, que, por outro lado, se submete a uma valoração de merecimento.

Insta salientar, ainda, um ponto alvo de críticas quanto à nomenclatura, uma vez que a autonomia privada não se restringe aos sujeitos jurídicos privados, mas, se estende também aos sujeitos jurídicos públicos, consoante expõe Perlingieri.

É preciso menção, ainda, que além da “autonomia da vontade” e da “autonomia privada”, figura, ainda, nas relações contratuais, a “autonomia negocial” – que é o termo mais adequado em detrimento da “autonomia contratual”, pelo fato de ter-se fixado o entendimento de que o negócio é o gênero, e o contrato é uma de suas espécies, cuja característica é a pluralidade de partes e a patrimonialidade do objeto. Contudo, destaca-se que a patrimonialidade não é absoluta, uma vez que nem sempre esta há de figurar nas relações negociais, posto que existem relações contratuais em que o objeto não se vê detentor de um caráter patrimonial.

---

<sup>13</sup> Já mencionado anteriormente quando do item 2.4.2 - A Visão Contemporânea da Função Social do Contrato.



Neste contexto, a autonomia privada seria o gênero do qual derivam três espécies, a autonomia contratual, a autonomia negocial unilateral, e a autonomia existencial.

### **2.4.3 O Consensualismo**

Durante o período de hegemonia do Direito Romano, especialmente no início, pontifica César Fiuza (2009, p. 408), só se considerava contrato aquelas convenções que revestiam forma externas, evoluindo posteriormente para as convenções realizadas sem quaisquer fórmulas sacramentais, sendo eficaz simplesmente pelo consenso.

Neste sentido, mais um dos princípios que integraram a relação contratual no advento da contemporaneidade é o chamado consensualismo, que, por sua vez, advém da autonomia da vontade.

De acordo com este princípio, havendo o consenso das vontades que firmaram o contrato, este passa a existir, independentemente da forma – salvo as exceções legais –, fazendo emergir, assim, uma liberdade quanto à sua forma, conforme disciplinado na legislação civilista pátria, como se observa na codificação civil, em seu Art. 107, ao dizer que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Nos dizeres de Orlando Gomes (2009, p. 37), tem-se:

A idéia de que o simples consentimento basta para formar o contrato é conquista recente do pensamento jurídico. Nas civilizações anteriores, dominavam o formalismo e o simbolismo. A formação dos contratos subordinava-se à obediência de determinada forma ritual.

Há que se firmar crítica, contudo, quanto a este princípio, no que tange a seu cumprimento, uma vez que não são raros os casos em que uma das partes vale-se de subterfúgios para burlar o consenso da outra, ou, pelo menos, para induzir a um consentimento, como, v.g., nos contratos de adesão, onde sua extensão, tecnicismo, complexidade e tipografia pequena fazem com que o aderente consista com o contrato, sem, contudo, ter plena ciência de seu conteúdo e de suas disposições.

### **2.4.4 A Obrigatoriedade dos Contratos**

Conforme *retro* mencionado, os contratos têm, preliminarmente, um caráter vinculativo de obrigatoriedade, quando válidos e eficazes, fazendo lei entre as partes, segundo o *pacta sunt servanda*<sup>14</sup>, do qual derivam ainda os princípios da irrevocabilidade, da irrevogabilidade, da pontualidade, e dos efeitos relativos. Assim, o pacto firmado é irrevocabível, não podendo ser alterado após seu firmamento, sem que haja um novo consenso das vontades dos contratantes.

No mesmo sentido, o contrato não pode ser desfeito, e seu cumprimento tem de se dar da forma e no tempo avençado – pontualidade –, sendo que os efeitos e repercussões do pactuado obriga apenas os particulares que convencionaram – exceto nos casos dos contratos com pessoa a declarar e/ou nos casos em contratos em favor de terceiros –, daí a relatividade de seus efeitos, uma vez que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*<sup>15</sup>.

Há que se ter destaque, no entanto, à motivação de tais princípios, e do próprio *pacta sunt servanda*<sup>16</sup>, que seria propiciar aos contratantes e à sociedade como um todo, segurança jurídica, a fim de se obtenha a pacificação social, que é um dos objetivos do Direito. Este entendimento é consolidado pelo meio do que o doutrinador de Sílvio de Salvo Venosa habilmente chama de “intangibilidade do contrato” (VENOSA, 2012, p. 371).

Segundo esta principiologia, inserida dentro da obrigatoriedade do contrato, entende-se que o contrato não pode ser alterado unilateralmente, sendo defeso, inclusive, ao magistrado, intervir neste conteúdo, por mero arbítrio de sua vontade, exceto em determinados casos acobertados pela Teoria da Imprevisibilidade, e pela violação de elementos outros, como, *e.g.*, a função social do contrato.

Entretanto, presentemente, o caráter obrigatório dos contratos não se vê mais de forma absoluta, posto que as pactuações não mais devem atender apenas ao arbítrio da vontade das partes, mas também deve ser harmônica com os interesses sociais, com a isonomia, e com o ideal de Justiça.

Nota-se que as disposições contratuais se vêm relativizadas por elementos exteriores à vontade que ensejou o *pacta sunt servanda*<sup>17</sup>, mas que têm uma relação essencial com a coletividade. Deste modo, as pactuações podem não ter um cumprimento obrigatório, ainda que as partes contratantes assim o queiram, quando, *e.g.*, violarem o interesse coletivo, posto que há o relativizar de sua obrigatoriedade em razão da “função social do contrato”. Da mesma forma, quando determinada estipulação se vê demasiado onerosa para uma das partes,

---

<sup>14</sup> Trad.: ‘O contrato faz lei entre as partes’. / Literalmente: ‘Os pactos devem ser respeitados’.

<sup>15</sup> Trad.: ‘O negócio feito entre uns, não pode prejudicar a outros’.

<sup>16</sup> Trad.: ‘O contrato faz lei entre as partes’. / Literalmente: ‘Os pactos devem ser respeitados’.

<sup>17</sup> Trad.: ‘O contrato faz lei entre as partes’. / Literalmente: ‘Os pactos devem ser respeitados’.

seu cumprimento é relativizado pelo *rebus sic stantibus*<sup>18</sup>, que integra a chamada Teoria da Imprevisão, posto que nestes casos, o contrato deve ser alterado, uma vez que as circunstâncias de sua execução não sejam as mesmas de sua elaboração, de forma que não haja um exacerbado prejuízo a uma das partes, e, em simultâneo, um grande benefício da outra parte.

Há que se frisar, ainda, que esta alteração no contrato em caso de mudança superveniente de condições, não se confunde com a cláusula contratual de mesmo nome, que pode ser inserida facultativamente e de forma complementar no contrato. O princípio do *rebus sic stantibus*<sup>19</sup>, portanto, tem aplicabilidade independentemente de previsão expressa no contrato, bastando que se configurem os elementos que ensejem sua incidência. A cláusula, por sua vez, nada mais é que a instrumentalização deste princípio, sendo que apenas confirma a ciência e anuência das partes contratantes, acerca da possibilidade de relativização do contrato.

A adequação aos ideais de Justiça vigentes na sociedade, por sua vez, faz com que os contratos possam ter seu caráter obrigatório mitigado, ante a incidência de cláusulas abusivas, a quem a doutrina concedeu o epíteto de ‘cláusulas leoninas’, que nada mais são do que cláusulas inseridas de forma unilateral no contrato, e que lesiona os interesses das demais partes da relação contratual, gerando, assim, uma portentosa relação de desigualdade entre as partes que contratam, olvidando a boa-fé e a isonomia na relação jurídico-obrigacional instaurada. Há de se fixar que a relativização dos efeitos do contrato, neste caso, é procedida por força de lei, sendo que há a determinação legal de que tais cláusulas são eivadas de nulidade, sem, contudo, anular todo o contrato.

Assim, o caráter obrigatório do contrato não se vê mais, na pós-modernidade, de forma absoluta, sendo um elemento importante da relação contratualista, mas não um elemento pétreo, posto que atendendo aos preceitos da ética, da moralidade e da justiça social, sua obrigatoriedade se vê relativizada. Este relativizar é fixado na própria *Lex Fundamentallis*<sup>20</sup>, em seu artigo 170, onde a liberdade contratual e seu caráter obrigatoriedade no cumprimento das estipulações se vê vinculado a fatores mais solidaristas, como, v.g., a função social do contrato e da propriedade, a defesa do consumidor, do meio ambiente, e a redução das desigualdades sociais, conforme se extrai da leitura dos incisos V, VI e VII do referido artigo.

Frente à aparente antagonia entre os preceitos contratuais, que, mediante uma análise

---

<sup>18</sup> Trad.: ‘Estando as coisas assim’ ou ‘Enquanto as coisas estiverem assim’.

<sup>19</sup> Trad.: ‘Estando as coisas assim’ ou ‘Enquanto as coisas estiverem assim’.

<sup>20</sup> Trad.: ‘Lei Fundamental’.

do proposto por Roppo (1998, p. 296), pode-se inferir que há, em simultâneo, o negar dos preceitos fundamentais do contrato, bem como com a valorização de tais preceitos, observa-se que se mostra mais acertada a visão de Azevedo (2000, p. 140-148) que atenta para este conciliar do novo com o velho, reformando sem, contudo, provocar o destruir; inserindo a dinâmica das alterações no contrato em uma funcionalização da autonomia negocial e contratual, sob a luz das normas constitucionais e dos valores e interesses sociais e comerciais:

[...] está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em torno da autonomia da vontade, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são estes novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.

O entendimento deste autor, há a pressuposição de uma conciliação dos princípios que presentemente regem os contratos, visto que há uma vincularidade complementar entre os princípios contratuais, e não uma exclusão de uns em função de outros. Deste modo, a obrigatoriedade do cumprimento do contrato, assim como qualquer outra disposição contratual e/ou principiológica não possui um caráter absoluto, mas, ao contrário, são mutuamente relativizantes, tendo um papel de subsidiariedade de umas para com as outras, de forma a se obter um todo coerente, coeso e justo, reconhecidamente válido e legítimo pelo Direito que vigora na ordem jurídica nacional, e pelo ideal de justiça e moralidade vigentes no tecido social.

Assim, observadas as situações que ensejariam o relativizar da obrigatoriedade contratual, no mais das vezes, os contratos se mostram detentores de um caráter obrigatório, com o fito de preservar a segurança das relações entre os particulares, como grafado por Beraldo (2009, p. 15):

É evidente que os contratos têm de ter força obrigatória, assim como a lei, pois, do contrário, de que valeria o contrato? Se não houvesse um dever de cumpri-lo, seria uma grande insegurança para toda a sociedade: do mais rico ao mais pobre. Assim, tal princípio nunca pode ser esquecido, mas, claro, deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de ser extinto ou revisto pelo juiz.

É de se notar, nesta perspectiva, que o contrato deixou de ter sua edificação estipulada apenas *inter partes*, mas passou a contar com outros artifícios, sendo eles a sociedade, o legislador, e o magistrado.

### 2.4.5 Boa-fé

As relações contratuais, presentemente, se regem, sem exceção, pelo Princípio da Boa-fé, que se manifesta de forma objetiva e subjetiva, e permeia todas as relações, tanto negociais quanto jurídicas, ancorado no artigo 422, do Código Civil de 2002.

É importante destacar que o Princípio da Boa-fé difere-se do Princípio da Probidade, por remeter o aplicador do Direito a uma análise sócio-filosófica, enquanto que este evoca uma consideração mais direcionada a uma orientação tempo-espacial de uma qualidade que se mensura consoante os ditames normativo-morais da sociedade em que transcorre a celebração do negócio jurídico, e a conseqüente celebração do contrato; sendo que, a Boa-fé, por sua vez, tal como *retro* mencionado, é elemento mais correlato aos sujeitos da relação contratual.

Assim sendo, ao menos *prima facie*<sup>21</sup>, a boa-fé não requer um contraponto social, muito embora não se possa excluir a pertinência de se suscitar questionamentos acerca dos elos que vinculam os atos humanos à realidade vivenciada pelos contratantes, posto que é indubitável que exista uma influência dos “elementos exteriores ao sujeito”, com o “posicionamento interior” dos contratantes.

Nota-se que na própria história do vocábulo em questão, há o exteriorizar do ideal de fidelidade que deve vigorar nas relações contratuais, e que requer, inafastavelmente, uma sinceridade e pré-disposição à uma relação íntegra e “transparente” na pactuação.

Segundo sua raiz latina, a boa-fé é a *bona fides*, sendo que palavra *fides* exterioriza a fidelidade, sinceridade, lealdade, retidão, verdade. Há, ainda, uma relação proximal com ‘*fidere*’, que, por sua vez, significa guardar, conservar, preservar ... de forma leal, ou seja, com dedicação, honestidade e sinceridade. É daí que advém a Confiança Contratual, dado que “confiança” é sinônimo de fidúcia – como se aduz da expressão de Cícero (*apud* MAMEDE, 2010, p. 68) “*Hinc fides, illinc fraudatio*”<sup>22</sup>.

É mister salientar, ainda, que a importância da boa-fé é tamanha para o Direito, que Cícero (*apud* MAMEDE, 2010, p. 68), a considera como sendo a “religião do juiz, como se aduz da expressão *fides et religio iudicis*”<sup>23</sup>, trazida por Saraiva (2000, p. 485-486).

Certo é que o escrutínio da dogmatização da boa-fé nas relações humanas e jurídicas é elemento deveras controverso e nebuloso, uma vez que alheio à técnica e à teoria, cediças, sobretudo, às relações jurídicas. Evoca a consideração de elementos abstratos, cujo viés

<sup>21</sup> Trad.: ‘À primeira vista’.

<sup>22</sup> Trad.: ‘Por um lado, retidão, por outro, fraude’.

<sup>23</sup> Trad.: ‘A fidelidade [boa-fé] é a religião do juiz’.

filosófico é absoluto, levando, assim, a uma “investigação do espírito dos pactuantes”, sendo necessário que se estabeleça um modelo geral, de aplicação genérica a todas as pessoas, bem como que haja uma análise dos casos específicos, considerando cada um dos sujeitos contratantes de forma particular e individualizada, possibilitando, assim, o fixar de uma aferição da “vontade de contratar”, do *animus contrahende*<sup>24</sup>.

Foi mediante a admissão desta ótica, que Cordeiro (2001, p. 41) expôs:

A boa fé sofre, na atualidade, as consequências do divórcio entre os discursos metodológicos oficiais e a dogmática jurídica. E de modo agravado: noção vaga, carregada de história, rica em implicações emotivas e objeto de utilização alargada, embora de contornos pouco conhecidos, ela presta-se, por excelência, a desenvolvimentos verbais, numa aporética dominada por uma linguagem grandiloquente e vazia de conteúdo. Há uma mitificação da boa fé.

Assim, frente ao exposto, nota-se que o Princípio da Boa-fé vincula-se de forma mais proximal com a interpretação contratual, do que com a estruturação do mesmo, posto que é sobre aquela que recai de forma mais pungente e explícita, embora sua incidência na formulação estrutural do mesmo seja, também, necessária ao Direito e à Justiça nas relações contratuais.

Embora haja a distinção doutrinária e jurisprudencial quanto à boa-fé, onde grassa a divisão desta em objetiva e subjetiva, nota-se que o legislador limitou-se a prever a observância da boa-fé nas relações contratuais, consoante o lapidado no Art. 422 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, como já dito.

A boa-fé, *per se*<sup>25</sup>, é passível de ser compreendida como uma qualidade que se extrai do *desideratum*<sup>26</sup> do agente, bem como a conformidade entre este *desideratum* com o ato praticado, ou seja, é a ‘retidão’/‘concordância’ entre o que os contratantes consideram sobre o negócio, e o que manifestam por palavras, gestos ou atos. Logo, a boa-fé subjetiva é aquela cuja verificação se dá no âmbito do sujeito – dos contratantes –.

Faz-se *lumen* que, sob este prisma, não há a incidência de má-fé quando os contratantes – ou um deles – desconhecem os problemas que eventualmente possam emergir no negócio jurídico firmado, sendo, portanto, a boa-fé subjetiva, aquela que se refere ao estado psicológico do sujeito, aplicável, sobretudo, no Direito das Coisas.

Por outro lado, quando a boa-fé é considerada como um paradigma social presente no mundo jurídico e social, esta configura-se de forma objetiva, sendo, um exemplo deste elemento, a interpretação ‘conforme a boa-fé’ chancelada pelo art. 113, do Código Civil.

<sup>24</sup> Trad.: ‘Vontade de contratar’.

<sup>25</sup> Trad.: ‘Por si’.

<sup>26</sup> Trad.: ‘Vontade’/‘Deliberação’.

Neste átimo, é imprescindível trazer à baila a exposição de Noronha (1994, p. 132) que difere de forma prática e clara a boa-fé subjetiva e objetiva, ao dizer que:

A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.

Godoy (2004, p. 104), alerta para o fato de que a boa-fé não se vê vinculada uma à outra, consoante se constata:

Alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido de boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva).

A boa-fé, enquanto princípio contratual se revela em toda a sua importância, ao se atentar para o que o indefectível doutrinador civilista Orlando Gomes (2009, p. 43) expõe com adamantino cinzel, ao dizer que “o princípio da boa-fé [...] significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”, emergindo, daí, a noção do que o douto autor chama de “condições subentendidas”, o que mantém uma estreita relação com o fato de que os contratos contemporâneos não admitem um ‘direito estrito’, onde impera a literalidade – presente onde vigora o Princípio do Formalismo, como, *e.g.* no Direito Romano –, mas, em contrário, há um fundo interpretativo nas relações jurídicas, sobretudo as contratuais – como elementar a um ordenamento que se rege pelo Princípio do Consensualismo.

Assim, frente ao discorrido, nota-se que o Princípio da Boa-fé tem por elemento agir como um dos precursores e tradutores da segurança das relações jurídicas e do interesse social nos contratos, ao passo que, tal como expresso de forma explícita na legislação civil alemã<sup>27</sup>, estabelece o entendimento de que as partes da relação contratual devem agir com lealdade<sup>28</sup> e confiança recíprocas, e configura elemento para se consolidar esta lealdade e confiança mediante a concessão de formas de interpretação contratual que levem a tais ideais.

Historicamente a boa-fé foi prevista originariamente, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, em 1850, no artigo 131, inciso I, do Código Comercial,

<sup>27</sup> Revela-se pertinente a colocação trazida por Orlando Gomes (2009, p. 43) em nota, onde o insigne doutrinador traz o fato de que a boa-fé no Código Civil Alemão, apresenta duas expressões distintas, que permitem uma diferenciação imediata da Boa-fé Objetiva, o “*Treu und Glauben* – literalmente ‘lealdade e confiança’”, e da Boa-fé Subjetiva, “*guter Glauben*”.

<sup>28</sup> É relevante o destaque de que boa-fé e lealdade constituem conceitos distintos, embora intimamente vinculados; os quais a doutrina jurídica equiparou; consoante discorrido por Díez-Picazo (2007, p. 157).

datado do referido ano, ao dizer que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”. Todavia, mister o destaque para o fato de que foi apenas com o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, que se consagrou a noção da boa-fé objetiva na ordem jurídica nacional.

O imperioso relevo em se estipular a diferenciação e sistematização da boa-fé advém do fato de que esta se configura como sendo um princípio amplo, que carece de concretização para que sua aplicação se dê nos casos que concretamente se apresentam para a tutela jurídica. É mediante este considerar que Gomes (2009, p. 44) interpõe o que ele denomina de uma “classificação tripartite das funções do princípio da boa-fé [, a] função interpretativa, [a] função supletiva [,] e a função corretiva”.

O viés interpretativo da boa-fé é carimbado no artigo 113 da codificação civil nacional, em dois momentos diferentes. Primeiramente, a interpretação se dá na determinação da intenção dos contratantes – ou seja, o sentido que os contratantes imputam ao contrato e à relação negocial em si –; e posteriormente o interpretar da relação contratual firmada segundo os liames da dita ‘boa-fé’, substituindo um ponto relevante e/ou controverso do contrato, pelo entendimento que uma pessoa normal – e de conhecimentos medianos, o ‘homem médio’ – arbitraria de forma razoável e segundo o senso de justiça que vigora na sociedade, para aquele caso em específico.

É tendo por lastro as eventualidades que se apresentam na relação negocial e contratual que ocasionalmente se vê deficiente – quer por lacunas, obscuridades, ambiguidades, ou outros elementos que maculem sua transparência, retidão, justiça, eficácia e eficiência –, que a atividade interpretativa se revela estritamente necessária e de grande valia para a obtenção da justiça na relação negocial, sobretudo nos tratos contratuais.

A atuação supletiva da boa-fé age dando gênese a deveres laterais – denominados, também, pela doutrina, como deveres anexos, instrumentais, secundários, ou acessórios – que, embora não se encontrem entronizados no núcleo do negócio jurídico praticado – e do contrato celebrado –, são necessários para a asseguarção do fiel e pleno cumprimento do contrato, ao gerar obrigações como, v.g., o sigilo, a colaboração, os deveres de informação, a proteção à contraparte – tanto pessoal quanto patrimonial –, tal como estampado pelo artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Esta geração de deveres anexos quando da atuação supletiva da boa-fé, se dá, ainda, na fase pré-contratual, como no caso de rompimento injustificado das negociações



preliminares à celebração do negócio jurídico em definitivo – havendo, assim, *e.g.*, um violar dos deveres de colaboração e informação –, e se prolonga para a fase pós-contratual, vigorando *post factum finitum*<sup>29</sup> – impedindo, que uma parte adote um proceder que mine os proveitos almejados pela outra parte –, como, por exemplo, mediante o dever que sejam disponibilizadas peças de reposição para produtos, ainda que estes não estejam mais em linha de produção.

A função corretiva da boa-fé se externa enquanto esta atua como forma de controle das cláusulas abusivas da relação negocial e contratual, agindo como um elemento característico e/ou variável que permite definir ou comparar algo no meio jurídico e social.

Acaba por constituir, assim, um adimplemento substancial, ao passo que possibilita a execução do contrato e da obrigação, mitigando o inadimplemento obrigacional, o comportamento contraditório<sup>30</sup>, e elementos outros que se mostram contrários à consolidação do negócio jurídico e de sua efetiva realização, bem como e se vinculam ao abuso do direito. Este entendimento é reforçado pelo artigo 187 do Código Civil, que dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por fim há que se destacar que um dos pontos nodais do Princípio da Boa-fé, é o fato de que sua aplicabilidade é irrestrita e inerente às relações humanas, incidindo sob qualquer circunstância, independentemente da existência de relação de paridade entre as partes. No entanto é necessário destacar que existem certas peculiaridades quanto à sua aplicação contratual, tendo em vista os contratantes, a exemplo dos contratos interempresariais, onde a boa-fé, enquanto função interpretativa e supletiva, têm ampla incidência, por deter um caráter intensificador da autonomia da vontade, ao passo que a função corretiva é sutilmente atenuada.

#### 2.4.6 Justiça Contratual

Um dos elementos basilares das relações contratuais é o Princípio da Justiça Contratual, que nada mais é que o imperativo do “justo” que se insere na relação jurídico-obrigacional, no contexto do caso concreto regido pelo pacto.

Nos dizeres de César Fiuza (2009, p. 415), o princípio da justiça contratual :

É a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos que recebeu.

<sup>29</sup> Trad.: ‘Depois do fato terminado’.

<sup>30</sup> *Venire contra factum proprium*.

É modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar pessoas em relação que deve ser de paridade.

A equidade é fundamental ao princípio da justiça contratual. É a equidade que impede que a regra jurídica, se entendida à letra, conduza a injustiças. Equidade é sinônimo de justiça ou, mais especificamente, é a justiça do caso concreto.

É de se destacar que a valoração inafastável da Justiça nas relações humanas remonta dos primórdios da humanidade, sendo anterior, até mesmo, à formação do Estado primitivo, expressa pela máxima latina *fiat justitia, pereat mundus*<sup>31</sup>. Logo, tal como dito nos primórdios da evolução jurídica por Cícero, em sua obra *‘De officiis’*<sup>32</sup>, “a justiça está na primeira linha dos fins que o Direito persegue”.

É imprescindível a análise da Justiça nas relações contratuais, uma vez que esta é inerente a eles, em razão de sua intersubjetividade, visto que, “se relaciona com o próximo [...] [sendo que, se ] o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é, mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida” (ARISTÓTELES, 1985, p. 95-96).

Assim, a Justiça Contratual pode ser definida como sendo o vigorar de condições e ideais justos na relação obrigacional ensejada pela pactuação, bem como no contrato em si; constituindo uma justiça comutativa, conforme expõe Noronha (1994, p. 214):

A justiça contratual é a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do que o valor que recebeu; a responsabilidade civil é a relação de equivalência que se estabelece entre o prejuízo sofrido por uma pessoa e a reparação devida por quem o causou

O Princípio da Justiça Contratual corresponde, portanto, ao equilíbrio de direitos e obrigações das partes contratantes na pactuação e no negócio jurídico, impedindo que uma delas se veja onerada de mais encargos que outra, o que geraria prejuízos e consagraria o injusto, circunstância abominada não apenas pelo Direito, mas pela sociedade como um todo.

Logo, a Justiça Contratual vincula-se à ideia de equilíbrio entre os compromissos assumidos pelas partes contratantes, e os benefícios que estas esperam. Este equilíbrio é mensurado tanto pelos sujeitos da relação contratual, quanto por um critério objetivo alheio às partes.

Acaba, nesse sentido, por constituir um elemento de aferição da justiça contratual substancial objetiva, o que é deveras laborioso de se estabelecer, como, *e.g.*, ao se tentar tecer um parâmetro do que vem a ser um ‘justo salário’, ‘justo lucro’, ‘justo trabalho’, etc. Certo é que demanda certa dose de presunção, tendo por liame o senso comum.

<sup>31</sup> Trad.: faça-se a Justiça, ainda que o mundo pereça.

<sup>32</sup> Tomo I, Capítulo VII, página 20 (*Apud* NORONHA, 1994, p. 211)

Justifica-se o Princípio da Justiça contratual, portanto, pelo fato de que tanto a sociedade, quanto os juristas e aplicadores do Direito, e os sujeitos da relação negocial e contratual, almejam que o contrato seja justo, muito embora seu conteúdo seja variado, conforme expõem Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova (1996, p. 3).

Nesta diretriz, há que se considerar que o Direito tem adquirido certo “dirigismo”, ao pautar as relações contratuais – e a vida em sociedade – pelo ideal de Justiça, mesmo que tal “dirigismo jurídico-estatal” não tenha por fito obliterar a liberdade contratual, mas, em oposto, visa apenas complementá-la, possibilitando que esta transcorra segundo os liames da própria Justiça, trazendo benefícios a todas as partes da relação negocial, sem prejuízos ou desequilíbrios entre os sujeitos da relação jurídica.

A Justiça Contratual enquanto princípio inerente ao contrato, tem seu justificar alicerçado nos ideais éticos e filosóficos que vigoram na sociedade, e que trazem sentido ao Direito e à vida em coletividade. Ao mesmo tempo, institui o senso comum e privado de Justiça nas relações obrigacionais firmadas pelo livre arbítrio das vontades contratantes, aliado a um ideal de comutatividade aristotélico de equidade, em que cada um deve receber o equivalente àquilo que oferece.

## **2.5. Formas de Extinção**

### **2.5.1 Considerações Iniciais**

Natural que os negócios jurídicos tenham sua um ciclo vital de nascimento, produção de efeitos e extinção. Nascem pela vontade qualificada, provocam seus mais variados efeitos e depois desaparecem.

Há que se consignar que a matéria extinção dos contratos sempre foi tarefa tormentosa no meio jurídico. É que o Código Civil de 1916 não havia sistematizado eficazmente o tema, o que obrigou a doutrina a debruçar-se sobre o mesmo e estabelecer seus limites.

Bem distante disso, o Código Civil de 2002 se encarregou de sanar a lacuna jurídica, com os artigos 472 a 480, embora sem esgotar convenientemente o assunto, haja vista a extensa variação de operações e relações jurídicas típicas dos dias de hoje.

Pois bem, a extinção, que é o tema em relevo, pode ser provocada de várias formas, seja pelo modo natural – que é aquele em que depois de ter provocado todos os seus efeitos, desaparece do mundo do direito –, seja pela extinção sem seu cumprimento.

A extinção pelo modo natural dispensa comentários, por se apresentar como forma natural, como o próprio nome se encarrega de esclarecer, seja porque as prestações foram cumpridas, seja porque o prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação venceu e foi cumprido o pactuado, enfim, por circunstâncias normais de extinção.

Noutro giro, quando se fala da extinção do contrato sem cumprimento, há que se consignar que pode ser ocasionada por:

- a) causas anteriores à formação do contrato, como: a invalidade contratual – nulidade absoluta ou relativa, a cláusula resolutiva expressa ou pela cláusula ou direito de arrependimento;
- b) causas posteriores à formação do contrato, como: a resolução por inexecução voluntária, involuntária, por onerosidade excessiva ou pela resolução tácita; a rescisão unilateral ou bilateral; e a morte dos contraentes.

Sem adentrar aos detalhes das várias formas de extinção dos contratos, a presente abordagem ater-se-á a forma extinção por meio da cláusula resolutiva expressa.

### **2.5.2 Cláusula Resolutiva Expressa**

Segredo não é que as partes podem fazer constar do contrato cláusula que preveja que o mesmo será extinto, caso haja descumprimento de alguma obrigação constante do mesmo.

Esta cláusula é denominada pelo próprio Código Civil de 2002 de cláusula resolutiva expressa, nos dizeres do artigo 474, nestes termos: “*A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial*”<sup>33</sup>.

Pela própria leitura do texto legal, fica claro que o legislador quis fazer uso das duas possibilidades, a cláusula tácita e a expressa, estabelecendo o formato de sua utilização, dependendo da circunstância em que se encontram as partes.

---

<sup>33</sup> Grifo Meu.

Este fato mereceu destaque elogioso de Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 242), por entenderem que o quando o Código de 1916 se utilizava do termo “condição resolutiva” – artigo 119 – impunha dificuldade em se operacionalizar um elemento limitador da eficácia do negócio jurídico de forma implícita. Seria como se as partes, deixando de lado a boa-fé objetiva, já fizessem a previsão de que o contrato não seria cumprido, ou até mesmo desejassem não cumpri-lo, contrariando a visão ética defendida pelos doutrinadores contemporâneos.

Na mesma linha, Venosa (2007, p. 517 ) defende que o termo “condição” deve ser evitado, no intuito de impedir um conflito de entendimento com o elemento accidental que pode ser apostado ao negócio jurídico, conforme dispõe o artigo 127, do Código Civil.

Em sentido oposto, Flávio Tartuce (2011, p. 553) e Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 179), dizem tratar-se efetivamente de uma “condição”, por ser o causador da extinção do negócio jurídico, o evento futuro e incerto. Daí por entenderem que existe a previsão antes mesmo da celebração do próprio contrato.

Entretanto, a circunstância mais relevante é mesmo o reconhecimento textual tanto de uma forma, quanto da outra, expressa ou tácita.

Pois bem, o termo “resolução”, na maioria das vezes é utilizado quando uma das partes deixa de cumprir com alguma obrigação, fato gerador da extinção do negócio jurídico. Muito embora seja esta a denominação mais técnica, a palavra “rescisão” também é utilizada com frequência como sinônimo. Resolução, portanto, nos dizeres de Orlando Gomes (1983, p. 205) é “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial.”

O Direito Romano desconhecia este formato de ruptura do vínculo. Noticia-se a existência apenas da chamada *lex commissoria* nas vendas a crédito, segundo a qual se operava a resolução do contrato de pleno direito, por falta de pagamento no dia do vencimento. Posteriormente, conforme Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 8), para os contratos inominados foi criada a *conditio*, pela qual um contratante poderia se negar a cumprir sua obrigação, à vista do descumprimento da obrigação do outro contratante.

Entretanto, somente na Idade Média, especialmente com a atuação do Direito Canônico é que a *lex commissoria* tornou-se parte integrante dos contratos, mesmo que de forma tácita.

A partir daí, o Direito Alemão seguiu uma linha e o Direito Francês outra. O primeiro, conforme destaca Venosa (2007, p. 468), entendia que no caso de inadimplemento, a outra parte tem a obrigação de fixar um prazo específico para o cumprimento da avença e,

somente depois de descumprido, o contrato seria resolvido. Já no segundo, sua previsão era tácita.

O Código Civil de 1916, bem como o de 2002, seguiu a linha francesa de entendimento, ao admitir a cláusula resolutiva tácita. Como dito anteriormente, o novel diploma prevê as duas hipóteses, tanto a expressa, quanto a tácita. Ocorre, que a forma de aplicação prática de uma e de outra merece algumas considerações.

Quando presente a cláusula resolutiva expressa, a parte tem como resolvido o contrato, em vista do inadimplemento da obrigação. Entretanto, tal entendimento não dispensa, em todas as hipóteses, uma declaração de rompimento do vínculo sem o pronunciamento do Poder Judiciário. É que para algumas circunstâncias, mesmo havendo previsão expressa, faz-se necessária a declaração judicial da extinção do vínculo. Até porque, as partes podem: desejar demonstrar inocência ou cumprimento de suas obrigações; provar que o contrato é unilateral; intentar evitar ressarcimentos por perdas e danos; arguir má-fé, enfim, uma série de outras situações que não permitem que o contrato simplesmente seja desfeito, e fim. Até mesmo a lei destaca a necessidade de, em alguns casos, mesmo com a previsão expressa, se operar com a denúncia, como é o caso dos compromissos de compra e venda de imóveis loteados (Decreto-lei 58/37 e Lei 6766/79), como forma de derrogação textual da regra geral. A mesma sistemática segue a alienação fiduciária em garantia (Lei 4728/65; Decreto- Lei 911/69) e o arrendamento mercantil (Lei 6099/74).

Assim, a diferença primordial entre uma espécie e outra é que, se a cláusula é expressa, o contrato pode ser resolvido com a simples comunicação ao inadimplente da intenção de se resolver o pacto, ao contrário, se a cláusula for tácita, a notificação formal é indispensável. Há que se considerar, ressalte-se, que em determinadas circunstâncias, mesmo que a cláusula seja expressa, pode a lei determinar que haja notificação formal prévia como forma de purgar a mora.

Por óbvio, como destaca Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 185), o incumprimento da obrigação há de ser relevante ao ponto de ensejar a resolução do contrato, atendendo aos ditames da preservação e da função social do contrato.

Para finalizar, há que se ressaltar que uma leitura desavisada da letra da lei – artigo 474, do Código Civil – poderia levar a crer que no caso da cláusula resolutiva expressa, a simples manifestação seria suficiente para a resolução do negócio jurídico, o que não é verdade. Em ambos os casos, tanto na expressa, quanto na tácita, o pronunciamento judicial é imprescindível.

### 3 CONCURSO CREDITÓRIO

#### 3.1 Breve Evolução Histórica

Dos fenícios até a atual era do comércio eletrônico, a atividade mercantil tem inegável importância. Ao lado dela sempre esteve presente alguma forma de regulação, dos desacordos que se resolviam com a vida, até o atual concurso de credores.

Noticia-se que durante os primeiros passos do Direito Romano, o *ius quiritium*, a relação que se estabelecia entre credor e devedor, permitia que se constituísse uma espécie de servidão por prazo determinado para que o credor se refizesse dos prejuízos causados pelo devedor inadimplente. Caso a dívida não fosse adimplida, o devedor poderia ser vendido como escravo, ou até mesmo espartilhado, em quantas partes fossem seus credores.

Até meados do século I a.C. a responsabilidade literalmente pessoal (corpórea) perdurou, até que a *Lex Poetelia Papira* viesse introduzir a responsabilização patrimonial em substituição à anterior.

A *Lex Poetelia Papira* se destacava pela previsão da retirada forçada de bens do patrimônio do devedor, que ficavam sob a guarda de um curador nomeado, com respaldo de uma ordem pretoriana. Nestes termos, há que se considerar que a responsabilidade por dívidas passou a ser patrimonial, ao invés de corporal e, que uma estrutura externa, um terceiro, passou a se ocupar deste assunto, que antes era iminentemente privado.

Durante este mesmo período, conforme destaque de Almeida (1997, p. 14), por meio da *Lex Julia Bonorum*, o devedor poderia ceder seus bens ao credor, para que este os vendesse separadamente, a fim de ver a obrigação adimplida, advogando a idéia de esta seria a forma mais originária do procedimento falimentar.

Segundo Waldemar Ferreira (1965, p. 13), tem-se:

Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductio creditorum*.

Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito de massa, ou seja, massa falida.

Completava-se a *bonorum venditio*, com uma larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque do seu patrimônio, praticados pelo devedor.

Entre elas, a *actio paulina*, por via da qual ‘*quoque in fraudem creditorum alienata sunt revocatur fructus quoque restituuntur*’<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Grifos do Autor.

Entretanto, somente na Idade Média é que o *concursum creditorum* foi efetivamente disciplinado. Naquela época os credores eram obrigados a habilitar seus créditos em juízo e este se encarregaria de arrecadar e guardar os bens do devedor, para que com a sua venda fossem pagos os credores.

Note-se que em história uma situação acaba influenciando outra. Foi durante a Idade Média que o comércio marítimo teve significativo incremento, e não por acaso, o Estado resolveu, em definitivo, tomar as rédeas do concurso creditório. Anteriormente, as querelas eram resolvidas pessoalmente, mas após o advento do mercantilismo, as relações comerciais alcançaram outro *status*. Se se referia à geração de riquezas, o Estado não poderia ficar a par disso.

Foi assim que o concurso de credores, aliado aos ensinamentos do direito canônico, formando um direito comum, se transformou em falência. Aplicável aos devedores comuns e aos comerciantes, com conseqüências extremamente drásticas e penalidades severas, que levavam o falido às penas de prisão e até as de mutilação. Nesse ambiente, como concluem Souza Jr. e Pitombo (2009, 25), buscava-se reprimir abusos perpetrados por devedores desonestos, maculados pela infâmia.

Há que se consignar que a expressão “falência” advinha do verbo italiano *fallere*, que significa enganar, falsear, trapacear, o que justificava o rigor da penalidade.

Posteriormente, o Código Comercial Napoleônico de 1808 veio aprimorar os ensinamentos pretéritos, estabelecendo critérios mais específicos e pouco menos rigorosos sobre a falência, com foco na regulamentação afeita ao comércio, conferindo certo prestígio para os devedores ditos de bom caráter, com destaque para o perfil econômico-social do próprio procedimento.

Mesmo assim, não há que se falar houve relaxamento extremo das regras afeitas à falência, valendo conferir as palavras de Napoleão Bonaparte, estampadas por Requião (1992, p. 184), nestes termos:

Em toda a falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade.

No Brasil, a partir da colonização, vigoraram as Ordenações Afonsinas, posteriormente publicadas como Ordenações Manuelinas, mas sem relevo na parte referente à quebra. As Ordenações Filipinas de 1603 se ocuparam de forma mais direta do instituto, mas ainda sem a profundidade que se exigia.



Entretanto, somente com o Alvará de 13 de novembro de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, conforme relata Waldemar Ferreira (1965, p. 16) é que tivemos um processo falimentar autêntico, exclusivo para comerciantes, mercadores ou homens de negócios, acentuadamente mercantil.

Neste procedimento, o falido declarava a verdadeira razão da falência e quais bens lhe pertenciam, entregava as chaves dos armazéns, procedia-se à arrecadação e o produto de seus bens eram partilhados entre os credores, reservando-se uma parcela de dez por cento para o próprio falido. Se a falência fosse fraudulenta, o falido além de ser desposado de seus bens, era condenado à prisão.

Veio, então, o Código Comercial de 1850 (arts. 797 a 911), o Decreto 917, de 24 de novembro de 1890, a Lei 859, de agosto de 1902, a Lei 2024, de 17 de dezembro de 1908, o Decreto 5746, de 9 de dezembro de 1929, o Decreto-Lei 7661, de 21 de junho de 1945, até a Lei 11101, de 9 de fevereiro de 2005, que é a então vigente.

A nova lei foi promulgada no momento crucial da entrada incisiva do Brasil no mercado internacional como um competidor de ponta, apto a suportar as pressões externas e movimentos especulatórios, constante atenção aos severos questionamentos dos mecanismos de controle internacionais, principalmente do Fundo Monetário Internacional, necessário combate às fraudes empresariais, desburocratização e facilitação das condições de funcionamento das micro-empresas e empresas de pequeno porte, minoração das desigualdades regionais, sedimentação da política interna de incentivo à atividade empresarial, criação de ambiente propício para investimento, especialmente de capital estrangeiro, fomento ao meio ambiente sustentável e do cumprimento da função social da empresa.

Nesta direção, importante consignar que durante o período de tramitação da lei, mais especificamente em 25/09/2001, no Memorando de Política Econômica, com a participação do Fundo Monetário Internacional (FMI), publicado no Boletim *Focus* do Banco Central do Brasil, constava a seguinte indicação:

O governo está formulando proposta de legislação para reforçar a supervisão do mercado de capitais por meio da unificação e fortalecimento de diversas entidades regulatórias que atuam nessa área. Também continuará a colaborar estreitamente com o Congresso com vistas à aprovação do projeto de lei que altera a Lei das Sociedades Anônimas, destinado a melhorar a transparência e a governança nessas empresas, bem como de uma nova lei de falência. O BCB pretende tomar medidas adicionais (detalhadas no MTE anexo) para reforçar o quadro regulatório do sistema bancário e seu próprio sistema de supervisão à distância. Também estão sendo consideradas reformas do sistema de financiamento imobiliário que proporcionariam maior proteção aos compradores da casa própria. Além disso, o governo pretende participar do Programa de Avaliação do Setor Financeiro (FSAP), dando prosseguimento à avaliação da observância dos princípios fundamentais de Basileia

já realizada com a assistência do FMI e do Banco Mundial. O governo está também empenhado em formular medidas para eliminar gradualmente as diferenças remanescentes entre as normas de contabilidade internacionalmente aceitas e as normas hoje em uso no Brasil.

As considerações acima esposadas refletem claramente o momento que o Brasil passava, com vistas a se adaptar rapidamente para se sustentar no mercado externo. Isto sem se considerar as previsões de fomento empresarial e setorial da própria Constituição da República.

### **3.2 Contornos Gerais da Lei 11.101/05**

Em que pese a existência de críticas a respeito da nova regulação, importa consignar que, embora alguns dispositivos ainda gerem dúvidas a respeito de sua aplicação prática e demais questionamentos, a lei é construída sob vários pilares. Descrições principiológicas, tentativa de enquadramento no sistema jurídico, interesses econômicos, sociais, políticos, coadunam nas normas produzidas por homens advindos de segmentos variados da sociedade, que intentam estabelecer patamares de exequibilidade do próprio procedimento.

Alguns mecanismos foram apenas aprimorados, outros são acondicionados como inovações.

Resumidamente, as principais mudanças que a nova lei estabeleceu podem ser assim descritas:

- a) o pedido de falência somente é possível, caso o valor da dívida em atraso seja superior a 40 salários mínimos, impedindo que o instituto fosse uma forma coercitiva de recebimento de dívidas, como corria anteriormente;
- b) o prazo de contestação (ou depósito elisivo) passa de 24 horas para 10 dias;
- c) no caso de impontualidade injustificada, a simples apresentação do plano de recuperação, dentro do prazo para contestar, impede a decretação da falência;
- d) a venda de bens do falido pode ser feita antecipadamente, independentemente da superação da fase cognitiva, dentro das hipóteses previstas na lei, inclusive durante a

tramitação do processo, por meio de variadas hipóteses, como: alienação de bens pertencentes ao empresário, em bloco ou isoladamente ou por meio da nova modalidade de alienação, o pregão, obedecida a ordem de preferência;

e) o pedido de restituição de mercadorias entregues nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência não poderá ser efetivado se estes bens já tiverem sido alienados pelo próprio devedor antes da falência, ao contrário do que acontecia anteriormente, que somente a alienação pela massa impedia a restituição;

f) na falência, o próprio falido deve apresentar a lista de credores para verificação, o que não impede de os credores com eventuais divergências e habilitações apresentarem suas razões dentro dos limites da lei, para ao final ser homologado o quadro geral de credores;

g) a ordem de credores foi modificada, seguindo, basicamente, a seguinte ordem: créditos trabalhistas até 150 salários mínimos e oriundos de acidente de trabalho, créditos gravados com garantia real até o limite deste, créditos tributários de qualquer natureza; créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral, créditos quirografários, multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as tributárias e os créditos subordinados;

h) o prazo de decadência da ação revocatória passa de 1 ano, contado do início da liquidação, para 3 anos contados da sentença declaratória de falência;

i) o adquirente de bens do falido ou recuperando, não é considerado sucessor destes quando a alienação se dá por meio de hasta judicial;

j) o síndico passa a ser chamado de administrador judicial;

k) a Assembléia-Geral de Credores tem suas funções ampliadas;

l) cria-se o Comitê Geral de Credores, com função de fiscalização da recuperação judicial e da falência durante todo o desenvolvimento do processo, bem como a administração da massa;

m) o Ministério Público tem suas funções bastante reduzidas, relegadas apenas às situações mais específicas, como as de interesse coletivo, aquelas em que houver indícios de crimes e desobediência da lei;

n) a recuperação judicial vem substituir as antigas figuras da concordata preventiva e suspensiva, com rito simplificado para o micro-empresário ou empresário de pequeno porte, além da possibilidade da recuperação extrajudicial, que exige do juízo universal apenas a sua homologação, a partir do acordo elaborado entre os credores do devedor;

o) as penas por crimes falimentares são sensivelmente aumentadas com previsão de agravamento da pena quando identificada a existência de ‘Caixa Dois’ (Caixa 2), a conduta culposa deixa de ser típica e os prazos prescricionais passam a ser os do Código Penal.

Longe de ser perfeito, o novo procedimento apresenta significativo avanço se comparado ao Decreto-Lei 7661/45, carregado de boas intenções. Conforme esclarecem Souza Jr e Pitombo (2007, p. 14), embora não seja possível prever a profundidade dos interesses que cercaram a edição da nova lei, a recuperação de empresas pressupõe princípios e objetivos que não podem ser desconsiderados.

Importante se consignar, por fim, que a Lei 11.101/05, por ter características especiais, cria uma estrutura a parte no sistema jurídico, tal como descreve Fernando Netto Boiteux (2006, p. 287):

A lei da Recuperação e da Falência apresenta alterações ao direito das obrigações em geral e mesmo em relação ao direito empresarial, porque o Código Civil, ao unificar parcialmente o direito das obrigações, não criou um conjunto de regras para a empresa insolvente, tarefa cumprida pela lei especial.

Todavia, da mesma forma que o direito comercial não regulou, nunca, todo o comércio – pois sempre se valeu do direito civil para as normas mais gerais sobre obrigações e contratos, ainda que alteradas –, a legislação falimentar apenas altera alguns efeitos do direito das obrigações, especialmente as empresariais.

O direito falimentar apenas adapta os direitos das obrigações, nos casos que menciona, para os fins a que se destina: a recuperação da empresa insolvente e o pagamento dos credores.

Em arremate, pontifica José de Oliveira Ascensão (1991, p. 535):

Não é um direito excepcional, apenas um direito especial, que modifica o direito das obrigações, não o afasta, a não ser nos casos que especifica.

Resta saber se dentro do universo de firmas individuais, empresas individuais de responsabilidade limitada, micro-empresas e empresas de pequeno porte, que são a maioria entre as existentes no Brasil, os procedimentos, principalmente da recuperação judicial, poderão ser efetivamente implementados, considerando-se o pequeno grau de sofisticação destas para lidar com procedimentos complexos como: o custo de uma assessoria que detenha condições técnicas de auxiliar a reestruturação da atividade, a formulação de um plano de recuperação exequível, a elaboração e o funcionamento de Comitês de Credores e Assembléias-Gerais de Credores.

Apesar disso, há que se destacar a lição de Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla P. Ribeiro (2011, p. 483):

O foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País.

### **3.3 Finalidade do Procedimento de Recuperação e Falimentar**

O verbo falir, advém do latim *fallere*, que significa fracassar, malograr-se. Os dicionários atuais, mesmo sem direcionamento jurídico específico, assim definem: “deixar (o comerciante), sem relevante razão de direito, de pagar na data do vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva, ou realizar qualquer dos atos que a lei considera típicos do estado de falência”.<sup>35</sup>

O termo ‘quebra’ também foi utilizado durante algum tempo no Brasil (no Código Comercial de 1850 – Parte Terceira) e em outros ordenamentos jurídicos, indicando também a insolvência do devedor. Esta expressão, segundo informa Campinho (2006, p. 74), era inspirada na tradição dos devedores promoverem a quebra da banca do comerciante que não houvesse honrado seus compromissos, impossibilitando-o, assim, de negociar.

Atualmente a palavra quebra tem sido utilizada apenas coloquialmente, já que tecnicamente a palavra falência é a mais apropriada.

Embora a Lei 11.101/05 não defina o instituto, prescreve em seu artigo 75, que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização dos bens ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa. Na falta de uma definição mais clara e objetiva, o socorro vem do próprio Código Civil, quanto

<sup>35</sup> FERRREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário Aurélio. Edição eletrônica. Positivo

no artigo 1.044 assim dispõe: A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração de falência. Ou seja, a falência é a dissolução judicial de uma atividade empresária.

No entendimento de Sérgio Campinho (2006, p. 79), o termo falência passou a exprimir a impossibilidade do devedor satisfazer de seus débitos, dado a impotência de seu patrimônio para a geração de recursos e meios necessários aos pagamentos devidos.

Noutro giro, há que se ressaltar a importância do conteúdo da *par condicio creditorum*, princípio basilar do sistema falimentar. Esta condição-base visa colocar em situações uniformes os credores que se encontrem na mesma categoria, dando maior isonomia ao procedimento, colocando-os em condição de paridade.

Importante é o esclarecimento de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 12), quando relaciona, no procedimento falimentar, a necessidade de preservação da situação de paridade entre os credores, a fim de evitar injustiças, e a importância que o patrimônio do devedor e sua preservação representa, como forma de garantia da solvabilidade das dívidas e melhor aproveitamento do conjunto de bens:

Sabe-se que a garantia dos credores é o patrimônio do devedor. Isto quer dizer que, em ocorrendo o inadimplemento de qualquer obrigação por parte de determinada pessoa, o credor desta poderá promover, perante o Poder Judiciário, a execução de tantos bens do patrimônio do devedor quantos bastem à integral satisfação de seu crédito. A execução processar-se-á, via de regra, individualmente, com um exequente se voltando contra o devedor para dele haver o cumprimento da obrigação devida.

Quando, porém, o devedor tem, em seu patrimônio, bens de valor inferior à totalidade de suas dívidas, quando ele deve mais do que possui, a regra da individualidade da execução torna-se injusta. Isto porque não dá aos credores de uma mesma categoria de crédito as mesmas chances. Aquele que se antecipasse na propositura da execução possivelmente receberia a totalidade de seu crédito, enquanto os que se demorassem – até porque, eventualmente, nem tivesse ainda vencido a respectiva obrigação – muito provavelmente não receberiam nada, posto encontrarem o patrimônio do devedor já totalmente exaurido.

Para se evitar essa injustiça, conferindo as mesmas chances de realização do crédito a todos os credores de uma mesma categoria, o direito afasta a regra da individualidade da execução e prevê, na hipótese, a obrigatoriedade da execução concursal, isto é, do concurso de credores (antigamente denominada execução “coletiva”). Se o devedor possui em seu patrimônio menos bens que os necessários ao integral cumprimento de suas obrigações, a execução destes não poderá ser feita de forma individual, mas coletivamente. Ou seja, abrangendo a totalidade de seus credores e a totalidade de seus bens, todo passivo e todo o ativo do devedor.

Isto é o que se entende por *par condicio creditorum*, princípio básico do direito falimentar. Os credores do devedor que não possui condições de saldar, na integralidade, todas as suas obrigações devem receber do direito um tratamento parificado, dando-se aos que integram uma mesma categoria iguais chances de efetivação de seus créditos.

A partir do conjunto da obra, coligando princípios e regras, pode-se conceituar o procedimento falimentar como sendo aquele tendente a retirar do mercado aqueles que

desempenham atividade empresarial, por meio de um procedimento judicial que estabeleça a forma de arrecadação de seus bens e a sua alienação, a fim de realizar o pagamento de seus credores na ordem e nas condições estabelecidas, como forma de prevenção à inadimplência empresarial.

Em resumo, o procedimento falimentar tem como pressuposto a exclusão do mercado do empresário despreparado, que não detém qualquer possibilidade de recuperação pelos meios propostos na lei.

Ocorre que a lei não trata apenas da falência, mas também da recuperação da atividade, seja ela judicial ou extrajudicial.

A recuperação judicial tem o intuito de, como o próprio nome já diz, promover a recuperação da atividade, que nos termos do artigo 47, assim se entende: a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Já a recuperação extrajudicial, prevista nos artigos 161 em diante, é um procedimento mais simplificado, já que permite ao devedor negociar diretamente com os credores o plano de recuperação extrajudicial, ou requerer a homologação do plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado pelos que representem mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

A base da recuperação judicial, há que se consignar, é o plano de recuperação judicial, que merece alguns breves comentários.

Nos termos dos artigos 53 e 54, da Lei 11101/05, o plano de recuperação deverá ser apresentado em juízo em até 60 da publicação do deferimento do processamento, sob pena de convalidação em falência, devendo conter:

- a) os meios de recuperação a serem empregados, nos termos do artigo 50;
- b) demonstração de sua viabilidade econômica;
- c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens ativos.

Ocorre que o plano depende do cumprimento de algumas determinações, já que não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos de natureza trabalhista e acidentes de trabalho, e também não poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para

pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza salarial, vencidos nos 3 (três) últimos meses anteriores ao pedido.

Ultrapassados os pré-requisitos e em caso de sua aprovação, implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e os credores sujeitos a ele (art. 59), já que poderá alterar seus prazos, condições e valores. Entretanto, se houver convolação em falência, os créditos retornarão às condições de origem, como se o plano nunca tivesse existido (art. 61, §2º).

Outro ponto a se considerado é que, regra geral, o devedor ou os seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob a fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial (art. 64), ao contrário do procedimento de falência, em que o devedor ou seus administradores são afastados de suas funções.

Por fim, destaca-se que caso o plano faça a previsão de alienação do estabelecimento, seus empregados serão admitidos mediante novos contratos de trabalho, já que o arrematante não responde/sucedo o devedor nas obrigações anteriores.

Percebe-se que a recuperação da atividade empresarial, embora carregada de boas intenções, apresenta consideráveis desafios práticos, dependente de vários fatores, tais como: conjugação de interesses de credores, elaboração técnica de qualidade e agilidade formatação do instrumento.

### **3.4 O Espírito da Nova Lei Falimentar e a Função Social da Empresa**

Nas palavras do notável Prof. Vinícius Gontijo (2005), em seminário realizado no ano de 2005, tanto o art. 47, quanto o art. 75, da lei 11.101/05, tem seus objetivos fixados em lei. Desta forma, o intérprete fica vinculado a estes objetivos, obrigando-o, pelo menos, a buscar alcançá-los. Nas suas palavras:

Não se pode fazer uma interpretação gramatical, ou uma interpretação lógico-sistemática, ou ainda uma interpretação histórica. Estamos vinculados a uma interpretação teleológica, finalística. Temos que interpretar a Nova Lei de Falências visando atingir aquilo que foi a previsão legal.

Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla Pereira Ribeiro (2011, p. 453), assim se posicionaram:

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



O legislador, ao redigir o art. 47, estabeleceu como objetivo central a recuperação da atividade, a partir da viabilização da superação de crise econômico-financeira do devedor. Os benefícios indiretos seriam a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Na mesma linha, ressaltou a importância da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Se o assunto fosse decomposto, poder-se-ia iniciar pela viabilização da superação da crise econômico-financeira do devedor. Este seria o principal vetor. Por óbvio o legislador atento à própria evolução do sistema capitalista, optou por, no primeiro momento, municiar o empresário de instrumentos que permitam a sua reestruturação, desde que disponha de elementos que possibilitem a sua permanência no mercado, superando a crise, seja ela de cunho econômico ou financeiro. Note-se que a intenção inicial é a superação da crise. Posteriormente buscar-se-á a venda dos ativos em bloco, para somente, na última hipótese, liquidar a atividade.

Este escalonamento de procedimentos tem uma razão, não só de natureza econômica, mas também social. Na esfera econômica, quanto mais seguros forem os mercados, maior solidez demonstrarão, o que dirá quando os procedimentos legais forem claros o bastante que possam reduzir os custos operacionais, fato que tende a atrair um número considerável de investidores. Mas não fica somente nisso, os reflexos da quebra podem ser sentidos também por outros empresários, como os prestadores de serviço e os fornecedores. Entretanto, quando a atividade se recupera, toda a estrutura se preserva.

Na esfera social, os prejuízos que a quebra produz também são facilmente identificados. Os trabalhadores perdem seus postos de trabalho, criando instabilidade especialmente na economia local, a fonte produtora se perde, os recursos tributários que teoricamente seriam revertidos àquela localidade se esvaem, os projetos sociais porventura sustentados pela atividade ficam órfãos, os credores experimentam possibilidades reduzidas de reaver seus ativos e os custos de transação tendem a aumentar. Por certo, se atividade é preservada tais reflexos não são sentidos e a estabilidade é reconquistada.

Nas palavras de Rachel Sztajn<sup>36</sup>, é nítida a intenção do legislador de abandonar a visão informadora da legislação revogada, que priorizava a retirada do empresário do mercado, como forma de reduzir os riscos da atividade mercantil. O que se propõe agora é

---

<sup>36</sup> SZTAJN, Rachel. Disposições gerais. In. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-247.

viabilizar a sustentação da atividade alterando o foco, que anteriormente era o mercado de crédito e a confiança, para a tutela do devedor de boa-fé.

Note-se que Nelson Abrão (1985, p. 23-26), ainda sob a perspectiva do Decreto-lei 7.661/45, já destacava a necessidade do deslocamento da discussão, que se restringia, na maioria das vezes aos interesses do devedor e dos credores, para um campo mais amplo:

Em um quadro axiológico desse tipo, a inaturalidade de um instituto centrado principalmente sobre a contraposição de fundo entre o interesse do empresário e o dos credores, sobre cuja base é construído (sem que os outros interesses encontrem alguma consideração na lei falimentar) salta à evidência.

[...] A falência ou, em geral, os procedimentos concursais não podem contemplar-se simplesmente da ótica privatística da necessidade de facilitar aos credores um meio processual para a satisfação de seus créditos. Nos concursos e nosso tempo palpitam e se enfrentam interesses de tanta ou maior significação que os particulares dos credores, tais como os interesses gerais do tráfico mercantil, os da manutenção de um certo nível ou volume de atividade em setores chave da economia, ou os de defesa do trabalho ou do emprego, que reclama na situação atual, como adverte Weber, uma atenção preferente.

Nesse caminho, a solução que parece ir-se impondo com força dentro do pensamento jurídico contemporâneo é a da substituição da finalidade liquidatária do patrimônio do devedor comum, característica da velha falência, pelo objetivo de corrigir ou sanar a crise, dificuldades ou desarranjos econômicos colocados no seio dos organismos ou unidades produtivas.

Prosseguindo, ao final, este mesmo artigo finaliza com a mensagem de preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Quando se fala de cumprimento da função social e do estímulo à atividade econômica, a própria Constituição da República deixa bem claro, seja por meio do artigo 1º, seja por força do artigo 170 e seguintes, que o Brasil tem que buscar seu assento na economia de mercado, sem se descuidar da parte social.

Muito embora não seja objeto deste trabalho o esgotamento do que se entende por função social da empresa, além de ainda ser de extrema dissonância doutrinária, cujo enfrentamento, neste, não se justifica, o assunto merece algumas referências. De início as palavras de Rachel Sztajn (2007, p. 219-247):

A função social da empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador da economia.

Observe-se que a função social da empresa pode ser destacada, de forma simplificada, seguindo a linha de raciocínio acima esposada, tanto por seu conteúdo objetivo, quanto pelo seu conteúdo subjetivo.

Quando se trata do conteúdo especialmente objetivo, é verdade que a atividade empresarial visa o lucro, mas ter-se-á em mente que a empresa tem outra função, que é promover o desenvolvimento sustentável, sem que isto implique redução dos resultados auferidos. O que se deve buscar é preservar os sistemas, a cultura, o meio-ambiente, por meio de práticas eficazes capazes de movimentar a economia, sem agredir os patrimônios sociais. Estas considerações são parte de análise particular da Agenda 21, da Conferência Das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Embora Fábio Konder Comparato (1995, p. 314), destaque que a “propriedade de empresa”, não se presta a ocupar deveres de cunho social, como substituta do próprio Estado, mas especificamente na geração de lucros, há que se pensar que a função social esteja dentro do limite do desenvolvimento sustentável, o que não implica dizer que o empresário deva se ocupar das funções tipicamente estatais. Ou seja, o objetivo principal é o lucro, disso dúvida não há, mas que seja de conseguido de forma harmônica com a coletividade.

Do ponto de vista subjetivo, o legislador também teve seu papel de incentivar a função social, haja visto que em diversos dispositivos estabeleceu requisitos de regulação da atividade, especialmente na composição do quadro societário; no modo de administração das pessoas jurídicas; na possibilidade de participação e proteção dos sócios minoritários; no direito de retirada; no fomento às Microempresas, às Empresas de Pequeno Porte e ao Cooperativismo, dentre outros vários. Observa-se que tais dispositivos não se encontram em um mesmo diploma, fazendo parte, além do Código Civil, de legislação esparsa e até mesmo da Constituição da República.

Certo é que também há função social interna, subjetiva, nas ditas relações *interna corporis*. Alexandre Cateb, em trabalho apresentado na XI Conferência Anual da ALACDE, assim dispôs:

A função social da empresa identifica sua funcionalidade como meio de criação de riquezas, o que pode resultar em ganho social. Pode-se afirmar que não se contrapõe à atividade especulativa, pois a empresa exerce sua função social através dos ganhos sociais gerados a partir de sua própria organização, redundante do arranjo contratual e/ou complexo de direito que lhe deve ser própria.

Assim, tem-se que a função social da empresa deve, tanto perseguir os objetivos pela qual a atividade foi criada e vem se desenvolvendo, quanto cuidar dos reflexos sociais que tal atividade provoca. Seria uma forma de responsabilidade interna e externa, um misto de

objetivo e subjetivo que faz todo sentido, especialmente quando trata da recuperação da atividade empresarial. Se percorrido todo o caminho para a recuperação, sem contudo se obter êxito, promover-se-á o afastamento do devedor de suas atividades, visando preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, nos dizeres do artigo 75, da Lei 11.101/05. Mesmo na drasticidade da situação da quebra, a função social da empresa não se coloca em segundo plano, entretanto, nesta situação, o que se perseguirá é minimizar os prejuízos dos envolvidos com a atividade, seja interna ou externamente.

## 4 ALGUNS POSICIONAMENTOS SOBRE A CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA DO DECRETO-LEI 7.661/45 À LEI 11.101/05

### 4.1 Posicionamentos favoráveis à invalidade cláusula resolutória

Deborah Kirschbaum (2006, p. 96), esclarece que são objetivos do direito da insolvência criar condições para a recuperação da empresa, quando viável, e maximizar o valor do patrimônio liquidado no caso da falência, para distribuí-lo conforme a hierarquia legal de prioridades.

Dentro desta perspectiva, a legislação empresarial tende a ganhar um viés que não permanece apenas na seara do Direito, mas também na perspectiva sócio-econômica. Nota-se que pelo fato das relações empresariais dependerem de certa agilidade, muitas vezes algumas práticas são implantadas e aceitas pela sociedade, mesmo que não haja regulamentação específica sobre o assunto, como é o caso dos conhecidos cheques ‘pré-datados’.

Em contrapartida, as relações civis, dado que não necessitam de toda esta agilidade do meio econômico, do mercado, das bolsas de valores, dispõem de certo conforto para implantação de novas práticas ou na modificação das existentes. O Direito Empresarial por seu turno, quando necessita, se encarrega de criar rapidamente a regra com vistas à não interromper ou incrementar a atividade.

Pois bem, em 2003, ainda sob a égide do Decreto-lei 7.661/45, Penalva Santos (2003, p. 5-23), uns dos poucos que enfrentou o assunto de forma contundente, já defendia que os contratos bilaterais não poderiam ser extintos com a falência, com base no disposto no artigo 43, que assim dispunha: os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.

Pouco tempo antes, Jorge Lobo (1998, p. 32-42), em estudo mais filosófico, também defendia a invalidade da cláusula, arguindo que o que deveria ser aplicado seria a norma especial em detrimento a norma geral.

Débora Kirschbaum (2006, p. 100) cita os autores José da Silva Pacheco, e M. J. Bezerra Filho, como os que defendiam a invalidade da cláusula, em atendimento especificamente ao dispositivo legal que dizia não se resolverem os contratos bilaterais em virtude da falência ou da concordata, pela leitura literal do texto.

Outro filiado à idéia de invalidade da cláusula resolutória expressa, Gladston Mamede (2009, p. 602) é enfático ao afirmar que o negócio jurídico não pode se submeter ao

exclusivo arbítrio de uma das partes, com grave lesão aos preceitos de ordem pública e aos bons costumes. Assim complementa:

não se trata de cláusula que reflita a função social dos contratos que, como se afere do artigo 421 do Código Civil, é razão e limite da faculdade de contratar. Mais que isso, fere a boa-fé, como compreende a sociedade, pois torna a pessoa refém do imponderável, podendo ser lesada sem dar causa a tanto.

Por fim, a Revista dos Tribunais<sup>37</sup> do ano de 1988, trouxe o entendimento, no julgamento do MS 380.876 – 1ª C. Esp. – j. 24.2.88 – rel. Juiz Costa de Oliveira, de que conforme o enunciado do artigo 43, da Lei de Falências, os contratos bilaterais não se resolveriam pelo advento da falência, sendo a regra válida também para a concordata. O argumento era de que além de ter a regra o caráter cogente, a vontade dos contratantes não poderia se sobrepor a esta, reforçando que o interesse não era somente da parte, mas de todos os credores da massa. Ainda defendendo a nulidade da cláusula, foi estabelecido que o interesse da massa falida era o de obter o maior ganho possível em seus contratos, para que os credores sofressem menos.

Já se pronunciando sob a ótica da Lei 11.101/05, Marcelo M. Bertoldi e Maria Carla Pereira Ribeiro (2011, p. 598) defendem a tese de que em termos teóricos, todas as normas estabelecidas na LRE têm caráter inafastável. Explica que por terem caráter impositivo, não podem ser superadas por disposição pactuada entre as partes, e que em razão da natureza da Lei de Falências há expressão do interesse público do Estado em interferir na seara negocial na hipótese de insolvência, a fim de minimizar os efeitos da quebra, possibilitar a persecução criminal e permitir a continuidade do negócio viável. Ademais, pontua referido autor, nos termos do artigo 75, da Lei 11.101/05, o que se busca é atender ao interesse comum dos credores e da massa falida, e não a interesses particulares, de forma que a vontade das partes não pode se sobrepor à lei.

Importante também destacar, por fim, o posicionamento de César Fiuza (2009, p. 411), quando assim dispõe:

É com base no princípio da função social dos contratos que muitos problemas contratuais serão solucionados. Assim, que solução deverá ser adotada no caso de a execução de um contrato levar uma empresa à falência? Ora, não é objetivo de nenhum contrato levar qualquer das partes a tal situação, gerando desemprego e pobreza. Assim, a execução do contrato em tela pode ser processada não do modo tradicional, mas de modo a evitar a falência da empresa. Esta solução só é viável diante do princípio da função social dos contratos.

---

<sup>37</sup> Revista dos Tribunais. Ano 77. Março de 1988, vol. 629, pág. 148

Note-se que a grande maioria dos autores defende a invalidade da cláusula, basicamente baseada na cogência da lei, ainda sob a égide do Decreto-lei 7661/45. Os demais, se ocuparam de estabelecer contornos mais distantes do viés essencialmente positivista.

#### 4.2 Posicionamentos favoráveis à validade da cláusula resolutória

Em sentido oposto, ou seja, favoráveis à validade da cláusula, em 1934, a Revista Forense<sup>38</sup> trazia o entendimento de que a cláusula contratual que estabelece a rescisão, de pleno direito, de arrendamento, logo que fosse declarada a falência do outorgado não era contrária à lei. Este julgamento referia-se à Apelação Cível 3.694, sendo a cláusula declarada válida em respeito à vontade das partes que inseriram no acordo cláusula prevendo tal hipótese, ou seja, a sentença reconheceu que o desejo das partes deveria se sobrepor a qualquer outro argumento.

Trajano de Miranda Valverde (1962, p. 430), defendia a validade da cláusula nos seguintes termos:

Vai-se tornando comum em certos contratos de trato sucessivo, como no de locações de imóveis, e em alguns contratos administrativos para a execução de serviços públicos, a cláusula resolutória, no caso do locatário requerer concordata preventiva. Dada a liberdade que têm as partes de estipular o que mais convém aos seus interesses e à segurança deles, não há que se negar a validade da cláusula. Mas a rescisão dos contratos de execução sucessiva por causa da concordata preventiva não tem efeitos retroativos, só se rompe em relação às prestações futuras e sem direito o credor, é lógico, a qualquer indenização por perdas e danos. Não se trata, na verdade, do inadimplemento do contrato por parte do devedor concordatário.

Waldemar Ferreira (1965, p. 515-516), alegando ter a jurisprudência se inclinado pela legitimidade da cláusula resolutória, citando Georges Ripert, filiou-se à linha dos que admitem a exequibilidade desta, inclusive destacando que nem mesmo que o síndico desejasse continuar o pacto, seria possível.

Sampaio Lacerda (1982, p. 161), assim havia se posicionado:

*A par conditio creditorum*, esclarece Carvalho de Mendonça, e a necessidade de afastar ciladas ao crédito não consentiriam na criação de causas arbitrárias de preferência na previsão da falência. Permite-se, porém, que os contratantes estipulem que, na hipótese de falência se dê a rescisão do contrato, mesmo antes de seu cumprimento integral.

---

<sup>38</sup> Revista Forense. Doutrina Legislação e Jurisprudência. Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais: Belo Horizonte, 1934, vol. LXII, fascículo 367, pag. 243.

Penalva Santos (2003, p. 17-18), citando também, *ipsis literis* Carvalho de Mendonça, assim descreveu:

É válido, portanto, o pacto em virtude do qual a declaração de falência opera como condição resolutive do contrato, cessando as relações jurídicas criadas para que o síndico ou liquidatário não substitua o falido na execução; não seria lícito, entretanto, ao co-contratante reclamar preferências ou privilégios fundados nesse pacto, salvo seu direito de concorrer na falência.

Ainda defendendo a resolução dos contratos bilaterais pelo advento da falência, Amador Paes de Almeida (2000, p. 658) esclarece que o síndico teria a decisão em suas mãos, declarando, no prazo de cinco dias após ser interpelado pelos contraentes, se cumpriria ou não a obrigação. Em complemento, o autor Rubens Requião (1998, p. 374) se pronunciara:

É evidente que se o contratante deve prestar a obrigação, no caso de o síndico optar pelo prosseguimento do contrato, como, por exemplo, na entrega de cousa, pode o mesmo usar do direito expresso no art. 1.092, do Código Civil, recusando-se à prestação até que o síndico satisfaça a que compete à massa falida, se esta ainda não foi dada, ou confira garantia de satisfazê-la.

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 362), já se posicionando sobre a Nova Lei de Falências, afirma:

Se as partes pactuaram cláusula de rescisão por falência, esta é válida e eficaz, não podendo os órgãos da falência desrespeitá-la. O direito falimentar, como capítulo do direito comercial, tem normas contratuais de natureza supletiva da vontade dos contratantes; seus preceitos sobre obrigações contratuais só se aplicam se as partes não convencionarem diferentemente. Assim, o contrato se rescinde não por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo contratual.

Rubens Requião (2008, p. 373), também se mostrando favorável à validade da cláusula, o que chama de “pacto de rescisão”, sem enfrentar diretamente o assunto cita o Prof. Spencer Vampré, nestes termos:

[...] em princípio se admite pactuar na previsão da falência futura: a) que esta determine, para a outra contratante, a faculdade de considerar rescindido, ou vencido o contrato, quer seja bilateral ou unilateral, ou quer o falido seja credor ou devedor. Esta cláusula é perfeitamente admissível, uma vez que a massa não pode ter mais direitos, ou obrigações relativamente a terceiros, que as que tenha o devedor, antes da falência.

Como bem destaca Jorge Lobo (1998, p. 32-42) aos que se filiam a esta idéia – da validade da cláusula resolutive – as normas aplicadas são quase que essencialmente de direito comum. Além disso, há que se destacar que guardam também fortes traços da irrestrita liberdade de contratar, de raízes nos Códigos francês e alemão.



Nesta linha de entendimento, ao que parece, todos se apegaram ao pragmatismo civilista, defendendo a plena liberdade de contratar, sem que se fizesse uma construção argumentativa de peso, o que dirá sobre o impacto da cláusula sob a distribuição de riquezas entre os titulares de interesses afetados, complementa Débora Kirschbaum (2006, p. 100).

## 5 A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DE LEI GERAL E LEI ESPECIAL

O Direito tem sua nomenclatura advinda do latim *de rectum*, cujo significado é ‘conforme a reta’, sendo a justa medida entre as partes, e, por consequência, resultava no justo.

O *de rectum* se relaciona com o *jus*, que é o vínculo estabelecido, sendo a relação lógica do sistema, fixada por uma premissa maior que é a lei, e uma premissa menor, que é o fato que transcorre no tecido social, sendo que ambos têm sua conclusão com a subsunção do fato à norma, objetivando a obtenção do bem comum, e da pacificação social, gerando, para tanto, a relação jurídica que há de se aplicar entre os particulares, e entre os particulares e o Estado. Logo, é fato certo que o Direito é o elemento que possibilita a vida em sociedade por pacificar as relações sociais à medida que molda as relações aos ideais e Justiça que vigoram na sociedade em que se insere, e no tempo em que se encontra.

Para que o Direito possa cumprir com este seu papel ele se vale das leis como forma de se legitimar e de especificar condutas, sendo, as leis, sua razão de ser, e seu instrumento na persecução da Justiça.

As leis, por sua vez, seguem principiologias quanto a sua aplicação e classificação, que não podem ser olvidadas quando de sua aplicação pelo Direito.

Dentre os princípios que regem as leis, um dos mais intrigantes e questionados é o Princípio da Especialidade, segundo o qual a lei especial derroga a lei geral, afastando sua incidência no caso concreto, sendo expresso pelos eruditos latinos como *lex specialis derogat legi generali*.

A lei especial se dá quando há, por parte do legislador ordinário, um édito de uma lei que, embora aborde os elementos típicos de uma lei penal, foi elaborada especificamente para um determinado caso, sendo que, em função disto, detém um *minus* ou um *plus* em definições, regras, aplicabilidade e/ou exceções, tendo, portanto, pormenores especializantes que a distinguem da norma geral.

É preciso fazer destaque para o fato de que inexistem leis que sejam absolutamente gerais ou especiais, uma vez que as leis especiais não tratam de elementos autônomos, que não possuem significação se alienados do tipo geral.

Aplica-se a lei especial em detrimento da lei geral, de forma a se evitar o *bis in idem*, que é vetado no ordenamento jurídico brasileiro e, em simultâneo, a fim de se aplicar os elementos normativos que o Poder Legislativo julgou mais pertinentes para determinado caso, a ponto de legislar sobre ele ‘em separado’, dando a ênfase da elaboração de uma norma que

se aplique especificamente ao caso *sub judice*, como, *e.g.*, nos casos das Sociedades Anônimas, onde há o incidir da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, em detrimento das disposições presentes no Código Civil pertinentes à empresa.

Como á que se observar, não ocorreu o derrogar da Lei das Sociedades Anônimas pelo Código Civil, muito embora este seja posterior a essa, pelo fato de o princípio pelo qual a lei posterior derroga a lei anterior se mostrar prejudicado, ante à especialidade da Lei 6.404/76.

Ante tal perspectiva, a norma, a fim de tutelar os fatos que se desenrolam no tecido social, disciplina os elementos gerais destes, tendo uma aplicabilidade genérica aos casos que se apresentam ao ordenamento jurídico. Todavia, em determinados casos, faz-se necessário que a norma trate de determinado assunto de forma específica, emergindo daí as chamadas “leis especiais”, que externam uma maior consideração do legislador acerca desta temática específica, ao passo que se dignou a tratar dela de forma exclusiva, editando uma lei unicamente para disciplinar tal elemento jurídico.

Eduardo Espínola (1959, p. 125 e ss.) traz, acerca das Leis Gerais, às quais o autor denomina Leis Comuns:

Leis comuns são as que encerram os princípios gerais que constituem a base do sistema jurídico. Elas formam a regra do direito, a qual deve ser aplicada, enquanto não é restringida por normas jurídicas especiais.

Acerca das Leis Especiais, Lobo (1999, p. 35), citando também Espínola diz que "leis especiais são as que limitam as disposições das leis comuns em relação a uma certa classe de pessoas, de coisas, ou de relações jurídicas".

Assim, extrai-se que as Leis Especiais são disciplinadas de forma individualizada, por serem pertinentes a elementos que apresentam características especiais, que em razão de sua índole e/ou de seu escopo requerem um trato mais aguçado, de forma que se justifica sua extração da ordinaryidade legislativa para tratar de forma pormenorizada suas condições particulares – quer de seus sujeitos, quer de seu objeto –.

Nesse sentido, o Direito, expresso pelas Leis Gerais, almeja uma abordagem genérica. Logo, face ao caráter excepcional e específico da Lei Especial, esta tem aplicabilidade sobre a legislação geral, por tratar do assunto *sub judice* de forma singular, de modo que, ainda que não traga em seu texto de forma expressa a revogação das disposições gerais, a Lei Especial derroga toda e qualquer disposição presentes nas Leis Gerais que vão de encontro a aquilo que ela mesma disciplina, o que se expressa pela máxima latina *lex*

*specialis derogat lex generalem*<sup>39</sup>.

Da mesma forma identifica-se, no ordenamento jurídico nacional, que a lei posterior derroga a lei anterior – *lex posterior derogat legi priori* –, desde que a lei posterior seja, também, uma Lei Especial.

Certo é que, conforme entendimento esposado, a Lei Geral posterior não tem o condão de alterar as disposições da Lei Especial pretérita, já que esta se encontra sobre a égide do Princípio da Especialidade, que rege os atos normativos desta natureza, e que os torna intangíveis às disposições normativas ordinárias genéricas.

---

<sup>39</sup> Trad.: 'Lei especial derroga lei geral'.

## 6 CONCLUSÃO

Após percorrer todos os caminhos das definições do que se entende por contrato, como ele se instrumentaliza e se desfaz, além da incursão sobre as bases do concurso creditório do Decreto-lei 7661/45 e da Lei 11.101/05, bem como por singelo estudo filosófico sobre o que se entende por lei geral e lei especial, há que se consignar que a cláusula resolutória expressa inserida nos contratos bilaterais, no caso de falência ou recuperação do empresário, é inválida.

Nos tempos atuais não há como firmar os contratos com predominância extrema da autonomia da vontade, em que as partes elaboram livremente as cláusulas e estabelecem condições de forma igualitária. O alcance extrapola o limite das partes, mesmo que esta assertiva ainda encontre resistência.

A grande maioria dos contratos de hoje são efetivados com vistas a satisfazer anseios econômicos de grande escala, sendo muito restrita a participação das relações essencialmente privadas e paritárias.

O Brasil, como já destacado, por se tratar de um país extremamente inserido no mercado econômico mundial, vem paulatinamente enfrentando o que se conhece como “dirigismo contratual”. Este dirigismo se justifica em vista da disparidade entre as partes contratantes, na grande maioria das vezes. Por certo que os contratos que antes não eram desfeitos por questões morais ou éticas, até mesmo porque já foram “amarrados no fio do bigode”, vão além das partes para atingir um bem maior, um bem comum.

Os argumentos que sustentam tal afirmação podem ser destacados em três circunstâncias distintas, embora se reconheça a dificuldade de tratá-los de forma individualizada, visto serem interrelacionados e interdependentes:

a) a Lei 11.101/05 tem como base proporcionar o maior aproveitamento possível dos ativos do empresário (artigo 75), bem como promover a superação da crise econômico-financeira do devedor com a preservação da empresa (artigo 47);

b) os princípios da função social do contrato e da empresa são diretrizes muito claras para não serem respeitadas, especialmente quando confrontados com o princípio da autonomia privada;

c) o entendimento que a lei especial prevalece sobre a lei geral – a regra estabelecida no artigo 115 da Lei 11.101/05.

O primeiro argumento a favor da invalidade da cláusula tem relação com a maximização do valor do patrimônio do devedor e a superação da crise empresarial pela continuação da atividade.

Há casos em que o procedimento falimentar está associado à falta de liquidez momentânea, e não à ausência de patrimônio que possa sustentar a honra das dívidas. Ocorre que se determinado contrato for resolvido de pronto, corre-se o risco de que a própria atividade seja paralisada, haja vista a dificuldade de se substituir rapidamente aquele componente, aquele *expert*, aqueles que prestam manutenção.

No caso extremo da falência, não é novidade que a alienação do conjunto, ou de blocos, tende a ser priorizada, haja vista que o valor agregado dos bens, especialmente quando ainda em funcionamento, é maior que o valor individualizado de cada um deles. Se a atividade é interrompida, o valor dos ativos tende a cair, contrariando a programação da nova lei.

De outro norte, se um dos objetivos da lei é resguardar direitos dos credores, poder-se-ia concluir que a cláusula resolutória traria uma vantagem não desejada de um destes credores em detrimento aos demais, quebrando possivelmente a ordem de recebimento de seus valores no concurso creditório. Além disso, no risco de ver o contrato resolvido e por consequência a interrupção da atividade, o devedor poderia até ser compelido a contrair obrigações outras que no final das contas esvaziaria ainda mais seu patrimônio.

A sustentação da validade da cláusula, por seu turno, poderia dar ensejo a situações de conluio entre credores, como no caso de um deles entender que teria feito um mal negócio, pedindo em conjunto a falência do contratante, como forma de se ver livre de suas obrigações.

Mister se consignar, que os interesses não se resumem apenas à intenção das partes contratantes, mas de todos envolvidos com a atividade, estes inclusive alheios à relação dos que porventura inseriram a cláusula, visto que não participantes daquele negócio em específico. Se não se observa a maior preservação dos ativos, uma regra de sustentação vai por água abaixo. Se se inviabiliza a continuação da atividade, outra regra também vai.

O segundo argumento a favor da invalidade da cláusula tem como sustentação a função social do contrato e da empresa.

Novidade não há quando se fala que o direito civil sofreu significativas transformações durante as últimas décadas.

No campo mais específico dos contratos, o destaque é para a mitigação da autonomia privada, que vem sofrendo interferências de ordem social, moral, ética, pública e econômica, especialmente a partir da concepção dos conceitos de boa-fé e função social. Estas

interferências vão de encontro, como dito, ao que se reconhece como dirigismo contratual, justamente por terem como pressuposto a defesa dos valores existenciais de ordem pública. Quando tais valores são protegidos pelo direito privado, os interesses de terceiros e da coletividade entram em cena, ainda que não ligados diretamente às relações jurídicas originárias.

O assunto é de tamanha relevância, que o próprio artigo 2.035, do Código Civil foi enfático ao defender tais preceitos.

O entendimento atual é de que o ordenamento jurídico trafega em estrada de mão-dupla. Assim, ao mesmo tempo em que intenta preservar a autonomia privada, deve resguardar o interesse público.

Certo é que quando se fala em função social (artigo 421, do Código Civil), há que se ter em mente que sua principiologia visa proteger aqueles que, mesmo indiretamente, sejam prejudicados pela relação que se estabeleceu. Entretanto, há que se ter em mente que o princípio da função social do contrato não se presta a obrigar os contratantes a promover a caridade, nem mesmo a resolver os problemas de cunho social.

Nesta seara, se se permite a resolução automática de um contrato ocasionado pela falência ou pela recuperação do devedor, sem qualquer observância dos impactos secundários da mesma, há que se consignar que ofendem sua função social. A idéia de que os contratos devem guardar respeito a terceiros, à coletividade, à estabilidade do mercado econômico, não condiz com o reconhecimento da sua aplicação prática.

Os prejuízos experimentados pela ruptura automática do negócio jurídico, como dito, não tendem a refletir somente no campo patrimonial do contratante e do contratado, mas também nas relações de emprego que se estabelecem com o empresário, nos contratantes de outras espécies, nos credores, nos ambientes empresariais e por aí vai.

Enfim, a ruptura automática do contrato não se amolda bem ao princípio geral da função social, no qual deve se espelhar.

Na mesma linha de raciocínio da função social, porém sob a perspectiva do empresário, tem-se que, embora perseguindo o lucro, deve ocupar uma posição responsável no cenário econômico, com foco na atuação sustentável, na geração de emprego e renda, na garantia dos direitos de seus investidores, no respeito à coletividade e na preservação da cultura e do meio-ambiente, sem tomar para si a responsabilidade do Estado de promover a justiça social.

É claro que o entendimento da função social da empresa, também não se relaciona bem com a cláusula resolutória expressa. Como dito, o fato de se passar por um abalo na estrutura econômica, não quer dizer que não exista patrimônio a garantir a saúde da atividade.

O conjunto, o panorama da atividade, deve ser observado.

A cláusula afeta preceito básico da Lei 11.101/05, tratado anteriormente, com a preservação da atividade. Se se preserva a atividade, fatalmente a função social da atividade terá sua sustentação, mesmo que não a cumpra brilhantemente. Na impossibilidade de ser preservada, pelo menos restringe o alcance dos impactos gerados pela falência.

O que interessa, na verdade, é o referencial da atividade, o fomento à sua reestruturação, com base na responsabilidade social que carrega, que não deve ser obstada pela simples hipótese de futuro inadimplemento, sob pena de sacrificar os valores defendidos pelo próprio princípio.

Assim, não se comunicam, a cláusula resolutória, com a função social do contrato e da empresa, visto que prejudica terceiros não envolvidos diretamente com a relação jurídica estabelecida que reconhecidamente merecem resguardo por parte do ordenamento.

O terceiro argumento a favor da invalidade da cláusula é baseado no fato de que a Lei 11.101/05 é especial, fator de preponderância inquestionável sobre o Código Civil.

Ora, se a lei especial, como é o caso da Lei 11.101/05 estabelece, no artigo 47, a necessidade da viabilização da superação da crise econômico-financeira do devedor, com a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, não há como se pensar em uma teoria contratual, pelo menos nesta perspectiva, divorciada de tais ditames. O pragmatismo civilista, desta feita, não teria, então, o condão de se sobrepor à dinâmica empresarialista, sob pena de distorcer a máxima de que a lei especial afasta a lei geral. Não há como estruturar o procedimento, sem que as diretrizes, especialmente as dos artigos 47 e 75, sejam observadas.

Se o contrato se resolve de plano pela simples insolvência, mesmo que nenhuma outra obrigação tenha sido descumprida, o que modificaria o procedimento pela exceção do contrato não cumprido (artigos 476 e 477, do Código Civil), não poder-se-á destacar o respeito à função social do mesmo, o que dirá a preservação da atividade e a função social desta.

O contrato resolvido de plano, certamente ocasionará prejuízos a terceiros não envolvidos na relação jurídica, sejam eles fornecedores, trabalhadores ou demais credores, contrariando a tese mais vanguardista da função social do contrato e da empresa, já esplanada oportunamente. A própria interrupção do fornecimento de alguma matéria-prima ou de *know-*



*how*, seriam exemplos de situações que poderiam colocar em risco a continuação da atividade, fortalecendo, ainda mais, a necessidade da defesa dos princípios insculpidos na lei especial.

Neste sentido, as regras gerais são a base, por óbvio, mas deverão observar as perspectivas especiais, sob pena de desvirtuar a própria razão de ser da especificidade. A realidade civil é diferente da empresarial para justificar a validade da cláusula, como dito.

De mais a mais, o próprio artigo 115 é enfático ao afirmar que a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer seus direitos sobre os bens do falido e do sócio limitadamente responsável na forma que a Lei 11.101/05 prescrever.

Por fim, há que se consignar que o artigo 117 da já referida lei, é claro no sentido de que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência. Se o administrador judicial optar por não sustentar o negócio jurídico, uma nova situação fática se instaurará com contornos diferentes da simples resolução pelo reconhecimento da insolvência.

Que fique claro, uma coisa é o inadimplemento pretérito ao reconhecimento da insolvência – que enseja aplicação das regras comuns, eis que quebra a confiança –, ou o inadimplemento posterior à declaração de insolvência, que sujeita as partes à disciplina do concurso de credores da própria lei; outra coisa é a resolução contratual por uma suposição de que o devedor está impossibilitado de cumprir sua parte no pacto.

Aos que defendem a aplicação simples, pura e pragmática do pensamento civilista contratual, mesmo que considerado sobre o plano da eficácia do negócio jurídico, quando a cláusula poderia ser elevada à condição de exequibilidade do próprio contrato, há que se ressaltar que esta não alcançaria este *status*, já que não faz parte da essência do mesmo. Não haveria razão para se arguir o descumprimento de uma condição – de se manter solvente –, visto que contraria o sentido do contrato e da própria atividade.

A alegação de que a lei civil diz ser assim, não dispendo de modo contrário, sem a construção de um entendimento cabível e coerente com a lógica empresarial falimentar, sem observância de outras situações subjacentes, não merece combate.

Por tudo, sobreleva notar que os pontos basilares da Lei 11.101/05 demandam uma harmonia do sistema jurídico, que coadune com as novas perspectivas sociais adotadas pelo Brasil, enquanto economia de mercado inserida na perspectiva da sustentabilidade, que se distancia cada vez mais da extrema liberdade contratual.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **A continuação do negócio na falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

\_\_\_\_\_. **O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e concordata**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito, introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERALDO, Leonardo. **Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria**. Dissertação de mestrado concluída na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2009.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 8ª ed. São Paulo: 1950, vol. IV.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Bari: Laterza, 2007.

BOITEUX, Fernando Netto. *In*. SANTOS, Paulo Penalva. **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. *In. Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de: OLIVEIRA, Antonio Luiz de Toledo *et alii*. 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)>. Acesso em: 1º out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 11 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *In. Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. 14<sup>a</sup>. ed. Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 972.436 processo advindo do Tribunal de Justiça da Bahia (BA)**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF): STJ, 2009. j. 17/03/09, DJ 12.609.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227**. Brasília (DF): STJ, 2009. j. 17/03/09, DJ 12.609. *In. Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. 14<sup>a</sup>. ed. Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 8. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei complementar nº 123/2006 e com a Lei ordinária nº 11.382/2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial**. Vol VII, Livro 5, Parte I, 1916, ed. Besnard Frères, n. 461.

CATEB, Alexandre. *In. ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA E DO CARIBE DE DIREITO E ECONOMIA. Anais da XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE)*. S.I.: ALACDE. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial.** 6ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: parte geral.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1959, v. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Wanderley. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.** São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial: o estatuto da falência e da concordata.** São Paulo: Saraiva, 1965.

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

\_\_\_\_\_. **Direito civil: curso completo.** 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **A principiologia contratual e a função social dos contratos.** *In.* Emérsom José Alves Lages; Mônica Sette Lopes. (Org.). **Novo Código Civil e seus desdobramentos no Direito do Trabalho.** 1ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

FRANÇA. **Code civil des Français: édition originale et seule officielle.** A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804. Paris: 1804. Disponível em: <

<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-13t03.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2012

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7ª ed. São Paulo: 2010, vol. III.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I.

GONTIJO, Vinícius. J. M. **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 149, p. 151-158, 2008.

\_\_\_\_\_. **O empresário no Código Civil brasileiro**. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 831, p. 147, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: **Coleção Os Pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1988.

\_\_\_\_\_. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Rosina D'Angina. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. (Coleção a obra-prima de cada autor).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KIRSCHBAUM, Débora. **Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica**. S.l. Revista Direito GV. V.2 n.1, p. 37-54, jan-jun 2006, 2006.

LACERDA, Sampaio. **Manual de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1965.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999.

LOPEZ, Tereza Ancona. *In* **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Efeitos da concordata e da falência em relação aos contratos bilaterais do concordatário e do falido. *In*. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, abril-junho/1998.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção Direito Empresarial Brasileiro, Vol. 5).

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2009, vol. 4.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo: Atlas, 1991

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *In*. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2005. n. 21 – Jan/Mar 2005.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 2ª ed. Rev. e Atual. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Humberto Theodoro. **Efeitos externos do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 21ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Org. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, t. II.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, t. III.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, t. IV.

RAISER, Ludwing. **Il compito del diritto privato**. Milão: Giuffrè, 1990.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad.: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In*. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Ano 77, mar. 1988, vol. 629

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. *s.l.*: Editora Amazonas Ltda., 1978.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3ª Ed. Trad.: Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973. v. III.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Turim: UTET, 1996. Tomo II.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos: entre um sistema aberto e um sistema impositivo. *In. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador/2008*. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/salvador/rodolpho\\_barreto\\_sampaio\\_junior\\_1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/salvador/rodolpho_barreto_sampaio_junior_1.pdf)>. Acesso em: 1º out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. 148 p.: em e-book

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. 11ª ed. Rio de Janeiro, Belo Horizonte: Garnier, 2000.

SANTOS, J. A. Penalva. **Obrigações e contratos na falência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. Disposições gerais. *In. SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-247.

TARTUCE, Flávio. A função social do contrato. *In. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil, Vol. II).

\_\_\_\_\_. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.



TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, vol. II.

VALVERDE. Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. Vol. II

VARELA, João Matos de Antunes. **Das obrigações em geral**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Direito Civil, Vol. 2).