



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO  
AUTOMÁTICA CONTRATUALMENTE PREVISTA EM REQUERIMENTO DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CASO OI

Luisa Whitaker de Assumpção Mattos Tavares

Rio de Janeiro  
2018

LUISA WHITAKER DE ASSUMPÇÃO MATTOS TAVARES

HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO  
AUTOMÁTICA CONTRATUALMENTE PREVISTA EM REQUERIMENTO DE  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CASO OI

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DE CLÁUSULA DE RESOLUÇÃO AUTOMÁTICA CONTRATUALMENTE PREVISTA EM REQUERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CASO OI

Luisa Whitaker de Assumpção Mattos Tavares

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

**Resumo** – no Direito Empresarial se observa a regulamentação dos contratos do Direito Civil, regido pelos princípios da autonomia privada e, simultaneamente, da função social da empresa. Diversas vezes a legislação não é capaz de prever soluções para todas as realidades que surgem, especialmente quando há colisão entre princípios, devendo-se, em regra, respeitar a autonomia da vontade em nome da segurança jurídica. Recentemente, a ponderação desses princípios se mostrou essencial, afastando-se legislação específica, para a solução de questão socialmente relevante e complexa. A essência deste trabalho é abordar a decisão do referido processo judicial, considerando os princípios pelas partes levantados, a legitimidade do Poder Judiciário para afastar norma legal e estabelecer possíveis limites a esse amplo poder do Juiz.

**Palavras-chave** – Direito Empresarial. Direito Civil. Recuperação Judicial. Função Social dos Contratos. Força Vinculante dos Contratos. Princípio da preservação da empresa. Cláusula de resolução automática.

**Sumário** – Introdução. 1. Ponderação de princípios: superando a força vinculante dos contratos em favor do interesse de terceiros usuários na manutenção de um serviço essencial. 2. Interferência do Poder Judiciário: possibilidade de afastar normas expressas de forma a criar soluções que permitam a recuperação da empresa e do exercício de sua função social. 3. Condições que devem ser impostas para que o Poder Judiciário afaste legitimamente previsões legislativas expressas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado pretende analisar a legalidade e os fundamentos constantes na liminar concedida pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro no processo de recuperação judicial do Grupo Oi (processo n. 0203711-65.2016.8.19.0001). A decisão evitou a aplicação imediata e automática de cláusulas que implicariam na resolução de diversos contratos com fornecedores da Sociedade Anônima Oi quando esta requereu sua recuperação judicial. Teve como fundamento de que isso impediria a continuação das atividades empresariais e um possível colapso na prestação do serviço de telefonia à milhares de consumidores, pois se trata da segunda maior empresa em telefonia fixa e quarta maior em telefonia móvel do país.

Discute-se, aqui, a possibilidade de o juiz suspender a aplicação de cláusula contratual, motivando sua decisão com base em princípios, como a garantia do interesse da

coletividade e da função social, enquanto que a disposição legal é expressa e em sentido contrário, gerando possível insegurança jurídica quando há interferência judicial.

Objetiva-se analisar como o juiz pôde superar a vontade do legislador em uma situação com previsão legal específica, embora prejudicial, não apenas às partes da lide, como também ao interesse de terceiros.

Baseia-se na Lei nº 11.101/2005, que regula, no sistema jurídico pátrio, a recuperação e o processo de falência de empresários e de empresas, e na previsão de seu art. 49, § 2º que "as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas (...), salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial". Assim, se os contratos contivessem cláusula de resolução em razão de simples requerimento para recuperação empresarial, formulado por qualquer das partes, pela literalidade do dispositivo legal, os contratos seriam resolvidos automaticamente.

Especialmente, pretende-se debater se seria possível que a jurisprudência substitua o papel do legislador, criando soluções que permitam a manutenção de um serviço considerado essencial. Podendo-se entender que o plano de recuperação é desenvolvido pelo devedor e seus credores no seu interesse, não haveria, então, impeditivos para decisões que, embora *contra legem*, não trouxessem prejuízo à nenhuma das partes.

Por fim, pretenderá propor parâmetros e condições para a atuação do interprete e aplicador do direito para lidar com situações em que pode ser mostrar necessário desobedecer expressa previsão legal, pois muitas vezes o legislador não foi capaz de prever situações e soluções para problemas que podem se mostrar capazes de afetar um universo muito extenso de pessoas.

Tudo considerando a doutrina e jurisprudência acerca do tema, com base no caso concreto e em nome da continuação do serviço, manutenção da empresa e do interesse social, estabelecendo parâmetros para evitar interpretações divergentes.

## 1. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: SUPERANDO A FORÇA VINCULANTE DOS CONTRATOS EM FAVOR DO INTERESSE DE TERCEIROS USUÁRIOS NA MANUTENÇÃO DE UM SERVIÇO ESSENCIAL

O artigo 49, § 2º, da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falências - LRF<sup>1</sup>) prevê expressamente que devem ser observadas as condições

---

1 BRASIL. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

contratuais originariamente pactuadas no que se refere às obrigações assumidas pela recuperanda anteriores à recuperação judicial, salvo quando o plano de recuperação versar de modo diverso. Entretanto, na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial da Sociedade Anônima Oi, tal previsão foi flexibilizada para que certas condições contratualmente pactuadas antes do deferimento da recuperação não fossem aplicadas de imediato.

Em decisão do dia 29/06/2016 (fls. 89.496-89.525 do processo) o requerimento de recuperação judicial da Oi<sup>2</sup> foi deferido e concedeu-se tutela provisória de caráter urgente para que não fossem aplicadas cláusulas resolutivas expressas ou cláusulas que previam o vencimento antecipado do contrato em razão de pedido de recuperação judicial, constantes em diversos negócios jurídicos em vigor à época do pedido.

Considerando os princípios contratuais clássicos<sup>3</sup> da autonomia privada e o da força obrigatória dos contratos, os quais a previsão do art. 49, § 2º, da legislação falimentar, não fez qualquer reserva, não haveria espaço para se declarar a ineficácia dessa cláusula, quando verificado o cenário previsto pelos contratantes.

Em essência, a cláusula resolutiva expressa (art. 474, Código Civil de 2002 – CC/2002<sup>4</sup>) prevê situações que impõem a extinção do contrato regido pela autonomia das vontades. Tal cláusula demonstra que as partes, de antemão, previram situação que entenderam não mais ser proveitoso obrigar-se, pois seriam condições presumidamente desfavoráveis.

A recuperação requerida pelo contratante é, certamente, um cenário de grande incerteza, já que a possível decretação de falência traz indeterminação para os credores no que se refere a quando (e mesmo se) receberão os seus créditos (e qual o valor final que será recebido). A potencial insolvência do outro contratante justifica o acautelamento em contrato, prevendo tal resolução automática expressamente. Com isso, pretende-se garantir certa segurança jurídica quando se insere tal previsão com intuito de prevenir-se de situações em que não mais estaria equilibrado o contrato.

Contudo, adstrito a esses princípios, tem-se também a função social do contrato, que pode ser empregado para limitar a autonomia da vontade quando esta se encontrar em

---

2 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

3 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forence, 2017. p. 77.

4 BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

confronto com interesses sociais e se verificar que o último deve prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de contratar, como no caso de declaração contratual que pretende evitar relações com um empresário em recuperação judicial<sup>5</sup>. De modo semelhante, o Código Civil expressamente impede que convenções particulares prevaleçam quando se contrariarem a ordem pública, de maneira a assegurar a função social (art. 2.035, parágrafo único, CC/2002).

Desse modo, à primeira vista, considerando um contrato que contenha cláusula resolutiva expressa, em um cenário em que qualquer das partes requer a recuperação judicial, o contrato deveria ser resolvido de pleno direito, tendo qualquer decisão judicial referente a tal cláusula apenas efeitos declaratórios. Concretizando-se a situação antevista, não haveria discussão quanto à rescisão imediata contratualmente prevista, pois, quando expressa, dispensa a interferência do judiciário para configuração da rescisão e garante a nítida extinção contratual, salvaguardando os interesses do contratante para se evitar o inadimplemento da parte contrária. Por isso, a aplicação dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos é, à primeira vista, essencial para se garantir a segurança jurídica.

Porém, a validade da cláusula pode ser questionada e, dependendo da situação em análise, deve-se afastar a sua eficácia.

A cláusula de resolução automática deve ser analisada em cada caso concreto, permitindo-se a avaliação sob a perspectiva de outros princípios contratuais, como também os da boa-fé objetiva e da relatividade dos efeitos contratuais. Isso porque muitos dos contratos contemporâneos não impactam somente na relação entre os contratantes ou versam exclusivamente sobre seus interesses. Pelo contrário, outros elementos influenciam e são influenciados pelo negócio. Assim, a função social dos contratos deve ser observada para garantir que sejam considerados também os interesses da coletividade e não apenas das partes contratantes<sup>6</sup>.

Neste ponto, o juiz da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro preocupou-se especialmente com os efeitos aos consumidores dos serviços prestados pela recuperanda e os impactos que a interrupção dos contratos poderiam gerar à sociedade brasileira. Fundamentou<sup>7</sup> que a análise da validade e da eficácia da cláusula não poderia se

---

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 7. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

6 CRUZ, Bruno Paiva. *Cláusula resolutiva expressa em recuperação judicial precisa de ponderação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/bruno-paiva-clausula-resolutiva-expressa-recuperacao-judicial>. Acesso em: 17 abr. 2018.

7 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb>

dar de maneira rígida, pois violaria o espírito do legislador e “colocaria em risco não só o sucesso da salvaguarda das empresas, como, em última análise, o interesse dos consumidores que sub-repticiamente ficariam alijados de serviços de natureza essencial e continua [...]”.

Suspendeu-se a eficácia de tais cláusulas, em síntese, pois a rescisão de contratos ligados à atividade essencial poderiam impossibilitar a continuidade da atividade e agravar ainda mais a situação da recuperanda, devendo-se analisar a questão também sob a ótica da função social dos contratos (art. 421, CC/2002). Além disso, devido ao alcance de seus serviços, era necessário avaliar os impactos que a interrupção do serviço poderiam causar, não apenas à milhares de pessoas físicas consumidoras, mas também às pessoas jurídicas de direito público e privado que dependem do serviço para garantir o bom funcionamento dos serviços que prestam à população<sup>8</sup>.

O princípio da preservação da empresa (art. 47, da LRF) também demonstra a preocupação do legislador com os interesses da sociedade, devendo-se interpretar tanto a lei quanto os contratos de maneira a permitir a manutenção dos negócios firmados pela recuperanda para permitir seu restabelecimento, solvência e continuação da atividade favorecendo também os seus consumidores. O inadimplemento das obrigações deve ser relevante para justificar a rescisão contratual, pois, quando ainda proveitoso ao outro contratante, a mera demora ou insolvência temporária não deve, por si só, implicar no isolamento da recuperanda.

No caso da recuperação judicial, a ponderação realizada deve fazer prevalecer a intenção legislativa de se preservar a empresa, demonstrada em diversas previsões ao longo da lei.

No que se refere à segurança dos credores, tem-se que a própria legislação mitiga suas garantias, como no caso da *conditional stay* (ou *stay period*, art. 6º, § 4º, da LRF), em que se previu que, do deferimento do processamento da recuperação judicial, inicia-se uma suspensão de todas as ações de execução contra o devedor<sup>9</sup>; ou quando a legislação permite que na Assembleia Geral de Credores seja aprovado plano de recuperação apresentado que contenha abatimento de valores a serem pagos aos credores<sup>10</sup>. No último caso, a lei traz a ressalva discutida no art. 49, § 2º, em que as obrigações anteriores ao deferimento da

---

/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C. Acesso em: 09 set. 2018. p. 89-512.

8 *ibid.* p. 89.510-89.511.

9 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016. p. 127-130.

10 *Ibid.* p. 238-239.

recuperação seguem a livre pactuação, salvo quando diversamente estabelecido no plano de recuperação judicial.

Porém, o legislador foi breve ao tratar sobre as obrigações anteriormente assumidas. Mostra-se necessária a ponderação entre os princípios anteriormente destacados, da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade, e os princípios da função social e da razoabilidade, tendo em vista a relevância do interesse da coletividade quando se trata de uma empresa que é a segunda maior em telefonia fixa e quarta em telefonia móvel no país<sup>11</sup>, prestando um serviço inquestionavelmente essencial para os setores bancário, aéreo e para Justiça Eleitoral<sup>12</sup>.

Pode-se alegar que, mesmo na hipótese de a recuperanda demonstrar que o contrato é essencial para sua atividade, a previsão original deveria ser observada, rescindido o pacto, obrigando a recuperanda a procurar no mercado outro fornecedor para o serviço ou produto. De fato, se tal objeto contratual pudesse ser encontrado na plena concorrência, parece razoável que o contratado não fosse obrigado a permanecer vinculado ao contrato, devendo a recuperanda procurar novo parceiro, que provavelmente aplicaria um preço diferenciado, tendo em vista o risco de convolação em falência.

Por outro lado, a situação demonstrada pela Oi confirma a inviabilidade de seguir tal caminho, pois muitos dos contratos são realizados pelo único fornecedor, como no compartilhamento de antenas. A extinção deste contrato resultaria na interrupção de um serviço essencial, com potencial de afetar milhões de pessoas, considerando que em fevereiro de 2018 a Oi contava com quase quarenta milhões de usuários de telefonia móvel<sup>13</sup>.

No confronto entre a aplicabilidade da cláusula de resolução automática (força vinculante do contrato) e demais princípios que têm como objetivo a conservação dos interesses da coletividade, a ponderação acaba se inclinando para a prevalência e preponderância da preservação da empresa e da manutenção dos contratos, considerando as consequências danosas da interrupção dos serviços essenciais e contínuos, prestados e

---

11 TELECO. *Market share das operadoras de celular do Brasil e Market share das operadoras de telefone fixo do Brasil*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

12 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 09 set. 2018. p. 3-48.

13 TELECO. *Quantidade de celulares por operadora*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

direcionados aos consumidores, prevalecendo a necessidade de suspender a eficácia da cláusula contratual no caso em estudo<sup>14</sup>.

Se tal ponderação não fosse aceita, se eliminaria qualquer possibilidade de sobrevivência da recuperanda.

## 2. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADE DE AFASTAR NORMAS EXPRESSAS DE FORMA A CRIAR SOLUÇÕES QUE PERMITAM A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E DO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Considerando a ponderação de interesses desenvolvida pelo julgador no caso Oi, que decidiu pela prevalência dos princípios da função social e da manutenção da empresa, afastando-se, provisoriamente, o princípio da força vinculante dos contratos para o caso concreto, torna-se necessário indagar como pode tal ponderação sobrepor-se à previsão legal expressa do art. 49, § 2º, da Lei nº 11.101/2005.

Na prática, o que se fez foi afastar a validade da cláusula de resolução automática, embora a lei tenha pretendido garantir a manutenção dos contratos da forma como foram negociados. A função desempenhada pelo Judiciário, nesse momento, foi o de garantidor de segurança do mercado consumidor e manutenção da atividade em favor dos que consomem os serviços oferecidos pela Oi. Porém, não se assegurou a segurança entre as partes contratantes, afastando a disposição contratual que entendeu-se colidir com o objetivo central da Lei de Recuperação e Falência (art. 47, Lei nº 11.101/2005).

A principal função, declarada pela própria lei, é que o processo de recuperação judicial seja capaz de viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de manutenção da atividade, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Assim, o princípio da preservação da empresa deve direcionar a interpretação de outras disposições legais, em especial acerca da validade e aplicação dos contratos, não podendo as disposições particulares superarem o espírito da lei.

Assim, se a empresa puder exercer sua função social, mais ainda se intensifica a justificativa para mais esforços no sentido de sua recuperação<sup>15</sup>.

---

14 BRASIL. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

15 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. V. 3. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94-97.

A solução encontrada pelo julgador busca a manutenção da atividade empresária, mas seria interessante indagar se, no caso de os papéis serem invertidos, a decisão seria no mesmo sentido.

Parece-nos que sim. O deferimento do processamento da recuperação judicial da Oi, até o presente momento, apenas suspendeu a previsão contratual da resolução automática, essencialmente em razão do comprometimento que a rescisão unilateral dos contratos traria para a prestação do serviço para milhões de consumidores e na impossibilidade da continuidade da empresa se tais contratos fossem interrompidos. A motivação concluiu que a rescisão, em razão unicamente do pedido de recuperação judicial, colocaria qualquer dos contratantes em posição de extrema desvantagem, rompendo com a presunção de igualdade contratual e desencorajando a cautela dos administradores em requerer a recuperação.

Isso por que há, nos contratos celebrados, a peculiaridade de que muitos dos fornecedores são os únicos a prestarem o serviço no local geográfico.

Com o objetivo de evitar a falência da empresa, possibilitar que a sociedade continue oferecendo seus serviços é essencial para a manutenção da atividade. Por esse motivo o pedido de recuperação judicial apresentou os requisitos necessários para a concessão de tutela de urgência. Esclareceu-se que a interrupção da prestação do serviço por muitos de seus fornecedores poderia implicar em consequências catastróficas para consumidores e para a sociedade brasileira, reduzindo a capacidade do Grupo Oi obter receitas necessárias e aumentando o passivo das sociedades envolvidas na recuperação.

O art. 300, do Código de Processo Civil de 2015<sup>16</sup> (CPC/2015) prevê a concessão de tutela de urgência quando presentes elementos processuais que evidenciem a possibilidade do direito e o perigo de dano ou do resultado útil do processo. No caso em concreto, considerou-se que o direito da requerente de lhe ser proporcionada a reestruturação para soerguimento de sua atividade estaria ameaçada pela possibilidade de abandono dos contratos por seus fornecedores.

Por outro lado, ao impedir liminarmente a aplicação da cláusula de resolução automática não se entendeu que a manutenção dos contratos geraria mais prejuízos aos seus credores. Pelo contrário, supôs-se que as chances de sucesso da recuperação seriam ampliadas com a manutenção desses contratos.

---

16 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 mar. de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

Conforme demonstrado pela requerente da recuperação, embora não se tenha discutido a invalidade das cláusulas de resolução, restou convencido o Juízo de que tal disposição contratual colide com o objetivo da recuperação judicial, pois tornaria impossível, aos olhos de quem exerce a empresa, a superação da crise econômico financeira para preservar sua atividade<sup>17</sup>.

A requerente preencheu os requisitos para concessão da tutela de urgência para que se suspendesse a eficácia da cláusula de resolução automática na medida em que demonstrou que nenhuma obrigação tenha sido inadimplida, confirmando que não haveria prejuízo aos seus fornecedores. A liberdade de contratar deveria então, ser subordinada à função social dos contratos, prevalecendo questões de ordem pública.

A Oi declarou essencialmente que vivia uma crise financeira, já que foi declarada dificuldade temporária por falta de dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. No caso de crise financeira, a dificuldade apresentada pela sociedade se refere majoritariamente a problemas com liquidez, conseqüentemente implica dificuldade para pagar suas obrigações. A recuperação judicial tem grande potencial para demonstrar sucesso, pois diversos mecanismos previstos pela lei auxiliam no soerguimento da atividade, acreditando que as dificuldades, por serem passageiras, poderão ser superadas.

Embora seja concedido à Assembleia Geral de Credores a análise da possibilidade de sucesso do plano de recuperação, tal classificação deve ser considerada pelo julgador como motivo determinante para decidir acerca do pedido de tutela de urgência de uma sociedade como a Oi, que garante ter condições de se reestruturar, de outra que apresenta crise econômica ou crise patrimonial<sup>18</sup>. Isso por que, no primeiro caso, as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio e, no segundo, tem-se ativo inferior ao passivo, com dívidas que superam os bens da sociedade empresária.

Tal concepção doutrinária deve ser utilizada pelo juiz da recuperação para distinguir situações de perigo, alegadas no pedido de tutela de urgência, que podem ou não se tornar irreversíveis.

Apesar de o juiz não ter a atribuição de analisar a viabilidade ou não da recuperação, cabendo apenas a verificação de requisitos objetivos trazidos pela lei<sup>19</sup>, pois tal decisão cabe

---

17 CRUZ, Bruno Paiva. *Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249731,71043-Da+in+validade+da+clausula+resolutiva+expressa+em+caso+de>. Acesso em: 17 jul. 2018.

18 COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241-242.

19 DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 281.

aos credores, no que se refere à liminar de tutela de urgência, por conta do momento processual em que deve ser analisada, cabe tão somente ao juiz deferi-la.

Considerando a abrangência de consumidores que a sociedade recuperanda presta serviços, sem contar com o interesse social em jogo, pois é fornecedora também de serviços essenciais para o setor bancário, aéreo, apuração eletrônica de votos nas eleições municipais e estaduais, entre outros, limitou-se a autonomia da vontade expressa em diversos contratos.

Ao decidir dessa maneira, o Juízo da Recuperação analisou as peculiaridades do caso concreto e realizou ponderação de princípios de maneira a privilegiar a função social e preservação da empresa, em detrimento da autonomia da vontade e força vinculante dos contratos.

Desse modo, o interprete solucionou de maneira bem fundamentada, em decisão liminar e sujeita e posterior juízo de retratação, uma situação que, caso fosse aplicada a literalidade da vontade das partes, poderia impedir a manutenção da atividade e prejudicar não somente aqueles que participaram dos contratos rescindidos, com também a sociedade brasileira.

### 3. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER IMPOSTAS PARA QUE O PODER JUDICIÁRIO AFASTE LEGITIMAMENTE PREVISÕES LEGISLATIVAS EXPRESSAS

Embora se defenda que a solução encontrada pelo Juízo da Recuperação da Oi tenha proporcionado a manutenção da atividade e a continuação da empresa, é indispensável que sejam estabelecidos limites para que o Poder Judiciário possa adequadamente aplicar a lei de modo equânime de modo que a cláusula resolutiva expressa e outras previsões contratuais não se tornem imprestáveis em qualquer situação, mantendo sua função de trazer segurança aos contratantes.

É verdadeiramente impossível que o legislador preveja todas as situações na norma e, por isso, optou-se pela previsão de conceitos indeterminados e princípios, transmitindo às partes a previsão contratual versando sobre seu caso específico, de maneira a lhes assegurar melhor segurança aos negócios realizados e que elas próprias gerenciassem os riscos no seu melhor interesse. Por outro lado, ao Poder Judiciário cabe a análise da legalidade dessas previsões, pois muitas vezes cláusulas contratuais podem ser abusivas ou prejudiciais a terceiros.

A ponderação de princípios é ferramenta de interpretação jurídica utilizada para a efetivação de finalidades trazidas pelo ordenamento jurídico, mas questiona-se se poderia ser

utilizada de forma a contrariar normas expressas ou tão somente serviria para preencher lacunas legislativas.

O ordenamento deve ser interpretado de maneira a considerar sua unidade de seus conceitos que, mesmo fechados, devem sofrer a incidência de princípios de maneira a manter a congruência e a unidade de toda a sua estrutura<sup>20</sup>. A determinação de modo rigoroso de parâmetros objetivos garante a realização dos valores do ordenamento jurídico de maneira a aplicar com maior precisão os princípios idealizados pelo legislador, mas pode trazer consequências negativas, como o engessamento que impossibilitaria o julgador de obter melhor solução para o caso concreto.

No caso da recuperação judicial, algumas das previsões expressas da Lei nº 11.101/2005 vem sendo afastadas pela aplicação do princípio da preservação da empresa. Por exemplo, a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos com a Fazenda Pública, prevista no art. 57, Lei nº 11.101/2005, é inexigível, em razão da “finalidade do instituto da recuperação judicial, o que leva à conclusão pela dispensa das certidões”<sup>21</sup>.

Outro exemplo de superação do rigor da Lei n. 11.101/2005 foi admitido pelo STJ no que se refere ao prazo de 180 dias para suspensão de execuções após o deferimento do processamento da recuperação. A jurisprudência aceitou que tal prazo pudesse ser excedido, sempre com o objetivo de superação da crise e que fatores inerentes ao processo e não imputáveis à recuperanda<sup>2223</sup>.

Disso se demonstra que o Judiciário se mostra preocupado em realizar a aplicação da lei de forma a compatibilizar a realidade social e o direito positivado. Ao assegurar o resultado útil do processo, garantindo a preservação da empresa, otimiza-se a prestação jurisdicional. A ponderação de interesses realizada pela decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial com tutela de urgência conciliou regras e princípios, aplicando com razoabilidade, os valores e objetivos do ordenamento a uma situação concreta.

---

20 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 116-125.

21 BRASIL. *REsp nº 1.658.042/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658042&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2018.

22 BRASIL. *AgInt nos EDcl no REsp nº 1.323.788/DF*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201015536&dt\\_publicacao=12/12/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201015536&dt_publicacao=12/12/2016). Acesso em: 22 out. 2018.

23 BRASIL. *AgInt no AREsp nº 887.860/SE*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 09/09/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num\\_registro=201600695911&data=20160909&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num_registro=201600695911&data=20160909&formato=PDF)>. Acesso em: 22 out. 2018.

Destaque-se que a ponderação não é necessária somente para casos difíceis, em que não se encontra imediatamente a solução do caso com a subsunção do fato na norma. Pelo contrário, a aplicação e ponderação de princípios é necessária em toda decisão judicial. A motivação exposta pelo julgador deve, em alguma medida, realizar interpretação sistemática reforçando o ideal de uniformidade das normas do ordenamento.

Uma das formas de controle do Poder Judiciário é a possibilidade de revisão de suas decisões. Por essa razão é necessária a motivação baseada em valores do ordenamento, conceitos jurídicos não estáticos, não apenas considerando o direito positivado como também as peculiaridades do caso concreto.

Quando se tem uma norma específica, a sua aplicação isolada do restante do ordenamento pode ser insuficiente, sendo necessário que as decisões judiciais sejam compatíveis com princípios e valores trazidos pela Constituição e pelo restante do ordenamento, respeitando a hierarquia das normas. A simples subsunção da norma ao fato concreto pode trazer falsa impressão de que se esteja garantindo a igualdade entre contratantes, porém, fazê-lo sem respeito às singularidades da situação fática pode ser um meio pelo qual o julgador oculte suas intenções, evitando que estas sejam analisadas em momento recursal<sup>24</sup>.

Ressalta-se que a decisão no Caso Oi foi prolatada de forma genérica, atingindo todos os contratos em que a sociedade fazia parte, também em razão do volume de relações negociais responsáveis pela manutenção dessa empresa. Mas não se deve considerar que a interpretação realizada pelo Juízo possa ser reproduzida de maneira indiscriminada a outros pedidos que pretendem a recuperação da atividade. Sempre que possível o juiz deve avaliar a natureza dos contratos e o mercado em que o serviço ou produto se insere, considerando a existência de concorrência que possa preencher a resolução automática.

A concessão de tutela de urgência exige o preenchimento de requisitos específicos previstos no CPC e a urgência deve ser demonstrada em considerando especificadamente a natureza dos contratos objeto da liminar. A análise individual de cada negócio jurídico pode ser inviável, mas a recuperanda pode demonstrar, como foi feito pela Oi, que seus contratos são muitas vezes celebrados com fornecedores únicos, ou que o mercado tem pouquíssimos fornecedores, o que inviabilizaria nova contratação que permitisse a preservação da empresa.

---

24 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Da Dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27-29.

Importante destacar que, no momento do deferimento da recuperação judicial, não cabe ao juiz a análise da possibilidade de sucesso do soerguimento da atividade (art. 52, Lei nº 11.101/2005). Porém, no que se refere à análise da tutela de urgência requerida, é sua função compatibilizar os riscos advindos de sua concessão, já que, no contexto, pode haver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, CPC/2015).

Portanto, o Judiciário detém as ferramentas necessárias para que decida de maneira legítima, sem que a sua interpretação seja tida como afronta a previsão do legislador, mas uma aplicação complementar. Sendo função do intérprete antever as consequências de sua atividade interpretativa, garantindo que a razoabilidade seja aplicada de forma fiel aos valores do ordenamento jurídico.

## CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu demonstrar a existência de um conflito e consequente necessidade de ponderação de princípios que regem as relações privadas. Tudo considerando a inevitável obrigação de coerência com demais previsões do Ordenamento Brasileiro.

De um lado, a autonomia da vontade e a segurança jurídica e, de outro, os princípios da função social do contrato e da boa fé, que, no que se refere aos contratos, pretendem maximizar a utilidade de um negócio jurídico entre particulares em relação ao restante da sociedade.

No caso estudado, com o deferimento da tutela de urgência, foi necessário compatibilizar argumentos que, de início, pareciam incompatíveis. A prevalência, destacada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresa e almejada pelas partes, deve ser a manutenção da empresa.

A possibilidade de o juiz realizar a ponderação de princípios quando se visualiza seu conflito é amplamente reconhecida, contudo, prejudica-se a segurança jurídica quando se afasta expresso dispositivo legal sob alegação de concretizar o intuito pretendido pelos princípios também emitidos pelo ordenamento, porém de forma menos concreta.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora é de que, no caso concreto, o julgador acertou ao deferir a tutela de urgência, pois a requerente comprovou evidente perigo e consequente impossibilidade de alcançar o objetivo pleiteado na recuperação de sua atividade. Presentes os requisitos para concessão de tutela de urgência, realizada a ponderação dos princípios e interesses ameaçados, a decisão judicial continha fundamentação completa e legítima.

Quanto à atuação do juiz, na hipótese, ter sido contrária à previsão legal expressa, verifica-se que o procedimento da recuperação judicial pretende proporcionar um acordo entre credores e devedores, já havendo previsão expressa do *stay period*, não se visualizando prejuízo aos credores que foram mantidos obrigados. O resultado útil do processo foi preservado pela decisão concessiva de tutela, tanto o foi que em 05 de fevereiro de 2018 foi publicada a decisão de homologação do plano de recuperação judicial das empresas envolvidas nesse processo.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a atuação de magistrados em casos de envolvem direito de empresa, em especial a recuperação judicial, por se referir a interesses econômicos e estar sujeita à exigência de agilidade dos mercados atuais, exige análise casuística e não pode versar simplesmente da aplicação da lei de forma automática, mesmo que haja previsão expressa. Isso por que sempre é necessário considerar os fundamentos e princípios que regem as relações para melhor atender o interesse de todos aqueles abarcados pela solução jurídica encontrada.

Ficou evidente, por essas razões, que o Poder Judiciário, em situações extremas de conflito entre a lei expressa e princípios, pode superar a previsão legal com fim de obter maior utilidade do processo, beneficiando com equidade as partes sujeitas às decisões do Judiciário além de promover a Justiça em suas consequências.

Com tudo que foi dito, conclui-se que, apesar da possibilidade do Judiciário realizar tais interpretações e ponderações, especialmente quando se deparar com situação que a aplicação da lei é visivelmente prejudicial ao objetivo da própria norma. Deve-se sempre considerar essas situações como exceções, não podendo ser superada a lei expressa com prejuízo à segurança dos contratantes e lhes gerando dano. Ao Juízo são impostos limites, como a necessidade de fundamentação das suas decisões e possibilidade de revisão destas, tudo para garantir a congruência e coerência dos julgamentos e soluções encontradas com o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016.

BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105*, de 16 mar. de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Civil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/Civil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 25 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *AgInt no AREsp nº 887.860/SE*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 09/09/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num\\_registro=201600695911&data=20160909&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1533305&num_registro=201600695911&data=20160909&formato=PDF)>. Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *AgInt nos EDcl nº REsp no 1.323.788/DF*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201015536&dt\\_publicacao=12/12/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201015536&dt_publicacao=12/12/2016). Acesso em: 22 out. 2018.

\_\_\_\_\_. *REsp nº 1.658.042/RS*, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658042&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Sétima Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0203711-65.2011.8.19.0001*. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em: 17 abr. 2018.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Bruno Paiva. *Cláusula resolutiva expressa em recuperação judicial precisa de ponderação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-14/bruno-paiva-clausula-resolutiva-expressa-recuperacao-judicial>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CRUZ, Bruno Paiva. *Da (in) validade da cláusula resolutiva expressa em caso de requerimento de recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249731,71043-Da+in+validade+da+clausula+resolutiva+expressa+em+caso+de> . Acesso em: 17 jul. 2018.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 7. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

TELECO. *Market share das operadoras de celular do Brasil e Market share das operadoras de telefone fixo do Brasil*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

TELECO. *Quantidade de celulares por operadora*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Acesso em: 17 abr. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Da Dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. rev. e atual. V. 3. São Paulo: Atlas, 2017.