



..., Caspar Andriaans van
ução da obra:
Nápólis
1710

**DIREITO FALIMENTAR E
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

“Este livro demonstra, no entanto, que hoje a realidade é, ou ao menos ser, completamente outra, se a atual disciplina da matéria for bem dada. A Autora vai mais longe e mostra, em consonância com a doutrina moderna, que a Lei de Recuperação de Empresas oferece a perspectiva de a falência possa vir a ser um caminho a mais de preservação da empresa.

Ninguém mais indicado do que Adriana Pugliesi para apresentar ao único leitor (e aqui estão compreendidos não apenas os profissionais do Direito, mas também todos aqueles que venham a ser afetados, diretamente ou pela crise de uma empresa – devedor, credores, empregados, Fazenda Pública, etc. – e todos os que são chamados a intervir nesses casos – administradores, consultores, peritos, etc.) essa visão contemporânea do Direito Concursal.”

PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO

“O tema da ‘preservação da empresa’, em si, é recorrente. Todos falam, escrevem sobre ele. A obra da Dra. Adriana Pugliesi está um passo bem além. Demonstra que a orientação pela preservação da empresa foi fortemente influenciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal, ligada à realidade do nosso mercado e do nosso desenvolvimento. Nada tem a ver com discursos vazios e demagógicos.”

PAULA A. FORGIONI

ADRIANA VALÉRIA PUGLIESI

DIREITO FALIMENTAR E
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

QUARTIER LATIN

ADRIANA VALÉRIA PUGLIESI

**DIREITO FALIMENTAR E
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**



“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ADRIANA VALÉRIA PUGLIESI

Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP.

Advogada em São Paulo.

DIREITO FALIMENTAR E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, outono de 2013

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

que as organizações que produzem e comercializam bens e serviços contratam e aparelham fatores de produção, além de exigirem tutela, a fim de disciplinar o crédito e as relações originárias da circulação de bens ou serviços.

O art. 996 do Código Civil não oferece conceito de empresa, mas sim de empresário⁵⁶⁴, inspirado no art. 2084 do *Codice Civile* italiano, de 1942. Na conceituação de empresa, do ponto de vista jurídico, ainda mostra-se útil invocar os célebres perfis de Asquini⁵⁶⁵, para quem esta é um fenômeno poliédrico; enquanto do ponto de vista econômico, seu conceito é uno^{566_567}.

No Direito Concursal moderno, a empresa está inquestionavelmente ligada à noção de **instituição**, na medida em que se lhe reconhece uma função social, posto que atrelada à finalidade de “construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar a técnica, favorecer o progresso científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição aos sócios”⁵⁶⁸. Nesse cenário, a noção de empresa desponta sob a lógica publicista que envolve o Direito Concursal moderno, como “instrumento de desenvolvimento econômico geral”⁵⁶⁹.

No direito falimentar brasileiro, antes de tudo, uma questão semântica deve ser enfrentada quanto ao emprego da expressão “empresa”. O texto da Lei n.º 11.101/05 não a utilizou com a precisão técnica que seria desejável, tanto que Mauro Rodrigues Penteado tece crítica ácida a respeito do uso “encabulado” do termo e indicou critérios orientadores dirigidos a facilitar a tarefa do intérprete⁵⁷⁰.

Ainda que a terminologia adotada em certas passagens demonstre, efetivamente, pouca “qualidade do estilo do legislador”⁵⁷¹, também é verdade

que isso não impede o estudioso atento de chegar a uma interpretação sistemática coerente.

Desse modo, enquanto no art. 47 da Lei n.º 11.101/05 a expressão “empresa” está claramente empregada na acepção do perfil funcional proposto por Asquini⁵⁷², parece que essa não pode ser a interpretação para o mesmo termo, mencionado no art. 75 da Lei, e nas demais disposições que tratam da falência.

3.1.1. CONCEITO DE “EMPRESA” NA FALÊNCIA

De fato, não é possível entender, ao menos em tese, a empresa enquanto **atividade**⁵⁷³, na falência, pois com a decretação, o devedor é afastado e desapossado de seus bens⁵⁷⁴.

O desapossamento dos bens, portanto, terá como efeito prático a impossibilidade do exercício da empresa (atividade), ao menos pelo devedor, em razão da vedação que a este se impõe para administrar ou dispor dos ativos que passam a integrar a massa falida objetiva, o que inclui o estabelecimento⁵⁷⁵, conforme art. 103 da Lei n.º 11.101/05.

Para reforçar essa ideia, vale lembrar que o devedor fica inabilitado^{576_577(p.seg.)} para o exercício de qualquer atividade empresarial. É o que se infere expressamente

572 Como lembra Paulo Fernando Campos Salles de Toledo ao comentar o uso das expressões “manutenção da fonte produtora” e “preservação da empresa” referidas no art. 47 da Lei n. 11.101/2005: “talvez o texto legal (que se presume não tenha palavras inúteis) esteja se referindo à empresa enquanto atividade, ou seja, à empresa no sentido funcional, de acordo com os célebres perfis de Asquini”. (“A nova lei de falências e de recuperação de empresas”, *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 83, p. 103, set. 2005).

573 Ascarelli, a propósito, ensina: “*L’impresa costituisce l’attività dell’imprenditore (art. 2082) e perciò non può più attenere alle modalità dell’atto (come l’impresa del codice abrogato); ma alla qualifica di una attività. (...) Attività non significa atto, mas una serie di atti tra loro coordinabili in relazione ad una comune finalità. (Corso di diritto commerciale – introduzione e teoria dell’impresa, terza edizione, Milano: Giuffrè, 1962, p. 147). Em tradução livre: “A empresa é a atividade do empresário (art. 2082) e, por esta razão, não mais pode se ater à modalidade do ato (como a empresa do código revogado), mas à qualificação de uma atividade. (...) Atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenados entre si sob a relação de uma finalidade comum”.*

574 “Embora a lei atual não traga dispositivo idêntico, é claro que continua em vigor a proibição contida no §1º do art. 40 do DL n. 7661/45, ou seja, “não pode o devedor, desde aquele momento (decretação quebra ou do sequestro), praticar qualquer ato que se refira direta ou indiretamente aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independente de prova de prejuízo.” (TJSP, AI 576.078-4/6-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 24/09/08).

575 Art. 1142 do CC.

576 “O falido atingido por esse efeito não se torna incapaz, mas apenas sofre uma restrição para o exercício de certas atividades. A inabilitação proíbe a pessoa do falido de ser empresário individual, isto é, proíbe o falido de exercer a atividade empresarial em seu nome próprio, não impedindo a condição de sócio ou mesmo de administrador de sociedade. (...) Em decorrência dessa inabilitação, o falido também fica impedido para ser corretor de seguros (art. 3, d da Lei 4594/64), corretor de navios (art. 20 do DL 20.881/31), leiloeiro (art. 3, d do D n. 21.981/32. Além

564 examinar o conceito econômico da empresa, tal como se formou no tempo e é hoje dominante.” (MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**, São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 01).

565 ASCARELLI, Tulio. “O empresário” (tradução de Fábio Konder Comparato). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 109, Ano XXXVI (nova série), pp. 183-189, jan/mar 1998.

566 *Profilli dell’impresa*. Rivista di diritto commerciale, v. XLI – Parte I, pp. 1-20, 1943.

567 ASQUINI, Alberto. *Profilli dell’impresa*. Rivista di diritto commerciale, v. XLI – Parte I, p. 2.

A propósito, Rachel Sztajn tece paralelo entre a conceituação de empresa elaborada pelo economista britânico Ronald Coase (1937) e os perfis de Asquini (1942). (“Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados” São Paulo: Atlas, 2004, pp. 173-225).

568 FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 75-76. Confirma-se, também, as referências de pp. 97-98.

569 FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

570 **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, cf. art. 35 da Lei n. 11.101/2005, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA JR., Francisco; PITOMBO, Antonio Sergio M., Revista dos Tribunais, 2. edição, 2007, pp. 102-103.

571 Como também anota Paulo Fernando Salles de Toledo (“A preservação da empresa, mesmo na falência”, em obra coletiva coord. por LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Direito recuperacional aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 519-520).

do comando do art. 102 da Lei n.º 11.101/05. Nosso entendimento é o de que a inabilitação é efeito que atinge tanto o empresário individual quanto a sociedade empresária, embora não haja pacificação a respeito na doutrina⁵⁷⁸⁻⁵⁷⁹.

Portanto, por força da decisão judicial de decretação da falência, há compulsória cessação do desenvolvimento de atividade pelo devedor fato que faz repelir, ao menos em tese, o conceito de “empresa” enquanto **atividade**, na falência, segundo a noção proposta por Asquini.

Em outras palavras, a falência tem como efeito imediato⁵⁸⁰⁻⁵⁸¹ e *ope legis* a impossibilidade de o devedor exercer a atividade empresarial.

Entretanto, e como a própria lei explícita, a falência não acarreta, necessariamente, a paralisação dos negócios da falida, conforme arts. 99, XI, e 109⁵⁸²(p.seg.) da Lei n.º 11.101/05.

Mesmo assim, curiosamente, o art. 109 refere à continuação provisória “das atividades do falido”; ou seja, pela letra da lei, o falido exerceria **atividade**. É claro que se poderia argumentar tratar-se de falta de técnica do uso da terminologia, mas também é inegável que surge clara a ideia do legislador de que há possibilidade de **negócios** mediante a exploração do conjunto de bens organizados que é objeto da arrecadação. E é essa a imagem que deve prevalecer para fins desta análise, no momento.

Nessa mesma linha de ideias, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo indaga: “Poderia a massa falida ser igualmente considerada sujeito de direitos e obrigações?”. Pontua, após, inúmeras referências, dentre as quais a mais significativa é o exemplo dos contratos bilaterais, que não se resolvem com o decreto da quebra, e levanta a questão: “a partir do momento em que o síndico decide dar continuidade à execução do contrato, não se desprende este de um de seus antigos sujeitos, passando a figurar, na posição por ele antes ocupada, a massa falida?”⁵⁸³.

Ante o cenário que resulta da quebra, torna-se necessário investigar como o uso do termo “empresa” poderia ser aplicado na falência, até de modo a pavimentar o caminho para justificar, adiante, como se sustentaria a possibilidade de **preservação** desta, no âmbito da quebra.

Nesse senso, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁵⁸⁴ entende que o uso do termo “empresa”, na falência, é perfeitamente adequado se tomado na acepção do perfil objetivo proposto por Asquini⁵⁸⁵.

Nesta linha de ideias, o sentido empregado para o termo “empresa” equivale ao conceito de estabelecimento proposto por Oscar Barreto Filho, que consiste no “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil”⁵⁸⁶.

disso, ele fica impedido de exercer a tutela e a curatela (CC, arts. 1735, I e 1774).” (Tomazette, Marlon. **Curso de direito empresarial**. v. 3, São Paulo: Atlas, 2011, p. 363).

577 A inabilitação de que ora se trata é distinta daquela que resulta da condenação criminal prevista no art. 181, I da Lei n. 11.101/05, eis que esta última: é pena, tanto que deve ser motivada na sentença penal condenatória; perdura até cinco anos após a extinção da punibilidade do delito (ou, antes disso, por reabilitação penal, nos termos do art. 94 do CP); estende-se ao exercício de cargo ou função de gestão de empresa, tais como: diretoria, conselho de administração e até por mandato ou gestão de negócios.

578 De fato, parte da doutrina entende que a inabilitação prevista no art. 102 da Lei 11.101/05 aplica-se somente ao empresário individual: VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 235-236 e 24; e MILANI, Mario Sérgio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 424.

579 Por outro lado, há autores que sustentam a posição contrária, de que a inabilitação atinge também a sociedade empresária: FERES, Marcelo Andrade, in: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.), **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 759-799; e COELHO, Fabio Ulhoa, **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, 2011, pp. 384/387, 8. edição, São Paulo: Saraiva. A respeito do tema, há um aresto do TJ/SP com o seguinte posicionamento, dando a entender que a inabilitação atinge a sociedade, pela leitura a “contrario sensu”: “Mesmo depois de encerrado o processo, podem os antigos sócios reabilitar a sociedade empresária falida, revertendo os efeitos dissolutórios da falência, com o objetivo de fazê-la retornar à exploração da atividade – Em suma, sociedade falida que, mesmo depois de encerrada sua falência, pode requerer a extinção de suas obrigações e voltar a comerciar.” (TJSP, Ap. Cível n. 555.048-4/6-00, rel. Des. Romeu Ricupero, J. 28.05.2008).

580 Marcelo Feres sustenta que somente depois de publicada a sentença é que passaria esta a surtir efeitos, com o que não concordamos, pois a publicidade da sentença tem eficácia meramente processual (da qual passará a fluir o prazo recursal do devedor, por exemplo) e não se confunde com o resultado material expressamente consignado nos arts. 102 e 103 da Lei concursal brasileira. (FERES, Marcelo Andrade, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.), “in” **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 758-799 e 770-771)

581 “Embora a lei atual não traga dispositivo idêntico, é claro que continua em vigor a proibição contida no §1º do art. 40 do DL n. 7661/45, ou seja, “não pode o devedor, desde aquele momento (decretação quebra ou do seqüestro), praticar qualquer ato que se refira direta ou indiretamente aos bens, interesses, direitos e obrigações compreendidos na falência, sob pena de nulidade, que o juiz pronunciará de ofício, independente de prova de prejuízo.” (TJSP, AI 576.078-4/6-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 24/09/08).

582 A lacração somente ocorre se houver risco para a fase de arrecadação dos ativos, e tal decisão fica ao prudente critério do juiz, na análise do caso concreto (TJPR, AI n. 0375155-7, Rel. Des. Lauri Caetano Silva, j. 7/3/07).

583 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. “Da personificação da massa falida”. *Revista de Direito Mercantil*, n. 78; ano XXIX (nova série), abr/jun, 1990, pp. 49-50.

584 “A preservação da empresa, mesmo na falência”, em obra coletiva coord. por Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues. **Direito recuperacional aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 521-522.

585 ASQUINI, Alberto. “Os perfis da empresa”. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil*, n. 104, pp. 109-126.

586 **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 75.

E a natureza jurídica de tais bens organizados é de universalidade de fato, circunstância que colabora na compreensão da possibilidade de sua “manutenção” na falência, na medida em que a supressão de um ou de alguns bens não desnatura a essência do estabelecimento. Igualmente, a mudança de titular em nada modifica sua natureza ou características.

Desse modo, está claro que a falência não desfaz nem altera a natureza jurídica do estabelecimento, que é organizado pelo empresário para o exercício da empresa, embora o devedor seja afastado de sua administração.

É preciso abrir um parêntese para esclarecer que a falida pode ser titular de ativos outros que não integrem o estabelecimento (por exemplo, um terreno que tenha sido adquirido para construção de futuras instalações). Todavia, essa situação em nada interfere nos argumentos aqui expostos, na medida em que o foco de análise de possibilidade da preservação da empresa na falência está jungido ao complexo de bens que integra o estabelecimento (e possibilita a exploração de um negócio). Nesse senso, a ideia de preservação que existe na falência está intimamente relacionada à manutenção da **organização** que possui sentido econômico, pois permite exploração destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, para o mercado.

Parece interessante lembrar a originalidade do Direito Concursal francês, que adota a noção de empresa – para fins de sustentar o *plan de cession* (levado a efeito no procedimento de *liquidation*) – como sendo “*des activités susceptibles d’exploitation autonome*”⁵⁸⁷.

Dessa forma, coloca-se o acento do conceito de empresa na exploração de uma atividade econômica, que pode ou não ser empresária, conforme fixação dos critérios subjetivos daquele sistema. Isto porque, como antes acentuado, no Direito francês a cessão da empresa inclui a transferência compulsória de certas relações contratuais necessárias à continuação da exploração do negócio, o que implica cessão de elementos outros, além do estabelecimento.

Nesse sentido, torna-se possível, desde logo, afirmar que, na falência, há possibilidade de preservar-se a organização do estabelecimento. Esta organização deixa de ser feita pelo empresário (falido e, como tal, despossado dos bens e inabilitado ao exercício da atividade empresarial) e passa a ser gerida,

587 JEANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Entreprises en difficulté*. 7. edição, Paris: Dalloz, 2007, p. 655. Em tradução livre: “das atividades susceptíveis de exploração autônoma”.

no interesse dos credores, sob a orientação e atuação do administrador judicial, sob a fiscalização do juiz.

Mas, no hiato em que a falência se processa, se houver continuidade de negócios, há, indubitavelmente, operação de um negócio, embora não exista empresa (no sentido de atividade, tal como se pode extrair da concepção adotada pelo Código Civil). O conceito em questão, ligado a uma ‘atuação operativa’, mais se aproxima da acepção de “atividade negocial”, tal como vinha contida na versão do anteprojeto do Código Civil proposta por Sylvio Marcondes^{588_589_590}.

Ao tratar do conceito econômico de empresa, o autor a comparava com a produção artesanal destinada a consumo próprio e referia que a atividade negocial “**surge, ao invés, com a produção para o mercado**”⁵⁹¹, pouco importando, assim, se à frente desta está o empresário, pois o foco de análise é o da organização da operação, diferentemente do critério subjetivo (centrado na pessoa), que norteia a noção de empresa adotada pelo Código Civil.

A noção de atividade negocial, desse modo, vai além do conceito de empresa (atividade) adotado no atual Código Civil. Foi nesse sentido que Barros Leães afirmou que “a substituição da denominação ‘atividade negocial’ eliminada do artigo inaugural do livro dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição mais original, ou seja, a noção de atividade negocial – embora esse conceito se mantenha tacitamente preservado como elemento informativo fundamental”⁵⁹².

Observa-se, conforme se extrai da leitura do art. 966 do Código Civil, que a lei civil brasileira não define a empresa, mas sim o empresário. Por conseguinte, optou-se por uma sistematização do direito de empresa que coloca em evidência a figura do empresário ao tomá-lo como elemento definidor do exercício da atividade econômica organizada. A opção legislativa, embora tenha manietado

588 MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 7.
589 E que Waldírio Bulgarelli considerou um equívoco ter sido excluída do então anteprojeto que veio a tornar-se o Código Civil em vigor. “A atividade negocial no projeto de Código Civil Brasileiro”. *Revista de direito mercantil, industrial econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 56, Ano XXIII (nova série), out/dez 2004, p. 119.
590 Paulo Salvador Frontini anota, por isso, que o Direito Comercial pode ser compreendido como “um sistema de normas disciplinadora da atividade negocial dos particulares.” (“A atividade negocial e seus pressupostos econômicos e políticos”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 18, Ano XIV (nova série), 1975, p. 33).
591 *Problemas de direito mercantil*, São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 2.
592 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro”. *Revista de Direito mercantil, industrial econômico e financeiro*, vol. 128, Ano XLI (nova série), out/dez 2002, p. 11.

a análise do tema, não pode restringir o foco de análise possível por meio do direito de empresa⁵⁹³.

Não se pode esquecer de que o Direito Comercial surgiu como resposta de oposição à rigidez de formas estabelecidas no Direito Civil, que não era capaz de atender ao dinamismo necessário ao desenvolvimento dos negócios praticados pelos mercadores, nas corporações de ofício do Direito medieval.

Não é possível enclausurar o Direito Comercial em definições legais tipificadas e rígidas, afastando-se das necessidades e, principalmente, da criatividade que envolve o desenvolvimento dos “negócios empresariais”, ou seja, da organização de bens e pessoas destinados à produção e à circulação de mercadorias e serviços, ao mercado⁵⁹⁴.

Assim, é preciso lançar uma perspectiva de análise mais ampla e recordar que conceito de **atividade negocial** é gênero de que a **atividade empresarial** é espécie⁵⁹⁵. Desse modo, cabe afirmar que a manutenção, e mesmo a exploração, da organização de bens sob a diretriz dos órgãos da falência (e com a finalidade nela propalada, que não é o lucro, mas a satisfação dos credores) é, também, perfeitamente admissível.

Por isso, como afirmou Barros Leães, “a prática, quando continuamente reiterada, de negócios jurídicos, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, na busca de uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos ou negócios jurídicos, o transubstancia em ‘atividade negocial’”⁵⁹⁶.

Pensamos, ainda, que mesmo quando essa **organização coordenada** de atos ou negócios somente exista por prazo **determinado** de duração e não seja explorada por um sujeito (pessoa), a ideia concebida de existência de empresa, é perfeitamente válida e aplicável.

593 Livro II do Código Civil brasileiro.

594 “O direito comercial é dedutivo, de índole cosmopolita e ligado à celebração massificada de negócios. Suas regras são estratificadas a partir do surgimento concreto de questões geradas pela contínua **atividade negocial**, (...). Suas normas renovam-se incessantemente, com acelerado dinamismo, sempre tendendo para a internacionalização, vinculadas às alterações das formas de produção e acumulação capitalista, sistema que provocou o nascimento do direito comercial e ao qual continua umbilicalmente ligado.” (destaquei, FORTES BARBOSA FILHO, Marcelo. **Código civil comentado**, coor. Ministro Cezar Peluso, Manole, 3. edição, 2009, p. 935).

595 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “A empresa e o empresário no código civil”, obra coletiva Coord. ACCIOLI, Elizabeth. **Direito no século XXI – Em homenagem ao professor Werter Faria**, Curitiba: Juruá Editores, 2009, p. 599.

596 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “A disciplina do Direito de empresa no novo Código Civil Brasileiro”. *Revista de Direito mercantil, industrial econômico e financeiro*. v. 128, Ano XLI (nova série), out/dez 2002, p. 12.

Rachel Sztajn, invocando a doutrina de Oppo – para quem “não há um direito de empresa, mas um direito de mercado” – sustenta que “Toda e qualquer atividade econômica organizada e voltada para mercado é empresa; algumas são comerciais, outras não e a qualificação se dá segundo os usos e a definição do que seja atividade comercial”⁵⁹⁷.

A noção de empresa referida na falência, portanto, claramente não é a mesma adotada pela lei civil brasileira, já que, evidentemente, é mais ampla e vai além desta. A questão, assim, está em retirar da pessoa (subjativismo adotado pelo Código Civil) o centro definidor e qualificador da empresa.

A ideia contida na conservação de bens organizados no âmbito da falência pode ser identificada com a expressão “*business*”, utilizada nos princípios de insolvência elaborados pelo Banco Mundial⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹. Em sentido lato, a existência de bens organizados de forma produtiva, cuja coordenação está apta a fornecer bens ou serviços, representa um “negócio”, um *business*.

A palavra *negócio* é, ainda, referida por Nelson Abrão⁶⁰⁰, que lembra ser esta de uso da linguagem comum e de significado genérico, mas que também aproveita ao direito, pois “indica todo comportamento juridicamente relevante e economicamente unitário”.

Assim, a noção de empresa tratada na falência mais se aproxima de sua origem na definição econômica do termo, estreitando-se com a ideia de **organização**, como resume Rachel Sztajn: “A estreita relação entre empresa e organização é, para Buonocore, exemplo de economicidade e profissionalidade,

597 SZTAJN, Rachel. “Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código civil brasileiro”. *Revista de Direito mercantil, industrial econômico e financeiro*. vol. 145, Ano XLV (nova série), jul/set 2006, p. 18.

598 Principle 13: “Where an enterprise is not viable, the main thrust of the law should be swift and efficient liquidation to maximize recoveries for the benefit of creditors. Liquidation can include the preservation and sale of the business, as distinct from the legal entity. On the other hand, where an enterprise is viable, meaning it can be rehabilitated, its assets are often more valuable if retained in a rehabilitated business that if sold in a liquidation. (...)” (*Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, April 2001, World Bank). Tradução livre: “Quando uma empresa não é viável, o principal impulso da lei deve ser a rápida e eficiente liquidação com a finalidade de maximizar a recuperação do crédito, em benefício dos credores. A liquidação pode incluir a preservação e venda do negócio, à pessoa jurídica distinta. Por outro lado, quando uma empresa é viável, significando que pode ser reorganizada, seus bens são frequentemente mais valiosos se mantidos em um negócio reorganizado do que vendidos em liquidação”.

599 TOLEDO, Paulo Fernando Salles de. “A preservação da empresa, mesmo na falência”, em obra coletiva coord. por LUCCA, Newton de; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Direito recuperacional aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 530.

600 A **continuação do negócio na falência**. São Paulo: Leud, 1975, pp. 69-70.

atributo da atividade, mas tem autonomia porque tem existência objetiva externa ao sujeito e pode servir, sucessivamente, à atividade de sujeitos diferentes”⁶⁰¹.

De fato, essa autonomia da empresa em relação ao sujeito é fundamental na compreensão do conceito de empresa relacionado à falência, pois, como acima demonstrado, o afastamento do devedor é obrigatório no processo falimentar.

A *organização* é o foco central da ideia da preservação, na medida em que esta poderá ser destinada a sujeito diverso, que é exatamente o que se pretende na falência (se possível): promover uma *transição* de titularidade dos bens organizados. Essa transição tem duplice finalidade: melhor atender aos credores (maximizando o valor dos ativos) e preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens.

Como nesse conceito não há destaque algum para o sujeito que explora o negócio, possibilita-se na fase de transição e em pleno curso do processo falimentar, em que a organização do negócio passará a um novo sujeito que a empresa permaneça ativa, gerida pelos órgãos da falência.

Segundo Rachel Sztajn, a “organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado”⁶⁰².

Isso porque, a própria manutenção de contratos, por opção do administrador judicial, denota que o exercício da empresa, pela massa falida, vai além da mera exploração do estabelecimento do devedor. Mais ainda: a alienação da empresa (em bloco) poderá ensejar a transferência de certos contratos estratégicos para a preservação da atividade, em benefício do adquirente⁶⁰³.

Essas situações reforçam a ideia de que é a **organização** que está no centro da determinação da existência da empresa na falência.

Igualmente, a noção da **empresa** que está tutelada na falência implica na realização de movimento inverso àquele proposto por Asquini, para reunir as

601 **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 127 (esta ideia está também desenvolvida às pp. 177-181).

602 **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 129. Confira-se, a propósito, as anotações de Jorge Lobo a respeito da lei falimentar, como norma excepcional que derroga certas regras do direito comum, como ocorre com a possibilidade de dar-se continuidade aos contratos bilaterais. (LOBO, Jorge. “Efeitos da concordata e da falência em relação aos contratos bilaterais do concordatário e do falido”. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 110, Ano XXXVI (nova série), pp. 32-42, abr/jun 1998).

acepções dos perfis, de modo que refletem um único fenômeno⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵, voltando, portanto, às origens do conceito, de caráter econômico.

O conceito econômico⁶⁰⁶⁻⁶⁰⁷, desse modo, é o que efetivamente inspira a disciplina jurídica da empresa na falência, de modo que essa “ferramenta”⁶⁰⁸ de análise não pode ser desconsiderada em sua apreciação⁶⁰⁹.

Sob esse ângulo de análise, fica atendida a finalidade que se buscou na reforma da lei concursal brasileira, como lembra Humberto Lucena Pereira da Fonseca, que era a de “aumentar a eficiência do processo de falência e recuperação de empresas”. Segundo o autor, o processo legislativo “tomou-se como princípio norteador promover o soerguimento das empresas em dificuldades ou possibilitar a continuação da atividade produtiva pela preservação da empresa, distinta da figura de seus administradores”⁶¹⁰.

- 604 SZTAJN, Rachel. **Ensaio sobre a natureza da empresa – organização contemporânea da atividade**, São Paulo, Tese para concurso de professor titular do departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 87. Na mesma obra, a autora afirma: “Atividade empresarial há de ser atividade econômica, uma vez que empresa é organização econômica criada para a produção e circulação de bens e serviços a serem oferecidos ao mercado.” (p. 73). Essa ideia revela um conceito de empresa mais amplo do que o de atividade, e para o qual o direito não pode ficar alheio, na medida em que se torna necessário para justificar a tutela legal da empresa na falência, por exemplo.
- 605 A propósito, vide anotações de Jorge Lobo a respeito do conceito unitário de empresa, que coincide com o conceito econômico. (LOBO, Jorge. “A empresa: novo instituto jurídico”. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 125, Ano XLI (nova série), pp. 29-40, jan/mar 2002, p. 31). No mesmo sentido: BOITEUX, Fernando Netto. “Função social da empresa e o novo código civil”. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 125, Ano XLI (nova série), pp. 48-57, jan/mar 2002.
- 606 Oscar Barreto Filho já ensinava que “o conteúdo ou substrato do direito mercantil é essencialmente econômico.” (BARRETO FILHO, Oscar. “A dignidade do direito mercantil”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 11, Ano XII (nova série), 1973, p. 12).
- 607 No mesmo sentido: PENALVA SANTOS. “O novo projeto de Recuperação da Empresa”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 117, Ano XXXIX (nova série), pp. 126-135, jan/mar 2000; SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. “A reforma da Lei de Falências frente à reorganização econômica da empresa”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 108, Ano XXXVI (nova série), out/dez 1997, pp. 39-41.
- 608 SZTAJN, Rachel. “Law and economics”, em **Direito e Economia: análise econômica do direito e das Organizações**, obra coletiva coord. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel, São Paulo: Elsevier, 2005, p. 75.
- 609 “No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhe dá mais valor.” (...) “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem estar coletivo.” (SZTAJN, Rachel. “Law and Economics”, *Revista de direito mercantil, industrial econômico e financeiro*, vol. 137, Ano XLIV (nova série), jan/março 2005, p. 228).
- 610 FONSECA, Humberto Lucena Pereira. “Alienação da empresa na falência e sucessão tributária”. *Revista de Direito mercantil, industrial econômico e financeiro*. vol. 132, Ano XLII (nova série), out/dez 2003, p. 87.

Na falência, “A eficiência significa a maximização dos resultados, contemplando a maior quantidade possível de créditos”⁶¹¹ e uma das formas de atingir tal desiderato está na preservação da organização dos ativos, posto que esta, em si, tem valor.

Assim, no caso de “a recuperação mostrar-se inviável, um processo de falência eficiente deve promover a realização do ativo e o rateio do produto da forma mais célere possível, procurando maximizar o valor obtido para, assim, diminuir o risco de mercado, com evidentes benefícios econômicos à sociedade, especialmente no que tange ao custo do crédito, à circulação das riquezas e ao estímulo ao investimento”⁶¹².

Na mesma linha de ideias, “o objetivo de se propor um regime de falência ágil e com a participação dos credores é facilitar a transferência da empresa, ou se suas partes viáveis, para uma gestão melhor capacitada para administrá-la”⁶¹³.

De início, parece de clareza cristalina que o uso da expressão “empresa”, na falência, não é apenas possível, mas também desejável, considerando-se o resultado econômico que se pretende atingir. Resultado esse que é o de gerenciar, por meio dos órgãos da falência, meios de preservar a organização preexistente dos bens que integram o estabelecimento e das relações jurídicas que este envolve, para possibilitar seu aproveitamento, de forma independente do sujeito que explorava a atividade anteriormente (o devedor falido).

A ideia é manter no mercado a organização (ou parte dela), de forma útil, por meio de alienação na falência, para que sejam melhor atendidos os credores, maximizando-se o valor dos ativos a serem liquidados.

3.1.2. OS BENS DO FALIDO E A CONSTITUIÇÃO DA MASSA FALIDA OBJETIVA

O patrimônio⁶¹⁴ do devedor, como um todo, é atingido pela falência, que inclui o ativo e o passivo que o integram. Nesse sentido, a massa falida

que se forma com a quebra e passa a ser gerida pelo administrador judicial é constituída por todo o patrimônio do devedor, destacando-se, de um lado, o patrimônio ativo, formado pelos bens e direitos⁶¹⁵, e, por outro, o patrimônio passivo, composto pelas obrigações do devedor, representado pelos créditos de titularidade dos credores.

Como anota Miranda Valverde, a falência “que se positiva pela sentença, (...) absorve esse patrimônio, o complexo dos elementos ativos e passivos sujeitos aos seus efeitos”⁶¹⁶.

Sob essa óptica e do ponto de vista do patrimônio ativo, o processo falimentar “compreende todos os bens do devedor, inclusive direitos e ações, tanto os existentes na época de sua declaração, como os que forem adquiridos no curso do processo”⁶¹⁷, exceção feita, naturalmente, aos bens impenhoráveis, em se tratando de falência de empresário individual⁶¹⁸, já que excluídos da constrição por expressa disposição legal.

Com o decreto da quebra, o falido é desapossado dos bens e perde o direito de deles dispor ou administrar; este é um dos traços essenciais da falência, ou seja, o afastamento compulsório do devedor. O instituto do desapossamento do devedor nasceu praticamente junto com a sistematização do direito falimentar e estava presente em diversos estatutos das cidades medievais⁶¹⁹.

É oportuno lembrar, nesse momento e para que não se perca de vista, que o falido “não perde a propriedade dos bens, senão quando vendidos e por efeito da venda”⁶²⁰. Sabe-se que desde os primórdios do Direito medievo já se

ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil.” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*, 4. edição, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1972, p. 173).

615 O que inclui até mesmo o direito de exigir a integralização do capital social subscrito pelo sócio inadimplente, que caberá à massa falida. (PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Sociedade Limitada no Código Civil*, São Paulo: Atlas, 203, pp. 32-33).

616 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4a. edição atualizada por J. A. Penalva dos Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1, p. 278.

617 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. vol. 01, 16. edição, 1995, São Paulo: Saraiva, p. 151.

618 Em nosso entendimento, a impenhorabilidade somente se aplica ao empresário individual. O fundamento da impenhorabilidade é a manutenção da dignidade da pessoa humana e são considerados afastados da responsabilidade patrimonial os bens imprescindíveis a tanto. Assim, uma interpretação literal do art. 649 do CPC poderia levar ao equivocado entendimento de que a sociedade poderia ter bens impenhoráveis.

619 SANTARELLI, Umberto. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova: Cedam, 1964, pp. 107-113.

620 FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. v. 5. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1951, p. 157. O autor prossegue, sustentando a seguinte ideia: “A massa falida não passa de coisa universal, como a herança ou o patrimônio. Ela não é mais do que o patrimônio do falido, confiado à administração de terceiro, o síndico. Não tem este, diga-se de passagem, papel nem atribuições

611 BARROS LISBOA, Marcos de, “in” VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 54.

612 FONSECA, Humberto Lucena Pereira. “Alienação da empresa na falência e sucessão tributária”. *Revista de Direito mercantil, industrial econômico e financeiro*, vol. 132, Ano XLII (nova série), out/dez 2003, p. 87.

613 BARRICHELLO, Stefania Eugenia. “Análise econômica da nova lei brasileira de falências e recuperação de empresas”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, vol. 147, Ano XLVI (nova série), julh-set 2007, p. 204.

614 “Patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. Assim, compreende-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de

tutti i creditori sociali, a beneficio di una più ristretta cerchia di creditori, derivanti dalla realizzazione dello specifico affare⁶⁹⁷”.

Para que a arguta ideia inicialmente desenvolvida por Requião pudesse ser reconhecida para qualificar a massa falida objetiva como patrimônio de afetação⁶⁹⁸, seria preciso implementar legislação específica que regulasse a possibilidade de sua instituição, afetando os bens que integram a massa falida objetiva.

É inegável o mérito da ideia (*de lege ferenda*) na medida em que possibilitaria afetar um determinado patrimônio ativo, consistente em bens e direitos que integram a massa falida objetiva, formando um estabelecimento passível de exploração, mantendo viva a finalidade econômica que os agrega e tornando possível a celebração de contratos pela massa falida. Os resultados ficariam afetados ao pagamento dos credores, possibilitando negócios totalmente apartados (e principalmente esterelizados) das obrigações dos credores originais da falência.

Essa solução, ainda, ajusta-se perfeitamente ao fato de que a afetação poderia englobar o estabelecimento como um todo ou apenas parte dele – já que este é dotado de plasticidade, ou seja, “a mudança parcial dos elementos é um fenômeno natural na existência do fundo de comércio e constitui mesmo condição para seu funcionamento⁶⁹⁹ – de modo que a continuidade negocial poderia ser direcionada a algum negócio específico da falida que seja particularmente rentável e, por isso, de maior interesse para alienação conjunta, no futuro.

Enfim, a lei afirma que a falência tem como um de seus objetivos preservar a utilização produtiva dos bens, ou seja, do estabelecimento da falida, que, com efeito, não se extingue, em princípio, com a quebra⁷⁰⁰.

Entretanto, a disciplina da continuação provisória das atividades não foi minimamente disciplinada e as regras esparsas que podem ser interpretadas para sua concretização carecem de sistematicidade.

O operador do Direito enfrenta a problemática da ausência de disciplina sistematizada a respeito dos meios de como poderá ser preservada a utilização

produtiva dos bens, o que pode ser causa de desestímulo de potenciais interessados, por falta de regras explícitas do jogo.

A omissão de regramento quanto à possibilidade de continuação provisória das atividades da falida é causa de perplexidade ante o novo objetivo fixado pelo art. 75 da Lei n.º 11.101/05. Fica a sugestão de reforma legal para instituição de uma disciplina de atividade negocial a ser exercida pela massa falida, especificando os métodos e meios com que poderia ser implementada e fixando como finalidade, em benefício dos credores, a venda em marcha da organização econômica rentável do devedor.

3.1.4. OS CONTRATOS DO DEVEDOR E OS INTERESSES JURÍDICOS DA MASSA NA FALÊNCIA

Um aspecto que precisa ser abordado é o tratamento que a lei concursal outorga aos contratos celebrados pelo devedor antes da quebra e que, por força da disciplina que outorga ao administrador judicial a faculdade de lhes dar continuidade no curso da falência, traz a matéria para o foco de interesse da presente análise.

A situação de excepcionalidade que se instaura como resultado da falência torna fundamental atribuir consequências jurídicas a determinados contratos celebrados anteriormente à falência e que estejam ativos e em vigor⁷⁰¹ no momento da quebra, tendo em vista a repercussão econômica da quebra sobre aquelas relações. Por esse motivo, a lei disciplina os efeitos da falência sobre as obrigações anteriormente assumidas pelo devedor, tanto do ponto de vista processual⁷⁰² quanto do direito material⁷⁰³.

701 “A Falência de uma empresa não é por si só fato apto a alterar as cláusulas dos contratos firmados pelo falido, a não ser nos limites previstos na lei especial que a disciplina (ver arts. 115 e 117, caput, da NLF). Na economia de mercado, a insolvência é risco tanto para a empresa que fica insolvente quanto para seus credores. No caso sob exame, os credores sujeitam-se às regras da lei especial (ver arts. 77 e 115 da NLF), independentemente de a bancarrota do devedor ter sido previsível ou não.” TJSP, Ap. Cível n. 479.046-4/3-00, rel. Des. Lino Machado (j. 25.06.2008).

702 “O juízo da recuperação ou da falência observa três princípios reitores: unidade, indivisibilidade e universalidade. Tanto a recuperação como falência processam-se perante um único juízo, para onde devem acorrer todas as pretensões decorrentes dos negócios do agente econômico insolvente.(...) Atribuindo exclusivamente ao magistrado que processará a recuperação ou a falência a competência para processamento e julgamento das ações concorrentes ao ativo do devedor, a lei visa à solução célere e eficiente dos conflitos das pretensões que o estado jurídico da insolvência desperta. Assim, no juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, alegando e provando seus direitos. É o princípio da universalidade.” (TJMG, AI n. 1.0024.04.507.833-4/001, rel. Des. Marcia de Paoli Balbino).

703 Arts. 115 a 128 da Lei n. 11.101/05.

697 **I patrimonio destinati ad uno specifico affare.** Padova: Cedam, 2005, p. 11. Em tradução livre: “uma parte do patrimônio social fica subtraída de sua função de garantia de todos os credores da sociedade, em benefício de uma parte mais restrita de credores, derivada da realização do negócio específico.”

698 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 16. edição, São Paulo: Saraiva, 1995, vol. I, p. 154.

699 BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial.** São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 149.

700 BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial.** São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 148.

Antes de tratar do tema, deve-se assinalar que esta disciplina – dos efeitos da falência sobre as obrigações do devedor – não se confunde com eventuais interesses que possa ter a massa falida como novo **centro de imputação** e titular de interesses, apta a atuar como feixe de contratos⁷⁰⁴, mesmo após a quebra⁷⁰⁵. Há pontos de intersecção entre esses dois polos de interesse, mas, em princípio, não se confundem entre si.

Um dos pontos de intersecção a ser lembrado é a possibilidade de transferência de contratos específicos, na hipótese de alienação do estabelecimento, prevista no § 3º. do art. 140 da Lei n.º 11.101/05. A preocupação do legislador, nesse caso, foi preservar certos contratos estratégicos formalizados pela devedora antes da falência – e que, indiscutivelmente, detêm valor econômico –, tendo em vista possibilitar a manutenção de atividade pelo eventual adquirente dos ativos em bloco.

704 SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**, São Paulo, Atlas, 2004, p. 155.

705 Nesse sentido, é emblemática a decisão do STJ, que autorizou adesão ao programa de parcelamento fiscal para a falida, sob o argumento de que prevalece o princípio da preservação da empresa: “Tributário. Programa de Parcelamento de Débito junto à Receita Federal, Lei 10.684/03. (...) Empresa sob regime falimentar. Pedido administrativo de adesão negado. (...). Inexistência de disposição específica Art. 111 e 155-A do CTN. Princípio da Preservação e Recuperação Econômica da Empresa. (...) 1. As empresas em recuperação judicial podem aderir aos programas de parcelamento de débitos fiscais, nos termos do art. 155-A e §§ 3º e 4º do CTN; (...) 2. A Lei 10.684/00, que instituiu o Programa Especial de Parcelamento - PAES, diferentemente da Lei 9.964/00, que criou o REFIN, deixou de vedar a adesão de empresas, em situação falimentar, ao benefício de parcelamento fiscal. 3. O art. 38, § 11 da Lei 8.212/91 resta inaplicável quando a Lei 10.684/00, que constitui lei específica sobre matéria de parcelamento fiscal, não opõe óbices a empresas sob regime falimentar. (...) 6. Ademais, esse entendimento coaduna-se com o princípio da preservação da entidade empresarial, que restou assim inculcado no art. 47 da Lei 11.101/05: “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.” (...) 8. O artigo 187 do CTN trata da preferência da execução fiscal sobre outros créditos habilitados na falência e inexistente ofensa a esse dispositivo ante a concessão do parcelamento fiscal, visto que o crédito continua com seus privilégios, mas passa a ser recolhido de maneira diferida, justamente para que se garanta à empresa em situação falimentar, a possibilidade de adimplir a obrigação tributária de maneira íntegra. 9. A tendência da atual doutrina e legislação brasileiras sobre o regime falimentar das empresas, especialmente o art. 6º, § 7º da Lei 11.101/05, a Lei Complementar 118/05 e a Medida Provisória 449 de 04.12.08, orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que estejam em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e consumo da comunidade.” (REsp 844279/SC, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, STJ, j. 05.02.2009). Assim, a decisão é muito interessante por tratar a massa falida como entidade capaz de manter participação e colaborar no “ciclo produtivo”, ou seja, atuar no mercado.

Nessa hipótese, há um contrato firmado antes da falência, cuja importância para a possível manutenção dos negócios da devedora é de tal ordem que justifica sua transferência compulsória para o adquirente de estabelecimento da devedora⁷⁰⁶. O vínculo contratual, assim, é mantido não apenas *ex ante* e *ex post* a falência, mas ao terceiro adquirente do estabelecimento, como ativo que integra a alienação.

Como lembra Rachel Sztajn, a disposição tem a finalidade de “preservação das operações”⁷⁰⁷ e, com isto, garantir a continuação da atividade antes exercida pela falida, o que justifica, segundo a professora, plenamente a imposição de manter o vínculo contratual, em exceção ao regime da liberdade de contratar estabelecida no art. 421 do Código Civil⁷⁰⁸. Assim, por exemplo, “contratos de fornecimento com exclusividade serão mantidos apenas no interesse do adquirente, e não do outro contratante. É que o agente “*in bonis*” dispensa tutela extraordinária, que, por outro lado, é estendida àquele que adquire bens do falido no procedimento de liquidação”⁷⁰⁹.

Desse modo, os contratos celebrados pelo devedor antes da quebra, em princípio, não se confundem com a nova situação jurídica que se estabelece no curso da falência, com a fixação de novas relações jurídicas, como, por exemplo, trata a hipótese do já comentado art. 114 da Lei n.º 11.101/05, que prevê a

706 A propósito, Vera Helena de Mello Franco, no que diz respeito à locação, entende que somente contratos que outorguem direito à renovação compulsória, nos termos do art. 51 da Lei n. 8251/91, podem ser objeto de transferência forçada no processo falimentar. (FRANCO, Vera Helena de Mello. “Liquidação, encerramento e extinção das obrigações do falido”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. v. 140, Ano XLIV (nova série), out/dez, 2005, p. 112).

707 SZTAJN, Rachel, “in” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique Abrão (coord). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, São Paulo: Saraiva, 4. edição, 2010, p. 500.

708 A propósito, a mesma autora relata que “... o contrato, é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar.” (...) E a autora afirma que a função social do contrato “aparecerá quando decorrer do exercício de atividades econômicas, precipuamente da empresa. É que, nesse campo, a previsibilidade e a segurança dos efeitos das operações, que sempre são repetidas ou tendencialmente uniformes, são fatores que pesam na aferição do risco.” (“Função Social do Contrato e Direito de Empresa”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. v. 139, Ano XLIV (nova série), julh-set, 2005, pp. 29-30). Assim, sob essa óptica, justifica-se a restrição à liberdade de contratar, no regime da falência, em que a lei possibilita a transferência de contratos ao adquirente do estabelecimento no processo.

709 SZTAJN, Rachel, “in” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique Abrão (coord). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 4. edição, 2010, p. 501.

possibilidade de arrendamento dos bens do falido⁷¹⁰⁻⁷¹¹. Neste último caso, é a própria massa falida que atua como centro de imputação, com interesses próprios, diversos daqueles que mobilizaram o devedor na celebração de contratos antes da falência.

Abrem-se parênteses para um ou dois comentários ^{para} anotar que o arrendamento da massa falida é uma solução que vem deixando de ser incomum por se constituir medida que evita a deterioração e a perda de valor dos ativos, ao mesmo tempo em que permite manter o funcionamento do negócio, impedindo a desvinculação da finalidade unitária e econômica que justifica a organização dos ativos.

Além disso, há hipóteses em que a cessação abrupta das atividades, com lacração do estabelecimento da falida, nem sempre é tarefa fácil de ser realizada. Um bom exemplo a ser mencionado é o da falência do Hospital Nossa Senhora da Penha, em São Paulo, atualmente arrendado, e que, à época, tinha cerca de sessenta pacientes internados que não podiam ser ignorados. A respeito desta falência, o promotor de justiça que atua no processo confirmou que “todos ganharam com essa solução [o arrendamento], pois a ninguém interessaria o fechamento de um hospital. Serão gerados cerca de mil empregos, os bens da massa falida serão preservados, fora o fato de a população continuar a ser atendida”⁷¹².

A regra do art. 114 da Lei n.º 11.101/05 denuncia, declaradamente, as seguintes teses: (i) a massa falida atua como se fosse sujeito titular de direitos patrimoniais (ao menos, como centro de imputação), apesar de destituída de personalidade jurídica; (ii) o conjunto de bens organizados (de que podem ser destacadas partes, sem que disto resulte prejuízo de sua essência) é instrumento

⁷¹⁰ “O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê. § 1º O contrato disposto no caput deste artigo não gera direito de preferência na compra e não pode importar disposição total ou parcial dos bens. § 2º O bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se, sem direito a multa, o contrato realizado, salvo se houver anuência do adquirente.”

⁷¹¹ E a prova de que a hipótese não é meramente cerebrina está no caso da falência da Companhia Americana Indústria de ônibus – Caio (autos n. 661/1999, 3.ª Vara Cível de Botucatu, São Paulo) decretada sob a égide do DL 7661/45. Após a decretação da quebra houve autorização judicial para locação do parque industrial e da marca. Aproximadamente três anos após a falência, ocorrida em 2002, a falida era responsável pela geração de 1.200 empregos diretos, e o valor locativo recebido respondeu pelo pagamento de expressiva quantia do passivo trabalhista, sem que os ativos precisassem ter sido até então alienados.

⁷¹² Matéria publicada no jornal “Valor Econômico”, em 10 de outubro de 2011. Outro caso de arrendamento citado é a do parque fabril da Laticínios Letícia, de Araxá, Minas Gerais, cuja falência ocorreu em janeiro de 2007, arrendado em 2009.

(meio) de que se serve a massa para exercer uma atividade negocial; (iii) a atuação da massa, como agente econômico, deve ter por finalidade precípua o atendimento dos interesses dos credores (possibilitando sua alienação), e nunca de se substituir ao papel do devedor.

Voltemos ao tema dos contratos celebrados pelo devedor (antes da quebra) e que sofrem os efeitos da falência, conforme previsão dos arts. 117 e seguintes da Lei n.º 11.101/05. Primeiro, deve-se ter em mente que o princípio geral que norteia essa disciplina é o da “conveniência da massa”⁷¹³⁻⁷¹⁴, que, na lei vigente, toma como baliza os seguintes critérios em relação aos contratos de prestação bilateral: (i) reduzir ou evitar o aumento do passivo; e a (ii) necessidade de manutenção ou preservação de ativos. Exige-se, ainda, autorização do comitê de credores, se instalado, o que revela que a disciplina está focada na tutela dos interesses dos credores.

A regra geral aplicável aos contratos bilaterais é a da continuidade⁷¹⁵, exceto se, por manifestação tácita ou expressa do administrador judicial, como representante da massa, resulte rescisão. Em relação aos contratos de prestação unilateral, sua continuidade depende dos mesmos critérios fixados para os contratos bilaterais, acima referidos. Ricardo Tepedino anota, entretanto, a estreita utilização deste dispositivo⁷¹⁶.

Como resultado da falência, destarte, a massa falida passa a ter o direito de resilir unilateralmente o contrato, impedindo que o outro contratante possa exigir o adimplemento forçado da obrigação, restringindo o direito deste, a perdas e danos⁷¹⁷. A mudança *ope legis* ao direito do contratante *in bonis* é expressiva na medida em que há perda do direito ao adimplemento compulsório.

⁷¹³ Expressão utilizada no direito anterior (art. 43 e § ún. do DL n. 7661/45): “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar conveniente para a massa.” O contratante tinha o direito de interpelar a massa quanto ao cumprimento do contrato e, na omissão ou negativa, este resolvia-se em perdas e danos, constituindo crédito quirografário a favor do contratante *“in bonis”*.

⁷¹⁴ Ao comentar a decisão do acórdão no MS n. 380.876, rel. Juiz Costa de Oliveira 1º TACivilSP, (RT 629/148), Ricardo Tepedino noticia que “as normas de uma lei falimentar, não são, por natureza, dispositivas, porque visam à proteção de interesses coletivos, inclusive de natureza social.” (Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 4. edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362).

⁷¹⁵ Art. 117 e §§ da Lei n. 11.101/05.

⁷¹⁶ Limitada a contrato de mútuo com alienação fiduciária, pois do cumprimento de outros contratos gratuitos, tais como doação, comodato ou depósito a massa não poderá cogitar (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e de falência**, obra coletiva, São Paulo: Saraiva, 4. edição, 2010, p. 427).

⁷¹⁷ TEPEDINO, Ricardo. **Comentários à lei de recuperação de empresas e de falência**, obra coletiva Coord. SALLES DE TOLEDO, Paulo e ABRÃO, Carlos Henrique, Saraiva, 4. edição, 2010, p. 420.

A decisão de cumprimento ou não do vínculo contratual do devedor falido passa a ser, em certa medida, ato de discricionariedade do administrador judicial, norteados pelos seguintes condutores: (i) preservação dos ativos ou redução do passivo, e (ii) **autorização** do comitê.

É interessante notar que, em princípio, a lei não exige prévia decisão judicial a respeito da decisão de continuidade ou não dos vínculos contratuais do devedor, pela massa falida. Nada impede, entretanto, que na ausência do comitê ou na impossibilidade de decisão majoritária, ou havendo controvérsia a respeito da matéria, o magistrado seja instado a proferir decisão⁷¹⁸.

Todavia, se o administrador judicial comunica o cumprimento do contrato, a massa falida se sub-roga na posição contratual do falido, tanto que os créditos do outro contratante serão considerados extraconcursais, por expressa disposição de lei⁷¹⁹.

Aqui, novamente, a lei revela que a massa falida atua como centro de imputação de direito, ainda que destituída de personalidade jurídica, ao mesmo tempo em que constitui uma obrigação excepcionada daquelas sujeitas ao concurso. Reconhece-se que o sentido econômico desta atuação não é, em princípio, a obtenção de lucro, mas o da manutenção da organização de bens (e o valor agregado que isto representa), potencializando a melhor venda, no interesse dos credores. É fundamental que esse foco não se perca, pois não se pretende alçar a massa falida a agente econômico, na medida em que não se pode impor aos credores a assunção do risco inerente à atividade empresarial. A atividade da massa não pode, em hipótese alguma, onerar o passivo.

Logo, as relações jurídicas de interesse da massa podem ser classificadas, sob o enfoque aqui abordado: (i) os negócios jurídicos para os quais o administrador decide dar continuidade, mantendo o vínculo contratual celebrado pelo devedor antes da falência; (ii) os negócios jurídicos celebrados no interesse da massa falida, como é o exemplo do arrendamento dos bens; (iii) os vínculos contratuais que poderão ser transferidos ao eventual adquirente do estabelecimento, na realização do ativo, levada a efeito no processo falimentar.

Para atender as obrigações nascidas como resultado de atividade negocial praticada por iniciativa da massa falida (como o arrendamento do estabelecimento, por exemplo), já foi registrada, acima, a sugestão de instituição, por lei, de patrimônio separado, por meio de previsão de regras de gestão e destinação dos resultados.

Por outro lado, pelas obrigações assumidas pela massa em decorrência da continuidade de contratos do devedor, permanece a disciplina existente, de crédito extraconcursal, conforme art. 150 da Lei n.º 11.101/05. A medida justifica-se, pois tal iniciativa tem a finalidade de proporcionar a preservação dos vínculos contratuais para alienação em bloco, o que resulta em direto benefício aos credores da massa.

Desse modo, e sob qualquer ângulo de análise (ou seja, tanto a gestão dos contratos anteriores à falência, quanto a celebração de novos negócios), o reconhecimento da massa falida como centro de imputação de interesses próprios é obrigatório.

Seria, dessa forma, de rigor, *de lege ferenda*, insista-se, a criação de uma disciplina jurídica própria que pudesse atender a essa situação de fato, absolutamente natural da vida econômica (e da qual a massa falida participa), resultado das relações geradas por uma cadeia de interesses jurídicos que não se rompe com a quebra.

Mais ainda: a própria lei concursal qualifica e reconhece existir essa continuidade de interesses negociais posteriores à falência – embora deficientemente trate do tema, dada a ausência de uma categoria jurídica em que se enquadrem –, evidenciando-se a necessidade de tutela própria, com regras consistentes e claras que possam consolidar a manutenção da organização dos ativos (e interesses decorrentes) após a quebra.

É importante reforçar, mesmo correndo o risco de repetir, que os negócios celebrados pela falida devem ter como base fundamental os seguintes princípios, que ficam ora sugeridos: (i) a massa falida não pode ser onerada com *deficit* decorrente de novas obrigações, em especial se decorrentes de atuação de iniciativa da massa (como é o caso do arrendamento, que é fator de geração de tributos e verbas salariais, cujo cumprimento deve ser rigorosamente fiscalizado); (ii) os credores devem, necessariamente, ser beneficiados com o gerenciamento dos ativos; (iii) nenhuma atividade negocial deve ser impeditiva de atos de alienação mas, ao contrário, deverão atuar como elementos facilitadores desta atividade (venda dos negócios em marcha).

718 Confira-se, a respeito, Paulo Salvador Frontini (FRONTINI, Paulo Salvador, "in" **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, obra coletiva coord. SATIRO DE SOUZA JR., Francisco; PITOMBO, Antonio Sergio M. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. edição, 2007, p. 443).

719 Art. 84, V da Lei n. 11.101/05.