

A FALÊNCIA COM CONTINUAÇÃO DO NEGÓCIO

João Victor Antonello Marques¹

1 INTRODUÇÃO



m um país que optou pela economia de mercado, onde a atividade empresarial gera a maior parte da riqueza econômica, dos empregos e das rendas, o funcionamento de um adequado sistema falimentar é de extrema importância para assegurar a todos existência digna.² Por isso, a vigente Lei de Falências teve de guia três princípios em destaque: a preservação da empresa, a separação dos conceitos de empresa e empresário e a recuperação de empresas recuperáveis.³

A Lei nº 11.101 de 2005 incluiu, no seu artigo 75, como finalidade principal da falência, garantir o aproveitamento dos ativos das organizações empresariais do modo mais eficiente possível.⁴ Isso provocou um deslocamento da análise do direito concursal, que passou da relação privatista entre credores e

¹ Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e bolsista de Iniciação Científica orientado pelo Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco.

² Art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

³ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A preservação da empresa, mesmo na falência*. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 528.

⁴ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 278.

devedor para uma relação publicística.⁵ Portanto, deve-se buscar não só adimplir as obrigações com os credores, mas também disciplinar a preservação da atividade produtiva, dos postos de trabalho e da livre concorrência.

Dentre os mecanismos para a preservação da empresa pode-se verificar institutos pré-falimentares e pós-falimentares. A Lei nº 11.101 de 2005 disciplinou com inovação os institutos pré-falimentares, principalmente a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial do empresário. No entanto, ela não estabeleceu adequadamente mecanismos para o período posterior à sentença declaratória de falência, principalmente quanto a negócios cuja continuidade possa produzir maior eficácia econômica.⁶

Daniel Rivorêdo Vilas Boas lista os instrumentos que poderiam ser utilizados para a preservação da empresa após o decreto de quebra, sendo esses: a continuação provisória dos negócios do falido, a venda antecipada do ativo (havendo realização logo após os atos de arrecadação e avaliação, diferentemente da previsão legal anterior, em que tinha início somente após a formação do quadro de credores) e o arrendamento das instalações e equipamentos arrecadados.⁷

Esse trabalho se detém a analisar o instituto da continuidade provisória dos negócios do falido. A maior parte da doutrina concorda que esse mecanismo de preservação da empresa foi mal sistematizado na Lei nº 11.101 de 2005, tendo recebido

⁵ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 9.

⁶ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81 e ss.

⁷ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82.

apenas dois incisos específicos sobre a matéria em toda a Lei (art. 99, VI e XI), ao contrário do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, que possuía dois artigos, um de sete parágrafos e um de quatro parágrafos, sobre a matéria (arts. 74 e 201, respectivamente).

O intuito desse artigo não é complementar o que o legislador silenciou sobre a sistematização da continuação provisória das atividades do falido, mas colaborar para a determinação de critérios mais objetivos para a aplicação do instrumento de continuidade provisória dos negócios na falência. Trata-se de pesquisa elaborada através da leitura de diversos doutrinadores brasileiros e da análise de diferentes casos e jurisprudência sobre o tema.

2 SISTEMATIZAÇÃO DA CONTINUAÇÃO PROVISÓRIA DOS NEGÓCIOS NA FALÊNCIA

A continuidade provisória das atividades do falido é um instituto que foi inadequadamente disciplinado pela Lei nº 11.101 de 2005. Ao contrário do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, a atual Lei de Falências deixou de sistematizar vários aspectos da medida, o que tornou seu uso bastante inseguro pela ausência de esclarecimentos sobre seus mecanismos e pelas maiores possibilidades de seu desvirtuamento.⁸

Trata-se, entretanto, de um dos poucos institutos pós-falimentares que permite a preservação da empresa e, na percepção de alguns autores, até a recuperação dela.⁹ Por isso, antes de adentrar em critérios objetivos para o uso desse instrumento, se faz necessário a análise de sua sistematização e de seu

⁸ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 87.

⁹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92 e ss.

funcionamento no atual direito concursal.

De acordo com Adriana Valéria Pugliesi Gardino, na continuação provisória da atividade, a massa falida se comporta como se fosse sujeito de direito, aumentando as possibilidades de celebrar contratos ou dar prosseguimento a vínculos pré-existentes.¹⁰ Na mesma obra, a jurista demonstra que o instrumento adiciona novos interesses ao processo concursal, “ao lado e em paralelo ao direito dos credores”, que compõe a massa falida subjetiva.¹¹

Assim, a inabilitação não acarreta, necessariamente, a paralisação das atividades. A continuidade provisória dos negócios da falida é uma exceção à regra de que a perda da posse dos bens do devedor torna a prática da atividade empresarial inviável.¹²

Nelson Abrão dispõe que o sistema brasileiro considera a continuação dos negócios uma atividade de administração, uma vez que “ela se dá em caráter substitutivo, isto é, com o afastamento obrigatório do falido ou dos dirigentes da sociedade falida, outra pessoa sendo designada pelo órgão judicante para assumi-la”.¹³ Para Adriana Pugliesi, no entanto, houve superação dessa concepção em virtude da mudança de Lei, passando-se a um regime onde é simultaneamente “atividade de liquidação e administração da falência”.¹⁴

¹⁰ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 174.

¹¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 176.

¹² PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 6.

¹³ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Leud, 1975, p. 88.

¹⁴ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 184.

De acordo com o art. 99, XI, da Lei nº 11.101 de 2005, o juiz pronunciará na sentença falimentar sobre a continuidade provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou a lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 da mesma Lei, o qual afirma que o estabelecimento será lacrado sempre que houver risco para a execução da etapa de arrecadação ou para preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores.¹⁵

Na obra *Recuperação de Empresas e Falência*, afirma-se que, em ambos os casos, deve ser realizada a arrecadação dos bens do falido, com o intuito de listá-los e avaliá-los, “evitando que se percam ou sejam subtraídos maliciosamente”.¹⁶ Ainda nessa obra, os autores demonstram ser possível combinar a lacração do estabelecimento com a manutenção das atividades empresariais do falido pelo administrador judicial, através da revogação da primeira mediante simples despacho do juiz, impedindo que os bens se percam até que o administrador assuma o cargo e siga as atividades provisoriamente.¹⁷

De acordo com Marlon Tomazette, qualquer interessado pode pleitear a continuação provisória dos negócios na falência.¹⁸ Assim, podem o devedor, o administrador judicial, os credores ou o Ministério Público requerer ao juiz o deferimento da continuidade provisória das atividades do falido.¹⁹ Waldemar

¹⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017, 2ª edição, p. 556.

¹⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017, 2ª edição, p. 556.

¹⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017, 2ª edição, p. 556.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 3, 8ª edição, p. 470.

¹⁹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010,

Ferreira informa que o requerimento do instituto pode ser apresentado por todos, um ou mais de um dos sócios no caso de sociedade ilimitada e pelos administradores no caso de sociedade anônima.²⁰ O juiz também pode, mesmo após a sentença da falência, analisar a possibilidade de continuação da atividade, “não havendo força preclusiva na primeira decisão sobre o assunto”.²¹

Assim, o tempo para pleitear a continuidade provisória dos negócios não é obrigatoriamente anterior ao da sentença declaratória da falência.²² Esse fato decorre porque o juiz, o administrador judicial, o Ministério Público e os credores não dispõem de informações suficientes sobre as condições da empresa para a continuação dos negócios quando a sentença está para ser proferida. Isso não serve para o falido, que é conhecedor dos fatos e pode, logo após a quebra, com fundamentação suficiente, submeter essa possibilidade.²³ Para Pontes de Miranda, no entanto, o mecanismo não poderá ocorrer antes de terminada a arrecadação se houver impedito.²⁴

Daniel Rivorêdo ressalta que os demais devem manifestar as iniciativas pelo instrumento após a arrecadação e a apresentação de informações pelo falido e até o início da liquidação.²⁵ Semelhantemente, afirma Pontes de Miranda que, salvo

p. 88 e ss.

²⁰ FEIRREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: MxLimonad, 1955, vol. 5, 4ª edição, p. 178.

²¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 3, 8ª edição, p. 469.

²² VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 89.

²³ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 89.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 72.

²⁵ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.).

casos excepcionais, o instituto somente será deferido após o término da arrecadação e a juntada dos inventários aos autos da falência.²⁶ Entretanto, o primeiro autor reforça que “o curso do tempo limita contra o sucesso do mecanismo”, ou seja, torna mais difícil a preservação da empresa.²⁷

O mesmo jurista, em acordo com Manoel Justino Bezerra Filho²⁸, reforça o princípio da separação entre empresa e empresário, ao esclarecer que o devedor falido não toca os negócios, sendo eles tocados pelo administrador judicial, que pode contratar até auxiliares para essa atividade.²⁹ Isso difere do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, que previa a nomeação de um gerente, proposto pelo síndico, para gerir a continuidade dos negócios. Segundo o art. 150 da Lei nº 11.101 de 2005, o administrador judicial, com a autorização judicial, pagará as despesas da continuação da atividade do falido com os recursos disponíveis no caixa da massa falida.

No pensamento de Daniel Rivorêdo, a existência do gerente do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, o qual exercia funções de administração sob supervisão do síndico, gerava ônus desnecessário para a massa falida, que arcava com duas remunerações.³⁰ No atual procedimento concursal, “a fiscalização do ato

Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 90.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 72.

²⁷ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 90.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: administração da massa falencial, restituições e vindicações*. Atualizado por BEZERRA FILHO, Manoel Justino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, p. 131.

²⁹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

³⁰ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios*

do administrador judicial acaba sendo realizada pelo juiz, pelo Comitê de Credores e pelos próprios interessados no processo”.³¹ Por fim, o autor destaca que não há conflito de interesses na cumulação das funções de “administrar a falência e gerir a continuação das atividades do falido”, mas compatibilidade.³²

Na prática, a jurisprudência autoriza nova inscrição da empresa falida no Fisco Estadual sob responsabilidade do administrador judicial, aplicando-se o art. 52, II, da Lei nº 11.101 de 2005³³, dispositivo que se refere diretamente à recuperação judicial.³⁴ Como já foi anunciado pela 2ª Turma do STJ: “a inscrição é restabelecida em nome da massa falida e em caráter provisório, até a finalização do procedimento falimentar”.³⁵

Toda a renda da continuidade provisória dos negócios na falência é revertida para a massa falida, após redução das despesas previamente autorizadas pelo magistrado.³⁶ Isso a diferencia dos contratos celebrados pela massa, nos quais o que se reverte

e condições. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

³¹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições.* In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

³² VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições.* In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92.

³³ Art. 52, II, da LREF: (O juiz) determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta lei.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: administração da massa falencial, restituições e vindicações.* Atualizado por BEZERRA FILHO, Manoel Justino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, p.131.

³⁵ STJ, 2 Turma, RMS 26826-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23-06-2009.

³⁶ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições.* In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92.

para ela é o preço da cessão da posse e do usufruto das instalações, equipamentos e bens do ativo falimentar.³⁷ Esse preço pode ser fixo ou calculado por percentual da renda gerada com o negócio.³⁸

A Lei Concursal inclui o regime da continuação provisória “na vala comum de pagamentos prioritários”, como despesas necessárias ou indispensáveis para a administração da massa, ou seja, como créditos extraconcursais.³⁹ Em virtude de ser despesa indispensável, é excepcionada a ordem de prioridade de pagamento dentre os credores extraconcursais.⁴⁰ Rubens Requião já tinha esse entendimento na vigência da Lei revogada quanto aos créditos tributários e trabalhistas resultantes das atividades econômicas da massa falida.⁴¹

Isso, combinado com a suspensão das execuções individuais dos credores a partir da decretação da falência e o alinhamento de todos os credores sujeitos em classes de natureza assemelhada, estimula um comportamento proativo do credor para influenciar positivamente um resultado que será aplicável a todos.⁴²

³⁷ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92.

³⁸ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92.

³⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 185.

⁴⁰ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 189.

⁴¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, 16ª Edição, vol. I, p. 327.

⁴² SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: Ivo Waisberg, (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 352-353.

Francisco Satiro, em obra que pode ser analogamente utilizada para continuidade provisória dos negócios na falência, refere-se ao *dinheiro novo* como um desses comportamentos, sendo modo de conseguir recursos para preservação da *mais valia* por meio da definição dos novos créditos fornecidos ao devedor como créditos não existentes à data do pedido e, portanto, extraconcursais.⁴³ Como exemplo, é mencionado o credor que se mantém fornecendo insumos durante o período de continuação provisória das atividades, o empregado que continua trabalhando para a empresa falida, o banco que oferece financiamento para custear as despesas e a parte envolvida que compra um insumo, fornece um serviço para pagamento em certo prazo de tempo ou entrega mercadoria em consignação.⁴⁴

No sistema anterior, as operações de compra e venda, durante a continuidade provisória, deveriam ser realizadas *a dinheiro contado*.⁴⁵ Assim, “o gestor encarregado deveria prestar contas diariamente das importâncias recebidas no dia anterior e, semanalmente, apresentá-las em juízo”. Entretanto, na época do decreto revogado, a atividade empresarial predominante era de pequeno porte exercida por empresário individual, e tentar utilizar essa técnica para a continuação provisória dos negócios na falência, mesmo no silêncio da Lei nº 11.101 de 2005, não seria condizente com o atual cenário econômico.⁴⁶

⁴³ SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 356-357.

⁴⁴ SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 354 e ss.

⁴⁵ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 175.

⁴⁶ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 175.

Importante lembrar que a própria Lei dispõe que o regime de exploração da atividade negocial deve ser provisório. Da leitura de Daniel Rivorêdo, se pode concluir três resultados dessa provisoriedade: (i) inexistente requisito básico de *conveniência*⁴⁷ ou *necessidade*⁴⁸ para a continuidade provisória, deverá haver sua interrupção por iniciativa do administrador judicial, requerimento de qualquer interessado ou decisão de ofício pelo juiz; (ii) a prorrogação da continuação das atividades até o início da liquidação, limite temporal em que a realização do ativo é fator impeditivo de seu curso; (iii) eventual extinção do processo falimentar pela superação do estado de insolvência, envolvendo-se ao falido a oportunidade de superar a crise econômico-financeira.⁴⁹

Adriana Pugliesi discute sobre a necessidade de elaborar um plano de gestão para a continuidade provisória dos negócios, podendo-se, inclusive, “demandar a nomeação de um gestor especializado em empresas em crise”.⁵⁰ Assim, seria possível separar o risco resultante dos contratos anteriores e dos posteriores à falência através da criação de um patrimônio separado em relação ao titular, que é o devedor.⁵¹

Para a autora, a gestão desse patrimônio teria três fundamentos: (i) as relações de crédito e débito decorrente da continuação de negócios se alimentarem e se sustentarem de forma

⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 71.

⁴⁸ FEIRREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: MxLimonad, 1955, vol. 5, 4ª edição, p. 177.

⁴⁹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92 e ss.

⁵⁰ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 176.

⁵¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 177.

isolada em relação às precedentes; (ii) as obrigações resultantes da continuidade do negócio serem satisfeitas pelos recursos gerados pela própria atividade econômica desenvolvida pela massa; (iii) a administração da continuação do negócio quanto a contabilização ser totalmente desvinculada dos credores da falida.⁵² No entanto, relembra-se que essa é uma sugestão da autora para futura sistematização da matéria, não sendo exigido nenhum plano de gestão na contemporaneidade.

Diferentemente do ordenamento brasileiro, em algumas legislações quem fica a testa da continuidade dos negócios não é o síndico ou o administrador judicial, mas o próprio falido.⁵³ Pontes de Miranda acreditava que o insolvente deveria assistir à continuação das atividades sem as gerir e sem ter a supervisão que se atribuía ao síndico e, apenas em casos emergenciais, ele poderia prestar serviços à massa falida, os quais deveriam ser recompensados. Essa exceção decorre do fato de que, mesmo havendo cargos que não se pode entregar ao falido, há cargos em que ele é de difícil substituição.⁵⁴

Semelhante é a justificativa para o modelo norte americano de continuidade provisória dos negócios (*Authorization to operate business*) adotar o devedor como operador das atividades até o momento da venda dos ativos.⁵⁵ No procedimento estrangeiro, o devedor, seguindo um “plano de liquidação”, será autorizado a continuar os negócios até o momento da alienação.⁵⁶ Isso é permitido em razão do *debtor in possession*,

⁵² PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 177.

⁵³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. VIII, Livro V, 7ª edição, p. 94.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 72.

⁵⁵ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 31.

⁵⁶ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

situação em que os proprietários de todos os bens são os credores, mas o devedor fica com a posse para continuar a explorar a atividade.⁵⁷ Assim, os riscos e a responsabilidade pessoal da gestão são do falido, porém os efeitos econômicos são em prol da massa, sendo positivos ou negativos.⁵⁸

A aplicação do *debtor in possession* evitaria, principalmente, dois problemas que podem ser encontrados no ordenamento brasileiro⁵⁹: (i) o cancelamento das licenças, autorizações, alvarás e contas bancárias da massa em virtude da nova inscrição no fisco estadual e (ii) o desestímulo para o administrador judicial requerer o instituto, pois ele, geralmente, não tem o conhecimento sobre como tocar a atividade e não tem interesse em se responsabilizar por possíveis problemas, acidentes e danos. Caso essa aplicação ocorresse no Brasil, restaria ao administrador judicial, semelhante ao que ocorre com a figura do *trustee* no direito norte-americano, a função principal de fiscalização do insolvente e da massa falida.⁶⁰

Em acordo com Adriana Pugliesi⁶¹:

Somente uma disciplina, que a lei não traz, com regras de orientação das transações contratuais celebradas pela massa falida (limitações, responsabilidades e riscos entre os contratantes), é que proporcionaria um adequado e consistente regime de implementação da continuação provisória das atividades do falido, proporcionando segurança a todos os envolvidos.

No entanto, esse ainda é o principal meio pós-falimentar

p. 32.

⁵⁷ TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. New York: Foundation Press, 2009, 2ª edição, p. 85 e ss.

⁵⁸ TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. New York: Foundation Press, 2009, 2ª edição, p. 426 e ss.

⁵⁹ Para maiores detalhes sobre a responsabilidade na continuação dos negócios ver: ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, cap. 3, tópico 4.

⁶⁰ TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. New York: Foundation Press, 2009, 2ª edição, p. 85 e ss.

⁶¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 178.

previsto em lei para a preservação da empresa, o que torna necessário explorar seu uso mesmo que não esteja adequadamente disciplinado.

Em virtude do grande potencial desse instrumento para a preservação dos valores dos ativos e para o tratamento da crise das empresas, levando em consideração os múltiplos interesses correlatos (dos empresários, dos trabalhadores, da economia local), deve haver maior segurança jurídica para seu uso, o que pode ser conferido pela determinação de critérios mais objetivos para aplicação da continuidade provisória dos negócios na falência.

3 DETERMINAÇÃO DE CONDIÇÕES PARA A CONTINUAÇÃO PROVISÓRIA DOS NEGÓCIOS NA FALÊNCIA

Como diz Daniel Rivorêdo, não é difícil encontrar decisões que contrariam os fundamentos e finalidades do procedimento da continuidade dos negócios na falência e que trazem prejuízos para o concurso de credores e para terceiros, o que resulta no descrédito do sistema.⁶² Para um uso adequado desse instrumento é necessário se estabelecer critérios mais objetivos de aplicação.

Juristas clássicos, como Waldemar Martins Ferreira e Pontes de Miranda, usavam os critérios, respectivamente, de *necessidade*⁶³ e de *conveniência*⁶⁴ para justificar a aplicação desse instrumento. Entretanto, esses critérios são muito subjetivos, o que permite ao juiz fazer uma interpretação muito aberta da lei,

⁶² VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 87.

⁶³ FEIRREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: MxLimonad, 1955, vol. 5, 4ª edição, p. 177.

⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 71.

gerando insegurança jurídica e, no caso de um instituto como esse, podendo ser de extremo risco ao próprio mercado por oportunizar fraudes e colaborar para o agravamento dos prejuízos decorrentes da quebra.⁶⁵ Assim, há o perigo da empresa seguir causando prejuízo aos que com ela se relacionarem, frustrando expectativas e causando impactos negativos ao mercado.⁶⁶

Durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, a continuação provisória era usada, principalmente, quando o falido desejava pedir concordata suspensiva⁶⁷, instituto substituído na Lei nº 11.101 de 2005 pela recuperação judicial. Diante disso, Adriana Pugliesi pontua haver mudado os objetivos da continuidade provisória das atividades do falido, transformando-se de método de “viabilização da concordata suspensiva” para método de “viabilização da preservação da empresa”.⁶⁸

Em sua obra, Daniel Rivorêdo traz a hipótese da continuação dos negócios ser usada como meio viabilizador de recuperação judicial após a sentença falimentar.⁶⁹ Mesmo que a finalidade principal do mecanismo seja a preservação da empresa, é importante verificar sua capacidade de recuperação, um dos princípios guias da Lei nº 11.101 de 2005.⁷⁰ O autor,

⁶⁵ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex. *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 83 e ss.

⁶⁶ SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 351.

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição, p. 72.

⁶⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 181-182.

⁶⁹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁷⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A preservação da empresa, mesmo na falência*. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo

completando o requisito subjetivo de Pontes de Miranda, estabelece um critério para o uso do mecanismo, a conveniência para o concurso de credores.⁷¹

Importante atentar ao fato de que a falência com continuação de negócios ainda é uma falência, ou seja, uma “atividade de liquidação e de execução coletiva”.⁷² Nelson Abrão condiciona o instrumento ao disciplinar que seu uso não pode prejudicar a posterior realização de bens arrecadados e a liquidação da empresa.⁷³ Nessa condição, entretanto, não haveria a possibilidade prevista por Daniel Rivorêdo de ocorrer a recuperação da empresa, uma vez que ela teria de ser, obrigatoriamente, liquidada.

Uma terceira visão sobre esse critério, a qual parece ser a mais adequada, é feita por Adriana Pugliesi ao disciplinar que “a eventual continuidade dos negócios não pode, em hipótese alguma, trazer agravamento da situação dos credores”.⁷⁴ Percebe-se que essa visão permite tanto a possibilidade de recuperação da empresa quanto a manutenção de sua característica de execução coletiva.

Segundo a crítica de Daniel Rivorêdo⁷⁵:

(Coord.). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 528.

⁷¹ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 90.

⁷² PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 184.

⁷³ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, cap. 2, p. 33-38.

⁷⁴ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 183.

⁷⁵ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

Admitir a continuação dos negócios ou contratos para perpetuação das atividades empresariais para fins sociais ou econômicos significaria escapar a índole privada dos mecanismos, que servem ao concurso de credores e apenas eles.

Essa afirmação, no entanto, é contrária à preservação da empresa como princípio guia da atual Lei de Falências e ao novo foco de tutela do direito concursal concentrado na empresa como feixe de negócios e contratos que movem a economia.⁷⁶ Inclusive, a introdução desse princípio na Lei Falimentar decorre da constatação de que “uma empresa que encerra suas atividades – devido a falência, por ex. – provoca uma queda na capacidade produtiva da economia”.⁷⁷ Adentra-se, assim, a uma função social das empresas, em que⁷⁸:

(...) a rápida evolução da técnica e dos mercados não as constriam simplesmente a equilibrar os próprios balanços, mas cria um dever moral de sobreviver, porque esta sobrevivência tornou-se um fato indispensável para a tutela de diversos interesses diversos daqueles do proprietário da empresa: o próprio emprego da população ativa do lugar onde opera o desenvolvimento econômico desta localidade e da região relativa, a mais elevada produtividade dos meios empregados, etc.

J.X. Carvalho de Mendonça, mesmo possuindo a opinião de que a continuidade tinha de ser conveniente ou para o falido ou para a massa falida, já visualizava os prejuízos que a interrupção brusca do giro comercial poderia trazer, “especialmente se tratar de estabelecimento em que a freguesia constitui a parte mais importante”.⁷⁹ Rubens Requião demonstra um outro nível

⁷⁶ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 278.

⁷⁷ MEDEIROS, Wanderley Pinto. *A insolvência das empresas brasileiras e o papel dos bancos em desenvolvimento*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, vol. 72, Ano XXVII (nova série), out-dez, 1998, p. 49.

⁷⁸ CAMARA, Hector. *La Legge Fallimentare nº 19.551 della Repubblica Argentina*. In: *Revista Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*. Milão, novembro-dezembro, 1973 p. 253 e ss. apud ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 88.

⁷⁹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de

de opinião, na qual a continuação provisória deve ser aplicada se conveniente aos clientes do falido: “tendo a falência atingido a empresa em normal atividade, é desaconselhável a suspensão de sua atividade inopinadamente, tendo um volume de produtos a acabar”.⁸⁰

Trajano de Miranda Valverde, por sua vez, refere que o interesse da continuidade da atividade é às pessoas do falido e, também, aos credores.⁸¹ Pensamento mais conservador e semelhante ao da doutrina alemã, em que o foco fundamental do direito concursal é a satisfação dos credores, possuindo posicionamento diverso a legislações que prestigiam a salvaguarda da empresa.⁸²

Semelhantes são o pensamento de Daniel Rivorêdo⁸³ e a doutrina anglo-saxã⁸⁴ em relação à continuidade provisória dos negócios, a qual deve ser conveniente para os credores. Entretanto, a legislação canadense, diferentemente do que sua jurisprudência demonstra, prevê que a continuação provisória poderá ocorrer quando for necessária para o benefício da administração do Estado.⁸⁵

Manuel Bezerra Filho, ao comentar sobre a obra de Pontes de Miranda, parece ser adepto a ideia de que a conveniência pode ser ao interesse governamental ou estatal. Pode-se

Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. VIII, Livro V, 7ª edição, p. 94.

⁸⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, 16ª Edição, vol. I, p. 231.

⁸¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentário à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, v. I, p. 444.

⁸² PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 74.

⁸³ VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex. *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 90.

⁸⁴ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 113.

⁸⁵ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 113.

interpretar que foi inadequada a substituição do art. 201 do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, onde se previa a continuidade provisória das atividades de empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, pelo art. 195 da Lei nº 11.101 de 2005, que prevê a automática extinção da concessão.⁸⁶

No modo de sentir de Nelson Abrão, que coincide com a moderna concepção de empresa, as lesões que a continuação do negócio busca impedir são de natureza econômica e social.⁸⁷ O direito concursal italiano possui semelhante perspectiva sobre a continuidade provisória dos negócios do falido, que pode ser autorizada sempre que da interrupção das atividades resultarem danos graves e não decorra prejuízo aos credores.⁸⁸

O direito concursal brasileiro adotou, como a finalidade principal da falência, garantir o aproveitamento dos ativos das organizações empresariais do modo mais eficiente possível.⁸⁹ Isso é disposto no art. 75 da Lei nº 11.101 de 2005, ao afirmar que “visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.⁹⁰ Importante lembrar que o perfil da empresa usado nessa Lei não é o objetivo, como no Código Civil de 2002, mas o funcional. Em outras palavras, a preservação da empresa não se trata de preservação do empresário, mas da atividade empresarial e sua organização já estabelecida internamente e no

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: administração da massa falencial, restituições e vindicações*. Atualizado por BEZERRA FILHO, Manoel Justino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial, p. 131

⁸⁷ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 116.

⁸⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 67.

⁸⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 278.

⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 1.101 (2005)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

mercado, com fundamento no art. 170 da Constituição Federal.⁹¹

No art. 47 da Lei nº 11.101 de 2005, que trata do instituto de recuperação judicial, é descrita a função social da empresa, no seu conceito funcional, sendo “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”.⁹² Em consequência, a falência tem como um de seus objetivos a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

De acordo com Francisco Satiro, “o sobrevalor da empresa em atividade é representado não só pela sua capacidade de gerar novas riquezas para si e para seus credores, mas também pelos benefícios que traz aos *stakeholders*, ao mercado e à comunidade”, devendo-se levar em conta o interesse daqueles que *gravitam* em torno da empresa.⁹³ Por mais que sua obra trate de recuperação judicial, pode seu entendimento ser perfeitamente aplicado a continuação provisória das atividades na falência, tendo em vista o objetivo da preservação do valor que a organização e o chamado *on going concern* acrescentam a massa falida objetiva.

Assim, torna-se possível uma interpretação de que a continuidade provisória dos negócios da falida pode ser aplicada se conveniente não só ao falido ou aos credores, mas também aos trabalhadores ou consumidores⁹⁴. Similar entendimento possui Nelson Abrão⁹⁵:

⁹¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 12 e ss.

⁹² BRASIL. *Lei nº 1.101 (2005)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

⁹³ SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial*. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 350.

⁹⁴ O autor utilizou a expressão “consumidores”, mas também são possíveis os conceitos de “freguesia”, usado por J.X. Carvalho de Mendonça, e de “clientes”, usado por Nelson Abrão.

⁹⁵ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e

(...) com a continuação do negócio na falência não se beneficia apenas o falido, mas também os credores, os dependentes, os clientes ou fregueses, em última análise, a própria economia local, regional ou nacional.

A Inspetoria Geral das Finanças da França alinhou elementos estatísticos de casos de continuidade do negócio no período de 1961 a 1963.⁹⁶ Nesses dados se constatava que 8% dos casos eram para terminar a fabricação em curso, 34% dos casos para a conservação da locação comercial e realização do ativo, 8% dos casos pela viabilidade da empresa, 12% dos casos pelo falido ser empregador importante na região e 38% dos casos por visar à concordata.⁹⁷

Na *liquidation*, instituto francês semelhante ao que conhecemos por falência, é permitido o prosseguimento do negócio por um período de três meses, prorrogável por mais um em caso de atividade agrícola, para evitar perdas.⁹⁸ Após a reforma francesa de 2005, a continuação das atividades na *liquidation* passou a ter um novo fundamento: preservar o negócio para venda em marcha, evitando perda para os credores e conservando os postos de trabalho.⁹⁹

Percebe-se semelhança do nosso direito concursal com o francês, “que prioriza a salvaguarda da empresa enquanto negócio, o qual reconhece como fonte de produção de riquezas e postos de trabalho”.¹⁰⁰ Isso igualmente ocorre com os instrumentos

Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 157.

⁹⁶ HOUIN, Roger. *Aspects Économiques de La faillite ET Du règlement judiciaire*. Paris, 1970, p. 68 e ss. apud ABRÃO, Nelson. A continuação do negócio na falência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 116 e ss.

⁹⁷ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição, p. 117.

⁹⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 53.

⁹⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 52.

¹⁰⁰ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa:*

de continuidade provisória de negócios, tendo o sistema francês, entretanto, inovado com o estabelecimento de um período máximo.¹⁰¹

Diversos doutrinadores, ao invés de estabelecer critérios ou condições para a continuidade provisória das atividades do falido, preferiram exemplificar casos em que ela deveria ocorrer. Marlon Tomazette cita o exemplo em que o juiz pode autorizar a continuação da atividade se ela trazer mais valores para o processo.¹⁰²

Carvalho de Mendonça, ao indicar que tal instrumento deveria ser conveniente ao falido ou a massa falida, também exemplifica casos em que, geralmente, são necessários, como “casas de venda de retalho, cafés, espetáculos públicos, etc”.¹⁰³ Importante lembrar que o autor interligava o uso do instrumento, especialmente, a “estabelecimentos em que a freguesia constitui parte mais importante”.¹⁰⁴

Na obra *Recuperação de Empresas e Falência*, os autores realizam um rol exemplificativo de ordens que justificam a continuidade provisória das atividades do falido, sendo essas: (i) finalizar algum empreendimento ou operação em curso cujo termino possa aliviar as perdas do falido, (ii) exercer atividade socialmente relevante, como as relacionadas à área da saúde, e (iii) facilitar a venda do estabelecimento empresarial em funcionamento, evitando a perda do chamado *going concern value*.¹⁰⁵

Compatibilidade. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 57.

¹⁰¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 53.

¹⁰² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 3, 8ª edição, p. 469.

¹⁰³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. VIII, Livro V, 7ª edição, p. 94.

¹⁰⁴ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. VIII, Livro V, 7ª edição, p. 94.

¹⁰⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo:

Ressalta-se que os próprios autores enfatizam que o instrumento “pode ser justificado por razões de várias ordens”, ou seja, que é um rol exemplificativo.¹⁰⁶

Adriana Pugliesi não desenha um rol exemplificativo, mas cita diversos objetivos que o instituto pode ter, como dar cumprimento a um contrato específico ou facilitar a alienação em bloco.¹⁰⁷ Outros objetivos citados pela mesma autora são evitar a desvalorização de máquinas e equipamentos¹⁰⁸, além de direcionar e viabilizar a venda dos negócios em marcha.¹⁰⁹

A autora, no entanto, enfatiza que a principal finalidade do instituto é “manter ativa a organização, que caracteriza a unidade de destinação econômica do estabelecimento, enquanto unidade produtiva, viabilizando a futura alienação com preservação deste valor agregado”.¹¹⁰ Ela ainda enfatiza que pode haver uso do instrumento para “determinar-se a finalização de um bem de produção, para atender situações isoladas que proporcionem redução de despesas ou para evitar-se a deterioração de insumos”.¹¹¹

No relatório do processo falimentar da Metalúrgica

Almedina, 2017, 2ª edição, p. 557.

¹⁰⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017, 2ª edição, p. 557.

¹⁰⁷ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 6.

¹⁰⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 174.

¹⁰⁹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 178.

¹¹⁰ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 175.

¹¹¹ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 175.

Marimon Ltda.¹¹², são citadas como especialidades para continuação provisória do negócio:

(...) empresa ser de grande porte, possuir instalações adequadas, localização privilegiada, manutenção de empregos, possibilidades de recebimentos de créditos por parte dos credores e com chances de recuperação total da empresa.

Basicamente, essas características se relacionam à nova finalidade da falência e, em consequência, à possibilidade de venda da empresa como unidade produtiva e à preservação do emprego dos trabalhadores. Percebeu-se como principal objetivo do deferimento, para este caso, evitar desvalorização de máquinas, equipamentos e insumos¹¹³:

A continuação do negócio acabou deferida imediatamente, uma vez que se tratando de empresa metalúrgica, a paralisação da atividade prejudicaria a prestação de serviços [...] inclusive, se fosse o caso, o seu desligamento deveria ocorrer progressivamente no período de vinte e quatro horas para evitar explosão.

Outro caso interessante de análise é o pedido de autofalência com continuidade dos negócios da Empresa Monteiro Refrigerantes S.A.¹¹⁴, em que os fatos de ser uma autofalência e de existir uma grande quantidade de empregados foram de extrema importância para o deferimento do pedido. Assim, verifica-se não só a finalidade de preservação dos empregos, mas também um planejamento que, de certo modo, se assemelha ao plano de

¹¹² CALDEIRA, Jéssica. *Relatório do Processo Falimentar da Metalúrgica Marimon Ltda.* Porto Alegre: NEF.

¹¹³ CALDEIRA, Jéssica. *Relatório do Processo Falimentar da Metalúrgica Marimon Ltda.* Porto Alegre: NEF.

¹¹⁴ TJCE, 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falência da Comarca de Fortaleza/CE, Processo nº 0024118-98.2000.8.06.0001. Autofalência da Monteiro Refrigerantes S.A. Juiz: Cláudio de Paula Pessoa. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cpog/show.do?processo.codigo=01Z000ILY0000&processo.foro=1&uuiidCaptcha=sajcaptcha_9df93cec43874da59a7e5d3ae4dc2172> Acesso em: 26 de maio de 2019. Embora o processo de falência da Monteiro Refrigerantes ainda não tenha terminado, a continuidade dos negócios teve fim em 04/05/2001.

continuação mencionado por Adriana Pugliesi.¹¹⁵

Por última análise, vale mencionar o caso da empresa REMINGTON S.A., que, ao verificar o insucesso que teria a concordata suspensiva, confessou sua falência e requereu, em caráter excepcional, a continuação dos seus negócios. Para tanto, apresentou demonstrativos de seus resultados operacionais e argumentou que a continuidade das atividades possibilitaria não só uma recuperação do falido, mas também seria benéfica aos trabalhadores e à própria economia local.¹¹⁶ Portanto, verifica-se um último critério: a viabilidade e a utilidade da continuação provisória dos negócios serem comprovadas através de dados da prestação de contas e dos livros contábeis.

Infere-se dos critérios e condições expostos pelos diversos autores citados que a possibilidade de continuidade das atividades do falido deve ser avaliada observando a conveniência/necessidade para o falido, os credores, os trabalhadores ou os consumidores; devendo ser comprovada viável e útil através de dados da prestação de conta e dos livros contábeis, mas não podendo agravar a situação dos credores. Entretanto, em virtude da dinamização e da adequabilidade do direito mercantil, é, também, importante perceber que esses requisitos poderão, excepcionalmente, passar pela ponderação de princípios. Outra possibilidade que traria maior segurança jurídica ao instrumento, evitando decisões que contrariassem seus fundamentos e finalidades, seria estabelecer um rol exemplificativo com os principais objetivos do seu uso.

4 CONCLUSÃO

¹¹⁵ PUGLIESI, Adriana Valéria. *A Falência e a Preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 176 e ss.

¹¹⁶ TJRJ, 3ª Vara Empresarial do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ, Processo nº 0131751-94.1989.8.19.0001. Falência da Remington Industria e Comércio de Sistemas para Escritório S.A. Juiz: Mario Guaraci de Carvalho Rangel. Fl. 1686-1698.

Esse trabalho buscou investigar o problema da sistematização e dos critérios de aplicação do instituto denominado *continuidade provisória das atividades do falido*, analisando a jurisprudência, a doutrina e a legislação sobre o tema. A continuação provisória dos negócios é um instituto pós-falimentar, ou seja, para o tempo após a sentença declaratória de falência. Nele, a massa falida comporta-se como se fosse sujeito de direito, aumentando as possibilidades de celebrar contratos ou dar prosseguimento a outros vínculos pré-existentes.

Esse instrumento é figura de âmbito universal, previsto num texto de nível internacional, geralmente usada para a preservação da empresa, princípio que foi adotado como uma das finalidades da falência na atual Lei Concursal brasileira, Lei nº 11.101 de 2005. Uma das principais diferenças entre as legislações de diferentes países é a aplicação do *debtor in possession*, figura que melhoraria e incentivaria a utilização do instrumento caso o ordenamento brasileiro a adotasse. No entanto, em confronto com os princípios guias da Lei vigente, há apenas dois incisos específicos que tratam da continuidade provisória das atividades do falido, incisos IV e XI do art. 99, os quais apenas preveem a sua possibilidade, sem sistematizá-lo ou determinar critérios para sua aplicação.

O juiz deve se pronunciar sobre a continuação provisória das atividades do falido ou da lacração dos estabelecimentos na sentença falimentar, sendo possível, inclusive, a combinação dos dois institutos. Ele pode analisar a possibilidade do instrumento mesmo após a sentença da falência, não havendo força preclusiva na primeira decisão sobre o assunto. O administrador é quem gere a continuação provisória dos negócios, podendo contratar auxiliares e pagando as despesas com os recursos disponíveis no caixa da massa falida, sendo consideradas despesas extraconcursais que excepcionam a ordem de prioridade de pagamento. Nesse caso, o Fisco estadual deve restabelecer a inscrição da empresa falida, aplicando-se o art. 52, II da Lei de

Falências atual, e toda a renda da continuidade das atividades deve ser revertida para a massa.

Qualquer interessado pode pleitear o uso desse instituto. Avaliando-se a possibilidade de adoção de critérios mais objetivos para a continuação provisória das atividades do falido, verifica-se que há três condições básicas para a aplicação do instituto: (i) a conveniência/necessidade para o falido, os credores, os trabalhadores ou os consumidores; (ii) a comprovação da viabilidade e da utilidade através de dados obtidos na prestação de contas e nos livros contábeis e (iii) o não-agravamento da situação dos credores. Contudo, esses critérios podem, excepcionalmente, passar pela ponderação de princípios.

Alguns autores acreditam que um quarto critério deveria ser não prejudicar a posterior realização dos bens arrecadados, mas não parece ser necessário por já haver uma condição de proteção aos credores e por limitar o princípio da recuperação da empresa. Em virtude do art. 195 da Lei atual ser, basicamente, oposto ao art. 201 do antigo Decreto-Lei, não se contempla a especialidade de haver continuidade de negócios pela empresa ser concessionária de serviços públicos.

Uma vez que o direito empresarial tem a necessidade de ser dinâmico e adaptável a mudanças do mercado, seria, também, prudente estabelecer um rol exemplificativo de objetivos da continuação provisória das atividades do falido. Assim, seriam exemplos (i) adicionar valores ao processo, (ii) finalizar operação já em curso, (iii) exercer atividade socialmente relevante, (iv) vender estabelecimento em funcionamento, (v) facilitar alienação em bloco, (vi) evitar desvalorização de máquinas e equipamentos, (vii) reduzir despesas e (viii) evitar a deterioração de insumos.



5 REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA., 1998, 2ª edição.
- BRASIL. *Lei nº 1.101 (2005)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.
- CALDEIRA, Jéssica. *Relatório do processo falimentar da metalúrgica Marimon Ltda*. Porto Alegre: NEF.
- FEIRREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: MxLimonad, 1955, vol. 5, 4ª edição.
- MEDEIROS, Wanderley Pinto. *A insolvência das empresas brasileiras e o papel dos bancos em desenvolvimento*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, vol. 72, Ano XXVII (nova série), out-dez, 1998.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, vol. VIII, Livro V, 7ª edição.
- MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações: administração da massa falencial, restituições e vindicações*. Atualizado por BEZERRA FILHO, Manoel Justino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXIX, 8ª edição.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. *A falência e a preservação da empresa: Compatibilidade*. São Paulo, 2012, 326 p. Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, 16ª edição, vol. I.
- SATIRO, Francisco. *O “dinheiro novo” como elemento de*

- interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial.* In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra.* São Paulo: IASP, 2017, 1ª edição, p. 350-370.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: Teoria e prática na lei 11.101/2005.* São Paulo: Almedina, 2017, 2ª edição.
- STJ, 2ª Turma, RMS 26826/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/06/2009.
- TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy.* New York: Foundation Press, 2009, 2ª edição.
- TJCE, 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falência da Comarca de Fortaleza/CE, Processo 0024118-98.2000.8.06.0001. Autofalência da Monteiro Refrigerantes S.A. Juiz: Cláudio de Paula Pessoa. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z000ILY0000&processo.foro=1&uuidCaptcha=sajcap-tcha_9df93cec43874da59a7e5d3ae4dc2172> Acesso em: 26 de maio de 2019.
- TJRJ, 3ª Vara Empresarial do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ, Processo nº 0131751-94.1989.8.19.0001. Falência da Remington Industria e Comércio de Sistemas para Escritório S.A. Juiz: Mario Guaraci de Carvalho Rangel.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A preservação da empresa, mesmo na falência.* In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 517-534.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas.* São Paulo: Atlas, 2017, vol. 3, 8ª edição.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentário à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, v. I.

VILAS BOAS, Daniel Rivorêdo. *A continuação dos negócios na falência: critérios e condições*. In: AMARAL, Paulo Ayr Dias do; FLORIANO NETO, Alex (Coord.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81-95.