

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

PRIMEIRAS LINHAS SOBRE UMA CRÍTICA: POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO DO EMPRESÁRIO FALIDO EM COMPARAÇÃO COM O DISCHARGE DO DIREITO NORTE-AMERICANO

FIRST LINES ON A CRITICAL ANALYSIS: POSSIBILITY OF REHABILITATION OF THE BANKRUPT ENTREPRENEUR IN COMPARISON WITH THE AMERICAN LAW DISCHARGE

**Luciano Zordan Piva
Gerson Luiz Carlos Branco**

Resumo

A pesquisa que originou este trabalho decorre da observação de um problema comum entre empresários endividados: a insuficiência da legislação falimentar em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Tendo em vista as origens da Lei brasileira, este trabalho analisou como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. Notou-se que um dos objetivos do Bankruptcy Code é o retorno do devedor ao mercado. Esse retorno (fresh start) é alcançado a partir do discharge, que é obtido através do cumprimento de deveres legais existentes na legislação falimentar, semelhantes aos presentes no Código Civil e na Lei 11.101/05.

Palavras-chave: Direito empresarial, Crise do empresário, Falência, Bankruptcy code

Abstract/Resumen/Résumé

This research is derived from a known problem in the relation between entrepreneurs and the legal system: the insufficiency of the Bankruptcy legislation to bring back the entrepreneur to the Market. Bearing in mind that the origins of the Brazilian bankruptcy law trace back the United States bankruptcy system, this paper analyze how American system deals with similar problem. We noted that one of the main objectives of the Bankruptcy Code is the fresh start, which is achieved by the discharge, given for those who follow their legal duties, similar to those in Brazilian Civil Code and Bankruptcy law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Commercial law, Entrepreneurs crisis, Bankruptcy, Bankruptcy code

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a relação entre a crise econômico-financeira do empresário¹ e a possibilidade de sua reinserção econômica no mercado, partindo da análise do arcabouço legal da Lei 11.101/05, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), e as possibilidades concretas de que a “reabilitação” prevista na Lei permita ao empresário a retomada de suas atividades econômicas após uma falência.

O ponto de partida da análise e o valor constitucional da *livre iniciativa* e o arcabouço legal que lhe regulamenta em um dos aspectos centrais do que comumente se chama de “direito da crise”, o que se relaciona à busca por uma solução jurídica para um problema muito comum nos dias de hoje².

Sob o ponto de vista social e fático, a premissa da pesquisa está associada a dificuldade de os empresários voltarem ao exercício em nome próprio de uma atividade econômica após uma situação de crise, ainda que essa dificuldade não os tenha levado à falência.

Isso ocorre porque, no sistema brasileiro, é possível que um empresário tenha mais dívidas do que condições de pagar e, ainda sim, não estar falido. Em outras palavras, a falência é um dos modos de resolver a crise definitiva do empresário, porém não é o único.

De um modo geral cabe ao empresário escolher o caminho da falência ou o caminho da dissolução irregular de sua sociedade, com o fechamento do estabelecimento e uso de outros mecanismos jurídicos de proteção e defesa.³

¹ Empresário é usado neste artigo com o sentido atribuído por Asquini, como sendo o perfil subjetivo da empresa, o titular do estabelecimento e aquele que desenvolve a atividade econômica. Embora o problema objeto deste artigo seja dirigido especificamente sobre o empresário individual, a utilidade prática também diz respeito aos administradores e sócios de sociedades empresárias tendo em vista a facilidade com que o direito brasileiro desconsidera a personalidade da pessoa jurídica e atinge tais sujeitos, imputando a eles os deveres e os efeitos da falência. Sobre essa distinção, v. ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. In: **Rivista del Diritto Commerciale**, 1943, v.41, I. Traduzido por: Fábio Konder Comparato.

² A busca por soluções jurídicas para problemas concretos deveria ser *missão do jurista*: “O grande comparatista italiano Rodolfo Sacco escreveu há alguns anos que, ‘no nosso tempo, enunciar um problema e não saber resolvê-lo era uma vergonha. As novas gerações, refratárias às categorias do certo e do seguro, consideram uma glória indicar o problema, e não a solução’ (*Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, p. 1.004)”. SALAMA, Bruno. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33.

³ Do mesmo modo que no direito Norte Americano, no qual se fala em *forum shopping*, de modo geral cabe ao empresário a tomada de decisão sobre o ingresso ou não no sistema falimentar. Porém, de modo distinto, no Brasil, as dificuldades que este artigo observa fazem com que a falência seja menos escolhida do que outros mecanismos de proteção. Sobre o tema, v. Douglas G. Baird, Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren, **University of Chicago Law Review**, vol. 815, 1987.

Dessa escolha podem decorrer consequências sociais e pessoais perversas, pois, ao passo que o ordenamento jurídico não reconhece essa figura do empresário “endividado-mas-não-falido”, não correm prazos prescricionais e possibilidades de parcelamento das dívidas, sejam elas fiscais, trabalhistas, previdenciárias ou civis⁴. A sociedade sofrerá efeitos, pois esse empresário dificilmente pagará sua dívida e a consequência será a reprodução de demandas executivas que irão estrangular o empresário e possivelmente inviabilizar qualquer atividade econômica organizada em nome próprio.

Em primeiro lugar, as execuções atingirão as contas bancárias, passando pelos bens de maior liquidez até chegar ao faturamento da empresa. Isso geralmente provoca a paralização das atividades econômicas e a inviabilidade de continuidade do exercício da atividade em nome próprio.

As execuções, sejam fiscais ou de qualquer outra natureza, provocam a deterioração da imagem objetiva do empresário que ficará com o nome “sujo na praça”, razão pela qual seu comportamento passará a ser dirigido a um grupo pequeno de pessoas e credores que potencialmente ainda podem lhe conceder algum crédito. A partir daí ocorre normalmente um descolamento ético irremediável, pois passa a ser comum os casos de uso de “laranjas” para tocar os negócios, mediante o uso de pessoas interpostas, sejam filhos, cunhados, empregados, etc.⁵.

Nesse contexto, torna-se interessante uma análise comparativa do sistema previsto no direito norte-americano⁶, especialmente pelo estudo das previsões do *Bankruptcy Code* e também do modo como funcionalmente tem sido interpretada e aplicada tal norma, como mecanismo que possa auxiliar a compreensão sobre como o Direito Norte-Americano estimula os empresários a usar as ferramentas do Direito da Crise para retornar ao mercado de forma regular.

⁴ O sistema do *Bankruptcy law* adota critério similar ao brasileiro sobre a situação de insolvência: critério do “unable to pay debts as they come due”, ou seja, algo similar a incapacidade de pagar suas dívidas no vencimento. BAIRD, Douglas. **Elements of Bankruptcy**. New York: Foundation Press. 5th Ed. 2010, p. 05. Segundo Sérgio Campinho, “a impontualidade foi adotada como critério para determinar o estado de insolvência, em substituição ao da cessação de pagamento consagrado pelo artigo 797 do Código Comercial de 1850, que revogou a Parte Terceira do mencionado Código”. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 206.

⁵ O Professor Francisco Satiro, em palestra proferida no I Congresso de Direito Empresarial da UFRGS, em 10/06/2015, definiu esses empresários endividados como *empresários-zumbis*, pois tenderiam a “usar o corpo” de outros, como filhos e netos, para constituir negócios em outras personalidades, a fim de evitar perder os recursos oriundos das atividades empresariais. (Congresso oficializado como Ação de Extensão registrada na PROEXT/UFRGS sob o N. 28636).

⁶ CERZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no bankruptcy code. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil**, 51/152, jan/dez. 2009, p. 166.

Deixa-se claro, desde já, que há clara compreensão das diferenças entre os sistemas, partindo da possibilidade que o Direito Norte-Americano tem de falência de consumidores, entre outras peculiaridades.

A análise aqui realizada parte das premissas metodológicas fornecidas por Charles Jordan Tabb,⁷ de que a possibilidade de uma comparação e investigação sobre os mecanismos jurídicos do Direito Falimentar exige não somente uma comparação entre os elementos estruturais, como também sobre sua funcionalidade, já que o fato de existir uma previsão legal similar em um determinado ordenamento não significa necessariamente uma norma similar, tendo em vista o modo de aplicação e sua funcionalidade. Do mesmo modo, a inexistência de dispositivo legal a respeito de certo tema não significa ausência de similitude, pois muitos fins são alcançados com o uso das ferramentas normativas e discursivas próprios de uma determinada cultura jurídica.⁸

Para esse fim, a pesquisa realizada no Direito brasileiro, na doutrina e jurisprudência, também contempla um enfrentamento de aspectos históricos e de Direito Comparado, métodos utilizados para situar o leitor no tempo e para confrontar as possíveis soluções de um problema contemporâneo por outro ordenamento⁹. A principal razão para adotar o sistema norte-americano como base para a pesquisa diz respeito à larga influência do *Bankruptcy Code* na Lei 11.101, de 2005.

Ademais, um dos aspectos mais interessantes do Direito Norte-Americano é justamente a possibilidade de uma nova oportunidade aos falidos, pois possibilita a utilização de mecanismos que permitam ao devedor retornar ao mercado. De certa forma, está na base do direito falimentar americano oportunizar a possibilidade de os devedores

⁷ TABB, Charles. *Lessons from the Globalization of Consumer Bankruptcy*. In: JACOB, Ziegel. **Comparative Consumer Insolvency Regimes – A Canadian Perspective**, 2003.

⁸ A tradição e cultura produzem ferramentas no sentido apresentado por HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa-América, 1997. p. 26-27, para quem “a tradição não representa um resultado, um valor, uma norma; mas uma série de ferramentas (...) com as quais são produzidos novos resultados. Na verdade, o trabalho de produção de novos efeitos jurídicos (novas normas, novos valores, novos dogmas) é levado a cabo com ferramentas recebidas da tradição: ferramentas institucionais (instituições, papéis sociais), ferramentas discursivas (linguagem técnica, tópicos, modelos de argumentação e de prova, conceitos e dogmas), ferramentas comunicacionais (bibliotecas, redes acadêmicas ou intelectuais). É desta forma que o passado modela o presente. Não pela imposição directa de valores e de normas, mas pela disponibilização de uma grande parte da utensilagem social e intelectual com que se produzem novos valores e novas normas”.

⁹ Nesse sentido, seguimos as lições de GORDLEY: “Para entender o Direito, mesmo como ele é dentro de determinado país, é necessário olhar para além das suas fronteiras, e mais ainda, além do seu próprio tempo”. Trad. livre de: “To understand law, even as it is within that country, one must look beyond its boundaries, indeed, beyond one’s own time”. GORDLEY, James. *Comparative legal research: its function in the development of harmonized law*. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 43, n. 4, 1995, p. 557.

pagarem as suas dívidas e saírem da crise econômico-financeira como uma forma de aprendizado, e não de punição.

Em função disso, a figura do *discharge* ganha destaque, pois permite que o devedor fique com alguns bens - legalmente determinados - para que possa superar a crise, sem perder a sua dignidade.¹⁰

2 LIMITES NORMATIVOS DA LEI 11.101, DE 2005 E POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO DO EMPRESÁRIO FALIDO

A Lei de Recuperação e Falência adotou um sistema misto¹¹ de critérios para determinação do estado de insolvência do empresário. Por um lado, utilizou o critério da *impontualidade injustificada*, isto é, se considerou a presunção da insolvência derivada da impontualidade do devedor no pagamento de obrigação líquida, devidamente comprovada pelo protesto do título executivo que a corporifica (art. 94, I, LREF).

Ao lado desse critério, a Lei considera insolvente o empresário que tenha cometido determinados *atos falimentares*, sob a *ratio* de que a prática de um dos atos elencados nos incisos II e III do artigo 94, da Lei 11.101, demonstram a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações, ainda que não se tenha verificado falta de pagamento¹². Esses critérios servem para os credores que pretendem a falência do devedor.

Porém, ao lado dessas normas, pode o empresário confessar a falência, hipótese em que a lei brasileira atribui ao Juiz a verificação de requisitos formais previstos no Art. 105 da Lei 11.101/2005, não havendo um controle material sobre a real condição de insolvência.

O legislador brasileiro parte da premissa que, se há confissão de falência, não há razões para que o Juiz não acolha tal pedido, desde que condições formais para tanto estejam presentes. Em outras palavras, a possibilidade da falência é ampla, seja por conta

¹⁰ Em verdade, há autores americanos que consideram a “razão de existir” do Direito Falimentar na possibilidade de o devedor obter esse *discharge* que possibilitará seu *fresh start*. “Para a maior parte dos Americanos, a falência é sinônimo da ideia de liberação das dívidas do devedor”. Tradução livre de: “To most Americans, bankruptcy probably is synonymous with the idea of a discharge from one’s debts”. TABB, Charles. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991 p. 01.

¹¹ CAMPINHO, S. **Falência**..., op. cit., p. 207.

¹² Como bem nota Sérgio Campinho, a falta de pagamento apenas ocorrerá na hipótese do inciso II, do art. 94. Todavia, não se confunde essa figura com a impontualidade, “revelando a execução sem garantia como sua causa fundamental.” Op. cit., p. 208.

da possibilidade do pedido ser formulado por terceiros, seja pela possibilidade do pedido de autofalência¹³.

Porém, qual a razão de o número de falências ser pequeno comparado ao número de empresários que economicamente possuem uma crise irreversível? A resposta a essa pergunta passa por vários problemas.

Em primeiro lugar, a primeira fonte de financiamento do empresário em crise é não pagamento de um importante credor, que no Direito Falimentar brasileiro não tem legitimidade para pedir falência: o fisco¹⁴.

Em segundo lugar, as dívidas trabalhistas embora sujeitas aos efeitos da falência, possuem um regime próprio e especial em que a falência não tem forças suficientes para impedir que as execuções prossigam contra os sócios e administradores da sociedade empresaria¹⁵.

Em terceiro lugar, as disposições do art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, assim como as normas ambientais, não impedem que os credores sujeitos aos efeitos da falência possam prosseguir para responsabilizar os sócios e administradores da sociedade empresaria com fundamentos objetivos, ou seja, independentemente de qualquer ato doloso ou culposo que justifique a desconsideração¹⁶.

Se a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica impede que a falência promova um efeito de contenção das dívidas, os estímulos para que alguém confesse a falência são reduzidos substancialmente.

Fora da falência, o empresário endividado será esganado patrimonialmente, sua atividade econômica será paralisada e a tendência é de que por longos e longos anos, normalmente para o resto de sua vida econômica ativa será “escravo” da sua dívida, pois, além de não se livrar dela, não consegue retornar ao mercado para empreender.

¹³ Nesse sentido, observa a Professora Vera Helena de Mello Franco: “Mantem-se, destarte, como critério a presunção de insolvência – insolvência aparente -, que pode não traduzir o que se entende por insolvência em sentido econômico. Vale dizer, passivo maior do que ativo. Inclusive, note-se, o estado de insolvência pode existir independentemente do inadimplemento desta ou daquela obrigação.” In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

¹⁴ V. o REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010.

¹⁵ V. o Agravo de Instrumento Nº 70061300968, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 19/12/2014.

¹⁶ V. a Apelação Cível Nº 70064987225, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 29/07/2012.

Isso promove um desprestígio da falência¹⁷ e impede a realização de um a de suas funções. A esse respeito, Carvalho de Mendonça apontava a função dupla da falência, ressaltando que, para o devedor, a falência também era uma possibilidade de “liberação” das suas dívidas pré-falimentares:

“[a falência oferece] aos credores valiosa defesa coletiva no desastre econômico do devedor comum, impedindo preferências injustas, abusos e fraudes, proporciona o expediente honesto para o devedor demonstrar a sua lisura no infortúnio, observando a *par conditio creditorum*, e promover a sua liberação”¹⁸.

A crítica inicial deste artigo aos mecanismos de realização funcional da Lei de Falências passa pela dificuldade de os empresários terem extintas as suas obrigações pré-falimentares, o que promove o desprestígio do processo e, conseqüentemente, torna mais distante os fins visados pelo ordenamento, de permitir que os empresários voltem a atividade econômica e com isso contribuam com a livre iniciativa e os valores normativos que lhe são inerentes.

Embora a “morte civil” não seja mais declarada, a manutenção do empresário endividado fora do processo falimentar promove efeito equivalente ao da morte civil, um velho efeito da falência, porém considerado nocivo desde os tempos das primeiras normas falimentares portuguesas, quando no episódio do grande incêndio que afetou Lisboa passou a reconhecer o comerciante desafortunado, porém honesto, permitindo-lhe uma verdadeira ressurreição por meio do processo de falência.¹⁹

Porém, ainda há outros fatores de desestímulo para a escolha da falência como meio de resolver a crise. De todos os objetivos que a Lei de Falências buscou alcançar, a extinção das obrigações do falido teve o pior resultado. Isso porque, como visto anteriormente, o empresário endividado não consegue retornar ao mercado, e um dos motivos é a insuficiência dos mecanismos da Lei de Recuperação e Falência.

¹⁷ No Direito norte-americano, que servirá de base para a comparação com o Direito brasileiro, tendo em vista a larga influência das disposições do *Bankruptcy Code (B.C.)* na Lei 11.101, de 2005, não há critérios explícitos que um devedor tenha que preencher a fim de pedir a falência. A esse respeito, Douglas Baird comenta a Section 101, do *B.C.*: “Section 101 of the Bankruptcy Code defines insolvency as the condition that exists when a debtor’s liabilities fairly discounted exceed its assets, but insolvency itself is not a prerequisite for bankruptcy for individual or for corporations.”. BAIRD, Douglas. **Elements of Bankruptcy**. New York: Foundation Press. 5th Ed. 2010, p. 08.

¹⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 24. In: CAMPINHO, Op. Cit., p. 07.

¹⁹ O Alvará de 13.11.1756 que instituiu a Falência em Portugal no episódio do grande incêndio de Lisboa permitia que após a partilha e liquidação realizada pela falência não culposa, considerava que o comerciante seria “também havido, como se civilmente ressuscitasse”. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 14º Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 29.

Nesse sentido, um dos dispositivos que mais contribuem para a não liberação do empresário, mesmo após o procedimento de falência, é o art. 158, III, da Lei 11.101²⁰. Da leitura desse dispositivo, conclui-se que, se o empresário falido não tiver cometido crime falimentar, somente após 05 anos do término do processo de falência ele terá a faculdade de promover um processo declaratório para ser *liberado* das suas obrigações pré-falimentares.

Assim, se analisarmos isso em conjunto com o tempo médio de duração dos processos falimentares no Brasil²¹, que é estimado como tendo 09 anos em média, chegaremos à conclusão de que o empresário somente poderá voltar ao mercado livre das suas obrigações pré-falimentares após, em média, quatorze anos após a decretação da quebra.

Ainda que o processo falimentar seja realizado em tempo inferior ao prazo médio, pode-se dizer de modo claro que é tempo demasiado para manter alguém fora do mercado. É tempo demasiado, pois durante esse período será necessário que o empresário viva, eduque seus filhos, tenha acesso a saúde, lazer, etc. E como viabilizar isso se estiver fora do exercício de suas atividades econômicas?

É, ainda, tempo demasiado, pois mesmo que o sujeito não use laranjas ou outros expedientes para empreender, que fique “parado” esperando a reabilitação, será que é possível que alguém fora do mercado por tanto tempo consiga ser reinserido nele em tempos de tanta transformação e agilidade?

A resposta a essa pergunta é óbvia. Porém, tais problemas levam a um outro questionamento: com todas essas dificuldades quem pode pensar na falência como modo de resolver a crise? A resposta não é tão desanimadora, embora possa ser respondida para um grupo muito pequeno de pessoas.

Pode buscar a falência como forma de resolver a crise as sociedades empresárias que não possuam dívidas fiscais, dívidas trabalhistas ou dívidas que de modo objetivo

²⁰ “Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; V – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.”

²¹ “Os desembolsos ocorridos nos processos de falência foram de em média 35% do ativo final da falida, os ativos das falidas perderam, em média 47% do valor, a taxa de recuperação total dos credores foi de, em média, 12% e os processos duraram 9 anos, em média”. JUPETIPE, Fernanda. **Custos de falência da legislação falimentar brasileira**. Dissertação de Mestrado na USP, *no prelo*, p. 115, 2014.

permitam a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Embora seja possível identificar empresas com tais características, trata-se de uma minoria, atingindo empresários que estão vinculados a um sistema tributário intermediário das cadeias de incidência monofásica de PIS/COFINS e substituição tributária do ICMS e que tenham baixo uso de mão-de-obra empregada.

Voltando-se a questão central da pesquisa, há ainda a dificuldade de que os sócios e administradores de uma sociedade falida ou do empresário individual, estando atrelado às suas dívidas, dificilmente conseguirão acesso ao crédito para poder voltar a empreender. O resultado é de que prazos longos para reabilitação e largas hipóteses de desconsideração objetiva da personalidade da pessoa jurídica tornam pouco estimulante a possibilidade da escolha do caminho da falência. Ainda que exista um *dever* do empresário de reconhecimento da sua crise e, conseqüentemente, de efetuar o pedido de autofalência, poucos assim procedem²².

E essa é uma das razões pelas quais muitos empresários, ao invés de tomar o caminho regular do processo de falência, preferem empreender de forma irregular e ilícita, através de “laranjas” e “empresários-zumbis”. Essa opção pela “irregularidade” acaba ferindo o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, por institucionalizar a falta de ética empresarial como solução para a crise, pois o uso de pessoas interpostas promove um sistema distorcido de valores que estimula a corrupção, a lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outras chagas que afetam nossa realidade economia e social.

Isso tem um custo considerável para a sociedade, pois além de o empresário não voltar para o mercado, ele também não paga sua dívida, deixando de gerar tributos, empregos e de cumprir com a sua função social.

Apesar de não ser o ponto central desta pesquisa o debate sobre a função social do empresário é um tema relevante. Isso porque, a Constituição Federal estabelece, no seu art. 1º, IV, que a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, quando o empresário empreende, ele está exercendo a livre iniciativa com finalidades socialmente desejadas: gerar riqueza, criar e faz circular produtos para o consumidor, geração de tributos, etc²³.

²² E os que assim procederem, pedindo a autofalência, geralmente não decorre do cumprimento da lei, mas justamente o oposto: a autofalência acaba sendo invocada apenas para o empresário ter uma “desculpa” para parar de cumprir as suas obrigações trabalhistas, fiscais, etc., e assim poder iniciar outros empreendimentos, em flagrante fraude aos credores.

²³ “A função social da empresa tem exigido a compreensão do papel social dos agentes econômicos, seja como formadores de riquezas para as populações e responsáveis pelo crescimento do produto interno bruto

Veja-se que o Art. 170 da Constituição Federal atribui à livre iniciativa o papel de realizar fins sociais de extrema importância, tais como o pleno emprego, redução de desigualdades regionais, redução de desigualdades sociais, etc.

Assim, especialmente pela importância do empresário para a sociedade, é que se optou por estudar alternativas para que o empresário venha a cumprir com os seus deveres e, conseqüentemente, possa retornar de forma regular para o mercado²⁴ e realizar fins tão caros para a sociedade.

3 O *BANKRUPTCY CODE* E LIMITES DE SUA INFLUÊNCIA NA LEI 11.101, DE 2005

A escolha pelo estudo comparativo a partir do Direito norte-americano ocorreu tendo em vista a forte influência do *Bankruptcy Code*²⁵ na legislação brasileira, o que é largamente reconhecido pela doutrina e na própria exposição de motivos da lei²⁶. O objetivo principal da comparação é contextualizar o sistema falimentar dos Estados Unidos com o nosso relativamente aos estímulos para o cumprimento do dever de pedir autofalência e a relação disso com a possibilidade de reabilitação jurídica, ou para já usar a terminologia do Direito Americano, a possibilidade de um *fresh start*.

Para realizar esse objetivo, pesquisou-se, no sistema de falências norte-americano, soluções para o problema da dificuldade do empresário em grave crise econômica retornar ao mercado de forma regular. O que se encontrou foi uma escolha seletiva, pois o legislador brasileiro pinçou elementos do Direito norte-americano, deixando de lado um dos grandes objetivos do sistema falimentar dos Estados Unidos: o *fresh start* do devedor, isto é, a possibilidade de recomeço do devedor após o processo de falência.

dos países, tendo em vista a distribuição de benefícios como salários, pagamentos de tributos e distribuição de dividendos, mas, ao mesmo tempo, tais agentes e a própria empresa são vistos como fonte de externalidades, consideradas como ações e estratégias para evitar a exposição ao risco inerente à atividade empresarial, transferindo-o para a coletividade”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Ponderação principiológica no direito falimentar: antagonismo e complementaridade da autonomia dos credores e preservação da empresa. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014, p. 370.

²⁴ Além disso, como leciona o Prof. Otavio Luiz Rodrigues Junior, a doutrina tem funções essenciais para a melhor aplicação do Direito, podendo o doutrinador “pregar a interpretação contra legem, quando não defender a própria revogação de uma norma jurídica”. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, vol. 891, Jan/2010, p. 11.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

²⁶ Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=99117&tp=1>. Acesso em: 23.03.2016.

Do mesmo modo, a Lei 11.101/2005 descolou-se do Direito Norte-Americano ao regular a falência e mesmo a Recuperação Judicial como um conjunto de preceitos residuais, a serem aplicados unicamente pelo Poder Judiciário, sem qualquer vinculação a políticas públicas para realização de fins.

De modo diverso, o Direito Norte-Americano atribui ao Direito Concursal uma importante atenção do Estado, com órgãos vinculados ao Poder Executivo, com responsabilidade pela execução de políticas públicas de estímulo a atividade econômica, educação financeira e reinserção dos agentes econômicos nas suas atividades.

Há no sistema norte-americano uma “política pública da crise econômico-financeira dos devedores”,²⁷ que tem como principal órgão responsável pela execução dessa política o US TRUSTEE, que além de uma forte atuação educacional e preventiva também atua em conjunto com o Poder Judiciário na gestão dos processos regidos pelo *Bankruptcy Code*.²⁸

Não seria forçado dizer que os americanos consideram a *Bankruptcy Law*, o Direito Concursal, uma questão de ordem pública²⁹.

Nesse aspecto, poderíamos dizer que no Direito brasileiro a matéria também é de ordem pública. Porém, o significado é diverso, pois ainda que não se queira definir ordem

²⁷ Nesse sentido, inclusive, é recorrente encontrar textos de políticos sobre o tema, como o da Senadora Elizabeth Warren: “This essay is about bankruptcy policy. It attempts to articulate a comprehensive statement about the various and competing goals that underlie the bankruptcy system. The essay offers both a positive observation, drawn from the Code and its operation, and a normative evaluation, designed to outline the difficult value judgments that comprise the bankruptcy system. It also serves warning: before commentators propose any sweeping changes or policymakers take seriously any suggestions to scrap the system, they must consider the impact of such proposals on a number of competing normative goals”. *Bankruptcy policymaking in an imperfect world. Michigan Law Review*. November, 1993, v. 336, p. 02.

²⁸ O United States Trustee é órgão que faz parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, sendo responsável por fiscalizar a administração de casos envolvendo falência e recuperação judicial, além de observar o trabalho dos *trustees* privados, a teor do 28 U.S.C. §586 e 11 U.S.C. §101, et seq. Existem 21 escritórios oficiais do U.S. Trustee no território Americano e um Escritório Executivo com sede em Washington, DC. TABB, Charles Jordan. *The Law of Bankruptcy*. Foundation Press, 2009, p. 89 e ss. MOSES, Max G, BERNSTEIN, Robert S. *The U.S. Trustee: The Rodney Dangerfield of The Bankruptcy Sistem*. *Business Credit*, 1996, v. 98, n. 9.

²⁹ Ao discorrer sobre o *fresh start*, instituto norte-americano que analisaremos logo adiante, Charles Tabb afirma que a *utilidade social de uma política pública* voltada para a reinserção dos indivíduos vem sendo há muito tempo aceita nos Estados Unidos: “As the Supreme Court stated in *Local Loan Co. v. Hunt*, one of the central policies of our bankruptcy law is to give ‘the honest but unfortunate debtor... a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt’. The social utility of such a policy has long been accepted. As early as 1765, Sir William Blackstone opined that through the discharge ‘the bankrupt becomes a clear man again; and, by the assistance of his allowance and his own industry, may become a useful member of the commonwealth’.” TABB, Charles. *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate. The George Washington Law Review*, 1990, vol. 43, p. 57.

pública, até por não ser o objetivo deste artigo, o significado de ordem pública para nós restringe-se a dinâmica puramente normativa, no sentido de que as normas não são disponíveis às partes, não são normas dispositivas, porém cogentes.

De modo distinto, o Direito Norte-Americano atribui outro significado para considerar que cabe ao Estado um papel ativo na realização dos fins previstos no ordenamento, tendo em vista os efeitos sociais e econômicos que as normas falimentares possuem tanto sob uma perspectiva individual quanto coletiva. A pesquisa revelou que sistema recuperacional e falimentar norte-americano possui inúmeros mecanismos e institutos que dependem da atuação administrativa do Estado, ao invés de delegar o poder às partes ou, como ocorre no Brasil, unicamente ao juiz.

Um desses mecanismos chama-se *fresh start*. Em linhas gerais, a ideia do *fresh start* é permitir que o devedor retorne ao mercado após um dos procedimentos falimentares existentes no Código³⁰.

Essa necessidade de que o devedor retorne ao mercado após uma crise econômico-financeira está ligada à, principalmente, três questões. A primeira, histórica e está intimamente vinculada com a própria origem do Direito falimentar norte-americano: a necessidade de os devedores colaborarem com a falência.

Isso porque, até 1705, na Inglaterra, a Lei de falências tinha uma natureza quase criminal³¹. Relatos da época demonstram que, uma vez que os credores poderiam prender e, em casos extremos, inclusive tirar a vida dos devedores, esses tornavam-se exímios *fugitivos* em relação aos implacáveis credores³².

Dessa forma, praticamente todas as falências à época eram frustradas, tendo em vista que devedores burlavam o sistema de garantias e cometiam fraudes aos credores a

³⁰ Sheila Cerezetti, em artigo sobre o papel dos credores no *Bankruptcy Code*, afirma que o *fresh start* destina-se a atribuir um novo *status* financeiro favorável ao devedor: “A principal característica do *Bankruptcy Code* consiste no objetivo de recuperação, o qual é principalmente promovido pelas normas relativas à reorganização de empresas previstas em seu *Chapter 11*. Outro importante propósito do referido diploma é permitir que o devedor retorne ao mercado, o que é bastante estimulado pelo *fresh start*, destinado a atribuir novo *status* financeiro favorável ao devedor”.

³¹ TABB, Charles. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991, p. 330.

³² Jay Cohen relata que foi justamente a “habilidade” dos devedores em lograr as prisões que deram origem às primeiras leis falimentares. COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to bankruptcy discharge. **The Journal of Legal History**, v.3, issue 2, 1982, p. 155.

todo momento³³. Daí a necessidade de “envolver” o devedor no processo falimentar, tendo o *fresh start*, a partir de um mecanismo que veremos a seguir, o *discharge*, o papel de trazer o devedor para participar da falência.

A segunda, tem um componente ético importante. Os norte-americanos, à semelhança do que já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão³⁴, não toleram que o indivíduo fique atrelado, preso, enfim, refém das suas dívidas³⁵.

Embora a decisão do Tribunal Alemão tenha como parâmetro um direito fundamental ao “livre desenvolvimento da personalidade” e o Direito Norte-Americano considere o aspecto pragmático da reinserção do indivíduo na economia, o fundo valorativo e o papel do indivíduo na sociedade frente a uma de suas dimensões, que é o da vida econômica, possui acolhimento nos dois ordenamentos.

É por essa razão que crescem as discussões no Direito brasileiro a respeito do superendividamento, objeto do Projeto Legislativo do Senado n. 283, de 2012.

Retomando o paradigma do sistema concursal norte-americano, seu objetivo foi o de *beneficiar* “o devedor honesto, mas infeliz na condução do seu patrimônio” com a possibilidade de voltar ao mercado. A expressão “devedor honesto, mas infeliz na condução dos seus negócios” refere-se ao *standard* construído em 1934, a partir de uma decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Local Loan Co v. Hunt*³⁶.

No caso a Suprema Corte decidiu que a todo devedor honesto, mas azarado na condução dos seus negócios, deve ser proporcionado uma nova oportunidade na vida e um

³³ Nas palavras de Charles Tabb: “However, these remedies eventually became inadequate in certain cases, as commerce and the concomitant use of credit continued to expand and as transportation improved. One problem was that the writs themselves did not work as well as expected. Debtors devised tactics, such as hiding assets, making fraudulent conveyances, taking sanctuary, fleeing the kingdom, or “keeping house”, which frustrated creditors’ collection attempts”. TABB, op. cit., p. 328.

³⁴ O caso do Tribunal Constitucional Federal foi apresentado por Claus-Wilhelm Canaris e dizia respeito a um fiador que praticamente não tinha nenhum patrimônio, sendo que os seus rendimentos mal davam para cobrir os juros, restando a pessoa completamente aprisionada pela sua dívida, pois teria que trabalhar o resto da vida para pagá-la. O Tribunal Constitucional Federal considerou que tal “aprisionamento” do sujeito à dívida seria uma “violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conformidade com o art. 2º, I, da LF”. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: 2006, p. 231.

³⁵ Com uma argumentação semelhante a do Tribunal Constitucional Federal alemão, Douglas Baird esclarece, de forma brilhante, o assunto: “A person might be stricken with a catastrophic illness or lose a well-paying job and be unable to cut back on expenses before being overwhelmed by debt. Families with incomes of \$30,000 a year, no matter how well intentioned, are not going to be able to pay off \$100,000 in debt. They have no assets beyond clothes, a wedding ring, and some household furniture. There are many honest, decent individuals who through improvidence or bad luck end up owing their creditors more than they can ever repay.”. **Elements**..., op. cit., p. 30.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. **Local Loan Co. v. Hunt**, 292 U.S. 234, 244 (1934), disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/292/234/case.html>>, acesso em 17/10/2015.

campo livre para o seu futuro esforço, livre das pressões e dos constrangimentos das dívidas preexistentes³⁷. Esse ponto é decisivo para entender porque os Estados Unidos, um país de forte tradição liberal e construído a partir da confiança no crédito, permite que algumas obrigações do devedor sejam consideradas inexigíveis pelos credores após o processo de falência.

A terceira e última questão pelo qual o *fresh start* é tão importante no sistema falimentar norte-americano está relacionado com a política pública de promover a educação financeira dos cidadãos daquele país. Isso porque, para receber o *discharge*, mecanismo que torna as dívidas inexigíveis perante os credores, o devedor terá que realizar, no mínimo, dois cursos de educação financeira.

O primeiro desses cursos destina-se a orientar o devedor sobre a composição e origem da sua dívida, daí a sua realização ser anterior ao processamento da falência; o outro curso refere-se à educação financeira do devedor propriamente dita, no sentido do estudo das questões econômicas e financeiras³⁸.

Nesse sentido, a obtenção do *discharge*, instrumento essencial para o retorno do empresário devedor no mercado, passa pelo estudo de questões financeiras e contábeis que, ao fim e ao cabo, são vitais para a própria atividade empresarial desenvolvida pelo empresário. Assim, o processo de falência, não deixa de ser uma oportunidade de aprender conceitos básicos de educação financeira.

Por essas razões, o *fresh start* tornou-se um dos objetivos centrais da legislação federal de falências dos Estados Unidos. No entanto, evidentemente que o *fresh start* não é autoaplicável; isto é, o princípio³⁹, sozinho, não é suficiente.

Logo, por funcionar como um princípio, no sentido de orientar que as disposições do *Bankruptcy Code* sejam interpretadas de forma que o devedor possa livrar-se das suas dívidas a fim de voltar ao mercado o mais rápido possível, o *fresh start* necessita de outros mecanismos que o façam, na prática, ter eficácia. Desses mecanismos que concretizam o *fresh start*, o mais importante é o *discharge*.

³⁷ Tradução livre do seguinte trecho da decisão: “[I]t gives to the honest but unfortunate debtor a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt. *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934).”, op. cit., p. 03.

³⁸ Mais informações sobre esses cursos podem ser encontradas na obra *Bankruptcy Basics*, editada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pelas Cortes dos Estados Unidos. Disponível em: << <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics>>>, acesso em 06/10/2015.

³⁹ Veja-se, todavia, que a “principiologia que informa o arcabouço legislativo, no Direito empresarial, tem estrutura e fins distintos daqueles que disciplina outras áreas do Direito Privado, em especial, o Direito Civil e Direito do Consumidor”. BRANCO, Gerson. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2014, p. 75-95, 2014, p. 82.

O *discharge* tem justamente o papel de liberar o devedor de certas dívidas⁴⁰ constituídas antes do procedimento falimentar⁴¹. Um dos mais importantes autores do Direito falimentar norte-americanos, Charles Tabb, define o efeito legal do *discharge* como “poderoso na sua simplicidade: o devedor fica liberado das suas obrigações de pagar dívidas pré-falimentares”⁴².

De fato, a partir do procedimento falimentar é possível que certas dívidas pré-falimentares passem a ser inexigíveis pelo credor perante aquele devedor⁴³. Como já se pode perceber, a dívida não deixa de existir, logo, eventuais terceiros garantidores ainda terão que honrar suas obrigações, *e.g.*, um fiador.

Cabe, porém, salientar que não estão presentes naquele país as mesmas condições que tornam desinteressante a falência, pois tanto as dívidas fiscais quanto as dívidas trabalhistas, por si só, não justificam a aplicação da *disregard of legal entity*, cuja aplicação somente ocorre mediante requisitos específicos que levam em conta atos fraudulentos, negócios temerários, uso impróprio do nome de uma companhia insolvente ou outros atos, em geral decorrentes de atos dolosos.⁴⁴

Porém, como já antecipado, o *discharge* não ocorre a partir do simples protocolo do pedido de falência. Assim como os cursos de educação financeira, há outros requisitos

⁴⁰ Não são todas as dívidas pré-falimentares liberadas a partir do *discharge*. As dívidas que geralmente são liberadas são aquelas correspondentes a cobranças de cartões de crédito; despesas médicas; empréstimos pessoais de amigos, familiares e empregadores; cheques não honrados; indenizações oriundas de acidente de automóvel; dívidas de negócios, valores devidos em contratos de locação (inclui alugueis vencidos); dívidas decorrentes de condenações oriundas de tribunais civis (exceto se baseadas em fraude); multas fiscais e impostos não pagos após um determinado período, entre outras. Isso porque, o *Bankruptcy Code* expressamente veda a liberação de dívidas contraídas em contrariedade à ordem pública e decorrentes de comportamentos impróprios. Como se verifica das disposições das *Section 523(a)*, em que há cerca de 19 categorias de débitos não liberáveis por razões de política pública: “11 U.S. Code § 523 - Exceptions to discharge.”. ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <<http://law.cornell.edu/uscode/text/11/523>>. Acesso em 05/10/2015.

⁴¹ “[T]he bankruptcy discharge, which releases debtors from personal liability from specific debts and prohibits creditors from ever taking any action against the debtor to collect those debts.”. **Bankruptcy Basics**, op. cit., p. 21.

⁴² Tradução livre do inglês: “The legal effect of the discharge is powerful in its simplicity: the debtor is freed from the obligation to pay prebankruptcy debts”. TABB, Charles. *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate*. Op.cit., p. 57.

⁴³ Processualmente, o *discharge* oferece ao devedor um *permanent statutory injunction*, ou seja, uma ordem judicial permanente que impede que o credor possa cobrar daquele devedor, por qualquer meio, seja judicial ou extrajudicial, determinado débito (§524, do *Bankruptcy Code*).

⁴⁴ Em regra, quando sócios utilizam a sociedade para propósitos ilegítimos, as cortes Americanas tendem a fazer justiça ao ignorar a distinção entre os sócios e a sociedade. Essa noção de *disregard of legal entity* é utilizada desde o início do século XX, como no caso *United States v. Milwaukee Refrigerator Transportation Co.*: “a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons.”. *United States v. Milwaukee Refrigerator Transportation Co.* 142 F. 247. 255 (7th Cir. 1905).

que a legislação norte-americana exige que os devedores cumpram para a concessão desse benefício.

4 ESTÍMULO AO CUMPRIMENTO DE DEVERES EMPRESARIAIS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR: PROPOSIÇÃO NORMATIVA AO ART. 158, III, DA LEI 11.101, 2005

Apesar do distanciamento no campo dos efeitos e da funcionalidade do regime da reabilitação e do *discharge*, há importantes pontos de contato na regulamentação da matéria no Código Civil e na Lei de Recuperação e Falência frente às disposições do *Bankruptcy Code*. Não obstante o modo distinto de enfrentar a questão, que nos permitem uma visão crítica sobre eficiência dos instrumentos, as preocupações do legislador brasileiro são, em certa medida, as preocupações do legislador norte-americano. Por exemplo, nos Estados Unidos, desde o primeiro *Act* que instituiu a possibilidade do *discharge*, em 1800, um dos requisitos era justamente a necessidade dos comerciantes terem os livros contábeis⁴⁵.

Na atual legislação, o *Bankruptcy Code*, existem ainda outras condições para a concessão do *discharge*, como não ter transferido ou ocultado bens com a intenção de prejudicar credores⁴⁶, não ter destruído ou ocultado livros e registros contábeis e comerciais⁴⁷, não ter cometido qualquer crime falimentar e, ainda, não ter recebido um *discharge* num período de 8 anos.

Essas condições demonstram que a intenção do sistema falimentar norte-americano é que o *discharge* só ocorra para aqueles devedores que cumpram com os seus deveres legais⁴⁸ e que não estão utilizando de forma abusiva o processo falimentar⁴⁹. Ademais, esses requisitos, à semelhança do que ocorre no direito brasileiro, espelham a necessidade de a sociedade ter alguma contrapartida em relação às atividades empresariais desenvolvidas pelos empresários.

⁴⁵ TABB, Charles. **Evolution...**, op. cit.: “Merchants were required also as a condition of their discharge to keep proper books of account.”, p. 352.

⁴⁶ §727(a)(2), do *Bankruptcy Code*. ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

⁴⁷ §727(a)(3), idem.

⁴⁸ §727(a), idem.

⁴⁹ §707(b), idem.

Não efetuar a escrituração contábil segundo o Art. 178, da Lei de Falências é crime e a consequência da ocorrência de crime no curso da falência atrai a incidência do Art. 158, IV, do mesmo diploma, que passa a permitir a reabilitação somente após o prazo de 10 anos. Entretanto, percebe-se que o legislador norte-americano, ao contrário do brasileiro, também procurou incentivar o cumprimento desses deveres a partir da concessão do *discharge*, essencial para que o empresário alcance o seu *fresh start* e possa voltar ao mercado e empreender de forma livre.

Por isso, há possibilidade de aproximação entre as figuras a reabilitação e do *discharge* no sistema falimentar brasileiro. Reabilitação e *discharge* tratam do mesmo fenômeno, embora seja difícil dizer que são sinônimos quando no *discharge* os requisitos são parcialmente distintos (realização de cursos, por exemplo) e o lapso temporal é muito diferente, pois é possível obter o *discharge* em prazos que variam de 3 meses a um ano,⁵⁰ enquanto o art. 158, da LREF estabelece um período de “05 anos do término do processo de falência” para o devedor ver as suas obrigações pré-falimentares extintas.

Talvez a aproximação dos dois institutos passe por uma linha comum: cumprimento dos deveres dos empresários, porém, com uma aproximação dos prazos ou pelo menos redução substancial do prazo da reabilitação no âmbito do Direito brasileiro, de modo que seja possível ao falido ou os sócios e administradores de sociedade empresária que respondam por dívidas da sociedade com fundamento em hipóteses objetivas da desconsideração vejam-se reabilitados ainda no curso do processo falimentar, após o relatório do administrador judicial de que trata o Art. 22, III, “e”, desde que não lhe seja imputada nenhuma conduta fraudulenta.

Isso não afastaria a possibilidade de responsabilização posterior caso identificado algum descumprimento. Eventual alteração legislativa nesse sentido consistiria em evidente estímulo a formalização de nossa economia, assim como a uma melhora nos padrões éticos dos negócios, pois passa a ser atraente cumprir com os deveres empresariais, inclusive o de pedir a autofalência, com vistas a uma reinserção formal e regular no mercado em um período subsequente.

⁵⁰ De acordo com o *Bankruptcy Code*, o *discharge* pode ocorrer em quatro meses após o protocolo do pedido de *bankruptcy*: “The timing of the discharge varies, depending on the chapter under which the case is filed. In a chapter 7 (liquidation) case, for example, the court usually grants the discharge promptly on expiration of the time fixed for filing a complaint objecting to discharge and the time fixed for filing a motion to dismiss the case for substantial abuse (60 days following the first date set for the 341 meeting). Typically, this occurs about four months after the date the debtor files the petition with the clerk of the bankruptcy court”. **Bankruptcy Basics**, disponível em: << <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/discharge-bankruptcy-bankruptcy-basics>>>. Acesso em 25.03.2016.

É evidente que as experiências históricas de cada país e de sua cultura são diferentes e não podem ser transplantadas, porém não se pode ignorar a experiências que o Direito Comparado nos fornece, tendo sido extremamente importante para o sistema americano as reformas realizadas com a finalidade de estimular a possibilidade de que o empresário tenha uma segunda chance.

Tal perspectiva histórica leva a ver o “ex-falido” como alguém com experiência e não meramente sob uma pecha de fracasso.

Eventual alteração do Direito brasileiro para aproximar a reabilitação do *discharge* pode ter como efeito positivo mudanças comportamentos em direção a uma prática comercial mais ética, tendo como resultado a redução de riscos que hoje afligem a sociedade brasileira, como o ainda comum uso de laranjas e familiares para afastar-se dos efeitos da crise econômica.

Em verdade, o processo de falência deveria se propor ao que já propunha J.X. Carvalho de Mendonça, ainda no início século passado: proporcionar um expediente para que o devedor demonstre a sua “*lisura no infortúnio*” e que, ao fim e ao cabo, seja promovida a sua *liberação*.

CONCLUSÃO

A falência é um verdadeiro “farol”, pois sinaliza aos agentes econômicos quais são os efeitos e as regras na hipótese de seu empreendimento não alcançar os objetivos esperados. Mais do que isso, a falência é um “farol” para os credores e para o mercado, pois na hipótese de insucesso o credor poderá saber como irá realizar seus direitos.

Atualmente, esse farol tem funcionado com dificuldades, pois há muitas situações em que credores e empreendedores se vêem em uma verdadeira escuridão.

Os empreendedores, vivendo como “mortos-vivos”, sem possibilidade de reinserção na vida econômica. Os credores alimentando expectativas de recebimento em processos individuais de execução contra alguém que não possui e nunca mais terá patrimônio para pagar as dívidas. Em outras palavras, os credores ficam colocando dinheiro bom sobre dinheiro ruim e os devedores são condenados a não ter mais vida econômica.

A recuperação e o fortalecimento da “falência” como farol também representa uma melhora na perspectiva da realização de fins sociais extremamente importantes, tais como a livre iniciativa e a realização de ideais como redução das desigualdades sociais,

pleno emprego, etc. Em tempos como os atuais, em que o desemprego aumenta em patamares assustadores e o PIB decresce vertiginosamente, o resultado será um processo profundo de crise econômica de muitos empresários e desamparo de muitos credores.

Conseqüentemente, o número de pessoas que ficarão fora da economia formal e que usarão de expedientes pouco éticos também poderá crescer e contribuir para alimentar a crise ética em que vive a sociedade brasileira.

O Direito Falimentar tem um papel importante, que é o de resgatar valores que são essenciais para o tráfico negocial e que ao mesmo tempo sejam úteis e valorosos tanto para os empresários, os credores e para a coletividade como um todo, razão pela qual está sendo desenvolvida esta pesquisa, em uma perspectiva comparatista, como modo de contribuir para um debate que contribua para o aperfeiçoamento de nossas instituições.

Em certa medida este artigo é crítico às disposições da Lei 11.101, de 2005, especialmente no art. 158, III, tendo em vista que o período de tempo é demasiado, assim como o termo inicial para sua contagem. Contribuiria severamente para a lei atingir seus objetivos a alteração tanto do prazo, quanto do termo inicial, para que um prazo de no máximo um ano começasse a contar a partir da entrega do relatório do Administrador Judicial sobre as circunstâncias da falência, o que ocorre no prazo de 90 dias a contar da decretação da falência. Isso traria o empresário de volta ao mercado de forma mais rápida e eficaz, fazendo com que esse opte pelo processo falimentar e não por empreender de forma irregular.

Nesse sentido, beneficiar os devedores e falidos que tenham cumprido com os seus deveres nada mais é que incentivar a sociedade a agir da forma adequada, ainda que para isso se tenha que “ressuscitar os mortos civis”, isto é, quem têm mais dívidas do que condições de pagar.

Além das razões já expostas, podemos lembrar da emocionante reação do Barão de Mauá, maior empresário da história do Brasil, ao receber a sua “carta de reabilitação” após ter se recuperado da falência e ter pago integralmente seus credores. A passagem escrita por Jorge Caldeira é o resumo perfeito para finalizar a ideia central que norteou esse trabalho:

“Da experiência, ele levava as marcas. Os quase oito anos desde a moratória, e sobretudo os cinco anos desde a falência, estavam claramente estampados em sua fisionomia. Os cabelos haviam embranquecido por completo, e agora ele cultivava também barba e bigodes igualmente brancos. Continuava altivo, mas já dava evidentes sinais de fraqueza. Na manhã daquele dia, numa das salas do Tribunal do Comércio, aconteceu a cerimônia que ele mais aguardava nos últimos

anos. Muitos amigos estavam presentes, juntamente com alguns curiosos que foram para lá atraídos pela presença daquela figura quase mítica. A seu lado estava a companheira May, segurando-lhe o braço. Por algum tempo, ele se manteve firme. Mas quando o desembargador Miguel Almeida começou a ler o texto da ‘Carta de reabilitação do comerciante matriculado visconde de Mauá’, ele não se conteve. Pela primeira vez em sua longa vida, foi visto chorando em público. Estava recuperando o seu bem mais precioso, que lhe valia mais que os bens de fortuna entregues aos oficiais de Justiça: um nome honrado”⁵¹.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. In: **Rivista del Diritto Commerciale**, 1943, v.41, I. Traduzido por: Fábio Konder Comparato

BAIRD, Douglas. **Elements of Bankruptcy**. New York: Foundation Press. 5th Ed. 2010.

_____. Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren, **University of Chicago Law Review**, vol. 815, 1987.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Ponderação principiológica no direito falimentar: antagonismo e complementaridade da autonomia dos credores e preservação da empresa. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014. pp. 368 - 391.

_____. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de Código Comercial. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2014, p. 75-95, 2014.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: Empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: 2006.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no bankruptcy code. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil**, 51/152, jan/dez. 2009.

⁵¹ CALDEIRA, Jorge. **Mauá: Empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 534/535. Sobre a vida de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, além do espetacular livro de Jorge Caldeira, v. a autobiografia do Barão: MAUÁ, Irenêo Evangelista de Souza, Barão de. **Autobiografia – exposição aos credores e ao público**. Rio de Janeiro: Zelio Valverde, 1942.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. 14^o Volume: o estatuto da falência e da concordata. São Paulo: Saraiva, 1965.

GORDLEY, James. Comparative legal research: its function in the development of harmonized law. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 43, n. 4, 1995.

ESTADOS UNIDOS. **Local Loan Co. v. Hunt**, 292 U.S. 234, 244 (1934), disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/292/234/case.html>>, acesso em 17/10/2015.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, vol. 891, Jan / 2010, p. 65.

JUPETIPE, Fernanda. **Custos de falência da legislação falimentar brasileira**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Controladoria e Contabilidade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2014.

MOSES, Max; BERNSTEIN, Robert. **The U.S. Trustee: The Rodney Dangerfield of The Bankruptcy System**. Business Credit, 1996, v. 98, n. 9.

SALAMA, Bruno. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TABB, Charles. Lessons from the Globalization of Consumer Bankruptcy. In: JACOB, Ziegel. **Comparative Consumer Insolvency Regimes – A Canadian Perspective**, 2003

_____. The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate. **The George Washington Law Review**, vol. 43, jun./1990.

_____. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991.

_____. **The Law of Bankruptcy**. Foundation Press, 2009.

U.S. COURTS ON BEHALF OF THE FEDERAL JUDICIARY. **Bankruptcy Basics**. Disponível em: <<<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics>>>. Acesso em: 20.09.2015.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. **Michigan Law Review**. November, 1993, v. 336.