

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Jéssica Viegas Caldeira

O FRESH START NO DIREITO NORTE-AMERICANO: ANÁLISE COMPARADA DO
INSTITUTO FACE ÀS ALTERAÇÕES DA LEI 14.112/2020

Porto Alegre

2021

Jéssica Viegas Caldeira

O FRESH START NO DIREITO NORTE-AMERICANO: ANÁLISE COMPARADA DO
INSTITUTO FACE ÀS ALTERAÇÕES DA LEI 14.112/2020

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos
Branco

Porto Alegre

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Caldeira, Jéssica Viegas

O fresh start no direito norte-americano: análise comparada do instituto face às alterações da lei 14.112/2020 / Jéssica Viegas Caldeira. -- 2021.
80 f.

Orientador: Gerson Luiz Carlos Branco.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Fresh start. 2. Falência. 3. Discharge. 4.
Disclosure. 5. Reabilitação Empresarial. I. Branco,
Gerson Luiz Carlos, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Jéssica Viegas Caldeira

O FRESH START NO DIREITO NORTE-AMERICANO: ANÁLISE COMPARADA DO
INSTITUTO FACE ÀS ALTERAÇÕES DA LEI 14.112/2020

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos
Branco

Aprovada em: 13 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Gerson Luiz Carlos Branco

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Fabiano Menke

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor
em Direito pela Universidade de Kassel (UNI-K).

Luis Renato Ferreira da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor
em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP).

AGRADECIMENTOS

Acredito que não seria justo concluir a graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com este trabalho sem agradecer a todos que durante a minha trajetória me auxiliaram na melhoria desta pesquisa. Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador Gerson Luiz Carlos Branco por ter ofertado no segundo semestre da graduação como pesquisa o tema do encerramento da falência para exercício da bolsa de iniciação científica BIC-UFRGS de 01 de maio de 2016 a 31 de julho de 2016 e também da bolsa de iniciação científica PIBIC CNPq-UFRGS durante o período de 01 de agosto de 2016 a 31 de julho de 2017.

No Salão de Iniciação Científica da UFRGS em 2016, pude apresentar o trabalho intitulado “Efeitos da extinção da falência sobre a sociedade falida na jurisprudência brasileira”, transcorrendo sobre a possibilidade de extinção da personalidade jurídica da pessoa jurídica após o encerramento da falência e o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes da sociedade falida. No Salão de Iniciação Científica da UFRGS e no Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFRGS em 2017, apresentei o trabalho “A sentença de encerramento da falência e seus respectivos efeitos: extinção das obrigações como pressuposto primitivo”, aportando observações sobre a possibilidade de reabertura do processo falimentar e a reabilitação empresarial do devedor.

Agradeço conjuntamente a todos os membros que tive contato no Núcleo de Estudos de Prática em Obrigações Cíveis e Mercantis: Contratos, Responsabilidade, Inadimplemento e Insolvência (NEF), coordenado por meu orientador, de 2016 a 2021, sem o qual não teria completado cinco anos de estudo do Direito Empresarial e Direito Falimentar.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e a Faculdade de Direito por me proporcionarem o estudo com grandes professores do Direito Civil e Empresarial, bem como pela oportunidade de ser avaliada em bancas examinadoras nos anos de 2016 e 2017 do Salão de Iniciação Científica da UFRGS e da Faculdade de Direito.

Agradeço também às melhorias sugeridas na banca de pré-qualificação do trabalho de conclusão de curso no ano de 2021 pelos avaliadores José Bráulio Petry Fonseca e Thyessa Junqueira Gervásio Vieira.

Agradeço à minha família, especialmente meus pais e meus avôs, e aos meus amigos por todo o apoio durante a graduação.

Agradeço ao escritório Scalzilli Althaus – SCA e à minha equipe de Reestruturação de Empresas pelos ensinamentos, práticas e, por me permitirem, quando necessário, a imersão no tema do trabalho de conclusão de curso.

EPÍGRAFE

“Estava recuperando o seu bem mais precioso, que
lhe valia mais que os bens de fortuna entregues aos
oficiais de Justiça: um nome honrado.”

Jorge Caldeira

RESUMO

A crise econômico-financeira vivenciada pelos empresários obsta em diferentes níveis a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica para a qual a sociedade foi constituída. Como solução ao desequilíbrio do mercado, visto que o crédito – reconhecido por alguns autores como o oxigênio da economia – perde seu valor perante os credores em virtude do inadimplemento, criaram-se institutos como a falência. O objetivo macro desse instituto jurídico, previsto na Lei 11.101/2005, é equilibrar o mercado: permitir que na medida de suas possibilidades as dívidas sejam pagas, os credores possam receber seu crédito e utilizá-lo para consumo, bem como o devedor possa voltar a desenvolver atividade econômica, sendo reestabelecida a confiança no crédito. De fato, o instituto da falência é o responsável por permitir o retorno do devedor à atividade econômica organizada. Nesse sentido, após o encerramento da falência, permite-se que o devedor tenha um novo começo. Este tema ganha grande relevo com a vigência da Lei 14.112/2020, falando-se expressamente na possibilidade do retorno do devedor à atividade econômica no Brasil de forma célere. Seu objetivo central é, portanto, compreender os limites do instituto do *fresh start* previsto no direito norte-americano em proporcionar o recomeço do devedor e o equilíbrio do mercado e a necessidade de repensarmos a reabilitação empresarial do devedor brasileiro como estabelecida hoje.

Palavras-chave: encerramento da falência. *fresh start*. discharge. direito norte-americano. reabilitação do falido.

ABSTRACT

The economic and financial crisis experienced by entrepreneurs hinders in different levels the continuity of the development of the economic activity for which the company was incorporated. As a solution to the unbalance of the market, since credit - recognized by some authors as the oxygen of the economy - loses its value before creditors due to default, institutes such as bankruptcy were created. The macro objective of this legal institution, provided for in Law 11.101/2005, is to balance the market: to allow debts to be paid to the extent possible, creditors to receive their credit and use it for consumption, and the debtor to resume economic activity, thus restoring confidence in credit. In fact, the bankruptcy institute is responsible for allowing the debtor to return to organized economic activity. In this sense, after the bankruptcy terminates, the debtor is allowed to have a fresh start. This theme gains great relevance with the effectiveness of Law 14.112/2020, expressly talking about the possibility of the debtor's return to economic activity in Brazil in an expeditious manner. Its central objective is, therefore, to understand the limits of the fresh start institute in US law in providing the debtor's fresh start and the balance of the market and the need to rethink the business rehabilitation of the Brazilian debtor as established today.

Keywords: bankruptcy closure. fresh start. discharge. US law. rehabilitation of the bankrupt.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PROCEDIMENTO DE ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA	19
2.1 A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA NAS LEIS 11.101/2005 E 14.112/2020 NO PROCEDIMENTO DA FALÊNCIA.....	19
2.2 BANKRUPTCY CODE, O INSTITUTO DO FRESH START E O DISCHARGE ..	38
3 O ESTUDO DE CASO NA COMMON LAW E A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES	46
3.1.LEADING CASES: DISCHARGE COMO INSTRUMENTO BASILAR PARA PERMITIR O FRESH START	47
3.2. A REABILITAÇÃO EMPRESARIAL SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	53
4 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

A falência, compreendida como um dos institutos previstos na Lei 11.101/2005¹ para regular as falhas de mercado², a despeito da visão histórica acerca do sistema falimentar com intuito punitivo³ e da dificuldade de reinserção do empresário à atividade econômica, em parte em decorrência das disposições legais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência,⁴ é destinada a liberar as dívidas do devedor pelo procedimento de execução concursal, cujo adimplemento integral não seria possível por meio de execuções individuais⁵.

O principal ponto de contato entre a falência e a dificuldade de reinserção do falido à atividade econômica organizada está na pendularidade do sistema concursal brasileiro, ora voltado unicamente à liquidação da empresa, ora voltado às medidas de reinserção do devedor ao mercado.⁶ A complexidade de instaurar um sistema falimentar equilibrado que privilegie o devedor honesto com o *fresh start* ao mesmo tempo em que garante o pagamento dos credores, bem como não incentive as práticas de crimes falimentares, pode responder um dos desafios do legislador.

Historicamente, o advento do Decreto-lei 7.661/1945⁷, embora não seja o primeiro diploma legislativo a regular o regime jurídico da falência no Brasil, contribuiu para delimitar o período em que o empresário falido estaria sujeito à inabilitação empresarial após a prolação da sentença de decretação da falência. A legislação que o seguiu, também copiou a orientação de que o devedor teria direito à reabilitação empresarial, observado determinados limites.

¹ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do Direito Falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 21-22.

³ Idem. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 113.

⁴ PIVA, Luciano Zordan; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 212.

⁵ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do Direito Falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 212.

⁶ Ibidem, p. 194.

⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17661.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

Porém, a existência de uma limitação temporal ao exercício da atividade econômica após o encerramento da falência, mesmo na ausência de prática de crime falimentar⁸, dificulta a reinserção do empresário no mercado.

Em 24 de dezembro de 2020, foi aprovada a Lei 14.112/2020⁹, reformulando a Lei de Recuperação de Empresas e Falência em diversos aspectos que serão analisados neste trabalho, dando-se respectivo destaque ao recomeço proporcionado ao devedor após a decretação da falência.

De fato, a falência frustrada prevista no art. 114-A da legislação específica¹⁰ já era enfrentada ainda sob a vigência do Decreto-lei 7.661/1945, prevista no artigo 75¹¹, pelo autor Anco Márcio Valle que defendia a necessidade de encerramento do processo falimentar por ausência de bens, mas a continuação da ação penal pelo Ministério Público em esfera criminal, caso recebida a denúncia oferecida ao Juízo Universal.¹² No atual diploma legal, repetiu-se a previsão do artigo 75, esclarecendo que, caso não sejam encontrados bens ou estes não sejam suficientes para as

⁸ PIVA, Luciano Zordan; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 213-214.

⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 114-A. Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o administrador judicial informará imediatamente esse fato ao juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, fixará, por meio de edital, o prazo de 10 (dez) dias para os interessados se manifestarem. § 1º Um ou mais credores poderão requerer o prosseguimento da falência, desde que paguem a quantia necessária às despesas e aos honorários do administrador judicial, que serão considerados despesas essenciais nos termos estabelecidos no inciso I-A do caput do art. 84 desta Lei. § 2º Decorrido o prazo previsto no caput sem manifestação dos interessados, o administrador judicial promoverá a venda dos bens arrecadados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para bens móveis, e de 60 (sessenta) dias, para bens imóveis, e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dispostos neste artigo. § 3º Proferida a decisão, a falência será encerrada pelo juiz nos autos.”

¹¹ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 75. Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o síndico levará, imediatamente, o fato ao conhecimento do juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, marcará por editais o prazo de dez dias para os interessados requererem o que fôr a bem dos seus direitos. § 1º Um ou mais credores podem requerer o prosseguimento da falência, obrigando-se a entrar com a quantia necessária às despesas, a qual será considerada encargo da massa. § 2º Se os credores nada requererem, o síndico, dentro do prazo de oito dias, promoverá a venda dos bens porventura arrecadados e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 200. § 3º Proferida a decisão (art. 200, § 5º), será a falência encerrada pelo juiz nos respectivos autos.”

¹² VALLE, Anco Márcio. O encerramento da falência. Causas e consequências. Rio de Janeiro: Editora Idéia Jurídica, 2000. p. 21-23.

despesas do processo, o administrador judicial levará ao conhecimento do Juízo Universal, publicando-se o respectivo edital aos interessados no processo de falência, podendo os credores realizar o pagamento das despesas do processo e dos honorários do administrador judicial, retomando o feito o respectivo prosseguimento. Não procedendo os credores desta forma, serão alienados os bens arrecadados e dado andamento ao encerramento da falência.¹³

Não sendo o caso de falência frustrada, esta terá prosseguimento normal no Juízo Universal até o respectivo encerramento por sentença, a qual, segundo a normativa inserida no artigo 156¹⁴, terá previsão expressa para ordenar a intimação das Fazendas Públicas federais, estaduais e municipais em que o devedor tiver estabelecimento comercial e determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ). A antinomia existente entre o Código Civil de 2002 e a Lei 11.101/2005 defendida pelo autor José Muniz Neto¹⁵ deixa de existir pela letra fria da lei específica. Outrora, a doutrina dividia a compreensão acerca da matéria: ora afirmando que a personalidade jurídica se manteria até a extinção de suas obrigações, ora mesmo após a extinção de suas obrigações, podendo retomar a atividade econômica. O contraste nestes pontos de vista devia-se à previsão no Código Civil e na Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) de que a falência é causa de dissolução da sociedade, preservando a personalidade jurídica até a extinção das obrigações.¹⁶ Porém, os autores Paulo Fernando Campos Salles e Adriana Pugliesi defendiam que em razão da falência ser forma diversa da liquidação ordinária prevista, a personalidade jurídica manteria-se mesmo após o encerramento da falência, sendo-lhe possível, após a extinção das obrigações, a retomada do exercício da atividade

¹³ HEISE, Maicon de Abreu. Realização do ativo e falência frustrada. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord.). Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da Reforma pela lei 14.112/2020. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 88-89.

¹⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 156. Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença e ordenará a intimação eletrônica às Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento e determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), expedido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.”

¹⁵ NETO, José Muniz. A continuação da pessoa jurídica pós-falência: a antinomia entre o Código Civil de 2002 e a Lei nº 11.101/05. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 182.

¹⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; PUGLIESI, Adriana. Capítulo XXII. A falência: o encerramento e a extinção das obrigações do falido. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). Tratado de Direito Empresarial. Recuperação Judicial e Falência. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

econômica com base no princípio da preservação da empresa instituído pela Lei 11.101/2005.

A extinção das obrigações do falido prevista no artigo 158¹⁷ adquire nova forma, excluindo-se as disposições legais que previam o decurso de cinco anos para os devedores que não tivessem praticados crimes falimentares e o decurso de dez anos para os que tivessem incorrido em tais atos, a contar da sentença de encerramento da falência. Além da possibilidade de pagamento de todos os créditos para ser sentenciada a extinção das obrigações do falido, foi incluída a previsão de que o pagamento de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários é suficiente para tal benefício, bem como o decurso do prazo de três anos da sentença de decretação da falência. Com efeito, o artigo 158 busca efetivar um dos princípios instituídos no artigo 75¹⁸, ante à nova redação dada ao dispositivo legal, prevendo o fomento ao empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. Esta última inclusão no artigo 158, portanto, busca promover o recomeço do devedor no mercado e será melhor analisada neste trabalho.

Desta forma, enquadrando-se o devedor em alguma das hipóteses do artigo 158, pode requerer ao Juízo Universal a extinção das obrigações com base no artigo 159.¹⁹ Contrariamente à omissão presente na Lei 11.101/2005 e no Decreto-lei

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

” Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II - o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo; V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado; VI - o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta Lei.”

¹⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.”Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.”

¹⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença. § 1º A secretaria do juízo fará publicar imediatamente informação sobre a apresentação do requerimento a que se refere este artigo, e, no prazo comum de 5 (cinco) dias, qualquer credor, o administrador judicial e o Ministério Público poderão manifestar-se exclusivamente para apontar inconsistências formais e objetivas. § 3º Findo o prazo, o juiz, em 15 (quinze) dias, proferirá sentença que declare extintas todas as obrigações do falido, inclusive as de natureza trabalhista.”

7.661/1945 que permitia o questionamento referente a quais obrigações poderiam ser extintas de acordo com a previsão legal, o §3º do artigo 159 expressamente afirma que todas as obrigações serão extintas, incluindo as de natureza trabalhista. Notadamente, o §3º merece a ressalva já enfrentada outrora pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da extinção das obrigações tributárias. O Código Tributário Nacional, cuja vigência iniciou antes da Lei 11.101/2005, previa no artigo 191²⁰ que para o deferimento da extinção das obrigações do falido era necessária a prova de quitação de todos os tributos, o que poderia obstar diversos pedidos de extinção das obrigações após o encerramento da falência. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi instado a se manifestar sobre tal previsão legal, decidindo de forma unânime que o pedido de extinção das obrigações do falido não exige a apresentação de certidões de quitação fiscal, mas a quitação dada nessas condições não terá repercussão no campo tributário, isto é, a sentença falimentar não extinguirá as obrigações tributárias, que permanecerão exigíveis até a respectiva prescrição ou pagamento.²¹

No que concerne às sociedades empresárias de responsabilidade ilimitada, a exemplo da sociedade em comum, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações e sociedade cooperativa, sendo a falência da sociedade decretada e extintas as suas obrigações, os sócios de responsabilidade ilimitada também poderão requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações, nos termos do artigo 160.²²

Diversamente ocorre nas sociedades de responsabilidade limitada, em que foi expressamente vedada a extensão da falência ou de seus efeitos aos sócios, prevista no artigo 82-A,²³ não sendo necessário postular a extinção de suas obrigações, visto

²⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 191. A extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos.”

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Acórdão no Recurso Especial n. 834.932/MG, Relator Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 18/08/2015. DJe: 29/10/2015. Acesso em: 18 abril. 2021.

²² BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 160. Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência.”

²³ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de

que os efeitos não foram estendidos aos sócios de responsabilidade limitada. No entanto, ante à possibilidade de ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade limitada, a lei é omissa quanto a possibilidade de extinção de tais obrigações aos sócios de responsabilidade limitada.

É possível verificar que a Lei 14.112/2020 inovou na tentativa de reinserir o empresário falido no mercado, conquanto sabida as suas dificuldades. As alterações trazidas pela legislação atual devem, com cautela, serem analisadas à luz dos objetivos que fundaram o conceito de *fresh start* e que foi inserido de forma semelhante no ordenamento jurídico brasileiro.

A intenção de reinserção do empresário no mercado após o enfrentamento da crise econômico-financeira pelo regime jurídico da falência não é um desafio dos dias de hoje. Houve influência da legislação norte-americana na Lei 11.101/2005, ante à instituição do princípio da preservação da empresa e também na Lei 14.112/2020 com regras que se aproximam do instituto do *fresh start*, ressalvadas as diferenças, facilitando ao devedor empresário reinserir-se no mercado, tornando-se essencial percorrer o caminho histórico que levou à criação do *fresh start* e do *discharge* na *common law* até a influência no ordenamento jurídico brasileiro para a correta aplicação das inovações trazidas pela Lei 14.112/2020.

Esse percurso de estudo do Direito Comparado encontra guarida no método funcionalista de análise²⁴, visto que destinado a encontrar a solução legal que funcione para diversos sistemas jurídicos sobre um mesmo problema que, neste estudo, resume-se à dificuldade de reinserção do empresário falido no mercado, sem incentivar as práticas de fraude a credores. Não se tratará, portanto, do *discharge* concedido aos consumidores no direito norte-americano.

Nesse sentido, foi dada ênfase à doutrina norte-americana do século XX e XXI, bem como a doutrina brasileira do século XXI, acerca do tema da reabilitação empresarial do falido. Face à casuística do sistema jurídico da *common law* e a vinculação dos precedentes, foram analisados *leading cases* do século XX a partir de 1915, relacionados ao *fresh start* e ao *discharge* (exoneração de dívidas) proferidos

responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.”

²⁴ DUTRA, Deo Campos. Métodos em direito comparado. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR. Vol. 61, n. 3, set/dez 2016. p. 198. DOI: 10.5380/rfdufpr.v61i3.46620.

pela Suprema Corte norte-americana com poder vinculante a todos os juízos, visto que diferentes distritos norte-americanos podem proferir decisões distintas²⁵, para o fim de dar concretude aos fatos narrados.

Outrossim, ante à necessidade de conhecer ambas legislações, foi analisado o teor do Decreto-lei 7.661/1945 (regulação da concordata e falência), Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), Lei 10.406/2002 (Código Civil)²⁶, Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), Lei 14.112/2020 (regulação das alterações à Lei de Recuperação de Empresas e Falências), Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica),²⁷ Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil)²⁸ e o *Chapter 7* (regulação da falência) do *Bankruptcy Code*.²⁹

Em razão da necessidade de verificar alternativas para a reinserção do empresário falido no mercado, sem incentivar fraudes aos credores, conhecendo os desafios enfrentados pelo direito norte-americano, utilizou-se também o método histórico³⁰ para averiguar de forma mais profunda as diferenças entre o sistema jurídico falimentar norte-americano e o brasileiro, bem como promover a correta interpretação do conceito de *fresh start* previsto na Lei 14.112/2020.

Para enfrentar o tema, na parte 1 do capítulo 1, será abordado o processo de encerramento da falência no Brasil, a influência da legislação norte-americana na Lei 11.101/2005 e as inovações trazidas pela Lei 14.112/2020 que afetam a reinserção do empresário falido no mercado. Na parte 2 do mesmo capítulo, será traçado o percurso histórico do ordenamento jurídico inglês até a instituição do *discharge* para os devedores comerciantes, cuja inclusão na lei falimentar permitiu a liberação de dívidas destes devedores, analisando-se a partir desse momento as leis falimentares norte-americanas e a doutrina norte-americana acerca do *fresh start* e do *discharge*.

²⁵ SOUZA, Léa Emile M. Jorge de. Noções gerais sobre o funcionamento do sistema de precedentes. In: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Ano III, n. 12, set./out. 2011. Brasília: EAGU, 2011. Bimestral. p. 225.

²⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>. Acesso em: 18 abril. 2021.

³⁰ DUTRA, Deo Campos. Métodos em direito comparado. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR. Vol. 61, n. 3, set/dez 2016. p. 203. DOI: 10.5380/rfdufpr.v61i3.46620.

Na parte 1 do capítulo 2, será analisado os *leading cases* proferidos pela Suprema Corte norte-americana no século XX e a construção dos conceitos de *fresh start* e *discharge*. Por fim, na parte 2 do capítulo 2, serão abordados os limites da reabilitação empresarial do falido no ordenamento jurídico brasileiro, em contraposição ao percurso histórico traçado pelo ordenamento jurídico norte-americano.

2 O PROCEDIMENTO DE ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA

A falência, enquanto regime extintivo e liberatório de obrigações do devedor, distribui os custos do insucesso empresarial à comunidade em geral,³¹ fomentando o empreendedorismo ao permitir o retorno célere do devedor ao mercado. A nova oportunidade dada ao falido permite o controle da crise econômico-financeira, mediante a assunção dos custos pela comunidade,³² liberando o devedor das obrigações que não pode adimplir, face à insuficiência de seu patrimônio e evitando a execução de débitos zumbis³³, os quais dificilmente serão pagos.

O escopo da análise reside, portanto, na influência da legislação norte-americana no procedimento de encerramento da falência brasileiro, otimizando a interpretação dos valores a serem observados na concessão da nova oportunidade ao devedor, mediante a sua reinserção ao mercado para a promoção da atividade econômica, geração de tributos e poder de consumo.

2.1. A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA NAS LEIS 11.101/2005 E 14.112/2020 NO PROCEDIMENTO DA FALÊNCIA

A falência, enquadrada na Lei de Recuperação de Empresas e Falência como regime jurídico para regular a crise econômico-financeira do devedor empresário individual ou sociedade empresária, permite a liquidação da empresa inviável, distribuindo os custos do insucesso empresarial à sociedade e permitindo o retorno do devedor ao mercado. No entanto, este regime não é previsto somente no ordenamento jurídico brasileiro, como também em diversos outros países, os quais também enfrentam as dificuldades da crise econômico-financeira na economia.

No Brasil, houve grande autonomia dos credores no processo falimentar até a elaboração do Decreto-lei 7.661/1945, o qual fortaleceu os poderes do magistrado, principalmente na concessão da concordata preventiva, destinada a evitar a falência e na concordata suspensiva para suspender a decretação da quebra do devedor.³⁴

³¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 31.

³² WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy. University of Chicago Law Review, vol. 54, no. 3, Summer 1987, p. 777. HeinOnline.

³³ SMART, Micah A. Dawn of the Debt: The Increasing Problem of Creditors Infecting the Discharge Injunction with Zombie Debt. Maine Law Review, vol. 70, n. 1, 2017, p. 39. HeinOnline.

³⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 112.

No tocante ao processo falimentar, extremamente processual, caracterizado à época pela demora na formação do quadro geral de credores e no pagamento dos créditos, houve críticas semelhantes às experimentadas no direito norte-americano na vigência do *Bankruptcy Act of 1898*. Nos Estados Unidos da América, se enfrentava o caráter extremamente processual da falência, a demora e o custo elevado na tramitação do processo, o baixo percentual recebido do crédito pelos credores e a desvalorização do ativo durante o processo.³⁵

Em razão das críticas, no direito concursal norte-americano há um debate acerca dos principais objetivos da lei falimentar de modo que, parte da doutrina defende a prevalência do interesse dos credores e a outra parte a preservação da empresa com a manutenção dos empregos e a minimização dos impactos sociais decorrentes da crise.³⁶ Na primeira corrente, os autores Douglas Baird e Thomas Jackson defendem que a lei falimentar deve se preocupar com interesses dos investidores, ou seja, aqueles que fora da falência têm direito de propriedade sobre o patrimônio da falida, não sendo-lhe aplicável a legislação falimentar.³⁷ Em contraposição, a autora Elizabeth Warren defende a falência como a distribuição dos custos do insucesso empresarial na comunidade em geral, envolvendo diversos interesses e valores a ordenar a divisão destes custos.³⁸ No tocante à distribuição dos custos do insucesso empresarial do devedor, por outro lado, Douglas Baird não concorda com a regulação somente pela lei falimentar. Nesse sentido, aponta que a lei falimentar e outros diplomas legais devem regular a distribuição dos custos da mesma forma.³⁹

A despeito da visão da corrente econômica em sentido estrito, o ordenamento jurídico brasileiro inclina-se para equalizar na sociedade a crise econômico-financeira do devedor a partir da Lei de Recuperação de Empresas e Falências de 2005,

³⁵ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 30.

³⁶ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 121.

³⁷ BAIRD, Douglas G.; JACKSON, Thomas H. Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy. University of Chicago Law Review, vol. 51, no. 1, Winter 1984, p. 102. HeinOnline.

³⁸ WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy. University of Chicago Law Review, vol. 54, no. 3, Summer 1987, p. 777. HeinOnline.

³⁹ BAIRD, Douglas G. Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren. University of Chicago Law Review, vol. 54, no. 3, Summer 1987, p. 823. HeinOnline.

influenciada pelo direito norte-americano, não se podendo falar na preservação da empresa à época do Decreto-lei 7.661/1945.⁴⁰ Conquanto seja apontado que a preservação da empresa é o objetivo principal do sistema norte-americano⁴¹, há discordância quanto à existência de um princípio da preservação da empresa no direito norte-americano com fundamento no *Bankruptcy Reform Act of 1978*, o qual prevê uma nova oportunidade ao devedor em crise econômico-financeira para recomeçar, independentemente de ser ou não empresário.⁴² Torna-se, necessário, portanto, exprimir que a influência no direito norte-americano para a preservação da empresa é como objetivo do sistema jurídico para a solução da crise econômico-financeira, sendo encontrado em diversos dispositivos legais da Lei 11.101/2005.

Nesse sentido, o princípio da preservação da empresa no regime falimentar⁴³ está presente na autorização de o devedor apresentar o pedido de recuperação judicial em resposta ao ajuizamento do pedido de falência por terceiro⁴⁴ e na preferência pela alienação dos bens do devedor pelo conjunto de estabelecimentos, por estes singularmente considerados ou em blocos de bens voltados à utilização produtiva.⁴⁵ Além destes, também é encontrado na possibilidade de alienação dos bens tão logo seja possível a sua arrecadação,⁴⁶ a possibilidade de continuação da atividade mesmo após a decretação da falência⁴⁷ e o afastamento do devedor de suas

⁴⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (Coordenação). Dez anos da lei 11.101/2005. Estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coord. São Paulo: Almedina, 2015. p. 348.

⁴¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 121.

⁴² NEGRÃO, Ricardo. Preservação da empresa. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 59.

⁴³ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 127-128.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.”

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.”

⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: XI – pronunciar-

atividades para preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa.⁴⁸

A Lei 11.101/2005, principalmente, estabeleceu o princípio da preservação da empresa com fundamento no fato de que todos os envolvidos no negócio, incluindo os credores, o devedor, seus sócios, empregados, fornecedores e comunidade em geral, podem se beneficiar da superação do estado de crise empresarial, desde que a um custo econômico razoável.⁴⁹ Assim sendo, não obstante as contribuições trazidas à falência, pouco se fala no princípio da preservação da empresa no processo falimentar. A instituição do princípio da preservação da empresa em grande medida é destinada principalmente às empresas viáveis que podem se beneficiar da reestruturação pelo regime jurídico da recuperação judicial e extrajudicial.

Em compensação, a Lei 14.112/2020 foi intensamente influenciada pelo direito norte-americano com equilíbrio no direito falimentar e recuperatório. A principal mudança na legislação brasileira foi a aproximação do instituto de *fresh start* previsto no direito dos Estados Unidos da América ao fomento ao empreendedorismo no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme mencionado, não se pretende tratar amplamente do *Bankruptcy Code* e da falência de consumidores, tão somente da falência de empresários e a possibilidade de célere reabilitação empresarial, conquanto faça-se ressalvas pertinentes ao tema.

Nesse sentido, o processo falimentar norte-americano inspira ordenamentos jurídicos a partir da previsão de um procedimento de falência que libera o devedor de obrigações determinadas (*discharge*) de forma célere, mediante a ampla divulgação do seu patrimônio para pagamento aos credores, desde que não pratique atos com intuito fraudulento de lesão a credores e, assim, prejudique o processo. A partir da liberação das obrigações é permitido ao devedor retornar ao mercado (*fresh start*).

se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei;”

⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;”

⁴⁹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 126-127.

Trata-se aqui de verdadeira influência do ordenamento jurídico norte-americano, em comparação à morosidade que acompanha os processos falimentares e a respectiva reabilitação empresarial dos devedores no Brasil. Assim, um dos princípios instituídos pela nova redação do artigo 75 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência é o fomento ao empreendedorismo, mediante a viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica. Com efeito, a inspiração no *discharge* fica clara nas alterações realizadas nas hipóteses de extinção das obrigações do devedor, principalmente, na previsão de que o falido poderá requerer a extinção das obrigações decorridos 3 (três) anos da decretação da falência, mantidos os bens arrecadados para o pagamento dos credores.⁵⁰

Constantemente refere-se que há influência ou inspiração no direito norte-americano, porque não é possível falar-se em incorporação do instituto do *fresh start* no Brasil. A extinção das obrigações do devedor pela prescrição, isto é, pelo decurso do tempo, não é um dos requisitos do processo falimentar norte-americano, conquanto não seja imediata. Tampouco requer a ampla divulgação do patrimônio do devedor para demonstrar aos credores que receberão seus créditos, mas evidenciar a inexistência de ativo para adimplir todas as dívidas existentes da falência.⁵¹ Desta forma, distintamente do previsto no direito falimentar brasileiro, o *disclosure* do patrimônio do devedor tem por finalidade evidenciar o valor disponível para pagamento dos credores e, face à impossibilidade do devedor arcar com o pagamento integral destes, liberá-lo de determinadas dívidas para poder retornar ao mercado de forma desimpedida, ao invés de permitir a execução desenfreada destes débitos durante longos anos.

Veja-se que a legislação falimentar e recuperatória brasileira, em regra, é destinada ao empresário e à sociedade empresária, que exerce atividade econômica organizada, voltada para a produção ou a circulação de bens e serviços, excetuando-se aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística.⁵² A despeito da contestação à literalidade do artigo 1º e 2º da Lei

⁵⁰ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. p. 301.

⁵¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 563.

⁵² BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a

11.101/2005⁵³, trata-se do processo de falência brasileiro como regime extintivo e liberatório das obrigações do devedor empresário individual ou sociedade empresária,⁵⁴ não abordando qualquer disposição acerca da inadimplência de consumidores ou sociedades não empresárias.

Essa liberação por meio da dissolução de sociedade exige a constatação de crise irreversível da empresa, eliminando do mercado o agente econômico⁵⁵ e preservando a confiança no crédito. Nesse sentido, a Lei 11.101/2005 ao sistematizar a solução ao inadimplemento da classe empresarial, possibilitou a reversão da crise econômico-financeira da empresa pelos regimes jurídicos da recuperação judicial e extrajudicial ou, quando inviável, a sua liquidação.⁵⁶ Esta, na modalidade de concurso de credores, estrutura-se como uma execução coletiva, ante à dificuldade e pouca racionalidade econômica de cada credor buscar individualmente a satisfação do respectivo crédito em detrimento dos demais.⁵⁷

A empresa enquanto “fatores de produção devidamente organizados para o exercício da atividade empresária” (TELLECHEA, R; SCALZILLI, J. P.; SPINELLI, L. F., 2018, p. 130), deve ser preservada mediante o afastamento dos agentes econômicos que exploram a sua atividade, sendo que na hipótese de falência permitir-se-á a manutenção da atividade por terceiro, mediante a venda dos bens para a sua utilização produtiva e o acesso ao crédito ao novo adquirente. Enquanto é operada essa alienação dos respectivos bens para continuação da atividade econômica, o

produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

⁵³ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor. Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

⁵⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 31.

⁵⁵ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do Direito Falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 212.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 212.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 212.

processo de falência utiliza o valor convertido em moeda para pagamento dos respectivos credores.⁵⁸

A crise irreversível considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro é o principal elemento da insolvência jurídica, mesmo que não esteja configurada a insolvência econômica, a qual é compreendida como a insuficiência do patrimônio do devedor para cobrir as dívidas do empresário individual ou da sociedade empresária.⁵⁹

Por outro lado, a insolvência jurídica é caracterizada pela incidência de três situações: a impontualidade injustificada no cumprimento de obrigação líquida, a execução frustrada e a prática de atos de falência. Não verificadas tais situações, mesmo que seu ativo seja inferior ao passivo, a falência não poderá ser decretada e, conseqüentemente, não se poderá falar em insolvência jurídica, mas tão somente econômica.⁶⁰

A importância desse aspecto reside quando a insolvência econômica e a insolvência jurídica coincidem entre si pela prolação da sentença de decretação da falência. Pese à incapacidade da Massa arcar com dívidas superiores ao ativo disponível para arrecadação e conseqüente conversão em moeda, é inafastável a observância a determinados princípios para regular o processo judicial.

Na vigência do Decreto-lei de 1945, divide-se o processo de falência, dogmaticamente, na fase de informação pela formação da massa objetiva – constituída do ativo patrimonial da massa – e subjetiva – constituída pelos credores inadimplidos até a data de decretação da falência – e na fase de liquidação, a qual encerrava o processo falimentar após a alienação do ativo e pagamento de todos os credores até onde a massa suportasse.⁶¹

Distintamente dessa legislação, em que há uma clara divisão entre a fase de esclarecimento acerca do patrimônio disponível para pagamento dos credores e o

⁵⁸ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. P. 130-132.

⁵⁹ “O estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo é denominado insolvência econômica ou insolvabilidade. O devedor nesse estado encontra-se sujeito à execução concursal de seu patrimônio, como imperativo da par conditio creditorum. Se é ele empresário individual ou uma sociedade empresária, a execução é a falência.” COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à lei de falências e recuperação de empresas. Lei 14.112/2020, nova lei de falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

⁶⁰ Ibidem, E-book.

⁶¹ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial. Falência e recuperação de empresa. 11. ed. Saraiva Educação: São Paulo. 2020. p. 392.

respectivo adimplemento, com a entrada em vigor da Lei 11.101/2005 passa-se a estabelecer uma série de princípios voltados à maximização do valor do ativo disponível e o pagamento dos credores, conforme ordem de preferência estabelecida legalmente.

Como ressaltado alhures, a incapacidade da Massa de arcar com o passivo gerado no período que antecede à decretação da falência, obriga que sejam adotados alguns princípios, tais como o princípio do tratamento paritário dos credores, o princípio da preservação e maximização dos ativos do falido, o princípio da celeridade, o princípio da eficiência e o princípio da economia processual.

O princípio da *par conditio creditorum*, o primeiro elencado acima, destina-se a garantir o mesmo tratamento aos créditos de mesma natureza, impondo que sejam quitados de maneira proporcional.⁶² A título de exemplo, na fase de pagamento destes credores, além de observar-se a ordem estipulada em lei para recebimento do crédito, realizar-se-á rateios entre os credores de mesma natureza, estabelecendo-se o mesmo percentual para a parcela do respectivo crédito a receber, garantindo a proporcionalidade requerida pelo diploma legislativo.

O percentual que será atribuído a cada rateio entre credores poderá mais fácil satisfazer os créditos, se for observado o princípio da preservação e maximização dos ativos do falido. A grande preocupação da Lei 11.101/2005, em contraponto ao Decreto-lei 7.661/1945, foi a deterioração dos ativos, enquanto se verifica a massa objetiva e a massa subjetiva. Felizmente, a vigência da lei atual permite que os ativos tão logo sejam arrecadados, possam ser alienados de forma mais célere e preservando o seu valor histórico. Outra contribuição é a possibilidade de realizar a celebração/manutenção de contrato de locação sobre bens imóveis da Massa até a respectiva alienação. Nesse caso, utiliza-se a expressão maximização dos ativos do falido, porque além do valor de venda do bem que será utilizado para o pagamento dos credores, também entrará na conta judicial da Massa o aluguel mensal do estabelecimento. Repisa-se que os meios para a maximização dos ativos não se

⁶² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e prática na lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2018. p.132.

esgotam neste ponto, pois são inúmeros, desde que atendam ao melhor interesse do concurso de credores.⁶³

Por fim, no tocante aos princípios da celeridade, eficiência e economia processual, trata-se de averiguar a forma mais célere, eficiente e econômica de garantir a reabilitação empresarial do devedor, sem onerar os interesses globais envolvidos na execução coletiva: a empresa enquanto atividade econômica, os credores, o mercado e a confiança no crédito.⁶⁴

É preciso antepor que a execução coletiva de bens na falência, como todo processo, possui um fim. É nesse sentido que o autor Anco Márcio Valle caracteriza o encerramento da falência:

O processo de quebra, conforme examinado, compõe-se de duas fases: a fase preliminar, ou pré-falencial, que constitui uma ação de conhecimento; e fase falimentar, ou da falência propriamente dita, iniciada com a prolação da sentença de quebra, que termina com o rateio – entre os credores – do numerário apurado com a venda dos ativos que integram a massa falida. Quando falamos em encerramento da falência, estamos nos referindo à sentença judicial que põe fim à fase falimentar.⁶⁵

O encerramento deste processo acarreta a produção de efeitos tanto ao falido⁶⁶ quanto às suas obrigações. A concorrência da insolvência econômica e a insolvência

⁶³ Ibidem, p. 136-137.

⁶⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e prática na lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2018. p.131.

⁶⁵ VALLE, Anco Márcio. O encerramento da falência. Causas e consequências. Rio de Janeiro: Editora Idéia Jurídica, 2000. p. 17.

⁶⁶ “Em atrito com novas realidades econômicas, não apenas ficou desgastada a velha lei concursal – que não mais atendia aos anseios da realidade da empresa revestida sob a forma de estruturas societárias complexas e preparada para acomodar grandes negócios; como também se tornou arcaica a redação de seu texto que, por vezes, causava perplexidade ao leitor ao primeiro contato com a matéria, exatamente pelo tratamento pouco aprofundado que era emprestado à disciplina da falência das sociedades: as responsabilidades e deveres de “diretores e gerentes” (administradores), bem como sócios, era especificada a cada dispositivo, causando alguma dificuldade interpretativa. O fato de a disciplina da falência dirigir a redação dos dispositivos legais ao empresário individual, em certas circunstâncias, poderia causar perplexidade ao leitor do texto da lei revogada: afinal, quem é o falido? E quem responde pelas obrigações (econômicas e não econômicas) que resultam da falência? E a resposta, que também se aplica ao diploma vigente (exceto que nele surge como dúvida interpretativa), é a de que o falido é: (i) o comerciante individual (hoje, empresário individual); ou (ii) a sociedade comercial (atual sociedade empresária) que tiverem sua falência decretada por decisão judicial. Em consequência, do ponto de vista da responsabilidade patrimonial que, em princípio, resulta da falência, no diploma vigente: (i) O empresário individual responde com todos os seus ativos pelas obrigações assumidas como resultado da atividade, por não haver separação patrimonial; (ii) Na sociedade, em razão da personalização de que resulta o princípio da autonomia patrimonial, duas hipóteses afiguram-se possíveis, como regra: a. Nas sociedades que possuem sócios de responsabilidade limitada (Sociedades Limitadas e Companhias), somente os bens e ativos sociais

jurídica impossibilita o pagamento integral dos credores, mesmo que observados os princípios delineados. Neste caso, o processo de falência como regime extintivo e liberatório das obrigações do devedor empresário individual ou sociedade empresária, não surte os efeitos pretendidos pelo devedor, cuja a expectativa é a da extinção das obrigações e a dos credores, em que o interesse é o recebimento dos créditos.

Em virtude da impossibilidade de pagamento integral desses credores, durante o processo falimentar é necessário averiguar se houve a prática de algum ilícito a prejudicar o concurso de credores, revertendo-se, na ocorrência, os valores ao adimplemento dos créditos. A legislação falimentar criou, com esta finalidade, medidas de reconstrução do patrimônio ativo do devedor, qual sejam, a declaração de ineficácia dos atos praticados pelo devedor e a ação revocatória.⁶⁷

A declaração de ineficácia dos atos praticados pelo devedor é caracterizada como ineficácia objetiva, por prescindir da intenção fraudulenta das partes na celebração de negócio jurídico. A declaração de ineficácia dos efeitos em relação à Massa somente poderá ser declarada quanto aos atos praticados antes da decretação da falência, no período abarcado pelo termo legal da falência e os dois anos anteriores à decretação da falência, já os atos praticados posteriores a esse período serão anulados.⁶⁸

Em contrapartida, a ação revocatória objetiva a recomposição do patrimônio do devedor utilizado como garantia geral dos credores e, pode ser proposta no prazo de 3 (três) anos contado da data de decretação da falência, com fundamento nos fatos praticados a qualquer tempo, mesmo que ocorridos antes do termo legal da falência, desde que limitados ao prazo da decadência mencionado. O ajuizamento da ação

respondem pelas obrigações decorrentes de atividade empresária; b. Nas sociedades que possuam sócios de responsabilidade ilimitada, haverá formação de duas massas falidas objetivas: (i) da sociedade falida, e (ii) dos sócios de responsabilidade ilimitada (cujos bens respondem ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, embora de forma subsidiária, pois os credores sociais terão que concorrer com os credores pessoais de tais sócios).” PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord). Dez anos da lei 11.101/2005. Estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coord. São Paulo: Almedina, 2015. p. 494-496.

⁶⁷ PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). Dez anos da lei 11.101/2005. Estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coord. São Paulo: Almedina, 2015. p. 499-500.

⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Falência e Recuperação de Empresas. Volume 3. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 208.

revocatória – ineficácia subjetiva -, pretende assim, demonstrar que houve o conluio fraudulento entre o devedor e terceiro para prejudicar credores cumulado ao prejuízo causado à Massa Falida, determinando a ineficácia do negócio jurídico praticado, o que acarretará a devolução do bem ao patrimônio da Massa Falida, a não constituição de determinada garantia ou a restituição do valor correspondente.⁶⁹

Em contraposição às medidas de reconstrução do patrimônio elencadas, há modalidades de responsabilização dos sócios ou dirigentes das sociedades empresárias, tanto civilmente quanto criminalmente.

No âmbito criminal, a prática dos crimes falimentares elencados nos artigos 168 a 178 da Lei 11.101/2005,⁷⁰ atrai a responsabilidade criminal do devedor, a ser

⁶⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 452-460.

⁷⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Aumento da pena § 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente: I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos; II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros; III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou comerciais armazenados em computador ou sistema informatizado; IV – simula a composição do capital social; V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios. Contabilidade paralela e distribuição de lucros ou dividendos a sócios e acionistas até a aprovação do plano de recuperação judicial. § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, inclusive na hipótese de violação do disposto no art. 6º-A desta Lei. Concurso de pessoas. § 3º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade. Redução ou substituição da pena § 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas. Violação de sigilo empresarial. Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Divulgação de informações falsas. Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Indução a erro Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Favorecimento de credores. Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no caput deste artigo. Desvio, ocultação ou apropriação de bens. Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Exercício

processada no juízo criminal. Acaso constatada a prática de crimes falimentares, após a apresentação do laudo pericial contábil pelo perito oficial e do relatório de causas da falência pelo administrador judicial, o Ministério Público oferecerá a denúncia por crime falimentar, a qual, se recebida, será processada no juízo criminal. A sentença condenatória acarreta a inabilitação para o exercício da atividade empresarial, entre outras consequências, podendo perdurar até cinco anos após a extinção da punibilidade ou cessando com a reabilitação penal. Esta última somente será concedida, transcorrendo no mínimo dois anos da extinção da pena ou término da execução.⁷¹

Antes da Lei 14.112/2020, havia previsão expressa de que havendo condenação por crime falimentar, a extinção das obrigações ocorreria somente dez anos após a sentença de encerramento da falência. Porém, com a redação da nova lei ainda permanece a necessidade de reabilitação penal do devedor condenado por crime falimentar, antes de requerer a extinção das obrigações no Juízo Universal, desde que falido.⁷² O ponto de relevo aqui é a impossibilidade de se condenar criminalmente o devedor sociedade empresária, visto que é ente fictício criado para o exercício da atividade econômica, sendo os atos praticados por seus sócios ou dirigentes.⁷³

ilegal de atividade. Art. 176. Exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado por decisão judicial, nos termos desta Lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Violação de impedimento. Art. 177. Adquirir o juiz, o representante do Ministério Público, o administrador judicial, o gestor judicial, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, por si ou por interposta pessoa, bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Omissão dos documentos contábeis obrigatórios Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Habilitação ilegal de crédito. Art. 175. Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

⁷¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 672.

⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à lei de falências e recuperação de empresas. Lei 14.112/2020, nova lei de falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book.

⁷³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

No âmbito civil, a ação de responsabilidade prevista no artigo 82,⁷⁴ de caráter indenizatório, vinculada à responsabilidade civil dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores da sociedade falida,⁷⁵ requer a concorrência de conduta antijurídica (comissiva ou omissiva), culpa ou dolo (exceto quando a responsabilidade é objetiva), dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano⁷⁶ para a respectiva responsabilização dos sócios. Essa modalidade de responsabilidade por rito ordinário distribuída no Juízo Universal em até 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, não pode ser vista como forma de reconstrução do patrimônio do falido, justamente porque pode ser ajuizada independentemente da prova de insuficiência do patrimônio para o pagamento dos credores habilitados. A fim de preservar o interesse dos credores, poderá ainda, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ser determinada a indisponibilidade dos bens particulares dos sócios de responsabilidade limitada, controladores ou administradores da sociedade falida, em patamar compatível com o dano provocado até o julgamento da ação de responsabilização.⁷⁷ Essa indisponibilidade é de natureza diversa da prevista no artigo 103 da legislação específica,⁷⁸ que prevê a indisponibilidade dos bens do devedor enquanto empresário individual que exerce a atividade econômica em nome próprio e a sociedade empresária, não podendo ser determinada tal consequência aos sócios de responsabilidade limitada, controladores ou administradores de ofício, com base no artigo 103.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. § 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo. § 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.”

⁷⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 210.

⁷⁶ Idem. Desconsideração da personalidade jurídica e extensão da falência no âmbito dos grupos econômicos. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 16. Set. 2018. p. 9.

⁷⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 210-211.

⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.”

Distintamente da ação de responsabilidade e da extensão da falência ou de seus efeitos – esta não enquadrada como modalidade de responsabilização civil ou criminal dos gestores e, portanto, distinta deste instituto - a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil⁷⁹ e o respectivo incidente processual positivado a partir do artigo 133 no Código de Processo Civil,⁸⁰ destina-se tão somente a afastar a personalidade da pessoa jurídica para um fim determinado ou por determinado tempo.⁸¹ O artigo 50 delimitava a desconsideração da personalidade jurídica a certas e determinadas relações de obrigações, estendendo-se a responsabilidade aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. A nova redação dada ao dispositivo legal pela Lei de Liberdade Econômica (13.874/2019), conceituou o desvio

⁷⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.”

⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

⁸¹ ANTUNES, Oswaldo Moreira. Aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Letras jurídicas: São Paulo, 2013. p. 130.

de finalidade como a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza e a confusão patrimonial como a ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa física e da pessoa jurídica. Porém, a desconsideração da personalidade jurídica somente operar-se-á em relação ao sócio que “deu causa à má utilização da pessoa jurídica ou aquele que dela se beneficiou”.⁸² Assim, este instituto não deve ser aplicado como forma de responsabilização subsidiária do sócio ou administrador pela totalidade das dívidas da sociedade falida, mas como responsabilização daquele que se beneficiou, respondendo de forma limitada às obrigações pontuais assumidas pela sociedade, em razão dos benefícios auferidos.⁸³

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, de natureza processual, é acessório à ação principal, instaurado mediante reclamação do interessado ou pelo Ministério Público e julgado antes do mérito da causa principal.⁸⁴ Na aplicação do incidente ao processo falimentar, é necessário adicionar que poderá ser instaurado de ofício pelo magistrado e não suspenderá o processo falimentar, tramitando em autos apartados, não obstando o prosseguimento na falência da arrecadação, avaliação e realização de ativos dos demais bens que não estejam em discussão.⁸⁵

Por fim, a extensão da falência ou de seus efeitos a sociedades empresárias ou sócios de responsabilidade ilimitada, como já visto, não pode ser enquadrada como modalidade de reconstrução do patrimônio do falido ou de responsabilização dos sócios ou dirigentes – seja em virtude da prática de crimes falimentares, danos causados à sociedade empresária ou do abuso da personalidade jurídica da sociedade.

A extensão da falência, também denominada dependente, reflexa, acessória ou secundária, a terceiro, foi originariamente prevista na Lei 11.101/2005 no artigo 81

⁸² SCALZILLI, João Pedro. Confusão patrimonial no direito societário e no direito falimentar. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 159.

⁸³ PUGLIESI, Adriana Valéria. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). Dez anos da lei 11.101/2005. Estudos sobre a lei de recuperação e falência. Coord. São Paulo: Almedina, 2015. p. 516-517.

⁸⁴ PEREIRA, Lucas Lobo. Responsabilidade tributária e desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. São Paulo: Almedina, 2019. p. 101-104.

⁸⁵ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. p. 215-216.

dispondo que a sentença que decretar a falência da sociedade empresária, também determinará a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis, sujeitando-se aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida.⁸⁶ De fato, a legislação não regulava a possibilidade de extensão da falência e seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada. Porém, no artigo 82⁸⁷ previa tão somente a possibilidade de responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada pela ação de responsabilidade de caráter indenizatório.⁸⁸ No atualizado diploma legislativo, por outro lado, há vedação expressa à extensão da falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada.

Esse instituto previsto no artigo 81 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência somente se destina aos sócios de responsabilidade ilimitada, presentes na sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, quanto aos sócios comanditados, sociedade em comandita por ações, quanto aos sócios diretores, e as sociedades em comum. A respectiva extensão da falência a esses sócios prescinde de demonstração de fraude ou confusão patrimonial, sendo suficiente o enquadramento do pedido de falência da sociedade empresária nas hipóteses de impontualidade injustificada, execução frustrada ou prática de ato falimentar.⁸⁹

Notadamente, o processo falimentar, além de garantir a arrecadação do ativo em nome do devedor e o pagamento dos credores, ante à impossibilidade do pagamento integral dos credores quando constatada a insolvência econômica, criou as hipóteses de reconstrução do patrimônio do devedor, a responsabilização de seus

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. "Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem."

⁸⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. "Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. § 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo."

⁸⁸ FEIJÓ, Guilherme Queirolo. Desconsideração da personalidade jurídica e extensão da falência no âmbito dos grupos econômicos. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 16. Set. 2018. p. 9.

⁸⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 413-418.

sócios ou dirigentes e a extensão da falência ou seus efeitos aos sócios de responsabilidade ilimitada, embora seja defendido pelo autor Marcelo Barbosa Sacramone a não interpretação literal do artigo 81 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, entendendo que somente os efeitos da falência seriam estendidos a tais sócios, à luz da previsão contida no Decreto-lei 7.661/1945.⁹⁰

A Lei 11.101/2005 contribuiu para estabelecer celeridade à arrecadação dos ativos, a sua alienação e respectivo pagamento aos credores, quando impossível a recuperação da empresa. Na redação da Lei 14.112/2020, por outro lado, a influência da legislação norte-americana se deu em razão da incorporação do *fresh start* na necessidade de beneficiar o devedor honesto, mas infeliz na condução do seu patrimônio, oferecendo-lhe possibilidade de voltar ao mercado por meio da concessão das extinção das obrigações de forma célere.⁹¹

Conquanto a reforma falimentar tenha por finalidade associar o insucesso empresarial como consequência normal da atividade econômica, manteve vinculada a extinção das obrigações ao decurso de determinado período.⁹² À lastra das alterações legislativas pontuadas, o processo falimentar a partir da Lei 14.112/2020 deve ser interpretado com fundamento na nova redação do artigo 75, o qual prevê que o regime falimentar, ao promover o afastamento do devedor, visa à preservação e otimização da utilização produtiva do ativo do devedor, a liquidação célere das empresas inviáveis e o fomento ao empreendedorismo, por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

A falência, que inicia com a sentença de decretação da falência em razão de pedido de autofalência ou pedido de falência formulado por terceiro, no intuito de afastar o devedor dos seus bens, promovendo a arrecadação e a respectiva alienação para pagamento aos credores, tem como objetivo principal liquidar as obrigações do devedor e permitir o seu retorno ao mercado. Essa a leitura a ser dada a partir da nova redação do artigo 75 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Como parte do trâmite do processo falimentar, a incapacidade do ativo do devedor para quitar o seu

⁹⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 414.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. Processo n. 0042511-48.2016.8.26.0100. Juiz de Direito Daniel Carnio Costa. Data de Julgamento: 31/07/2018.

⁹² COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. p. 301.

passivo, exige a tomada de medidas prévias à definição da responsabilidade do devedor na decretação da falência e, conseqüentemente, à análise de seu pedido de extinção das obrigações.

Nesse sentido, o ponto de contato entre as alterações legislativas e o *fresh start* é a delimitação da responsabilidade, se existente, do devedor. A nova oportunidade dada ao falido somente será permitida após o transcurso do prazo decadencial de 3 (três) anos para o ajuizamento da ação revocatória,⁹³ contados da data de decretação da falência, visto que a previsão contida no artigo 158, inciso V, permite a extinção das obrigações também após o decurso do prazo mencionado.⁹⁴ Por outro lado, a declaração de ineficácia objetiva somente poderá ser arguida até o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações do falido,⁹⁵ pois como forma de reconstrução do patrimônio do falido, não há interesse quando deixa de existir o concurso de credores.⁹⁶ Nesta hipótese, se o devedor postular a extinção de suas obrigações no

⁹³ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida. Art. 132. A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência.”

⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 158. Extingue as obrigações do falido: V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado;”

⁹⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.”

⁹⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 548.

prazo de 3 (três) anos da decretação da falência e a sentença que a deferir, transitar em julgado, não mais haverá a reconstrução do patrimônio para o pagamento dos credores com base na declaração de ineficácia objetiva, somente havendo ainda a possibilidade do negócio jurídico ser declarado nulo.

No que concerne à delimitação da responsabilidade, o prazo para o ajuizamento da ação de responsabilidade de caráter indenizatório é de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Se a sentença de extinção das obrigações do falido houver transitado em julgado a esse tempo, poderá ser rescindida por ação rescisória, caso seja verificado que o devedor sonegou bens, direitos ou rendimentos a qualquer título, antes de requerer a extinção de suas obrigações. Contudo, a sentença somente poderá ser rescindida no prazo de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado.⁹⁷

No tocante à responsabilidade criminal, o administrador judicial tem o prazo de 40 (quarenta) dias para apontar as causas e circunstâncias que conduziram à falência, apontando a responsabilidade civil e penal.⁹⁸ Se existente a responsabilidade penal por prática de crimes falimentares, a denúncia será oferecida pelo Ministério Público e a condenação deve ocorrer antes do pedido de extinção das obrigações do falido, contado da data de decretação da falência.

Destarte, os novos prazos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência contribuem para a tramitação célere do feito, visto as inúmeras oportunidades para a reconstrução do patrimônio do devedor sujeito ao concurso de credores, limitando o

⁹⁷ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 159-A. A sentença que declarar extintas as obrigações do falido, nos termos do art. 159 desta Lei, somente poderá ser rescindida por ação rescisória, na forma prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a pedido de qualquer credor, caso se verifique que o falido tenha sonegado bens, direitos ou rendimentos de qualquer espécie anteriores à data do requerimento a que se refere o art. 159 desta Lei. Parágrafo único. O direito à rescisão de que trata o caput deste artigo extinguir-se-á no prazo de 2 (dois) anos, contado da data do trânsito em julgado da sentença de que trata o art. 159 desta Lei.”

⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: III – na falência: e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;”

tempo que o devedor permanecerá responsável por suas obrigações e permitindo o fomento ao empreendedorismo, conforme influência do direito norte-americano.

2.2. BANKRUPTCY CODE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, O INSTITUTO DO FRESH START E O DISCHARGE

A conjuntura econômica no Brasil exigiu a aproximação do instituto do *fresh start* previsto no direito norte-americano, analisando-se em sua integralidade o conceito, os requisitos e as limitações à nova oportunidade concedida ao falido. A importância histórica da análise do instituto consiste na compreensão do objetivo de sua constituição. De plano, ressalva-se a vinculação do ordenamento jurídico inglês à instituição do *discharge* e a transposição deste instituto na primeira lei falimentar norte-americana, como examinado a seguir.

O direito inglês, como propulsor do sistema jurídico da *common law* em suas colônias⁹⁹, contribuiu para a formação da legislação norte-americana desde a colonização e mesmo ao tempo que os Estados Unidos da América alcançou a independência em 4 de julho de 1776.

A execução pessoal do devedor foi efetivada a partir do *Statute of Acton Burnell* (1283) e *Statute of Merchants* (1285) na Inglaterra com o aprisionamento do devedor de forma coercitiva até o pagamento do crédito e, mesmo após o esgotamento do patrimônio, este permanecia responsável pelas dívidas. Neste momento, entre os séculos XIII e XIV, os devedores desenvolveram modos de evitar o aprisionamento coercitivo, irrompendo a primeira lei falimentar inglesa em 1542,¹⁰⁰ sob o reinado de Henrique VIII e denominada *An act against such persons as do make bankrupts*, a qual pretendia facilitar a execução do crédito, excluindo-se qualquer previsão quanto à possibilidade de liberação das dívidas do devedor.¹⁰¹

Em 1570, houve nova leitura da situação falimentar à época por meio da lei intitulada *An act touching orders for bankrupts*, também chamada *Act of Elizabeth*, contudo, apesar de estender a falência involuntária aos comerciantes, não permitia o

⁹⁹ FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. *American law: an introduction*. 3 ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 15.

¹⁰⁰ COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy. In: *The Journal of Legal History*, vol. 3, no. 2, 1982, p. 154-155. HeinOnline.

¹⁰¹ TABB, Charles Jordan. The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge. In: *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 65, no. 3, Spring 1991, p. 329-331. HeinOnline.

exercício da preferência entre os credores e não liberava os devedores de suas dívidas. Além disso, o autor Andrew Duncan deixa de admitir a possibilidade de conferir ao devedor comerciante o *fresh start*, visto que mesmo o devedor entregando o seu patrimônio para pagamento dos credores, se estes não fossem totalmente satisfeitos, sobrevindo a aquisição de novos bens pelo devedor, estes deveriam ser alienados e a respectiva pecúnia utilizada para adimplemento dos credores.¹⁰²

No reinado de James I, em 1604 e 1623, formaram-se duas leis falimentares cujos destaques se fazem em respeito às inovações. Conquanto a lei de 1604 tenha contribuído para a ampliação dos poderes dos comissários, a lei de 1623 incluiu disposição que coagia o devedor a divulgar de forma ampla o seu patrimônio, bem como considerava que o ativo de propriedade alheia, mas com permissão deste para a posse do devedor, poderia ser alienado, dividindo-se o respectivo valor entre os credores do falido.¹⁰³

No ano de 1705, foi instituída a primeira previsão de liberação de dívidas aos comerciantes honestos, mediante a promulgação do *Statute of 4 Anne*, sobressaindo a defesa do interesse dos credores em vez de beneficiar o devedor. De fato, a concessão do *discharge* somente ocorria se o devedor divulgasse de forma ampla o seu patrimônio (*disclosure*), sendo certificada pelos comissários no documento intitulado *certificate of conformity*. Assim, a emissão do certificado exigia a voluntária permissão do devedor para que os comissários examinassem suas contas e negócios, entregando-lhes tais documentos, recebendo o devedor, em contrapartida, uma parcela pecuniária. No entanto, o recomeço do devedor somente era permitido com o pagamento de um mínimo dividendo aos credores e tampouco o devedor poderia pedir a falência visando a concessão do *discharge*, visto que o procedimento concursal era involuntário.¹⁰⁴ Apesar da forma de emissão do *certificate of conformity* no *Statute of 4 Anne*, no ano de 1706 a autorização dos credores passou a ser um requisito para a concessão do *discharge*, o qual, a partir de 1711, não liberava os sócios das dívidas da sociedade. Inclusive, no ano 1718, torna-se exigível ao devedor o juramento quanto

¹⁰² DUNCAN, Andrew J. From Disemberment to Discharge: The Origins of Modern American Bankruptcy Law. In: Commercial Law Journal, vol. 100, no. 2, Summer 1995, p. 195-197. HeinOnline.

¹⁰³ Ibidem, p. 197.

¹⁰⁴ TABB, Charles Jordan. The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge. In: American Bankruptcy Law Journal, vol. 65, no. 3, Spring 1991, p. 333-336. HeinOnline.

à legalidade da obtenção do *certificate of conformity* e do consentimento dos credores.¹⁰⁵

No ano de 1732, entrou em vigor a lei intitulada *An act to prevent the committing of frauds by bankrupts*, durante o reinado de George II, o qual, em conjunto com suas emendas, influenciou a primeira lei norte-americana. Conhecido como *Statute of 5 George*, mantia a severidade aos devedores que praticavam atos de fraude e o benefício do *discharge* aos devedores honestos que cooperavam com o processo falimentar.¹⁰⁶ Desta forma, à época da independência norte-americana em 04 de julho de 1776, o diploma legislativo inglês vigente era o *Statute of 5 George*, cuja influência foi extraída pelos Estados Unidos da América na criação da primeira lei falimentar federal, *Bankruptcy Act of 1800*, mantendo a finalidade de proteger os credores mais do que implementar uma política de liberação de dívidas. O *Bankruptcy Act of 1800* era destinado aos devedores comerciais, porém, somente os credores poderiam requerer a falência e o *discharge* não era automático, pois precisava da autorização dos comissários¹⁰⁷ e concordância dos credores, na proporção de dois terços, por cabeça e pecúnia.¹⁰⁸

Por conseguinte, o *Bankruptcy Act of 1841* foi editado em função da reclamação dos credores de receber menor parcela do crédito e do comportamento fraudulento de devedores, além de prevalecer o interesse classe mercantil a dos agricultores. Acabou-se a exigência de outros devedores – que não comerciantes – usassem da falência, a qual também passou a ser voluntária, sujeita à aprovação dos credores.¹⁰⁹

Somente na vigência do *Bankruptcy Act of 1898* houve a renovação do *discharge* inglês, ressignificado a desobrigação outorgada pelo Juízo ao devedor de boa-fé de forma discricionária e dispensando a anuência dos credores, com relação a todas as dívidas contraídas, sem que fosse necessário o pagamento de um percentual

¹⁰⁵ TABB, Charles Jordan. The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge. In: American Bankruptcy Law Journal, vol. 65, no. 3, Spring 1991. p. 339-340. HeinOnline.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 340.

¹⁰⁷ ELGUETA, Giacomo Rojas. The paradoxical bankruptcy discharge: rereading the common law – civil law relationship. In: Fordham Journal of Corporate & Financial Law. 2014, Vol. 19 Issue 2, p. 308.

¹⁰⁸ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 25.

¹⁰⁹ ELGUETA, Giacomo Rojas. The paradoxical bankruptcy discharge: rereading the common law – civil law relationship. In: Fordham Journal of Corporate & Financial Law. 2014, Vol. 19 Issue 2, p. 309.

mínimo da dívida existente e submetida à falência.¹¹⁰ Como uma das leis federais permanentes, o processo falimentar vigente permitia tanto a falência voluntária quanto a involuntária com fundamento nos atos de falência taxativamente previstos. No tocante às sociedades comerciais, estas somente podiam usufruir da falência involuntária.¹¹¹ Ante à arrecadação dos bens e a respectiva venda, distribuía-se o pagamento entre os credores e encerrava a falência. Porém, surgiram críticas quanto ao caráter extremamente processual da falência, a demora na tramitação do processo, ao custo elevado, ao baixo percentual recebido do crédito pelos credores e a desvalorização do ativo durante o processo.¹¹²

Face às inúmeras alterações, o *Bankruptcy Act of 1978* torna mais fácil o pedido e a reorganização para sociedades empresárias e indivíduos, porém, o *super discharge* concedido pelo *Chapter 13* é anulado pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*,¹¹³ o qual determinou o aconselhamento de crédito como condição para o *discharge* e exigiu o treinamento de administração financeira para os devedores do *Chapter 7* e *Chapter 13*.¹¹⁴ Enquanto o *Chapter 7* busca dar ao devedor, enquanto indivíduo, uma nova oportunidade de empreender, o *Chapter 11* tem a intenção de garantir a reorganização de empresas viáveis, vinculando de forma definitiva as obrigações ao plano de reorganização, impedindo a sua liquidação.¹¹⁵

Conquanto à época do *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* já fosse enfrentada a Lei de Recuperação de Empresas e Falência no Brasil, impossibilitando a sua aproximação ao novo diploma legal, há frequente debate quanto à influência do *Bankruptcy Act of 1978* na Lei 11.101/2005, em função do

¹¹⁰TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 30.

¹¹¹FEDERAL JUDICIAL CENTER. The evolution of U.S. Bankruptcy Law: a time line. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 25 abril. 2021.

¹¹²TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do Direito Falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 132-133.

¹¹³FEDERAL JUDICIAL CENTER. The evolution of U.S. Bankruptcy Law: a time line. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 25 abril. 2021.

¹¹⁴TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 36.

¹¹⁵BRUBAKER, Ralph. Taking Exception to the New Corporate Discharge Exceptions. American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 13, no. 2, Winter 2005, p. 759-761. HeinOnline.

princípio da preservação da empresa. Nesse sentido, alguns doutrinadores afirmam que houve na legislação norte-americana a eleição do princípio cardeal da preservação da empresa como objetivo principal do sistema¹¹⁶, outra parte da doutrina critica justamente a inexistência de um princípio da preservação da empresa no direito norte-americano.¹¹⁷ Não obstante não possa se afirmar a unanimidade na doutrina brasileira quanto à influência pela existência de um princípio de preservação da empresa, pode-se admitir a inspiração na necessidade de reorganização das empresas viáveis em crise econômico-financeira, bem como a existência do instituto do *fresh start* no direito norte-americano. Este instituto é caracterizado por incentivar os devedores, empresários ou não, a divulgar de forma integral o patrimônio que deve ser submetido ao concurso de credores (*disclosure*), porque em contrapartida lhe será concedido o *discharge*, com poder de liberá-lo de diversas obrigações.

Repisa-se que apesar da grande influência do direito norte-americano, o pedido de falência nos Estados Unidos da América tornou-se voluntário à pessoa física e às sociedades somente a partir de 1910.¹¹⁸ À vista disso, o devedor pode requerer a sua falência de forma voluntária, porém, deve declarar todo o patrimônio que possui para ser arrecadado, alienado e utilizado para o pagamento aos credores. No entanto, há algumas exceções ao *fresh start*, que somente é efetivado pela concessão do *discharge*, uma vez que é comum a insuficiência do patrimônio para pagamento integral dos credores. Desta forma, a não liberação de grande parte das obrigações do falido não lhe permitiria voltar a empreender.

Com efeito, o *discharge* somente poderá ser concedido ao devedor de boa-fé se não omitir bens ou agir de forma fraudulenta para retardar a respectiva alienação, bem como se deixar de apresentar a escrituração contábil ou falsificá-la. Veja-se que o *discharge* costuma ser concedido no período de 4 (quatro) meses do pedido de falência e pode abarcar 99% (noventa e nove por cento) dos créditos dos devedores

¹¹⁶ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e prática na lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 121.

¹¹⁷ NEGRÃO, Ricardo. Preservação da empresa. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 59.

¹¹⁸ FEDERAL JUDICIAL CENTER. The evolution of U.S. Bankruptcy Law: a time line. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 25 abril. 2021.

pessoas físicas.¹¹⁹ Logo, trata-se aqui do *discharge* previsto no §727, (a), *Chapter 7* do *Bankruptcy Code*, como um direito concedido ao devedor pessoa física¹²⁰.

O parágrafo §727, alínea “a”, 4, A do *Chapter 7* do *Bankruptcy Code* estabelece que a limitação à concessão do *discharge* ocorre mediante a intenção fraudulenta do devedor em depor, sob juramento, acerca de fatos não verdadeiros relacionados ao processo de falência. A intenção fraudulenta pode ser verificada em três aspectos probatórios: quando a evidência demonstra que o devedor agiu imprudentemente com desrespeito à verdade, pela concorrência de diversas omissões e deturpações nas declarações prestadas à falência acerca de negócios entabulados, bem como a ausência da correção destas quando chegou ao seu conhecimento.¹²¹

Nos termos do §727, (a), (2), (A) e (B)¹²², o devedor com a intenção de dificultar, atrasar ou enganar credor ou oficial responsável pela Massa Falida, encarregado de bens de propriedade do devedor ou da Massa Falida, transfere, remove, destrói, mutila ou omite os bens de tal natureza, não terá concedido o *discharge*. Outrossim, o devedor que omite, destrói, mutila, falsifica ou não guarda ou preserva qualquer informação acerca de livros, documentos, registros e papéis relacionados à condição financeira ou as transações comerciais que possam ser incertas, a menos que isso seja justificado com base em todas as circunstâncias do caso, não terá concedido o *discharge*.¹²³ Ainda, se instado o devedor a se manifestar acerca do patrimônio, presta juramento falso, apresenta ou usa de reclamação falsa, dá, oferece, recebe ou tenta

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Office of the United States Courts. Bankruptcy Basics. p. 9-18. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/bankbasics-post10172005.pdf>. Acesso em: 04 maio. 2021.

¹²⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>. Acesso em: 4 maio. 2021.

“§727. (a) The court shall grant the debtor a discharge, unless(*)— (1) the debtor is not an individual;”

¹²¹ EMERSON, Andrew F. Identifying the honest debtor: section 727(a)(4)(A) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings. *American Bankruptcy Law Journal*. Fall 2015, Vol. 89 Issue 4, p. 608-611.

¹²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>. Acesso em: 4 maio. 2021. “

§727. (2) the debtor, with intent to hinder, delay, or defraud a creditor or an officer of the estate charged with custody of property under this title, has transferred, removed, destroyed, mutilated, or concealed, or has permitted to be transferred, removed, destroyed, mutilated, or concealed— (A) property of the debtor, within one year before the date of the filing of the petition; or (B) property of the estate, after the date of the filing of the petition; “

¹²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>. Acesso em: 4 maio. 2021. “

§727.(3) the debtor has concealed, destroyed, mutilated, falsified, or failed to keep or preserve any recorded information, including books, documents, records, and papers, from which the debtor’s financial condition or business transactions might be ascertained, unless such act or failure to act was justified under all of the circumstances of the case;”

obter dinheiro, propriedade ou vantagem para agir ou retém informação relativa à condição financeira, não terá concedido o *discharge*.¹²⁴

Depreende-se que a vinculação do *discharge* à liberação das obrigações do devedor exige a cooperação deste com o processo falimentar. Acrescenta-se que o direito norte-americano, ao considerar a falência uma questão de ordem pública, promove a educação financeira dos devedores que enfrentam uma crise econômico-financeira, exigindo para a concessão do *discharge* a realização de cursos de administração financeira.¹²⁵ Entre eles, há o *credit counseling*, o qual deverá ser feito pelo devedor no prazo de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao pedido de falência,¹²⁶ a respeito das dívidas existentes na data do pedido de falência, sem o qual o pedido poderá ser indeferido e o *debtor education* como condição indispensável para a concessão do *discharge*, realizado em até 60 (sessenta) dias da reunião com os credores, para o fim específico de aprendizado das noções básicas de finanças.¹²⁷

O *fresh start* norte-americano, portanto, fundamenta-se em dois pilares: o *disclosure* e o *discharge*. O primeiro visa a incentivar a ampla divulgação do patrimônio pelo devedor, seja de seus bens e direitos ou da escrituração contábil, sem a prática de destruição de documentos inerentes ao negócio ou da ocultação de bens que deveriam estar sujeitos ao concurso de credores. Em contrapartida, se o devedor ajuíza o pedido de falência, age de boa-fé na divulgação de seu patrimônio para arrecadação, alienação e pagamento aos credores, mesmo que o ativo seja insuficiente para o adimplemento integral, parece razoável a não vinculação do

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>. Acesso em: 4 maio. 2021. “§727 .(4) the debtor knowingly and fraudulently, in or in connection with the case— (A) made a false oath or account; (B) presented or used a false claim; (C) gave, offered, received, or attempted to obtain money, property, or advantage, or a promise of money, property, or advantage, for acting or forbearing to act; or (D) withheld from an officer of the estate entitled to possession under this title, any recorded information, including books, documents, records, and papers, relating to the debtor’s property or financial affairs;”

¹²⁵ PIVA, Luciano Zordan. BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 224.

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Office of the United States Courts. Bankruptcy Basics. p. 15. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/bankbasics-post10172005.pdf>. Acesso em: 04 maio. 2021.

¹²⁷ PIVA, Luciano Zordan. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 225.

devedor às dívidas contraídas anteriormente à falência por longos anos, sendo merecedor do *discharge*.

Destarte, contribuindo o devedor com o processo falimentar, divulgando amplamente o seu patrimônio (*disclosure*) para pagamento dos credores, mesmo que o ativo não baste para o adimplemento integral e participando dos treinamentos de administração financeira, ele usufruirá, com fundamento no *Chapter 7*, do *discharge* e do retorno ao mercado de forma livre das obrigações contraídas anteriormente à falência, ressalvados os créditos que o *Bankruptcy Code* exclui do *discharge*. Desta forma, os créditos liberados, podem ser sintetizados em cobranças de cartões de crédito, despesas médicas, empréstimos pessoais, cheques não honrados, indenizações oriundas de acidente de automóvel, dívidas de negócios, valores devidos em contratos de locação e dívidas decorrentes de condenações oriundas de tribunais civis (exceto se baseadas em fraude), efetivando-se o *fresh start*.¹²⁸

¹²⁸ PIVA, Luciano Z. BRANCO, Gerson. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o *discharge* do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 226.

3 O ESTUDO DE CASO NA COMMON LAW E A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

No direito norte-americano, o sistema jurídico da *common law*¹²⁹ é caracterizado pela vinculação dos precedentes judiciais,¹³⁰ e os precedentes denominados de *leading cases* que vinculam obrigatoriamente os casos futuros. Neste caso, é imperioso analisar se o *leading case* é semelhante ao caso concreto e por isso pode ser aplicado. O *leading case* poderá ser afastado com fundamento nas diferenças do caso anterior e o atual (*distinguish*) ou com base na sua substituição por outro precedente (*overruling*).¹³¹

A análise do afastamento de um *leading case* pelo *distinguish* pode ser verificada em *Bruning versus United States*, em que há a discussão sobre a cobrança dos juros posteriores do crédito tributário à concessão do *discharge*. Outrossim, optou-se por compará-lo ao ordenamento jurídico brasileiro em virtude da reabilitação empresarial também não extinguir as obrigações tributárias. Destarte, somente será possível compreender as distinções nos ordenamentos jurídicos comparados pelo estudo de caso.

¹²⁹ “Como sistema jurídico, o Common Law se baseia firmemente nas decisões judiciais, as quais possuem a mesma força da lei escrita. Em geral, é comparado ao Civil Law, sendo ambos adotados pelo maior número de países no mundo. No Civil Law, por sua vez, os tribunais devem aplicar a legislação escrita, pois estão a ela vinculados.” GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common law no sistema jurídico americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. In: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Ano III, n. 12, set./out. 2011. Brasília: EAGU, 2011. Bimestral. p. 12.

¹³⁰ “Assim, embora se diga que no Common Law o juiz apenas declara o direito que já existe – visto que aplicaria os precedentes, em observância ao princípio do stare decisis – na verdade, não se nega que o juiz, no exercício do seu mister, constrói ou cria o direito em vários casos. Isso porque os precedentes são aplicados de acordo com a própria concepção do juiz sobre o que é adequado naquela situação particular; quais os valores da comunidade regem a hipótese; e, enfim, qual a norma deverá ser adotada, in casu – os chamados adjudicatory facts.” GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common law no sistema jurídico americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. In: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Ano III, n. 12, set./out. 2011. Brasília: EAGU, 2011. Bimestral. p. 24.

¹³¹ GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common law no sistema jurídico americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. In: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Ano III, n. 12, set./out. 2011. Brasília: EAGU, 2011. Bimestral. p. 23.

3.1. LEADING CASES: DISCHARGE COMO INSTRUMENTO BASILAR PARA PERMITIR O FRESH START

A falência foi, historicamente, uma oportunidade dos credores receberem seus créditos.¹³² Na vigência do *Bankruptcy Act of 1898*, houve favorecimento dos devedores na concessão do *discharge* ao mesmo tempo em que beneficiava os credores ao incentivar o falido a efetuar o adimplemento de suas dívidas¹³³ e essa segue sendo a contribuição do *Bankruptcy Code* ao descumprimento de contratos e inadimplemento de dívidas.

O processo falimentar funciona como um seguro aos consumidores nos mercados de crédito, limitando as perdas dos financiadores,¹³⁴ pois mesmo que os devedores não possam realizar o pagamento de uma dívida, poderão voltar a consumir e os credores receberão uma parcela no crédito. Nesse sentido, os consumidores que pedem a falência podem ser desafortunados e por isso merecem uma segunda chance.¹³⁵ No tocante à falência dos empresários, funciona como uma proteção dos interesses daqueles que não teriam segurança, a exemplo do empregado ancião, o consumidor regular, o fornecedor e a comunidade em geral.¹³⁶ No entanto, o insucesso empresarial tem custos que devem ser distribuídos de alguma maneira, sendo ideal a repartição na sociedade.¹³⁷

A nova oportunidade concedida ao devedor falido, por outro lado, existe com fundamento de que o *discharge* promove a proteção do indivíduo de suas próprias decisões impulsivas que o levam a consumir o crédito, protegendo os outros das decisões levianas. Nesse sentido, o *discharge* permite a realização de compensações para preservar a disponibilidade do crédito, mesmo que distribuindo os custos na comunidade para a preservação do mercado de crédito.¹³⁸

¹³² SULLIVAN, Teresa A.; WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. Limiting Access to Bankruptcy Discharge: An Analysis of the Creditors Data. *Wisconsin Law Review*, vol. 1983, no. 5, 1983, p.1098. HeinOnline.

¹³³ *Ibidem*, p.1100.

¹³⁴ *Ibidem*, p.1142.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 1146.

¹³⁶ WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy Policy*. *University of Chicago Law Review*, vol. 54, no. 3, Summer 1987. p. 788. HeinOnline.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 790.

¹³⁸ JACKSON, Thomas H. The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law. *Harvard Law Review*. vol. 98, no. 7, May 1985, p.1447. HeinOnline.

Nessa linha, o instituto jurídico do *discharge* libera o devedor das responsabilidades advindas da crise econômico-financeira, permitindo-lhe um recomeço. Esse entendimento consolidado a partir do século XX, enfatiza que desde o julgamento de *Williams versus U.S. Fidelity & G. Co.*, 236 U.S. 549, em 23 de fevereiro de 1915, o objetivo da lei de falência é o pagamento dos credores e a liberação do devedor honesto das obrigações contraídas anteriormente ao pedido de falência, permitindo-lhe um recomeço.¹³⁹

O recomeço livre das obrigações oportunizado ao devedor encontra guarida no *discharge* concedido à dívida contraída por prestação de caução. No caso concreto, houve a celebração de contrato de construção de um prédio na Flórida, celebrado entre os sócios R.P. Williams e J.B. Carr e administradores escolares, sendo U.S. Fidelity & G. Co. a empresa fiadora da execução deste contrato. Além da caução garantida pela empresa, os sócios se obrigavam a indenizar a empresa fiadora contra as perdas, custos, danos, acusações e despesas resultantes de qualquer ato que impossibilitasse a execução da caução.

No entanto, ante ao abandono do contrato de construção por R.P. Williams e J.B. Carr, os administradores escolares completaram a construção do prédio e demandaram a empresa fiadora quanto às despesas que excederam os valores previstos no contrato, a qual restou vencida em demanda própria. Face à cobrança pelos administradores escolares, a empresa fiadora requereu a respectiva indenização aos devedores. No entanto, a Suprema Corte entendeu que mesmo que o pedido de falência pelos sócios e a concessão do *discharge* tenha ocorrido antes do pedido de ressarcimento, a obrigação dos sócios era acessória à execução da caução pela empresa fiadora, por isto existente à época do pedido de falência e a inexigibilidade da dívida abarcada pelo *discharge*.

O julgamento de *Williams versus U.S. Fidelity & G. Co.*, 236 U.S. 549 estendeu o *discharge* à dívida reclamada pelo objetivo principal da lei falimentar norte-americana: o pagamento aos credores e, se o devedor honesto cooperar com o feito falimentar, poderá aproveitar-se da liberação de suas obrigações. Outro caso

¹³⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. *Williams versus U.S. Fidelity & G. Co.*, 236 U.S. 555 (1915).

semelhante e com fundamento neste *leading case* é o *Local Loan Co versus Hunt*, 292 U.S. 234 (1934).

Neste paradigma, o devedor realizou um empréstimo de uma quantia em dinheiro, garantida por salários futuros. Quando o autor formulou pedido de falência, incluiu o crédito como sujeito aos seus efeitos e obteve o *discharge*. O réu, então, postulou ao empregador do autor o pagamento dos salários. No entanto, com base no objetivo da lei de falências, o devedor foi desobrigado do pagamento da dívida com base nos seus futuros salários, visto que de nada adiantaria o *discharge*, se existente a obrigação de que toda a sua renda fosse utilizada para o pagamento da dívida.¹⁴⁰

Conquanto analisado casuisticamente pela Suprema Corte, conforme ressalva feita pela próprio órgão julgador, não vinculando o afastamento da garantia sobre os salários futuros a todos os casos subsequentes, visto tratar-se de direito de propriedade, a compreensão foi de que neste julgamento, o devedor deveria ter a oportunidade de recomeçar, ante à ausência de diferença entre não obter o *discharge* ou obtê-lo e mesmo assim seguir trabalhando para pagar o empréstimo feito. O ponto fundamental é que o afastamento da garantia sobre os salários futuros se deu em função da inutilidade da concessão do *discharge* sem o respectivo efeito. Outrossim, foi dado o respectivo destaque à entrega do patrimônio para o pagamento aos credores, merecendo, na espécie, nova oportunidade.

Algumas décadas depois, o autor Douglas Baird, filiado à corrente norte-americana de *Law & Economics* que debate os objetivos da lei falimentar,¹⁴¹ irá justamente debater sobre os credores que possuem direito de propriedade sobre o patrimônio do devedor, entendendo que os custos do insucesso empresarial não deveriam ser resolvidos somente pela legislação falimentar, mas de forma equânime por outros diplomas legislativos.¹⁴² Mesmo assim, o *leading case* mencionado não deixa de ser atual à interpretação do ordenamento jurídico norte-americano na intenção de oferecer outra chance ao falido e inclusive demonstra a efetividade do conceito de *disclosure* na lei americana.

¹⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. *Local Loan Co versus Hunt*, 292 U.S. 244 (1934).

¹⁴¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. 3. Ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 121.

¹⁴² BAIRD, Douglas G. *Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren*. *University of Chicago Law Review*, vol. 54, no. 3, Summer 1987, p. 815-834. HeinOnline.

Em março de 1964, no julgamento de *Bruning versus United States* (376 U.S. 358)¹⁴³, o reclamante obteve uma decisão desfavorável ao requerer a inexigibilidade do pagamento de juros existentes sobre impostos retidos na fonte e contribuições federais autuados após a falência.

O litígio não envolvia a liberalidade do Estado em cobrar o crédito principal não adimplido pela insuficiência de ativos do devedor ou os juros devidos até a decretação da falência. O interesse do reclamante resumia-se a definir se, os juros após a falência seriam devidos, mesmo após a concessão do *discharge*.

No caso concreto, a autuação do crédito tributário ocorreu após o pedido de falência, porque quando se tornou exigível, o reclamante o inadimpliu e mais tarde requereu a decretação da falência. Em razão disso, os Estados Unidos da América requereu ao Juízo o pagamento do crédito avaliado até então, em observância ao concurso de credores, parcela que foi paga pela massa em montante ínfimo.

Em razão da concessão do *discharge*, com o pedido do reclamante de restituição do imposto de renda, a Receita Federal calculou o crédito devido e os juros incidentes, inclusive desde o pedido de falência à data do respectivo pagamento, o que foi o motivo de insurgência do reclamante neste precedente e originou o questionamento quanto à legitimidade do Estado para cobrar tais juros posteriores à falência.

A Suprema Corte entendeu que face à exclusão legal prevista na seção 17 do Bankruptcy Federal Act do crédito tributário ao *discharge*, o devedor permaneceria pessoalmente responsável pelo crédito tributário e respectivos juros incidentes não satisfeitos pela Massa Falida, bem como pelos juros posteriores após a falência.

É indiscutível que, com fulcro no §17, o autor permaneceu pessoalmente responsável após seu discharge por parte do crédito principal tributário e os juros anteriores à decretação da falência não satisfeitos pela Massa Falida. A corte acima afirmou que, com fulcro no §17, o autor também permaneceu pessoalmente responsável pelos juros do crédito tributários posteriores à falência, e nós não encontramos fundamento substancial para reverter esse entendimento. Inicialmente, se assumiria que o Congresso, ao prever que determinado tipo de débito sobreviveria ao procedimento de falência como

¹⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. *Bruning versus United States*, 376 U.S. 358 (1964).

responsabilidade pessoal do devedor, objetivou a manutenção da responsabilidade pessoal do devedor tanto quanto aos juros quanto ao crédito principal. A despeito disso, nunca foi rigidamente sugerido que um credor cujo reclamação não foi atendida pelo administrador judicial, perde o direito aos juros numa ação ajuizada pessoalmente contra o devedor após o encerramento da falência.¹⁴⁴

Além disso, acrescentou que mesmo que o credor não tenha conseguido a concordância do administrador judicial no pagamento do crédito nos limites entendidos como devidos pelo credor, ele não perde o direito aos juros numa ação ajuizada posteriormente à falência contra o devedor. Diversamente argumentou o reclamante, o qual afirmou que, uma vez tendo o Estado sujeitado o crédito ao processo de falência, o valor limita-se ao montante habilitado, devendo ser aplicado na hipótese o caso *City of New York versus Saper*.

A Suprema Corte entendeu que a regra aplicada ao caso *City of New York versus Saper* não encontra respaldo jurídico como precedente, por afastar os juros posteriores à decretação da falência, sob pena de prejudicar a administração da Massa, atrasar indevidamente os pagamentos dos credores e diminuir o patrimônio em favor de credores com juros altos sobre seus créditos à custa de outros credores. Por outro lado, em *Bruning versus United States*, a exigibilidade do crédito corre às custas pessoais do devedor – e não da massa falida – permanecendo responsável pelo crédito inadimplido, mesmo após o encerramento da falência e a concessão do *discharge*.

A impossibilidade de tornar inexigível os juros posteriores após o encerramento da falência se implementa por se tratar de crédito tributário e, pode, em certa medida, mitigar os efeitos do *discharge* concedido aos devedores.

¹⁴⁴ “It is undisputed that, under § 17, petitioner remained personally liable after his discharge for that part of the principal amount of the tax debt and pre-petition interest not satisfied out of the bankruptcy estate. The courts below held that, under § 17, petitioner also remained personally liable for post-petition interest on the tax debt, and we find no substantial reason to reverse that holding. Initially, one would assume that Congress, in providing that a certain type of debt should survive bankruptcy proceedings as a personal liability of the debtor, intended personal liability to continue as to the interest on that debt as well as to its principal amount. Thus, it has never been seriously suggested that a creditor whose claim is not provable against the trustee in bankruptcy loses his right to interest in a post-bankruptcy action brought against the debtor personally.” Tradução livre. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. *Bruning versus United States*, 376 U.S. 358 (1964).

Paralelamente, o julgamento em 1949 do caso *City of New York versus Saper, Trustee in Bankruptcy* (336 U.S. 328), em conjunto com os casos *State of New York v. Carter, Trustee in Bankruptcy* e *United States v. Carter, Trustee in Bankruptcy* é paradigmático do mesmo modo, visto que busca definir se os juros correm contra o devedor até o pedido de falência ou até o pagamento.

O imperativo que condiciona o pagamento dos juros pela Massa Falida somente até a data do pedido de falência deriva de princípio fundamental da lei falimentar inglesa, não previsto como dispositivo legal, mas recebido pelo direito norte-americano.¹⁴⁵ Em razão disso, por tratar-se de princípio fundamental, não se discute a exigência ou não dessa regra, mesmo para créditos tributários.

Em comparação ao entendimento dado no ordenamento jurídico brasileiro, a comprovação do pagamento do crédito tributário é exigido como requisito para a extinção das obrigações do falido, conforme normativa inserida no artigo 191 do Código Tributário Nacional. No entanto, no julgamento do Recurso Especial n. 834.932/MG, foi defendido que o devedor pode ter o deferimento da extinção de suas obrigações por sentença, mesmo sem a quitação do crédito tributário, com a ressalva de que o crédito fiscal seguirá exigível até o respectivo pagamento ou prescrição.¹⁴⁶

Compreende-se que à luz dos *leading cases* selecionados, existe mais do que fundamentação legal, mas observância ao princípio cardeal da lei falimentar, possibilitando ao devedor honesto uma nova oportunidade, liberando-o das obrigações contraídas anteriormente à falência. No entanto, o instituto do *fresh start*, como no direito brasileiro, não permite extinguir as obrigações tributárias. Permite, claro, não exigir juros posteriores à decretação da falência se pagos pelo patrimônio da Massa Falida e em prejuízo dos demais credores. Nesse sentido, entende-se que as próximas decisões proferidas pelos órgãos judiciais brasileiros irão observar o princípio cardeal estabelecido no artigo 75, inciso III, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o fomento ao empreendedorismo, mediante a viabilização do célere retorno do empreendedor falido à atividade econômica, ressalvadas, é claro, as obrigações tributárias.

¹⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. *City of New York versus Saper, Trustee in Bankruptcy*, 336 U.S. 328 (1949).

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Acórdão no Recurso Especial n. 834.932/MG, Relator Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 18/08/2015. DJe: 29/10/2015. Acesso em: 18 abril. 2021.

3.2. A REABILITAÇÃO EMPRESARIAL SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na mesma linha das alterações trazidas à Lei de Recuperação de Empresas e Falência pela Lei 14.112/2020, a reabilitação empresarial somente pode ser analisada sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro se contextualizadas as legislações aplicáveis na espécie. O ponto de relevo é, sobretudo, o artigo 200 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência¹⁴⁷ que prevê a revogação do Decreto-lei 7.661/1945 a partir da entrada em vigor Lei 11.101/2005 em 09 de junho de 2005¹⁴⁸, não obstante seja dada a ênfase no artigo 192¹⁴⁹ de que as falências decretadas sob a vigência do Decreto-lei encerrar-se-ão por esse diploma legal.

A importância dessa constatação reside não somente na lei falimentar que irá regular a falência, como também nos requisitos que o devedor deverá cumprir para ter a sua reabilitação empresarial. No Decreto-lei 7.661/1945, conquanto existente a declaração da extinção das obrigações pelo pagamento e prescrição¹⁵⁰, não exprimia com exatidão quais obrigações seriam extintas, excluindo a possibilidade de extinção das obrigações do falido se o sócio-gerente da sociedade falida tivesse sido condenado por crime falimentar.

BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 200. Ressalvado o disposto no art. 192 desta Lei, ficam revogados o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e os arts. 503 a 512 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.”

¹⁴⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 694-695.

¹⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. § 4º Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convocação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.”

¹⁵⁰ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 135. Extingue as obrigações do falido: I - o pagamento, sendo permitida a novação dos créditos com garantia real; II - o rateio de mais de quarenta por cento, depois de realizado todo o ativo, sendo facultado o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem, se para tanto não bastou a integral liquidação da massa; III - o decurso do prazo de cinco anos, contado a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio gerente da sociedade falida, não tiver sido condenado por crime falimentar; IV - o decurso do prazo de dez anos, contado a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio gerente da sociedade falida, tiver sido condenado a pena de detenção por crime falimentar;”

A inovação da Lei 14.112/2020 que prevê o pedido de extinção das obrigações do devedor, decorridos 3 (anos) da prolação da sentença de decretação da falência, não é novidade segundo o antigo Decreto-lei. Nos termos do seu artigo 137¹⁵¹, o devedor poderia requerer a extinção das obrigações antes do encerramento da falência, porém, para o respectivo deferimento exigia-se o pagamento dos créditos, o rateio de mais de quarenta por cento dos créditos ou a prescrição das obrigações, contada do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. Os devedores cujos processos falimentares eram baseados na correspondência entre a insolvência jurídica e econômica, por outro lado, não aproveitavam a extinção de suas obrigações antes do encerramento da falência, pois era ausente a capacidade financeira para pagamento dos créditos antes da finalização do procedimento falimentar. Logo, trata-se de uma hipótese que pode ser dificilmente exercida.

No que concerne às falências decretadas sob a vigência da Lei 11.101/2005, o devedor permaneceu limitado ao pagamento e a prescrição para postular a extinção das obrigações, excluindo-se a previsão expressa quanto à impossibilidade da declaração se o sócio-gerente fosse condenado para a prática de crime falimentar. Contudo, como já visto, a empresa não pode ser condenada pela prática de ilícitos praticados por seus sócios-gerentes ou administradores.

A Lei 14.112/2020, ao regular o procedimento de encerramento da falência, mediante a inserção de dispositivos legais fundamentais à viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica, promovendo, ainda, a extinção de suas obrigações mesmo que não encerrado o processo falimentar, condicionou a vigência de determinados artigos à data da decretação da falência do empresário e da sociedade empresária. Nesse sentido, o artigo 5º disciplina que algumas disposições não serão aplicadas de imediato às falências decretadas a partir de 09 de junho de 2005, exigindo-se para a incidência de seus efeitos a decretação da falência a partir de 23 de janeiro de 2021¹⁵².

¹⁵¹ BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 137. O requerimento será autuado em separado, com os respectivos documentos, e publicado, por edital com o prazo de trinta dias, no órgão oficial e em outro jornal de grande circulação. 3º Se o requerimento fôr anterior ao encerramento da falência (artigo 135, nº I), o juiz, ao declarar extintas as obrigações, encerrará a falência.”

¹⁵² BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

É cabível o destaque a três das hipóteses previstas no artigo 5º que estão atreladas ao encerramento da falência e a reabilitação empresarial do devedor. A primeira reside na afirmação da impossibilidade da extensão da falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada, a qual somente será aplicada aos processos em que a sentença de decretação da falência tenha sido prolatada a partir de 23 de janeiro de 2021. O ponto característico é a permissão de desconsideração da personalidade jurídica, até então não prevista expressamente na Lei 11.101/2005, desde que preenchidos os requisitos do artigo 50 do Código Civil e instaurado o respectivo Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos termos do artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil. Distintamente do previsto no Código de Processo Civil, tratando-se de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade falida, não suspenderá a tramitação do feito falimentar.

No que concerne às disposições relativas à extinção das obrigações do falido, é possível a aplicação imediata da Lei 14.112/2020 na hipótese de encerramento da falência frustrada e da falência encerrada por sentença, mesmo nas falências decretadas sob o regime do Decreto-lei 7.661/1945. Porém, a possibilidade de requerer a extinção das obrigações decorridos 3 (três) anos da decretação da falência somente é possível para os devedores cuja falência foi decretada a partir de 23 de janeiro de 2021. Quanto às falências decretadas sob o Decreto-lei não verifica-se prejuízo algum, visto que é permitido nesse regime legal requerer a extinção das obrigações antes do encerramento da falência. Por outro lado, o benefício da celeridade conferido aos falidos pela Lei 14.112/2020 não será aplicado às falências em andamento, devendo aguardar-se o respectivo encerramento da falência.

As disposições analisadas demonstram que o processo falimentar é direito intemporal, conforme a expressão utilizada pelo autor Marcelo Barbosa Sacramone,¹⁵³ devendo ser analisado cada processo e pedido de reabilitação empresarial de acordo

“Art. 5º Observado o disposto no art. 14 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) , esta Lei aplica-se de imediato aos processos pendentes. § 1º Os dispositivos constantes dos incisos seguintes somente serão aplicáveis às falências decretadas, inclusive as decorrentes de convolação, e aos pedidos de recuperação judicial ou extrajudicial ajuizados após o início da vigência desta Lei: III - as disposições previstas no caput do art. 82-A da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 ; IV - as disposições previstas no inciso V do caput do art. 158 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 . § 3º As disposições de natureza penal somente se aplicam aos crimes praticados após a data de entrada em vigor desta Lei. § 5º O disposto no inciso VI do caput do art. 158 terá aplicação imediata, inclusive às falências regidas pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

¹⁵³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 694.

com o momento em que a falência foi decretada. Conquanto essa característica regente da dinamicidade das legislações falimentares, o núcleo da reabilitação empresarial permanece atrelado à necessidade de pagamento dos credores na proporção do patrimônio do devedor ou a realização do ativo existente.

A fim de permitir a correta resposta à reabilitação empresarial sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, é premente a constatação da sentença de decretação da falência como responsável pela modificação da capacidade do empreendedor em retomar a atividade econômica. Clara consequência é a declaração da indisponibilidade dos bens do devedor e a sua inabilitação empresarial para o exercício da atividade econômica organizada, em virtude de que a indisponibilidade dos bens do falido é destinada à alienação dos bens utilizados para o desenvolvimento da atividade econômica para o pagamento dos credores, não tendo o devedor como deles dispor. Por outro lado, a inabilitação empresarial como estado de direito perdura até o trânsito em julgado da sentença de extinção das obrigações do falido, quando poderá postular ao Juízo Universal que seja anotada a reabilitação empresarial em sua inscrição e permitirá o retorno à atividade econômica.

Tratando-se de devedor sociedade empresária, ante à informação de quais são os seus sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, após a decretação da falência o administrador judicial poderá requerer a indisponibilidade de seus bens até o julgamento de possível ação de responsabilidade de caráter indenizatório a ser ajuizada com fundamento no artigo 82 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Distintamente da indisponibilidade dos bens que o falido não pode mais dispor, a não procedência da ação de responsabilidade permite o cancelamento desta indisponibilidade.

Veja-se que, a falência, enquanto processo de execução coletiva, destinado a reunir os ativos do devedor para convertê-los em moeda e distribuir entre os credores, concebeu como necessária a inabilitação empresarial do devedor ao exercício da

atividade econômica organizada voltada para a produção ou a circulação de bens e serviços¹⁵⁴ enquanto perdurar a exigibilidade das obrigações do falido¹⁵⁵.

A identificação do devedor, à luz dos apontamentos já trazidos pela autora Adriana Valéria Pugliesi, também é definida por Isabel Picot e Renato Mange, ao expor que se o empresário não exerce a atividade econômica em nome próprio, a exemplo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), o falido será tão somente a empresa.

Nesse sentido, a inabilitação para exercer a atividade empresarial prevista no artigo 102 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, somente se dará mediante a condenação dos dirigentes ou sócios de empresas falidas pela prática de crime falimentar, conquanto tenha se interpretado pelas Juntas Comerciais que o dirigente da empresa falida não poderá ser sócio ou dirigente de outra empresa até o encerramento da falência. Em continuação à exegese aqui instituída, o artigo 103 da mesma legislação prevê a indisponibilidade dos bens do devedor, a qual também deveria limitar-se ao empresário quando exerce a atividade econômica em nome próprio ou aos bens em nome da empresa.¹⁵⁶ Na prática, verifica-se a determinação de decretação da indisponibilidade dos bens do sócio ou dirigente da empresa falida, mesmo que ainda não ajuizada a ação de responsabilidade, de caráter indenizatório, prevista no artigo 82 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Por cautela, abre-se um parêntese: a interpretação a ser dada no aspecto da inabilitação empresarial e na indisponibilidade de bens exposto acima, face à impossibilidade de extensão da falência ou de seus efeitos ao sócio de responsabilidade limitada, aos controladores ou administradores da sociedade falida, não é verificada na existência de sócios de responsabilidade ilimitada, os quais, nos

¹⁵⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

¹⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei. Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.”

¹⁵⁶ MANGE, Renato; PICOT, Isabel. Direito falimentar brasileiro e o norte-americano: a falência da Lei 11.101/2005 e o Chapter 7. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (coord.). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 343-345.

termos do artigo 81 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, também terão decretada a sua falência e absorverão os seus efeitos.

A problemática trazida pelos autores merece reflexão. A inconsistência na legislação falimentar ao prever os termos devedor e falido sem dividir a responsabilidade na hipótese da falência da sociedade empresária, acarreta que os sócios ou dirigentes da empresa possam sofrer os efeitos da falência, sem, contudo, estarem falidos. Desta forma, durante o período de trâmite do processo falimentar brasileiro, que pode chegar a 20 (vinte) anos ou mais¹⁵⁷, o sócio ou dirigente da sociedade empresária poderá ter os seus bens indisponibilizados, a menos que seja postulado no juízo de tramitação do processo o seu cancelamento em virtude do não ajuizamento da ação de responsabilidade, cujo fundamento da indisponibilidade sobre os bens é diverso.

Perpassada a análise acerca da indisponibilidade que recai sobre os bens do devedor ou de seus sócios, à luz da morosidade na tramitação do processo falimentar, visto a demora na arrecadação, avaliação e alienação dos bens quando não há ampla divulgação do patrimônio pelo devedor, bem como demora no impulsionamento do feito pelo administrador judicial responsável pelo processo falimentar, seja no pagamento a credores ou demais atos, procede-se ao encerramento da falência.

O processo falimentar visto como execução coletiva, somente pode ser encerrado se houver o esgotamento do ativo e a inexistência de outras habilitações de crédito em tramitação, a fim de verificar com quais responsabilidades permanecerá o falido após o encerramento da falência. Porém, transitando em julgado a sentença de encerramento da falência, à luz das alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, não mais se falará em obrigações existentes, desde que não sejam a título de crédito tributário.

Assim, a reabilitação empresarial do devedor será postulada ao Juízo Universal por ação de extinção das obrigações que, a partir da vigência da Lei 14.112/2020 passa a dar nova redação aos requisitos para extinguir as obrigações.¹⁵⁸ Nos termos

¹⁵⁷ MANGE, Renato; PICOT, Isabel. Direito falimentar brasileiro e o norte-americano: a falência da Lei 11.101/2005 e o Chapter 7. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (Coordenação). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020. p. 343-345.

¹⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021.

do artigo 158, as obrigações do devedor são extintas pelo pagamento de todos os créditos, pagamento de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos credores quirografários, o decurso do prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência, a falência frustrada ou o encerramento da falência por sentença.

A extinção das obrigações do falido com fundamento no inciso V do artigo 158 somente será verificada nas falências decretadas a partir de 23 de janeiro de 2021, conforme previsão do artigo 5º da Lei 14.112/2020. Por outro lado, com fulcro no inciso VI do artigo 158, isto é, com base na falência frustrada ou o encerramento da falência por sentença, a extinção das obrigações do falido poderá tanto ser verificada nas falências decretadas sob a Lei 11.101/2005 quanto ainda sob a vigência do Decreto-lei 7.661/45.

Desta forma, o devedor poderá requerer a extinção das obrigações por sentença, publicando a secretaria do Juízo Universal aviso sobre a apresentação do requerimento para impugnação durante o prazo de 5 (cinco) dias dos credores, administrador judicial ou Ministério Público. No silêncio, o magistrado, no prazo de 15 (quinze) dias proferirá sentença que declarará extintas as obrigações do falido, inclusive de natureza trabalhista. Será informada a declaração de extinção das obrigações do devedor a todos informação da decretação da falência, podendo interpor o recurso de apelação. Transitada em julgado, a ação de extinção de obrigações será apensada ao processo de falência. Diante do trânsito em julgado, somente poderá ser a sentença rescindida por ação rescisória no prazo de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da sentença, acaso constatada a sonegação de bens, direitos ou rendimentos de qualquer natureza anteriores ao ajuizamento do pedido de extinção das obrigações.¹⁵⁹

“Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II - o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente 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; IV – 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. V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado; VI - o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta Lei.”

¹⁵⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

Pertinente, ainda, a análise das obrigações do sócio de responsabilidade ilimitada, visto que os sócios de responsabilidade limitada não são declarados falidos. No artigo 81 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, está positivado que a decretação da falência de sociedade com regime de sócios de responsabilidade ilimitada, acarretará também a falência destes. Estes sócios poderão também requerer a extinção de suas obrigações após a sentença proferida em favor da sociedade falida, conforme previsão legal do artigo 160.¹⁶⁰

O sócio ilimitadamente responsável responde pelas obrigações sociais contraídas pela sociedade empresária de forma solidária e subsidiária¹⁶¹, quanto à sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, quanto aos sócios comanditados, sociedade em comandita por ações, quanto aos sócios diretores, e as sociedades em comum.¹⁶² A falência da sociedade e a respectiva extensão aos sócios de responsabilidade ilimitada decorre justamente da presunção de que não teriam a possibilidade de satisfazer as obrigações da sociedade falida, pois não evitaram o inadimplemento da dívida da empresa. No entanto, a responsabilidade destes sócios seria subsidiária, permitindo-se a constrição dos bens pessoais se o ativo arrecadado pela Massa Falida for insuficiente.¹⁶³

§1º A secretaria do juízo fará publicar imediatamente informação sobre a apresentação do requerimento a que se refere este artigo, e, no prazo comum de 5 (cinco) dias, qualquer credor, o administrador judicial e o Ministério Público poderão manifestar-se exclusivamente para apontar inconsistências formais e objetivas. § 3º Findo o prazo, o juiz, em 15 (quinze) dias, proferirá sentença que declare extintas todas as obrigações do falido, inclusive as de natureza trabalhista. § 4º A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência. § 5º Da sentença cabe apelação. § 6º Após o trânsito em julgado, os autos serão apensados aos da falência. Art. 159-A. A sentença que declarar extintas as obrigações do falido, nos termos do art. 159 desta Lei, somente poderá ser rescindida por ação rescisória, na forma prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a pedido de qualquer credor, caso se verifique que o falido tenha sonogado bens, direitos ou rendimentos de qualquer espécie anteriores à data do requerimento a que se refere o art. 159 desta Lei. Parágrafo único. O direito à rescisão de que trata o caput deste artigo extinguir-se-á no prazo de 2 (dois) anos, contado da data do trânsito em julgado da sentença de que trata o art. 159 desta Lei.”

¹⁶⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 160. Verificada a prescrição ou extintas as obrigações nos termos desta Lei, o sócio de responsabilidade ilimitada também poderá requerer que seja declarada por sentença a extinção de suas obrigações na falência.”

¹⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

¹⁶² ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais. Direito de empresa. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 64-65.

¹⁶³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 413-414.

À luz da previsão do artigo 160 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência que permite a extinção das obrigações do sócio ilimitadamente responsável em decorrência da sociedade falida ser liberada de suas obrigações, a 2ª Vara Cível da Comarca de Cachoeirinha/RS permitiu a declaração da extinção das obrigações da sociedade falida e de seus sócios¹⁶⁴ sujeitas ao processo falimentar com fundamento na equidade de tratamento e economia processual. Distintamente da previsão do artigo 160 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, foi possível extinguir as obrigações da sociedade e de seus sócios de responsabilidade ilimitada no mesmo processo.

O sócio ilimitadamente responsável, tendo extintas as suas obrigações e as da sociedade empresária, poderá voltar a praticar atividade econômica, no entanto, permanecerá responsável pelas obrigações tributárias que somente serão extintas pelo pagamento ou a prescrição. Questiona-se, portanto, o *fresh start* conferido ao sócio de responsabilidade ilimitada se não realizar a quitação dos créditos tributários ou a possibilidade, como no caso concreto julgado, se ambos, o sócio e a sociedade falida tiveram as obrigações extintas, se poderá a sociedade retornar à atividade econômica.

No entanto, no processo falimentar em que houve a determinação de baixa da falida em decorrência do encerramento da falência de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, já foi possível verificar uma das consequências da alteração da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Na espécie, a 1ª Vara Cível do Foro de São José do Rio Preto determinou a baixa da sociedade falida no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ) após o pagamento integral de seus credores e extinção das obrigações¹⁶⁵, conforme a previsão expressa do artigo 156 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. É questionável se a inclusão deste artigo com a previsão expressa da baixa da falida na legislação falimentar irá obstar a possibilidade de continuação da pessoa jurídica após

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Vara Cível da Comarca de Cachoeirinha. Juiz de Direito: Cassio Benvenuto de Castro. Processo n. 5003666-34.2019.8.21.0086. Data de Julgamento: 08/12/2020.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível do Foro de São José do Rio Preto. Juiz de Direito: Ricardo de Carvalho Lorga. Processo n. 0021809-69.2020.8.26.0576. Data de Julgamento: 03/05/2021.

a extinção de suas obrigações, visto a determinação da baixa de sua inscrição no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas.

Nos termos do artigo 1.033, a sociedade empresária se dissolverá pela declaração da falência.¹⁶⁶ Observa-se que, não obstante o entendimento do autor Marlon Tomazette de que o artigo 156 determina a baixa da pessoa jurídica após o encerramento da falência, com fundamento na falência como marco inicial da dissolução da sociedade e ressalvando a possibilidade de pagamento de todas as obrigações, permitindo o retorno às atividades econômicas,¹⁶⁷ o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou em julgado que a comunicação do encerramento da falência não conduz à dissolução da sociedade, podendo ela prosseguir no comércio a requerimento do falido.¹⁶⁸ Outra vez, a resposta da compreensão do artigo 156 virá da jurisprudência.

Destarte, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência tem como objetivo fomentar o empreendedorismo, proporcionando o retorno célere do empreendedor falido ao mercado, como aproximação ao instituto do *fresh start*, que concede uma nova oportunidade ao devedor. No tocante à nova chance concedida ao empresário que exerce a atividade econômica em nome próprio, as novas alterações legislativas prometem acelerar a retomada de sua reabilitação empresarial e o seu retorno ao

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abril. 2021. “Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.”

¹⁶⁷ “Além de todos esses efeitos, tal sentença vai determinar a baixa no CNPJ com o encerramento do processo. A própria ideia de extinção do processo de falência, como causa de extinção das obrigações (Lei n. 11.101/2005 – art. 158, VI), leva a crer no encerramento também da pessoa jurídica. Ademais, a referência à “viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica” (Lei n. 11.101/2005 – art. 75, III) como objetivo da falência também conduz a essa conclusão.” TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. Volume 3. Falência e Recuperação de Empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 237-238.

¹⁶⁸ FALÊNCIA. SENTENÇA DE ENCERRAMENTO. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE FALIDA EM RAZÃO DA COMUNICAÇÃO DO ATO À JUNTA COMERCIAL. DESCABIMENTO. - O mero encerramento da falência, com a comunicação do ato ao registro comercial, não conduz à dissolução da sociedade, à extinção das obrigações do falido ou à revogação do decreto de quebra. - A personalidade jurídica da falida não desaparece com o encerramento do procedimento falimentar, pois a sociedade pode prosseguir no comércio a requerimento do falido e deferimento do juízo, ou mesmo, conforme determinava a anterior lei falimentar, requerer o processamento de concordata suspensiva. - A sociedade falida perdura até que se promova o processo extintivo de suas obrigações, nos termos dos artigos 134 e 135 da anterior Lei Falimentar. A expedição de ofício comunicando o encerramento do procedimento falimentar à Junta Comercial não impede a cobrança dos créditos remanescentes ou que o falido ou o sócio da sociedade falida requeira a declaração judicial da extinção de suas obrigações. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Acórdão no Recurso Especial n. 883.802/DF. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Data de julgamento: 27/04/2010. DJe: 02/05/2010)

mercado. A reabilitação da sociedade empresária, por outro lado, é um dilema no ordenamento jurídico brasileiro.

4 CONCLUSÃO

A crise econômico-financeira do empreendedor obsta a continuidade da atividade econômica para a qual a sociedade empresária foi constituída, afetando os interesses dos credores, fornecedores, trabalhadores, consumidores e a comunidade em geral. O ordenamento jurídico brasileiro prevê regimes jurídicos aptos a regular as crises econômico-financeiras dos devedores, enquanto empresário que exerce a atividade econômica em nome próprio e as sociedades empresárias, permitindo a reorganização de empresas cujas crises são reversíveis por meio da recuperação judicial e extrajudicial, ou a liquidação da empresa pela falência, quando as crises são irreversíveis e, portanto, há a perfectibilização da inviabilidade da empresa.

A perda da confiança no crédito exige que a falha de mercado seja regulada de forma a salvaguardar os múltiplos interesses envolvidos na liquidação da sociedade empresária. No entanto, a falência, como regime extintivo e liberatório de obrigações, somente poderá ser decretada se preencher os requisitos da impontualidade injustificada, execução frustrada ou a prática de atos de falência. A insolvência jurídica diferencia-se, portanto, da insolvência econômica, esta conceituada como a incapacidade material do patrimônio quitar as obrigações da empresa.

Na concorrência da insolvência jurídica e econômica, a execução coletiva promovida pelos credores em face do ente despersonalizado que representa o patrimônio do devedor, processualmente constituída pela incapacidade de satisfazer os créditos por execuções individuais, impossibilitará o pagamento integral dos credores, sendo inafastável a observância de alguns princípios para promover o melhor resultado útil do processo falimentar: tratamento paritário entre credores, preservação e maximização dos ativos do falido, celeridade, eficiência e princípio da economia processual, os quais consolidam o princípio cardeal da preservação da empresa previsto na Lei 11.101/2005.

O princípio da *par conditio creditorum*, conhecido como tratamento paritário entre credores, visa efetivar o mesmo tratamento aos créditos de mesma natureza, impondo que sejam quitados de maneira proporcional. A preservação e maximização dos ativos do devedor promoverá a célere arrecadação e alienação de ativos, sob pena de deteriorarem-se até o pagamento do credores, maximizando o seu valor enquanto ainda não alienado. A celeridade, eficiência e economia processual buscam

garantir de forma célere o prosseguimento do feito, no cumprimento de seus atos, para o pagamento aos credores e a reabilitação empresarial do devedor. Estes princípios conjugados constituem o princípio cardeal da empresa, efetivados por meio da autorização de o devedor apresentar o pedido de recuperação judicial em resposta ao ajuizamento do pedido de falência por terceiro, na preferência na alienação dos bens do devedor pelo conjunto de estabelecimentos, por estes singularmente considerados ou em blocos de bens voltados à utilização produtiva, na possibilidade de alienação dos bens tão logo seja possível a sua arrecadação, na possibilidade de continuação da atividade mesmo após a decretação da falência e o afastamento do devedor de suas atividades para preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa.

O princípio da preservação da empresa na Lei 11.101/2005, influenciado pela legislação norte-americana, defende a reorganização da empresa viável por meio dos regimes jurídicos da recuperação judicial e extrajudicial e a célere liquidação das empresas inviáveis, preservando os interesses globais envolvidos na comunidade em geral. Como consequência da célere liquidação da empresa, o devedor terá extintas as suas obrigações e será declarado reabilitado para o exercício da atividade econômica. No entanto, a reabilitação empresarial do devedor de forma célere, não foi verificada no ordenamento jurídico brasileiro, ante à longa tramitação dos processos de falência e a exigência do decurso dos prazos previstos na legislação específica para permitir o retorno do devedor ao mercado.

À vista da condenação do devedor ao estigma de falido por longos anos, a solução dada pela legislação brasileira foi buscar a resposta no estudo de Direito Comparado, novamente, no direito norte-americano, no qual extraiu os limites do instituto do *discharge*, que oportunizam uma nova chance ao devedor, efetivando o *fresh start*.

Conquanto hoje a legislação norte-americana seja conhecida pela flexibilização da legislação falimentar, a origem do *discharge* remonta ao ordenamento jurídico inglês, que exerceu grande influência sobre as legislações falimentares dos Estados Unidos América.

A necessidade da elaboração da primeira lei falimentar inglesa nasceu do intuito de facilitar o recebimento dos créditos pelos credores, visto que nos séculos

XIII e XIV, o devedores haviam desenvolvidos modos de evitar o aprisionamento coercitivo por dívidas. Sobreveio a promulgação em 1542, denominada *An act against such persons as do make bankrupts*, a qual excluía qualquer previsão quanto à possibilidade de liberação das dívidas do devedor.

No ano de 1570, houve lova leitura da situação falimentar à época, sendo editada a lei *An act touching orders for bankrupts*, que manteve a impossibilidade de extinção das obrigações do devedor, permanecendo este obrigado à alienação de seu patrimônio futuro pagamento dos credores.

O *discharge* inglês somente seria instituído em 1705, o qual previa no processo de falência involuntária a liberação das dívidas do falido, desde que divulgasse amplamente o seu patrimônio aos comissários e aos credores. Conquanto na instituição não houvesse a necessidade de anuência dos credores para a concessão do *discharge*, esse requisito passa a ser exigido para a emissão pelos comissários do certificado de conformidade, que permitia a liberação das obrigações do falido.

À época da independência norte-americana como colônia inglesa, a legislação falimentar em vigor era a lei *An act to prevent the committing of frauds by bankrupts*, a qual, em conjunto com suas emendas, influenciou a primeira lei norte-americana, mantendo a severidade aos devedores que praticavam atos de fraude e o benefício do *discharge* aos devedores honestos que cooperavam com o processo falimentar.

O *Bankruptcy Act of 1800*, manteve a finalidade de proteger os credores mais do que implementar uma política de liberação de dívidas. Conquanto fosse destinado aos devedores comerciais, somente os credores poderiam requerer a falência do devedor e o *discharge* não era automático, pois precisava da autorização dos comissários e concordância dos credores, na proporção de dois terços, por cabeça e pecúnia.

Em 1898, a legislação norte-americana inovou ao reformular o conceito do *discharge* inglês, ressignificando a desobrigação outorgada pelo Juízo ao devedor de boa-fé de forma discricionária e dispensando a anuência dos credores, com relação a todas as dívidas contraídas, sem que fosse necessário o pagamento de um percentual mínimo da dívida existente para a concessão do benefício.

Os problemas que encontramos hoje no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao caráter extremamente processual da falência, a demora na tramitação do processo, ao custo elevado, ao baixo percentual recebido do crédito pelos credores e a desvalorização do ativo durante o processo, surgiram com a lei falimentar norte-americana de 1898. Face às regulares alterações na legislação, houve a facilitação da falência e reorganização tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica no século XX.

A influência do *fresh start* norte-americano no direito brasileiro busca associar o insucesso empresarial do devedor como natural na condução da atividade econômica e na assunção dos riscos empresariais, tornando célere o procedimento de extinção das obrigações do falido. A correlação entre os termos do direito norte-americano e brasileiro pode ser resumida pela identificação da reabilitação empresarial do devedor como o *discharge*, por meio da extinção das obrigações do falido, que possibilita o *fresh start*, isto é, a nova oportunidade dada ao devedor para o retorno ao mercado.

A Lei 14.112/2020, em vigência desde 23 de janeiro de 2021, instituiu a aproximação do conceito de *fresh start* no artigo 75 da legislação específica, referindo que o afastamento do devedor da empresa, além de preservar e otimizar a utilidade produtiva do ativo do devedor e promover a liquidação célere das empresas inviáveis, visa fomentar o empreendedorismo por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

O recomeço do devedor no ordenamento jurídico brasileiro é efetivado pela positivação de novas formas de extinção das obrigações do devedor, excluindo-se a exigência do decurso do prazo de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos, contados da sentença de encerramento da falência. Na nova redação da lei, a falência frustrada e o encerramento da falência regular por sentença são formas de extinção das obrigações do falido. Além disso, mantém-se a necessidade de pagamento dos credores, permitindo-se para a extinção das obrigações ou o pagamento integral dos credores ou o pagamento de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários. Por fim, a inserção mais conflituosa parece ser a possibilidade de extinção das obrigações do devedor após o decurso do prazo de 3 (três) anos contados da decretação da falência.

A possibilidade de liberar o devedor das obrigações pelo decurso do prazo prescricional justifica-se pelas previsões no ordenamento jurídico brasileiro de reconstrução do patrimônio do devedor pela declaração de ineficácia dos atos praticados até dois anos antes da decretação da falência e da ação revocatória com prazo decadencial de 3 (três) anos. Outrossim, o direito brasileiro prevê a possibilidade de extensão da falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade ilimitada, os quais responderão com seu patrimônio pessoal de forma subsidiária, mas imediatamente arrecadado e a responsabilização criminal e civil pelos atos praticados durante o exercício da atividade econômica, isto é, mediante o ajuizamento de ação penal, ação de responsabilidade civil ou a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Assimila-se justo que havendo tantas formas de responsabilizar o devedor pelos atos praticados durante a condução da atividade econômica, ou reconstruindo o patrimônio do devedor, o qual é garantia geral dos credores, seja concedida a permissão de retornar ao mercado de forma célere ante à ampla divulgação de seu patrimônio para a execução coletiva. Destarte, se podemos extrair mais do direito norte-americano, é a necessidade dos devedores frequentarem cursos de administração financeira e, assim, evitar-se próxima derrocada por gestão empresarial ineficiente.

De toda a forma, a preocupação do direito brasileiro no tocante à reabilitação empresarial do devedor é palpável e merece consideração, mesmo que também possa ser destinada a incentivar a divulgação pelo devedor do respectivo patrimônio sem a ocultação de bens ou da escrituração contábil. No entanto, à luz da narrativa exposta, verifica-se que o primeiro ponto que distingue ambos ordenamentos jurídicos na aplicação da extinção das obrigações do devedor é o tempo necessário para a reabilitação empresarial. Enquanto no direito norte-americano, o devedor pode ter deferido o *discharge* após o período de quatro meses, no ordenamento jurídico brasileiro o falido somente poderá retornar ao mercado, no mínimo, três anos após a decretação da falência, à exceção da hipótese do pagamento do ativo em menor período ou de falência frustrada.

A manutenção no direito falimentar brasileiro do requisito de pagamento do percentual integral ou parcial de créditos, ressaltando novamente a exceção da

falência frustrada, aponta como exemplo da característica fundamental do processo falimentar no Brasil: a criação da expectativa de que o credor irá receber o crédito. Por outro lado, nos Estados Unidos da América busca-se dar ênfase quanto à inexistência de ativo suficiente para o pagamento integral dos credores, sem penalizar o devedor com a execução pelos credores de dívidas zumbis que não serão pagas e permitindo o recomeço do falido.

Desta forma, o incentivo do *disclosure* dado ao devedor busca evidenciar a inexistência de ativo, incentivando que haja essa ampla divulgação do patrimônio, como uma cooperação de devedor para encerrar o processo de falência e usufruir da nova oportunidade no mercado. Não trata-se, então, somente de um recurso social para a arrecadação do ativo.

A promessa do *fresh start* mediante a previsão do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica não ocorre somente pela liberação das obrigações do devedor, mas pela obrigação do devedor frequentar treinamento de administração financeira, a exemplo dos cursos *credit counseling* e *debtor education*.

Nesse sentido, o devedor que participa do treinamento de administração financeira após o processo falimentar, estará mais preparado para enfrentar a próxima crise econômico-financeira, eis que inerente à atividade comercial e revertê-la. A ausência no direito brasileiro de qualquer previsão que exija o devedor cursar treinamentos semelhantes, não o prepara para o enfrentamento de novas crises econômico-financeiras.

Dito isso, observa-se que conquanto no direito norte-americano haja limitação ao período em que o devedor poderá ter concedido novamente o *discharge*, não há previsão ou enfrentamento semelhante no direito brasileiro, diminuindo as chances do instituto do *fresh start* funcionar no Brasil como existe nos Estados Unidos da América.

5 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Oswaldo Moreira. Aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Letras jurídicas: São Paulo, 2013.

BAIRD, Douglas G. Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren. University of Chicago Law Review, vol. 54, no. 3, Summer 1987.

BAIRD, Douglas G.; JACKSON, Thomas H. Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy. University of Chicago Law Review, vol. 51, no. 1, Winter 1984.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências. Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014.

BRUBAKER, Ralph. Taking Exception to the New Corporate Discharge Exceptions. American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 13, no. 2, Winter 2005.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial. Falência e recuperação de empresa. 11 ed. Saraiva Educação: São Paulo. 2020.

CARVALHOSA, Modesto; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. (Coordenação). Tratado de Direito Empresarial. Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 5. 2018.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). Dez anos da lei 11.101/2005. Estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à lei de falências e recuperação de empresas. Lei 14.112/2020, nova lei de falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy. *The Journal of Legal History* , September 1982, Vol. 3 Issue: 2.

COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy. In: *The Journal of Legal History*, vol. 3, no. 2, 1982.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

DUNCAN, Andrew J.. From disemberment to discharge: the origins of modern american bankruptcy law. In: *Commercial Law Journal*, Vol. 100, Issue 2 (Summer 1995).

DUTRA, Deo Campos. Métodos em direito comparado. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Vol. 61, n. 3, set/dez 2016. p. 198. DOI: 10.5380/rfdufpr.v61i3.46620.

ELGUETA, Giacomo Rojas. The paradoxical bankruptcy discharge: rereading the common law – civil law relationship. In: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. 2014, Vol. 19 Issue 2.

EMERSON, Andrew F. Identifying the honest debtor: section 727(a)(4)(A) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings. American Bankruptcy Law Journal. Fall 2015, Vol. 89 Issue 4.

ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course. Ano III, n. 12, set./out. 2011. Brasília: EAGU, 2011. Bimestral.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administrative Office of the United States Courts. Bankruptcy Basics. p. 9-18.

Disponível em:

<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/bankbasics-post10172005.pdf>.

Acesso em: 04 maio. 2021.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. The evolution of U.S. Bankruptcy Law: a time line.

Disponível em:

https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf

Acesso em: 25 abril 2021.

FEIJÓ, Guilherme Queirolo. Desconsideração da personalidade jurídica e extensão da falência no âmbito dos grupos econômicos. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 16. Set. 2018.

FILHO, Paulo Furtado de Oliveira. Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma pela lei 14.112/20. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

FRIEDMAN, Lawrence Meir; HAYDEN, Grant M. American law: an introduction. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

JACKSON, Thomas H. The fresh-start policy in bankruptcy law. Harvard Law Review. May85, Vol. 98, Issue 7.

MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia. (Coordenação). Recuperação Judicial. Análise comparada Brasil – Estados Unidos. São Paulo: Almedina, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. Preservação da empresa. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Lucas Lobo. Responsabilidade tributária e desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. São Paulo: Almedina, 2019.

PIVA, Luciano Zordan BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o discharge do direito norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). 10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCALZILLI, João Pedro. Confusão patrimonial no Direito Societário e no Direito Falimentar. São Paulo: Almedina, 2020.

SMART, Micah A.. Dawn of the debt: the increasing problem of creditors infecting the discharge injunction with zombie debt. *Maine Law Review* , 2018, Vol. 70, Issue 1.

SOUSA, Michael D. The Principle of Consumer Utility: A Contemporary Theory of the Bankruptcy Discharge. In: *University of Kansas Law Review*, Vol. 58, Issue 3 (March 2010).

SULLIVAN, Teresa A.; WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. Limiting access to bankruptcy discharge: an analysis of the creditors' data. In: *Wisconsin Law Review*, Vol. 1983, Issue 5 (1983).

TABB, Charles Jordan. The historical evolution of the bankruptcy discharge. In: *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 65, Issue 3 (Spring 1991).

TABB, Charles Jordan. The Historical Evolution of the Bankruptcy Discharge. In: *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 65, no. 3, Spring 1991.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. História do Direito Falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Recuperação de Empresas e Falência. Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. Vol. 3. Falência e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2021.

VALLE, Anco Márcio. O encerramento da falência. Causas e consequências. Rio de Janeiro: Editora Idéia Jurídica, 2000.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policy. University of Chicago Law Review, vol. 54, no. 3, Summer 1987.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Recuperação judicial e falência: algumas das possíveis consequências para os sócios das empresas afetadas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 68/2015.

AYOTTE, Kenneth. Bankruptcy and entrepreneurship: the value of a fresh start. Journal of Law, Economics & Organization. April 2007, Vol. 23, Issue 1.

BALCH, Bruce L.. Does Bankruptcy Discharge the Personal Liability for Unpaid Corporate Taxes. In: Taxes -The Tax Magazine, Vol. 55, Issue 6 (June 1977).

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência comentada e comparada: Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BELT, Pamela A.. Bush v. Taylor: a new exception to discharge in bankruptcy. In: Arkansas Law Review, Vol. 44, Issue 3 (1991).

BETLEY, Joseph J. The effect of a discharge in bankruptcy and the problem of non-dischargeable debts. In: New Hampshire Bar Journal, Vol. 4, Issue 3 (April 1962).

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; SILVA, Tamires Cardoso. A continuidade da atividade empresarial após o encerramento da falência e a extinção das obrigações do falido. Revista de Direito Empresarial. Vol. 12/2015.

CURRIE, Hector. Discharge in bankruptcy. In: Louisiana Law Review, Vol. 27, Issue 3 (April 1967).

CZARNETZKY, John M.. The individual and failure: a theory of the bankruptcy discharge. In: Arizona State Law Journal, Vol. 32, Issue 2 (Summer 2000).

DEWEESE, James. Bankruptcy discharge order: limited effect of the injunction against subsequent creditor action. In: University of Dayton Law Review, Vol. 3, Issue 1 (Winter 1978).

FRANCO, Vera Helena de Mello. O modelo falimentar norte-americano - particularidades. relevo aos capítulos 7, 11,12, 13 e 15 do bankruptcy code. Revista de Direito Empresarial. Vol. 7/2015.

GERMAIN, Gregory. Discharging their duty: a critical assessment of the tax court's refusal to consider bankruptcy discharge questions. In: Virginia Tax Review, Vol. 23, Issue 3 (Winter 2004).

GLENN, Garrard. Effect of discharge in bankruptcy: ancillary jurisdiction of federal court. In: Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy, Vol. 19, Issue 3 (April 1945).

GROSSMAN, Andrew. Conflict of laws in the discharge of debts in bankruptcy. International Insolvency Review. Summer1996, Vol. 5, Issue 1.

HARTE, Matthew. A critical analysis of the bankruptcy code's exception to discharge for debts arising from wrongful conduct. In: Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, Vol. 4, Issue 1 (Fall 2009).

HILLMAN, Robert A.. Bankruptcy discharge: a brief historical sketch. In: Cornell Law Forum, Vol. 18, Issue 1 (July 1991).

HILLMAN, Robert A.. Contract excuse and bankruptcy discharge. In: Stanford Law Review, Vol. 43, Issue 1 (January 1990).

KENNEDY, Frank R.. The discharge of partnerships and partners under the bankruptcy code. In: Vanderbilt Law Review, Vol. 38, Issue 4 (May 1985).

LAUGHARN, Hubert F.. The effect of discharge in bankruptcy. In: Insurance Law Journal, Vol. 1946, Issue 6 (June 1946).

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal. A recuperação de empresas e falências, insolvência civil e liquidação extrajudicial e a empresa cooperativa. São Paulo: Almedina, 2015.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

MILLER, Robert. The effect of a discharge of a partner of a partnership in bankruptcy. In: Texas Law Review, Vol. 5, Issue 4 (June 1927), p. 400-405.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa, v. 3. Recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. São Paulo: Saraiva, 2019.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

Acesso em: 18 abril. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Bankruptcy Code. Title 11. Chapter 7. Disponível em:

<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title11/chapter7&edition=prelim>.

Acesso em: 4 maio. 2021.

PRECEDENTES

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Vara Cível da Comarca de Cachoeirinha. Juiz de Direito: Cassio Benvenutti de Castro. Processo n. 5003666-34.2019.8.21.0086. Data de Julgamento: 08/12/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. Processo n. 0042511-48.2016.8.26.0100. Juiz de Direito Daniel Carnio Costa. Data de Julgamento: 31/07/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível do Foro de São José do Rio Preto. Juiz de Direito: Ricardo de Carvalho Lorga. Processo n. 0021809-69.2020.8.26.0576. Data de Julgamento: 03/05/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Acórdão no Recurso Especial n. 883.802/DF. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Data de julgamento: 27/04/2010. DJE: 02/05/2010

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. Bruning versus United States, 376 U.S. 358 (1964).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. City of New York versus Saper, Trustee in Bankruptcy, 336 U.S. 328 (1949).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. Williams versus U.S. Fidelity & G. Co., 236 U.S. 555 (1915).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. Local Loan Co versus Hunt, 292 U.S. 244 (1934).