

A TENSÃO ENTRE AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA NA LEITURA DO INSTITUTO DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO

*THE TENSION BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE AUTONOMY ON THE READING OF
THE DISCHARGE INSTITUTE*

Cimon Hendrigo Burmann de Souza*

Paulo Godoy Perilli **

RESUMO: Considerando que a Lei nº 11.101/05 estabeleceu que o processo de falência apenas se encerrará após a realização de todo o ativo, sua distribuição entre os credores e a apresentação de relatório final da falência pelo Administrador Judicial, e somente depois do sobredito encerramento ou do pagamento proporcional (ou integral) dos créditos é que poderá haver extinção das obrigações do falido, o presente artigo busca analisar a tensão entre a autonomia privada do interesse do falido em se ver liberado de suas obrigações e obter, com isso, um *fresh start*, contraposta à autonomia pública, cujo interesse não milita necessariamente pela reabilitação do falido, pois não olvida o concurso de atingidos e do mercado como um todo. Assim, pretende-se entender os fundamentos que justificam a necessidade de extinção das obrigações do falido, mas somente após o preenchimento das diversas condicionantes impostas pelo legislador.

Palavras-chave: Falência; inabilitação; extinção das obrigações; *fresh start*; autonomia pública; autonomia privada; *discharge*; reabilitação do falido.

ABSTRACT: Considering that Law nº 11.101/05 established that liquidation proceeding would come to an end only after the realization of the assets, its assessment among the holders and presentation of the final report of the case by the judicial administrator, and only after that would it be legally possible to conceive the discharge to the bankrupt, this article seeks to analyze the tension between the private autonomy of discharging the bankrupt and allowing it to have a fresh start, opposed to public autonomy, whose interest not necessarily goes with the commercial recovery of the bankrupt, because it's not allowed to forget all of the collective insolvency regarding that liquidation proceeding, and the market itself. In this scenario, the intention is to seek the grounds in which relies the necessity of discharging the bankrupt, only after the fulfilling of the several legal conditions.

Keywords: Liquidation bankruptcy; disqualification; discharge; fresh start; public autonomy, private autonomy; bankrupt recovery.

* Mestre e doutor em Direito Privado pela PUCMG. Professor de Direito Civil na PUCMG. Advogado.

** Especialização em Direito Processual pela PUCMG. Advogado pleno do Veríssimo, Moreira & Simas Advogados.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101/05, que revogou o Decreto-Lei nº 7.661/1945 e trouxe um novo regime à falência do empresário e da sociedade empresária, cuidou de estabelecer, em seu artigo 158, as hipóteses nas quais teria o falido extintas suas obrigações e veria encerrada, via de consequência, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, nos termos do artigo 102 do supracitado diploma.

Comparativamente ao antigo regime jurídico, contudo, pouco se avançou nesse assunto específico, no sentido de incentivar ou autorizar uma mais célere ou menos rigorosa extinção de obrigações, que é um pressuposto indispensável ao tão festejado *fresh start* que permeia o ideário da norma¹. O intuito do legislador não tendeu a reduzir as exigências legais para a extinção das obrigações do falido, e, por consequência, permitir o seu mais fácil acesso à reabilitação no mercado.

Pelo contrário, os requisitos legais para tanto (a ser melhor abordados à frente no presente estudo) em quase nada avançaram àqueles estabelecidos por um Decreto-Lei datado do ano final da Segunda Guerra Mundial, onde os contextos jurídico, econômico e social eram profundamente distintos daqueles que permearam a promulgação da Lei nº 11.101, nada menos do que sessenta anos depois.

Com isso, pretende-se investigar os fundamentos que amparam as hipóteses legais de extinção das obrigações do falido (instituto esse de inspiração no *discharge* norte-americano), notadamente para justificar sua quase integral preservação por mais de seis décadas, e os interesses antagônicos entre autonomia pública e privada que tencionam tal situação jurídica, qual seja, de reabilitação do falido.

¹ O *fresh start*, como a própria tradução já adianta, significa um “novo começo”, e representa o propósito final da legislação falimentar, ao promover a organização da execução concursal, em assegurar um recomeço ao devedor, por meio da extinção de suas obrigações e a reabilitação do falido. A expressão deriva do ideário norte-americano que orienta o *United States Bankruptcy Code*, destacadamente no instituto do *discharge* (que será abordado ao longo do texto), com a finalidade liberatória ao devedor para poder dar um “novo início” ao exercício da atividade empresarial, mesmo quando seus ativos arrecadados não forem suficientes para honrar com todas as obrigações em seu detrimento.

2. O FALIDO COMPREENDIDO PELA LEI Nº 11.101/05 E A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Antes de se avançar na análise da extinção das obrigações do falido, é preciso realizar um corte conceitual para delimitar a figura do falido propriamente dito.

A Lei nº 11.101/05, logo em seus primeiros artigos, define os sujeitos de direitos submetidos aos regimes da recuperação e falência por ela estabelecidos, cuja identificação perpassa por dois critérios de naturezas distintas: um critério positivo e outro negativo.

O critério positivo, canonizado no artigo 1º da Lei nº 11.101/05, objetiva limitar a aplicabilidade da norma somente àqueles que sejam empresários e sociedades empresárias, deixando de abranger os sujeitos de direito que exercem *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* (artigo 966, parágrafo único, do Código Civil).

Explica Marlon Tomazette que *Essa exclusão decorre do papel secundário que a organização assume nessas atividades e não apenas de um caráter histórico e sociológico, na medida em que Nas atividades não empresariais, o essencial é a atividade pessoal, o que não se coaduna com o conceito de empresário* (TOMAZETTE, 2011).

Já o segundo critério, negativo, opera pela exclusão (residual), e se encontra positivado no artigo 2º, *caput* e incisos, da Lei nº 11.101/05. Segundo o mencionado dispositivo, são excluídas do âmbito de incidência da lei as empresas públicas e sociedades de economia mista e as instituições financeiras, públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente a essas equiparadas.

Recapitulando, portanto, somente as pessoas jurídicas empresárias ou sociedades empresárias, que não possuam a forma específica das vedações do artigo 2º, é que estarão suscetíveis ao regime falimentar, podendo ser, pois, “falidas”.

Cabe, por fim, um último esclarecimento sobre a pessoa do falido. Nas sociedades com sócios ilimitadamente responsáveis, a decisão que decretar a sua falência acarretará também a falência desses, *que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em*

relação à sociedade falida (artigo 81, *caput*, da Lei nº 11.101/05).

Isso não se pode dizer, lado outro, dos sócios de responsabilidade limitada, cuja responsabilidade pessoal, assim como dos controladores e dos administradores da sociedade falida, é apurada por meio de ação própria perante o juízo falimentar (artigo 82, *caput*, da Lei nº 11.101/05).

Embora os sócios de responsabilidade limitada representem o formato da maioria das ações de falência, não sendo considerados, para todos efeitos, falidos propriamente ditos, permanecem à mercê da apuração de sua responsabilidade pessoal por quase tanto tempo quanto o falido responde por suas obrigações, porquanto o prazo prescricional para a supracitada ação de responsabilidade pessoal é de dois anos a serem contados do encerramento da falência.

E a importância em se compreender a extensão da expressão “falido” está diretamente ligada à delimitação de quem poderá se submeter aos efeitos da decretação da falência, cujo principal e mais gravoso efeito é a inabilitação para o exercício da atividade empresarial (artigo 102 da Lei nº 11.101/05).

3. OS PRINCIPAIS EFEITOS DA FALÊNCIA, SEU ENCERRAMENTO E O PAPEL DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES NO *FRESH START* DO FALIDO

Como pontuado acima, prescrevem os artigos 102 a 104 da Lei nº 11.101/05 os principais efeitos da decretação da falência e deveres do falido.

Com ênfase nos efeitos da falência em si, merecem destaque a perda do direito de administrar ou dispor de seus bens e a inabilitação empresarial do devedor, imediatos à decretação da falência, e que se constituem enquanto interdição de direito, como comenta Rubens Requião

o falido, juridicamente, não se torna um incapaz em decorrência da declaração de sua falência. Continua com sua capacidade civil intangível, não decaindo à condição nem de relativamente incapaz nem de interdito. Sofre, na expressão exata do jurista italiano Sacerdote, apenas *inibição* de praticar atos suscetíveis de interessar à massa falida ou de afetar o direito de seus credores. Frederiq, no

direito belga, fala de *incapacidade profissional*.

Sofre, pois, o falido restrições aos seus direitos, sobretudo nos direitos patrimoniais. (REQUIÃO, 1998, p. 168)

Tais repercussões, automáticas à decretação da quebra, não são mera formalidade ou sanção de alguma natureza ao falido, mas representam providências iniciais para se permitir a arrecadação da maior massa patrimonial possível daquele (falido) para satisfação da execução concursal. Não se pode perder de vista que a falência envolve, inevitavelmente, patrimônios avariados ou até mesmo dilapidados, daí a necessidade de socialização das perdas provocadas pelo risco empresarial (ULHOA, 2005).

Comparativamente, tomando-se o exemplo do *United States Bankruptcy Code*, diploma jurídico de grande influência e fonte de inspiração para a lei falimentar pátria, tem-se que a instauração da execução concursal deflagraria o denominado *bankrupt estate* (ou *property of the estate*), assinalado por Adriana Valéria Pugliesi Gardino² como

um conceito de grande importância no direito concursal norte-americano, pois o *property of the estate* passa a sujeitar-se a regras de supervisão e limitações de administração pelo devedor nos procedimentos reorganizatórios e, na liquidação, será arrecadado e alienado para pagamento dos credores.

Após esse fundamental afastamento, de pronto, do falido da ingerência de sua massa patrimonial, é dado prosseguimento ao procedimento falimentar, com a realização do ativo, até que se chegue, enfim, ao encerramento da falência. Na prática forense brasileira, este raramente ocorre antes de uma longa década de tramitação judicial, sendo mais incomum ainda lograr o pagamento da integralidade dos créditos habilitados³.

Uma vez concluída a realização do ativo, distribuído o produto entre os credores e

² Adriana Valéria Pugliesi Gardino, em sua Tese apresentada, em 2012, ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.29-30.

³ Uma exceção que merece destaque é a massa falida do Banco Santos S.A., que teve sua falência decretada em 20/09/2005 (logo, uma das expoentes do novo regime introduzido pela Lei nº 11.101), cuja gestão patrimonial tem sido superavitária ao longo de seus doze anos. Houve realização acumulada de ativos na casa de R\$1.589.760.000,00, com o pagamento acumulado de credores na ordem de R\$1.356.300.000,00, de passivo total de R\$2.087.543.000,00, de acordo com o último demonstrativo contábil consolidado apresentado pelo Administrador Judicial da massa relativo à dezembro/2017 (disponível em: < http://www.bancosantos.com.br/wp-content/uploads/2017/02/PCBS_201712.pdf >). Contate-se, pois, que um dos principais *cases* de sucesso (senão o principal) de uma falência no país perdura por mais de doze anos.

aprovadas as contas apresentadas pelo Administrador Judicial (artigo 154, *caput*, da Lei nº 11.101/05), encontra-se autorizado o encerramento do processo de falência.

Neste momento, a administração *longa manus* do juízo será chamada a emitir o relatório final da falência, no qual constará (i) o ativo apurado, (ii) o produto percebido com sua realização, (iii) o valor do passivo e (iv) dos pagamentos feitos a cada um dos credores, mas, principalmente *especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido*.

E somente após o encerramento da falência é que se torna possível a extinção das obrigações do falido, mencionada no artigo 158 da Lei nº 11.101/05, e a baixa (*lato sensu*) da inabilitação para exercício da atividade empresarial.

Percebe-se, então, que apenas com o esgotamento do ativo para pagamento de credores, ou com o pagamento completo do próprio quadro de credores em si, é que se poderá cogitar a exoneração do falido de eventuais obrigações porventura remanescentes e não quitadas, dentre outras obrigações que não foram possíveis de serem cumpridas, e a respectiva permissão explorar novamente atividade empresarial.

Por isso, é que se fala em “reabilitação” do falido, pois a partir daí poderá retornar ao mercado para explorar atividade comercial. E aqui se revela, por óbvio, o grande ponto de tensão entre a autonomia pública e a autonomia privada.

É que a falência empresarial, apesar de impor, de início, a inabilitação empresarial do devedor, possibilita a extinção das obrigações do falido ao final, o que representa um privilégio único ao devedor insolvente que pode se submeter ao seu regime.

Em contrapartida, o devedor civil (não empresário), como visto, é excluído do alcance da Lei nº 11.101/05, o que lhe renega a se socorrer ao instituto da insolvência civil, estabelecido no Código de Processo Civil, que perpetua a responsabilidade do devedor até a quitação integral dos créditos.

Fábio Ulhoa Coelho traça um paralelo entre ambos regimes

Para os não empresários sem meios de honrar a totalidade de suas obrigações, o direito destina um processo diferente de execução concursal, que é a insolvência civil disciplinada no Código de Processo Civil (arts. 748 e s.). Entre as diferenças que separam esses regimes, o falimentar e o da insolvência civil, duas principais cabem ser destacadas. São ilustrativas de como o regime falimentar trata o devedor empresário com mais privilégios jurídicos do que a

legislação processual civil em relação aos demais devedores insolventes.

Em primeiro lugar, a recuperação judicial ou extrajudicial, medidas que possibilitam ao devedor empresário a chance de se reorganizar para cumprir, em parte que seja, suas obrigações. (...).

O segundo aspecto ilustrativo da diferença de tratamento entre os dois regimes de execução concursal do direito brasileiro reside nas regras sobre extinção das obrigações. O devedor empresário em regime de execução concursal tem as suas obrigações extintas se ocorrer o rateio de mais de 50% do devido aos quirografários, após a realização de todo o ativo (LF, art. 158, II). (...) As obrigações do devedor civil em regime de execução concursal, por seu turno, somente se extinguem com o pagamento integral do devido (CPC, art. 744). (COELHO, 2005, p.192-193)

A extinção das obrigações, então, é nada mais do que verdadeiro benefício legal concedido ao falido, a fim de lhe assegurar meios para “começar de novo” (*fresh start*).

Ocorre que não menos importante é expor a justificativa de tal privilégio, da preocupação com um recomeço e reabilitação do falido. Na imensa maioria dos países do mundo (Brasil inclusive), a produção de bens e serviços indispensáveis ou não à vida humana está reservada à iniciativa privada. Esse é o sistema capitalista de produção de riquezas.

A Constituição Federal, com isso, consagra dito sistema, ao traçar os contornos da atividade econômica e lançar os princípios basilares da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência⁴.

Inclusive, o direito constitucional de livre iniciativa se encontra alçado a um dos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da CF/88).

A extinção das obrigações, portanto, vem para incentivar a reinserção do empresário mal sucedido a esse contexto econômico, consubstanciando, então, e em última instância, uma

⁴ Constituição Federal, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

forma de efetivação da livre iniciativa. Permite-se assim, juntamente com a limitação de responsabilidade que cerca os principais tipos societários (limitada e anônima), que mais pessoas possam empreender, gerando empregos, impostos, riquezas, bens e serviços para a sociedade, sem serem perpetuamente condenadas na hipótese de uma desafortunada insolvência.

Todavia, os interesses acima expostos se encontram por detrás da autonomia privada no instituto da falência (pela reabilitação do falido), o que nem sempre se desdobra harmonicamente com os interesses do concurso de credores (trabalhistas, fiscais, com garantia real e quirografários), que aqui representam a autonomia pública sobre o mesmo instituto.

Como se verá, porém, esses interesses da autonomia pública exercida pelos credores amparam a releitura e até mesmo a intervenção judicial a destempo no rito da falência, o que acaba por mitigar o instituto entusiasta originário (o *discharge* do *United States Bankruptcy Code*) e prejudicar a efetividade da virtude fulcral almejada pelo legislador, norte-americano e brasileiro, o *fresh start*.

Logo, o não raro antagonismo de interesses torna difícil se atingir um equilíbrio na forma de interpretação e aplicação do direito falimentar ao caso concreto, e dá, pois, espaço a uma celeuma jurídica, como se passa a analisar.

4. O *DISCHARGE* NA LEI Nº 11.101/05 E A JUSTIÇA NA FALÊNCIA

A muito falada extinção das obrigações do falido possui inspiração no instituto de origem norte americana denominado *discharge*, que está previsto no procedimento do *Chapter 7 – Liquidation* do *United States Bankruptcy Code* como, em tradução literal, uma “exoneração”.

Isso porque o §727, subseções (a) e (b), do *Bankruptcy Code*, em tradução livre, falam apenas que *A corte deverá garantir ao devedor uma exoneração (...)*⁵ *de todos os débitos*

⁵ 11 U.S. Code § 727 - Discharge

(a) The court shall grant the debtor a discharge, unless—

(1) the debtor is not an individual;

(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

*existentes antes da data do pedido de falência*⁶.

-
- (B) property of the estate, after the date of the filing of the petition;
 - (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;
 - (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;
 - (5) the debtor has failed to explain satisfactorily, before determination of denial of discharge under this paragraph, any loss of assets or deficiency of assets to meet the debtor's liabilities;
 - (6) the debtor has refused, in the case—
 - (A) to obey any lawful order of the court, other than an order to respond to a material question or to testify;
 - (B) on the ground of privilege against self-incrimination, to respond to a material question approved by the court or to testify, after the debtor has been granted immunity with respect to the matter concerning which such privilege was invoked; or
 - (C) on a ground other than the properly invoked privilege against self-incrimination, to respond to a material question approved by the court or to testify;
 - (7) the debtor has committed any act specified in paragraph (2), (3), (4), (5), or (6) of this subsection, on or within one year before the date of the filing of the petition, or during the case, in connection with another case, under this title or under the Bankruptcy Act, concerning an insider;
 - (8) the debtor has been granted a discharge under this section, under section 1141 of this title, or under section 14, 371, or 476 of the Bankruptcy Act, in a case commenced within 8 years before the date of the filing of the petition;
 - (9) the debtor has been granted a discharge under section 1228 or 1328 of this title, or under section 660 or 661 of the Bankruptcy Act, in a case commenced within six years before the date of the filing of the petition, unless payments under the plan in such case totaled at least—
 - (A) 100 percent of the allowed unsecured claims in such case; or
 - (B)
 - (i) 70 percent of such claims; and
 - (ii) the plan was proposed by the debtor in good faith, and was the debtor's best effort;
 - (10) the court approves a written waiver of discharge executed by the debtor after the order for relief under this chapter;
 - (11) after filing the petition, the debtor failed to complete an instructional course concerning personal financial management described in section 111, except that this paragraph shall not apply with respect to a debtor who is a person described in section 109(h)(4) or who resides in a district for which the United States trustee (or the bankruptcy administrator, if any) determines that the approved instructional courses are not adequate to service the additional individuals who would otherwise be required to complete such instructional courses under this section (The United States trustee (or the bankruptcy administrator, if any) who makes a determination described in this paragraph shall review such determination not later than 1 year after the date of such determination, and not less frequently than annually thereafter.); or
 - (12) the court after notice and a hearing held not more than 10 days before the date of the entry of the order granting the discharge finds that there is reasonable cause to believe that—
 - (A) section 522(q)(1) may be applicable to the debtor; and
 - (B) there is pending any proceeding in which the debtor may be found guilty of a felony of the kind described in section 522(q)(1)(A) or liable for a debt of the kind described in section 522(q)(1)(B).

⁶ 11 U.S. Code § 727 - Discharge

(b) Except as provided in section 523 of this title, a discharge under subsection (a) of this section discharges the debtor from all debts that arose before the date of the order for relief under this chapter, and any liability on a claim that is determined under section 502 of this title as if such claim had arisen before the commencement of the case, whether or not a proof of claim based on any such debt or liability is filed under section 501 of this title, and whether or not a claim based on any such debt or liability is allowed under section 502 of this title.

Porém, para sua obtenção no iter do procedimento falimentar lá chamado de *liquidation*, não pode o falido se enquadrar na hipótese de alguma das diversas ressalvas previstas na subseção (a)⁷. Portanto, tal dispensa ou liberação de débitos não é exatamente automática, mas, ao mesmo tempo (e na contramão das hipóteses previstas na legislação brasileira), não se vincula ao pagamento de credores ou ao passar de algum prazo após o encerramento da falência.

Isso porque as condicionantes da legislação norte-americana miram cercear a concessão da exoneração aos devedores que praticaram algum ato (ou tiveram a intenção de praticar) em prejuízo credores ou de gestão ruinosa do patrimônio, bem como aqueles que forneceram informações falsas ou deixaram de prestar esclarecimentos ao juízo. É dizer, pretende aquele *Bankruptcy Code* tolher o *discharge* daquele que não colaborou e/ou comprometeu em alguma medida o concurso falimentar.

Há nítida prevalência, com isso, da autonomia privada no diploma americano, pois acaso se esteja em frente ao chamado “devedor honrado”, que apesar de insolvente, mantém um padrão de conduta “honesto”, não há porque não o liberar das obrigações que não conseguiu quitar.

Em contraposição, contudo, tem-se que essa característica é praticamente desconsiderada pela Lei nº 11.101/05, posto que a única repercussão que a prática de atos ruinosos e de prejuízo aos credores poderá acarretar ao falido pátrio é elastecer, de cinco para dez anos, o prazo a ser aguardado após o encerramento da falecimento para a extinção das obrigações (partindo do pressuposto, ainda, que o falido tenha sido condenado pela prática de crime falimentar, ou seja, mesmo o falido “desonesto”, se não condenado, poderá ter a extinção de obrigações no mesmo prazo daquele de postura elevada).

Veja-se os precisos termos do correspondente brasileiro ao *discharge*, aqui denominado de “extinção das obrigações do devedor falido”, e que também se dá mediante o preenchimento de alguns pressupostos formais ou materiais, elencados no artigo 158 da Lei nº 11.101/05:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa

⁷ Para o rol descritivo das ressalvas à concessão do *discharge*, vide nota 4.

porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;
III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;
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.

Nesse contexto, tem-se que a previsão brasileira do artigo 158 pretende garantir a submissão do falido, em qualquer caso (condenado ou não por crime falimentar) a um longo prazo até que possa se reabilitar para a prática empresarial com o fim da inabilitação e extinção das obrigações. Essa postura do legislador reflete a preponderância do interesse da autonomia pública do universo de credores atingidos em detrimento do interesse privado do falido em “recomeçar”.

Isso porque, em análise do texto legal, percebe-se que as quatro situações que autorizariam a exoneração do devedor, não-cumulativas entre si, pressupõem ou o pagamento considerável (quando não total) do passivo do concurso universal, ou o decurso de prazo determinado a partir do encerramento da falência (etapa procedimental esta que, a teor do quanto já abordado, concluiu-se não ser de fácil ou célere atingimento).

Estar-se-ia, desde logo na mera letra da lei, diante da dicotomia de interesses público-privado, na medida em que, embora não deixe o legislador de permitir a outorga do *discharge* norte-americano aqui importado, restringiu seu escopo consideravelmente.

Refletindo essa tensão, resgata-se neste momento os fundamentos de autonomia privada para a concessão da extinção de obrigações ao falido.

A livre iniciativa deve ser entendida como a liberdade conferida pela Constituição às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, de criar, desenvolver e encerrar atividades econômicas, mas não é absoluta, podendo sofrer as limitações previstas na própria Constituição⁸. Em suma, livre iniciativa é o direito de livremente empreender.

⁸ A esse respeito já teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de decidir:

"Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

"A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da **livre iniciativa** é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo

Ocorre que é corolário da atividade econômica o risco de insucesso. Por diversos motivos a empresa pode não dar certo. Então que o insucesso empresarial (nele compreendido a falência) deve merecer o suporte do Direito por ser ele mero desdobramento, decorrência lógica do princípio da livre iniciativa. Ora, não se pode dizer que um sistema jurídico garante a liberdade de empreender se aquele que se aventura tem obrigação de ser bem sucedido, sob pena de se tornar um pária social, marcado por longo tempo.

Na doutrina estrangeira também encontramos suporte para nossas conclusões:

À primeira vista, ‘falência corporativa’ parece um oxímoro [contradição em termos]. Considerando que os sócios não podem ser arruinados pelo colapso da sociedade – suas perdas são limitadas ao que investiram – pareceria não haver necessidade de falência corporativa. Esse ponto de vista é muito estreito a respeito dos propósitos da falência. De fato, uma importante função da falência pessoal é encorajar o empreendedorismo em pessoas avessas ao risco, pelo princípio que a falência quita o falido de seus débitos, ou, pelo menos, da maioria deles. Um indivíduo, não fosse assim, teria que arriscar toda sua capacidade de rendimento em sua atividade empresarial. A Responsabilidade limitada é para as sociedades empresárias o que o direito de declarar falência pessoal é para empresários individuais.⁹

De outro lado, porém, tem-se os direitos creditórios violados de todo um universo de credores, que possuíam obrigações e compromissos financeiros próprios, e se viram desestabilizados nos mais diferentes graus pela insolvência do falido.

Inclusive, muitas vezes a insolvência de um empresário de peso no contexto mercadológico acaba por ocasionar um efeito dominó sobre fornecedores e prestadores de

da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da **livre iniciativa**. Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica." (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/06).

⁹ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, Inc. Fifth edition, 1997, p. 440. No original: “At first glance, ‘corporate bankruptcy’ seems an oxymoron. Since the shareholders can’t be ruined by the collapse of the corporation – their loss is limited to what they invested – it might seem that there would be no need for corporate bankruptcy. This takes too narrow a view of the purposes of bankruptcy. Granted, an important function of *personal* bankruptcy is to encourage enterprise by risk-averse individuals, through the principle that bankruptcy discharges the bankrupt from his debts, or at least most of them. An individual would otherwise have to hazard his entire earning capacity on his business ventures. Limited liability is to corporate entrepreneurs what the right to declare personal bankruptcy is to individual entrepreneurs.”

serviços àquele, já que estes muitas vezes, por circunstâncias alheias à sua vontade própria, acabam pautados financeiramente em cima daquela obrigação contratada com um ente de poderio econômico.

E o que sucede, em analogia à teoria geral dos contratos, onde o acessório segue o principal, é que o empresário ou a sociedade empresária de menor projeção se torna devedora e descumpre as próprias obrigações, ao deixar de ter honrada os créditos para consigo por um devedor de grande porte.

O que intenta demonstrar, portanto, é que os interesses dos diferentes credores consolidados na execução concursal, não podem ser ignorados, individualmente e enquanto classes também. Ao mesmo tempo em que não é certo, em outro extremo, valorizá-los em prejuízo dos demais credores (e não apenas do devedor).

Em meio a dualidade de interesses, o legislador estabeleceu critérios “objetivos” (dissociados da postura do falido) para concessão da extinção de obrigações, além de ter resguardado aos credores a prerrogativa de a ela se opor (e inclusive apelar da sentença que a declarar).

Todavia, o presente estudo entende que o equilíbrio e o consenso entre autonomia pública e privada demandariam, muito antes da simples leitura do texto legal, uma análise de legitimação da justiça na falência.

Como Otfried Hoffe tem a oportunidade de profundamente discorrer em sua obra de Justiça Política, uma das razões para a hodierna crise do direito é a chamada “dupla alienação”, praticada nos últimos dois séculos, pelos filósofos e juristas.

Consistiria essa dupla alienação no estudo da filosofia alienado de questões de moral e ética, e o estudo do direito alienado da filosofia em si (distinta da filosofia jurídica). Muito se fala na notória distinção entre direito e justiça, de onde o primeiro não guarda qualquer relação de resultado com a segunda, mas não necessariamente deveria ser assim, sob pena de se perder a legitimação da dominação do direito sobre o homem (HOFFE, 2005).

Para a crítica de Hoffe, é necessário o desenvolvimento da ideia de justiça política

Com a expressão de justiça política se pretende suprimir a dupla alienação e, de um lado, “reconciliar” a filosofia com a teoria do direito e do Estado e, de outro lado, “reconciliar” ambas teorias com a ética. Pois somente assim é possível reconquistar a possibilidade de delimitar os poderes do Leviatã, desde uma perspectiva ética e

de empreender esta delimitação em nível conceitual-argumentativo.

Contribuições significativas para a retomada do discurso da justiça já existem naturalmente há quase um decênio. Sobretudo ao livro de John Rawls *Uma teoria da justiça* se uma discussão de tal modo intensa que a discussão científico-filosófica da justiça aparece novamente como óbvia e, entretanto, talvez até “esgotada na discussão ou esvaziada nela”. O novo discurso da justiça cumpre também condições importantes que devem ser levantadas para uma discussão que prometa sucesso: a discussão é interdisciplinar (...). (HOFFE, 2006).

Faz parte do ideário de Hoffe, portanto, o retorno do direito à preocupação com a justiça dos resultados, como por exemplo das decisões judiciais. O que leva espaço a uma mais antiga discussão, iniciada por Herbert Hart, no tocante à derrotabilidade das normas (*defeasibility*)¹⁰, quando a solução proposta pela norma for deveras injusta no caso concreto, autorizando a sua “derrota” e não aplicação naquela situação jurídica.

Sem se aprofundar demais em questões filosóficas, tem-se que, ao se concatenar esses conceitos chave da associação da justiça ao direito, sob a possibilidade de se derrotar a própria norma, verifica-se que a tensão entre autonomia pública e privada na reabilitação do falido merece muito mais destaque ao momento da aplicação da extinção das obrigações.

As circunstâncias do caso devem ser os principais pilares da atuação judicial para declaração da liberação das obrigações do falido, fazendo da discursividade do processo um canal para dar voz a todos os envolvidos na execução concursal (seja devedor, seja credor, seja o Fisco), que deverão, de fato, ser sopesados ao fim da ação falimentar.

Isso significa levar em consideração, para fins de reabilitação do falido, o tempo em que o processo de falência já se encontra em tramitação (e, portanto, mantem-se inabilitado o devedor), a realização do ativo e a proporção acumulada de satisfação dos créditos concursais, a própria natureza desses (por exemplo, créditos bancários, que geralmente possuem grande peso nas deliberações assembleares e reiteradamente se constituem em relevante percentual de quórum, mas, em contrapartida, raramente representam uma “preocupação” para os bancos), e a forma de atuação do Administrador Judicial (se o empenho e atuação são incisivas para colaborar a um justo e célere desenrolar da falência e da liquidação dos bens).

¹⁰ Para melhor estudo da teoria da *deseability*, leia-se a obra original de Herbert Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948).

E, principalmente, implica em levar em conta os motivos da crise econômico-financeira do devedor que o levou à insolvência jurídica da falência. Aqui, dever-se-á abrir margem à análise da postura do devedor pré-falimentar, ou seja, tal como no direito norte-americano, entende o presente estudo de suma importância analisar a postura virtuosa, de “honestidade”, do falido.

Todos esses elementos deveriam ser as únicas (ou quando menos, as principais) premissas do juízo universal no *decision making* da apreciação do pedido de extinção das obrigações, que precisaria, eventualmente, se desvincular do encerramento da ação de falência previsto nos incisos III e IV do artigo 158 da Lei nº 11.101/05 (aqui em clássica situação de derrota da norma).

Evitar-se-ia, nessa lógica, o proferimento de decisões demasiadamente “injustas”, mas que possuem amparo legal, contribuindo para o resgate da legitimidade das decisões, bem como se garantiria jamais olvidar da finalidade daquela norma em detrimento de seu regulamento de regência expresso.

Por óbvio que as considerações ora feitas não sugerem a aberta à via de “desconsideração” dos textos legais, mas tão somente a abertura ao processo dialético de interpretação na casuística, mediante invariável fundamentação pela decisão que venha a conceder a extinção das obrigações em situação distinta dos incisos do artigo 158, por exemplo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o estudo, embora ainda pouco se discuta sobre as tensões da autonomia pública e da autonomia privada na aplicação da extinção das obrigações do falido (*discharge*), como pressuposto para lhe permitir uma reabilitação empresarial (*fresh start*), uma análise mais acurada da lei pela perspectiva da filosofia jurídica (que chancela a justiça como elemento das decisões judiciais) nos permite apreciar aqueles institutos sob nova ótica.

E, com isso, passar a conjecturar sobre a admissibilidade de concessão da extinção das obrigações do falido, por exemplo, logo após a realização do ativo disponível, ainda que pendentes ativos (de remota possibilidade de recebimento, como os não circulantes de natureza condicional), com extrema parcimônia para não se comprometer, em momento algum, a

segurança jurídica de tais figuras normativas, mas, pelo contrário, apenas contribuir para o desenvolvimento e a prevalência dessa (segurança jurídica).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105, de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. *DOU de 17.03.2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *DOU de 09.02.2005*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm >. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, *DOU de 11.01.2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *DOU de 17.01.1973*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm >. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. *DOU de 05.10.1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; MOURÃO, Sérgio (Coords). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Daniel Carnio (Coord.). *Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Disposições comuns às Recuperações Judiciais e às Falências*, vol. 1. São Paulo: Juruá, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. Título: A falência e a preservação da empresa: compatibilidade? *Tese de Doutorado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Orientador: Professor Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.

HOFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*/Otfried Hoffe; tradução Ernildo Stein. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PACHEDO, José da Silva. *Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Direito empresarial: teoria geral, direito societário, títulos de crédito, recuperação de empresa, falência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

PENALVA SANTOS, Paulo (Coord). *A Nova Lei de falências e de Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers, Inc. Fifth edition, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 1Vol., 17. ed.. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011.

Encaminhado em 04/08/18

Aprovado em 30/09/18