

O fresh start na falência e na liquidação extrajudicial

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Rachel Sztajn

A figura do falido no direito brasileiro foi construída não pela noção de preferência pela tomada de riscos que pode gerar insucesso, mas pela ideia de agir de forma desonesta na exploração da atividade, pelo oportunismo sem limites.

sexta-feira, 14 de fevereiro de 2020

Como se fosse uma novidade ímpar no direito brasileiro, tem-se falado muito no *fresh start*, instituto diretamente importado do direito norte-americano para permitir o retorno mais rápido do empresário falido ao mercado. Até parece que foi lá, no hemisfério norte, que o direito foi inventado. Essa não é a primeira prática importada do sistema da *common Law* sem a devida “*aclimatação*”. Esse “*piggyback*” é criticado pela doutrina norte-americana pois, no joguinho de colocação de peças em um tabuleiro, a quadrada não cabe no espaço reservado para a redonda.

O problema prende-se a outra “*instituição social*”: entender-se que nova oportunidade a quem tenha fracassado facilita a atividade econômica, pois, supostamente, quem errou uma vez será mais cauteloso no futuro.

Vamos lá. Nossa anterior lei de falências, o dec-lei 7.661/45 estipulava, em seu art. 135, que a extinção das obrigações do falido se dava quando configurada alguma das hipóteses ali previstas. Havia um escalonamento nos critérios estabelecidos na norma, que chegava ao perdão total das dívidas daquele que, em cinco anos, contados do encerramento da falência, se não tivesse sido condenado por crime falimentar, passando a prazo para dez anos se isto tivesse acontecido.

Assim sendo, uma vez extintas as obrigações, o falido poderia abrir novo negócio sem carregar em suas costas o peso das obrigações anteriores, na forma do art. 138 da lei citada. O problema, que não era propriamente um defeito da lei, mas uma questão de natureza processual, estava na demora excessiva da configuração das premissas determinantes da extinção das obrigações do falido.

No tocante à concordata – que pode ser comparada com a recuperação judicial – RJ – era estabelecido um horizonte de até dois anos para o cumprimento das obrigações nas duas modalidades, preventiva ou suspensiva. Ultrapassado o

lapso temporal deveria ser decretada a falência do devedor comerciante (arts. 156 e 177 do dec.-lei 7.661/45). *Fatta le legge, trovato l'ingano*. Ou seja, a falha encontrada nesse esquema residia na prática, então corrente, adotada pelos concordatários, consistente na compra “*por fora*” e com um enorme deságio, mediante interposta pessoa, dos créditos quirografários correspondentes às suas obrigações sujeitas ao procedimento judicial. Os credores quirografários aceitavam a perda porque qualquer valor recebido seria maior do que aquele que eventualmente obteriam com a subsequente falência do devedor. Em seguida, *perdoada* a dívida do devedor por esse terceiro (representada por uma cessão dos créditos por preço simbólico), o concordatário apresentava ao juiz a prova da quitação de todas as suas obrigações, daí decorrendo a extinção da concordata. Isso feito, o concordatário podia abrir livremente outro negócio.

Na praça de São Paulo, por exemplo, nos velhos tempos, essa prática era bastante utilizada por alguns comerciantes de todos conhecidos, que de tempos em tempos requeriam concordata (*concordatários profissionais*), *cumpriam* as suas obrigações e retornavam ao mercado. O segredo estava em enganar os fornecedores que entravam desavisadamente na história (ou *avisados demais*), os quais permitiam que o estabelecimento do concordatário contumaz fosse devidamente *recheado* com os produtos que seriam vendidos aos seus clientes.

Ora, o retorno ao comércio, tanto do falido quanto do concordatário reabilitados dependia, para ter sucesso, de que conseguissem crédito junto aos seus fornecedores e bancos na hipótese de virem descontar as duplicatas relativas às vendas efetuadas. Em tais casos as garantias praticadas e os juros cobrados jamais poderiam ser considerados como *de pai para filho*, muito pelo contrário: a exigência era de garantias seguras e juros em patamares bem elevados. Por essa razão a nova vida do falido e do concordatário não era nada fácil, no mais das vezes. Claro que, nessas circunstâncias, a imagem de bom pagador ficara comprometida e, portanto, a perda de confiança se refletia nos custos financeiros.

Tendo em conta esse cenário, a atual lei de falência e de recuperação de empresas tinha como objetivo permitir ou facilitar que o devedor retornasse ao mercado de forma mais fácil, viável. Afinal de contas, como objetivo meritório, fundava-se no conceito de *preservação da empresa*, tão maltratado por parte da doutrina e da jurisprudência, como se sabe, que o *esticaram* muito além do que foi a ideia do legislador. Esquecem-se de que a viabilidade técnica e econômica são pilares para o sucesso de qualquer empreendimento.

Examinando-se a lei atual verifica-se que nela está presente um modelo similar ao da lei anterior, consistente na declaração da inabilitação do falido a partir da decretação de sua falência até a sentença que extingue as suas obrigações (arts. 102 e 181, § 1º).

No tocante à recuperação judicial a estrutura é voltada para a permanência do empresário no mercado, invertendo-se a lógica anterior, desde que a sua empresa seja julgada economicamente viável, a partir da aprovação de plano recuperação pelos credores e sancionado pelo Judiciário, quando for o caso. O norte dessa ideologia é o art. 47 da LREF, segundo o qual *a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

A implementação da regra acima pode ser construída por diversos meios previstos no art. 50, que incluem a substituição do próprio empresário à frente do negócio, como resultado do reconhecimento de que empresa é atividade e empresário quem organiza o feixe de contratos empresariais.

Talvez pelo fato de que a realidade brasileira da RJ seja o seu insignificante sucesso no sentido da efetivação da recuperação pretendida (entre 3% a 5% do total dos planos deferidos), o que resulta em falência, veio, então, a proposta de mudança de parâmetro no quadro desse instituto, mediante uma alteração no art. 75 da lei 11.101/05, que passaria a ser redigido da seguinte forma¹:

“Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I -preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa;

II -permitir a liquidação célere das empresas inviáveis com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III -fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

§1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa, e dos demais princípios previstos no Código de Processo Civil.

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais, decorrentes da atividade empresarial, pela liquidação imediata do devedor e rápida realocação útil de ativos na economia.”

Precisamente o *fresh start* estaria fundamentado no inciso III da norma reformulada, por meio da qual, sendo aprovada a proposta de mudança legal, o objetivo seria alcançado por meio da adoção de mecanismos voltados para o pronto retorno do falido ao mundo dos negócios.

Uma coisa é querer, ansiar outra é poder e consumir.

Mas antes lembremos que a figura do falido no direito brasileiro foi construída não pela noção de preferência pela tomada de riscos que pode gerar insucesso, mas pela ideia de agir de forma desonesta na exploração da atividade, pelo oportunismo sem limites. Assim sendo, o falido sempre era visto de uma forma muito negativa, não se levando em conta que às vezes o seu insucesso havia decorrido de situações alheias à sua administração, sem fraude, devendo se fazer uma separação entre o joio e o trigo. Como se sabe desde da enchente inesperada causada em São Paulo nos últimos dias (na verdade, nada inesperada), um comerciante saudável na noite anterior poderá estar falido na manhã do dia seguinte.

O modelo adotado pelo projeto de lei em questão é o da seção 727 do *Bankruptcy Code* norte-americano, segundo o qual o devedor se torna isento de suas obrigações desde que não tenha se envolvido em alguma situação considerada negativa prevista na norma em questão. Isto é, a regra é a do *discharge* e não o contrário, diferentemente da orientação da lei brasileira. Do seu lado, a reorganização da empresa naquele mesmo ordenamento é regrada pelo Capítulo 11, destacando-se a seção 1123, na qual é tratado o conteúdo do plano de reorganização.

Acontece que não se pode adotar automaticamente um modelo de norma de determinado ordenamento jurídico por outro, especialmente quando se considera as origens bastantes distintas do direito norte-americano e o brasileiro e, especialmente, a formação dos operadores do Direito, aí incluídos magistrados, que abrange diferentes áreas do conhecimento e é menos dogmática.

Além disso, a organização verdadeiramente capitalista do sistema dos Estados Unidos da América – nada paternalista para com o empresário – difere profundamente da nossa, na em que, muitas vezes, o Estado historicamente sai em socorro de devedor inadimplente usando recursos públicos que deveriam ter outra função.

Nos Estados Unidos o empresário falido não é considerado um pária. No Brasil, como vimos, uma visão negativa é oposta. Note-se que ao modelo norte-americano importa o retorno do empresário aos negócios porque ele será, de novo, matriz da geração de riqueza para a economia, dentro dos riscos normais de sua atividade. Essa visão está, aos poucos, sendo repetida em países europeus (Alemanha, Portugal, por exemplo), sem paternalismos.

Mas há um segredo relacionado ao sucesso da volta do empresário ao mundo dos negócios representado pelo *acesso ao crédito bom e barato*, digamos assim. Na economia norte-americana, dadas as circunstâncias institucionais, o que foi perdido pelos credores fica no passado, sendo apagado segundo uma nova ordem microeconômica que passa a comandar a vida do empresário recuperado, sem que isso represente para ele custo financeiro que não permitirá a subsistência de sua nova empresa.

No Brasil não se dá o mesmo, como sabemos. Qualquer que seja a situação, falido ou de empresário recuperado, será necessário dinheiro novo para dar oportunidade a novos negócios que o empresário resolva abrir ou para proporcionar o seu efetivo renascimento depois de uma recuperação judicial. Isto não acontece na segunda vida daquele, quando fornecedores e bancos – saídos muito queimados do rescaldo de uma fogueira financeira – não estão nada propensos a embarcar de novo na mesma canoa, que consideram *furada*. Muitos são os motivos para a resiliência de concessão de crédito e, alguns deles, com toda a certeza, estão relacionados à história negativa do devedor falido (que não se apaga), e à péssima experiência em uma recuperação judicial deferida no âmbito de um plano fadado ao insucesso. O Judiciário tem o seu papel desmoralizador dos institutos legais quando concede uma recuperação judicial que não preenche devidamente o pressuposto da possibilidade efetiva da recuperação da empresa ou quando os distorce para favorecer o devedor. Como dinheiro não leva desaforo para casa, futuros negócios dos bancos com o devedor já começam mal, se é que podem mesmo começar.

Ao fim e ao cabo, verifica-se que a proposta legislativa sob exame não resolve o problema da lei atual, porque, ainda que reduzido o prazo para o encerramento da falência, a extinção das obrigações do falido mantém-se presa a um prazo contado da prolação da sentença de encerramento da falência e, neste caso, mais uma vez o problema é de natureza processual, subordinado o processo falimentar a todas as agruras que os advogados tanto conhecem.

Assim sendo, a mudança legislativa em foco não passa, no fundo, de se *trocar seis por meia dúzia*, o que não levará a qualquer novo lugar. Ou seja, não adianta querer replicar regras que funcionam sem que sejam alteradas as instituições sociais ou, como dizia Douglas North, “*as regras do jogo*” respeitadas pelas pessoas.

1 Nos termos do PL 6.229/05 da Câmara dos Deputados.

***Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa** é sócio de **Duclerc Verçosa Advogados Associados** e professor sênior de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

***Rachel Sztajn** é advogada em São Paulo, professora aênior de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.