

Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos

Daniel Carnio Costa¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1 - Introdução

O entendimento adequado do instituto jurídico somente é atingido quando se conhece o contexto em que tal instituto se insere. É a compreensão dos fatores que deram causa ao seu surgimento que levará o interprete à correta análise de suas finalidades, a fim de melhor aplicá-lo com vistas a que se possa extrair da norma o seu real significado e a sua completa e adequada eficácia.

Estudar o direito não se limita ao estudo da letra da lei. Aliás, a leitura fria dos Códigos e diplomas legislativos até mesmo dispensaria um preparo específico em ciências jurídicas, bastando que o leitor tenha certo nível de compreensão das regras da língua escrita. Estudar direito pressupõe o conhecimento do que está por trás da letra da lei, tendo em consideração que o direito é um fenômeno histórico, político, social, que ocorre em determinada época, influenciado por determinadas situações político-econômicas e com certas finalidades a serem alcançadas. Somente o entendimento desse contexto permitirá o interprete da lei conhecer efetivamente o instituto jurídico para bem aplicá-lo, para extrair da lei o seu real significado e, até mesmo, para chegar a conclusão de que tal instituto não mais deve ser aplicado pelo desaparecimento de suas razões de existir.

Nessa linha, os institutos da recuperação judicial e da falência devem ser analisados em suas essências, considerando-se o contexto em que se encontram inseridos, a fim de que se consiga aplicá-los de forma eficiente e adequada aos seus propósitos. O conhecimento da essência dos institutos, como se verá adiante, influenciará de forma decisiva na interpretação e na aplicação das regras legais trazidas pela Lei 11.101/05.

E não é só.

É de conhecimento comum que o Poder Judiciário está sobrecarregado de trabalho em patamar que supera sua própria capacidade de dar solução às lides na mesma intensidade em que novos casos chegam ao conhecimento do juízo. A taxa de congestionamento dos Tribunais bem demonstra que, não obstante os esforços envidados por todos aqueles que estão envolvidos com a atividade de prestação jurisdicional, os novos casos acabam superando em número os casos julgados pelo Poder Judiciário.

Diversas propostas de reformas processuais visam dar respostas a essa intensa litigiosidade, racionalizando o trabalho judiciário, dando força ao precedente judicial e ao julgamento de lides de massas, por exemplo.

¹ Juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutorando na Universidade de Paris 1 - Panthéon/Sorbonne.

Entretanto, a mudança da legislação, de forma isolada, sempre será insuficiente para que se alcance a tão almejada eficiência da jurisdição. É necessária também a mudança de postura dos aplicadores do direito, exigindo-se um comprometimento maior com o resultado do processo.

De maneira geral, os aplicadores do direito deverão escolher, dentre as várias soluções decorrentes dos diversos métodos interpretativos da lei, aquela que potencialize o atingimento das finalidades do sistema de direito dentro do qual se insere a relação jurídica sob análise. É o que preconiza a teoria da superação do dualismo pendular, que será melhor explicada no desenvolvimento desse trabalho.

Relativamente ao processo de recuperação judicial de empresas, deve-se garantir a sua eficiência através da consciência de que todos os agentes que atuam nesse tipo de processo possuem ônus de que devem se desincumbir a fim de que se possa atingir os resultados esperados por esse sistema de direito. Nesse sentido, credores e devedores deverão se desincumbir de ônus materiais e processuais de modo que o processo seja capaz de preservar todos os resultados positivos que decorrem da manutenção da atividade empresarial saudável, como empregos, rendas etc. E deve o juiz, com o auxílio efetivo do administrador judicial, garantir e fiscalizar a divisão equilibrada de ônus entre todos os agentes desse tipo de processo.

A mudança de cultura de gerenciamento de processos também é importante para viabilizar respostas rápidas aos problemas que já se apresentam ao julgador.

Processos de grande complexidade, como é o caso das falências e recuperações judiciais de empresas, necessitam de uma gestão diferenciada, sob pena de não conseguirem dar respostas adequadas às lides postas a julgamento pelo Poder Judiciário.

O tempo do processo não pode estar dissociado do tempo da realidade negocial, mormente quando se tem em vista processos falimentares e recuperacionais, nos quais o *timing* negocial/econômico é fundamental para o sucesso da atividade jurisdicional².

Propõe-se, assim, um novo modelo de gestão desse tipo de processo, que possibilite conferir ao magistrado maior agilidade decisória: a gestão democrática de processos.

Tem-se, portanto, que a boa aplicação dos institutos trazidos pela Lei nº 11.101/05 somente será alcançada através da interpretação de seus institutos pela teoria da superação do dualismo pendular, entendendo-se a eficiência de resultados como elemento integrante dos processos de falência e a recuperação judicial. Deve o magistrado conduzir as soluções de forma ágil e democrática, aplicando modelo de gestão processual diferenciado e cuidando para distribuir equilibradamente os ônus que cada um dos agentes atuantes nesses processos de insolvência deve suportar, de modo a garantir o sucesso da prestação jurisdicional em benefício do interesse público e social.

2 - Os sistemas jurídicos de insolvência empresarial

Quando se fala em recuperação judicial de empresas, deve-se ter em mente que esse tema se insere no contexto maior da crise empresarial. E a forma pela qual os paí-

² Conforme explicado na reportagem realizada pelo jornal O Valor Econômico: *Magistrado Inova em Recuperação Judicial*. Dez. 2014.

ses tratam essa questão diz muito sobre suas posições sociais, político e econômicas no que diz respeito à atividade empresarial.

Observando-se de forma bastante ampla os sistemas de insolvência, e tendo em conta suas linhas gerais, constata-se que até o final do século passado existiam basicamente dois modelos de insolvência: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã. Nos modelos de inspiração romanística, o foco da recuperação de empresas está mais orientado para a tutela dos interesses do devedor, ao passo que nos modelos de origem anglo-saxã, o pêndulo da balança orienta-se mais para a tutela dos interesses dos credores³.

Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advêm, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.

Esse modelo norte-americano irradiou sua influência para o Brasil, que editou a Lei nº 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.

Portanto, conforme será melhor analisado à frente, é importante destacar, desde logo, que o modelo de recuperação judicial brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores a fim de que seja possível obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa.

É importante que, desde logo, duas premissas restem fixadas: a empresa em recuperação deve assumir o ônus que lhe compete no procedimento agindo de forma adequada, tanto do ponto de vista processual como também no desenvolvimento de sua atividade empresarial; e a recuperação judicial somente tem sentido em função da geração dos benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes da continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, como geração de empregos ou manutenção de postos de trabalho, circulação e geração de riquezas, bens e serviços e recolhimento de tributos.

Essas premissas serão melhor analisadas na sequência do presente trabalho.

³ Segundo Ana Carla Abrão Costa, “a experiência internacional mostra uma grande diversidade de sistemas de resolução de insolvências. As diferenças se concentram nas estruturas disponíveis e no balanceamento entre direitos de credores e direitos de devedores. A próxima sub-seção apresenta três exemplos ilustrativos dessa diversidade: o sistema americano, inspirador das estruturas atuais de recuperação; o sistema inglês, com características de informalidade interessantes e o sistema francês, de orientação pró-devedor. (...) No caso americano, a legislação de resolução de insolvências apresenta uma estrutura pró-credor, caracterizada pela proteção aos créditos com garantia real e pela participação ativa dos credores nos processos de recuperação via comitê de credores. Além disso, tanto os processos de falência quanto os de recuperação podem ser solicitados por credores, desde que atendidos critérios específicos de liquidez e não pagamento de dívidas vencidas, sendo que os deferimentos devem sempre satisfazer ao teste de “melhor interesse dos credores” (...) A lei inglesa apresenta uma forte tendência pró-credor, em alguns aspectos de forma ainda mais acentuada que a legislação americana. (...) A legislação francesa, por outro lado, apresenta uma tendência pró-devedor. Não se prevê um comitê de credores no caso de falência, mas apenas um representante ou a indicação - por solicitação expressa - de um credor como supervisor do processo. Credores com garantia real estão sujeitos aos períodos de suspensão e entram no concurso de credores, subordinados aos créditos trabalhistas e extra-concursais. Além disso, ao contrário dos sistemas americano e inglês, processos de recuperação não podem ser solicitados por credores. (Sistemas Legais de Insolvência, Incentivos e Mercado de Crédito: uma abordagem institucional; maio/2004. Consultado em 23/01/2015 no endereço eletrônico <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A097.PDF>)

3 - A crise da empresa e a intervenção estatal: âmbito de aplicação da recuperação judicial

A crise da atividade empresarial é um fato que pode ocorrer por diversos fatores econômicos, comerciais, pessoais ou de gestão. Todo empresário deve saber, ao fazer a decisão de desenvolver esse tipo de atividade, que poderá enfrentar situações de crise. Aliás, a capacidade de enfrentar e superar crises é um dos critérios utilizados para se aferir a própria qualidade do empresário.

Diante da crise da atividade empresarial, pode-se destacar três situações distintas: a empresa viável que consegue superar a situação de crise por suas próprias forças; a empresa inviável que vai à falência; e a empresa viável que não consegue superar a situação de crise.

Em relação à empresa viável que consegue superar sua crise por suas próprias forças, afirma-se que houve uma solução de mercado para a crise empresarial. Em regra, as empresas viáveis em crise encontram uma solução de mercado para suas dificuldades. As estruturas do livre mercado podem ser suficientes para que medidas empresariais sejam tomadas pelos administradores no sentido da superação de suas crises, desde que a atividade econômica seja viável. Nesse sentido, podem ser tentadas e implementadas, como formas de recuperação da saúde da empresa, alterações societárias, trespasse, alienação de filiais, redução de despesas com pessoal, injeção de recursos por investidores para modernização do parque industrial etc.

Por outro lado, se a atividade empresarial é inviável e o motivo da crise da empresa vem a ser justamente a inadequação dos produtos ou serviços produzidos ou oferecidos pela empresa, a solução mais adequada para esse tipo de situação vem a ser o desaparecimento dessa empresa. É importante destacar que as empresas que não produzem produtos aceitos ou úteis para o mercado ou que prestam serviços que não tenham aceitação social ou econômica devem mesmo ser retiradas do cenário empresarial, a fim de que outra empresa ocupe o seu lugar para desenvolver atividade empresarial que seja aceita no mercado e útil social e economicamente.

Verifica-se, então, que a falência (encerramento da atividade em crise, com realização do ativo para pagamento do passivo) da empresa inviável é a solução mais adequada do ponto de vista econômico e social.

Conforme ensina Fábio Ulhôa Coelho, “algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos - materiais financeiros e humanos - empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser visto como um valor a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem” (Curso de Direito Comercial vol. 03: Direito da Empresa; 12ª edição; São Paulo; Saraiva. 2011; pág. 251/252).

Portanto, as soluções apresentadas para essas duas primeiras situações são absolutamente adequadas. Vale dizer, a empresa viável que supera a crise pelo encontro de uma solução de mercado (pelas próprias forças do empresário) e a empresa inviável que deve mesmo falir para abrir espaço para que outra empresa desenvolva atividade relevante social e economicamente, em benefício de todos.

O problema está na terceira situação: a empresa viável que não consegue encontrar solução de mercado para superação da crise. Nessa hipótese, se nada for feito, uma atividade viável deixará de existir, com prejuízos aos credores e também à sociedade, vez que não só os credores deixarão de receber o que lhes é devido, mas também os postos de trabalho vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e de suas famílias, os produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores e os tributos deixarão de ser recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral.

É justamente nesse momento que entra em cena a recuperação judicial. O Estado-Juiz vai atuar para criar o ambiente adequado para que a empresa viável consiga superar a situação de crise, a fim de que a manutenção de sua atividade empresarial faça gerar todos os benefícios sociais e econômicos acima já referidos, como geração de empregos, circulação de bens e riquezas, recolhimento de tributos etc.

Portanto, somente da análise dos fundamentos de existência do instituto e do seu âmbito de aplicação já se pode concluir que a recuperação judicial tem como pressuposto lógico a viabilidade da empresa, pois somente se aplica às empresas viáveis em crise, visto que seu objetivo é preservar os benefícios sociais e econômicos decorrentes do exercício saudável da atividade empresarial.

Importante notar que o Estado não deve substituir a iniciativa privada nessa função de encontrar soluções para a crise da empresa, mas apenas deve atuar para corrigir as distorções do sistema econômico. A recuperação judicial só tem lugar quando as estruturas do livre mercado falharam.

Mais importante ainda é notar que o Estado não deve agir para tentar recuperar empresas evidentemente inviáveis.

Conforme já visto, as estruturas do livre mercado condenariam empresas inviáveis à falência, para o bem do sistema econômico e para a sobrevivência saudável de outras empresas viáveis. Nesse sentido, não existe razão em se utilizar a intervenção estatal, através do processo de recuperação de empresas, para ressuscitar empresas inviáveis ou já condenadas à falência.

Se não interessa ao sistema econômico a manutenção de empresas inviáveis, não existe razão para que o Estado, através do Poder Judiciário, trabalhe nesse sentido, deferindo o processamento de recuperações judiciais para empresas evidentemente inviáveis.

E mais.

O sistema de recuperação judicial brasileiro parte do princípio de que deverá haver necessariamente uma divisão de ônus entre devedor e credores, tendo como contrapartida o valor social do trabalho e todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva.

É nesse momento que ganha destaque o que convencionei chamar de **TEORIA DA DIVISÃO EQUILIBRADA DE ÔNUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**⁴.

⁴ COSTA, Daniel Carnio. *Teoria da Distribuição Equilibrada dos ônus na Recuperação Judicial da Empresa*. Carta Forense, São Paulo - Brasil, p. B18 - B18, 07 nov. 2013.

A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.

O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos, que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade.

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorveram o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final. O resultado será, então, a existência de produtos e serviços sem qualidade, pela empresa em recuperação, e produtos e serviços mais caros, em relação às demais empresas que negociaram com a devedora.

4 - Os fundamentos da recuperação judicial: divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores; e os benefícios sociais reflexos da atividade empresarial. Visão de direito comparado

Conforme já afirmado, as influências que atuaram na formação da legislação brasileira impõem que a recuperação judicial deve partir do pressuposto da divisão de ônus entre devedor e credores, não se prestando à tutela exclusiva dos direitos dos credores, nem tampouco à proteção integral dos interesses do devedor. A recuperação judicial, baseada nessa distribuição equilibrada de ônus, também só tem sentido em função da realização dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da manutenção da atividade empresarial.

Os credores suportarão prejuízo, no curto e médio prazo, considerando que ficarão impedidos de realizar e/ou exigir seus créditos durante certo período de tempo (*stay period*) e a apresentação de um plano de recuperação judicial pode implicar, como normalmente ocorre, em dilação de prazos de pagamento das obrigações da empresa devedora e também na aplicação de deságio em suas obrigações, dentre outras medidas necessárias ao soerguimento da atividade empresarial⁵.

⁵ COSTA, Daniel Carnio. *Teoria da Distribuição Equilibrada dos ônus na Recuperação Judicial da Empresa*. Carta Forense, São Paulo - Brasil, p. B18 - B18, 07 nov. 2013.

Todavia, a empresa em recuperação (devedora) também deve suportar os seus ônus, atuando de maneira adequada, processual e empresarialmente, sempre com vistas ao atingimento das finalidades do instituto jurídico em questão.

Não admite que a empresa em recuperação coloque-se na cômoda situação de carrear aos seus credores todo o ônus de sua recuperação, comportando-se de forma descompromissada do tipo “devo, não nego e pago quando e como puder”.

A empresa em recuperação deve assumir ônus de duas ordens: empresariais e processuais.

São ônus empresariais da empresa em recuperação: agir de maneira transparente e de boa-fé, manter os postos de trabalho, recolher tributos, produzir e fazer circular produtos e serviços e, enfim, preservar os benefícios econômicos e sociais que são buscados com a manutenção da atividade empresarial.

Não faz sentido, portanto, que uma empresa para a qual foi deferido o processamento da recuperação judicial, experimentando toda a proteção legal do instituto (que será melhor analisada à frente) deixe de se desincumbir de seu ônus e demita funcionários injustificadamente ou encerre as atividades de produção e circulação de riquezas ou deixe de recolher tributos. É certo que não se proíbe a demissão de funcionários, desde que tal redução nos postos de trabalho tenha estreita correspondência com o projeto de sua recuperação, como nos casos em que uma das causas da crise é o inchaço da empresa e a sua recuperação deva passar por seu redimensionamento. Todavia, mesmo nesses casos, não é razoável nem aceitável que a empresa em recuperação deixe de providenciar todos os pagamentos impostos por lei para os casos de demissão ou rescisão dos contratos de trabalho.

A empresa em recuperação judicial, por receber toda a proteção legal e em função dos ônus suportados pelos credores, tem a obrigação de buscar a todo custo preservar os benefícios sociais e econômicos buscados pelo instituto. A distribuição equilibrada desses ônus entre credores e devedor é fundamento do instituto da recuperação judicial de empresas.

A empresa devedora tem de apresentar, ainda, um plano de recuperação que seja factível, tenha sentido econômico e seja razoável, dentro da lógica de divisão equilibrada de ônus.

Mas, além dos ônus empresariais, a empresa em recuperação judicial (ou cujo processamento da recuperação judicial já tenha sido deferido) tem também de se desincumbir de seus ônus processuais. Vale dizer, a devedora deve atender prontamente as determinações do juiz, do administrador judicial e deve, ainda, cumprir de maneira fiel os prazos legais.

A conduta processual da recuperanda deve ser alinhada com a finalidade do procedimento e, portanto, deve sempre ser pautada pela mais absoluta transparência e boa-fé, como decorrência lógica do princípio da divisão equilibrada de ônus.

E, diga-se de passagem, deve o administrador judicial fiscalizar de perto as condutas processuais e empresariais da recuperanda para o bom exercício de sua função. É certo que o administrador judicial não vai assumir a administração da empresa, mas deve estar muito atento na fiscalização dos rumos empresariais assumidos pelos seus diretores, a fim de certificar-se de que os recursos auferidos pela devedora durante o

período de proteção legal estejam sendo aplicados em atividades compatíveis com as finalidades do instituto. Da mesma forma, deve o administrador judicial fiscalizar de maneira muito próxima o cumprimento dos prazos pela recuperanda, bem como sua conduta processual, que também deve ser compatível com a finalidade do instituto.

Vale destacar que o descumprimento pela recuperanda de seus ônus processuais e empresariais poderá gerar a conversão da recuperação em falência. Muito embora tal situação não esteja prevista expressamente na lei, é evidente que o desaparecimento dos fundamentos do instituto, considerados como pressupostos do processo de recuperação judicial, deve implicar na falência da empresa cuja superação da crise, pela própria conduta da devedora, se mostra absolutamente improvável.

No sistema norte-americano de recuperação judicial de empresas (*Bankruptcy Code - 11 USC, Chapter 11*), cuja filosofia confessadamente influenciou a formação do modelo brasileiro, a confirmação ou homologação do plano de recuperação judicial depende da verificação judicial da existência de alguns requisitos ou *standards* que garantem que os ônus da recuperação empresarial estejam divididos de maneira equilibrada entre credores e devedora.

Mesmo que se trate de plano de recuperação judicial aprovado por todas as classes de credores (*plans accepted by every class*), a *Section 1129(a)* do *Bankruptcy Code* estabelece 16 requisitos que devem ser preenchidos como condição para homologação do plano apresentado pela devedora (ou pelos próprios credores, já que isto também é possível no sistema norte-americano). Assegura-se que o plano de recuperação seja justo e tenha sentido econômico, garantindo que os credores que foram contrários à sua aprovação (mesmo nas classes que aprovaram o plano) recebam ao menos o mesmo montante que receberiam em caso de decretação de falência (*Section 1129(a)(7)*); algumas categoria de créditos, como os trabalhistas, devem ser pagas em dinheiro na data de efetivação do plano, salvo concordância da classe em recebimento diferido, mas no valor integral do débito (*Section 1129(a)(9)(A)*); o plano deve ser factível (*feasibility requirement*), o que significa que deve haver demonstração de que o devedor tem condições de cumprir as metas nele estabelecidas, sem a necessidade de futuras renegociações e sem a chance evidente de conversão em falência.

Importante destacar, ainda, que a *Section 1129 (d)* estabelece como importante *standard* para homologação do plano, que ele não tenha como principal propósito evitar ou fraudar o recolhimento dos tributos ou o pagamento de garantias registradas.

Nota-se, assim, que no sistema norte-americano, o controle judicial do equilíbrio de ônus, sua realização é imprescindível para garantir o resultado útil da recuperação de empresas e se trata, por óbvio, como uma decorrência necessária do sistema⁶.

Muito embora a lei brasileira seja silente quanto ao controle judicial desse equilíbrio de ônus, sua realização é imprescindível para garantir o resultado útil da recuperação de empresas e se trata, por óbvio, como uma decorrência necessária do sistema⁶.

Confira-se, nesse sentido, decisão proferida na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo: “vale destacar que o descumprimento pela recuperanda de seus

⁶ Conforme decisão proferida no Processo nº 0014120-25.2012, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, foi convalidada a recuperação judicial da Unicontrol em falência, tendo como fundamento a violação dos ônus materiais da devedora.

ônus processuais e empresariais poderão gerar a conversão da recuperação em falência. Muito embora tal situação não esteja prevista expressamente na lei, é evidente que o desaparecimento dos fundamentos do instituto, considerados como pressupostos do processo de recuperação judicial, devem implicar na falência da empresa cuja superação da crise, pela própria conduta da devedora, se mostra absolutamente improvável. (...) No caso, a recuperanda descumpriu seus ônus materiais, mostrando-se evidentemente inviável. Ademais, a par do descumprimento de seus ônus materiais (o que, por si só, já seria motivo suficiente para a decretação da quebra) o plano de recuperação foi rejeitado pela esmagadora maioria dos credores em Assembléia Geral de Credores. Por tudo o quanto se afirmou acima, é imperiosa a convocação da recuperação judicial em falência”. (Proc. n. 0014120-25.2012.8.26.0100; Juiz Daniel Carnio Costa).

5 - Negociação entre devedor e credores

A lógica do sistema brasileiro de recuperação judicial de empresas determina que devedora e credores busquem uma solução negociada para a superação da crise da empresa, de modo a se preservar todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade empresarial, em prol da sociedade como um todo e do bom funcionamento do sistema econômico.

A divisão equilibrada de ônus, conforme já analisado, possibilitará o atingimento de uma solução negociada com o atingimento de benefícios sociais e econômicos.

Entretanto, a realidade do mercado demonstra que os credores, normalmente em posição de prevalência sobre o devedor, não ficariam sensibilizados simplesmente pela demonstração da viabilidade econômica e das boas intenções do devedor a ponto de aceitarem sentar-se à mesa para discutir uma solução para a crise empresarial que passasse necessariamente pela renúncia ao crédito, ao menos em alguns de seus aspectos.

Em função dessa constatação, a Lei 11.101/05, inspirada na legislação norte-americana, criou o chamado *stay period*, consistente numa proteção do devedor contra a cobrança e a realização efetiva dos direitos dos credores sujeitos ao processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, dispõe o art. 6º, caput, da Lei 11.101/05 que “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”.

É o *stay period* um dos principais motivos que fazem com que os credores passem a considerar a negociação como uma alternativa viável para a superação da situação de crise, já que ficam sujeitos aos efeitos do processo de recuperação judicial e não podem, de forma individual, buscar a realização de seus créditos, ao menos durante o período em que a medida estiver vigente (180 dias).

6 - Princípio da Superação do Dualismo Pendular aplicável aos processos de insolvência

A observação do que acontece nas reformas legislativas ao longo dos tempos revela a existência de um movimento pendular constante, que oscila na proteção dos polos da

relação de direito material. Trata-se do que Fábio Konder Comparato chamou de dualismo pendular⁷ na proteção do interesse dos credores ou dos devedores relativamente à legislação de insolvência.

Uma breve análise da evolução dos institutos de insolvência bem demonstra a existência da oscilação do pêndulo de proteção entre credores e devedores. Na terceira fase evolutiva do direito romano surgiu a *Lex Iulia*, considerada como sendo o embrião da falência moderna em razão da criação do conceito de *par conditio creditorum*. Na sequência, ainda nessa mesma fase evolutiva do direito romano, observou-se, também, o surgimento da *CESSIO BONORUM*⁸, instituto pelo qual o devedor entregava seu patrimônio voluntariamente aos seus credores como forma de evitar penas corporais, considerado como sendo o primeiro instituto relacionado à moratória, dando-se oportunidade de recuperação do devedor.

Desde então, esses institutos vêm evoluindo, sendo evidente que o pêndulo de proteção legal oscila entre os polos da relação de crédito e débito. Ora protege-se mais os interesses dos credores (liquidação rápida do patrimônio do devedor), ora a proteção é voltada mais ao interesse do devedor, dando-se a ele maiores possibilidades de moratória e recuperação.

Também na evolução da legislação brasileira se observa esse dualismo pendular. O Código Comercial de 1850 estabeleceu a concordata, mas que somente seria concedida se houvesse a concordância da maioria dos credores por cabeça e titulares de 2/3 dos créditos sujeitos aos seus efeitos. Na sequência, veio o Decreto 917/1890, prestigiando o interesse do devedor e criando meios preventivos à falência, como a moratória, cessão de bens, acordo extrajudicial e concordata preventiva. Diante da constatação de abusos, editou-se a Lei 859/1902 para repressão dos abusos decorrentes das moratórias, prestigiando, portanto, os interesses dos credores.

Nesse sentido, observa-se que a lei ora protege mais o credor, ora mais o devedor; o consumidor e o fornecedor, o inquilino e o locador; e assim por diante. Esse fenômeno também é observado em relação ao intérprete. Assim, não só a lei toma partido na proteção de um dos polos da relação de direito material, mas também o intérprete busca aplicar a lei sempre em favor de um dos polos da relação de direito discutida no processo de solução de um caso concreto.

Entretanto, proponho a necessidade de superação desse dualismo pendular, deslocando-se o foco da interpretação para a busca da finalidade útil do instituto jurídico. A finalidade do instituto e o bom funcionamento do sistema jurídico devem prevalecer sobre a proteção do interesse de um dos polos da relação de direito material.

Assim, numa relação de crédito e débito, o foco da interpretação deve estar no atingimento da eficiência no sistema de cobrança, muito mais do que na proteção de credor ou devedor. Isso porque, por exemplo, se a lei cria proteções ao devedor, de modo a tornar intransponível a realização do crédito, o sistema perde eficácia e, nessa condição, deixará de ser utilizado pelos credores, que buscarão a realização de seu crédito através de sistemas alternativos, muitas vezes ilegítimos. E, se a ideia da lei ou do intérprete era proteger a dignidade do devedor, a implosão da eficácia do sistema

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 102.

⁸ *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States*. By John Bouvier. Published 1856.

vai, em última análise, prejudicar justamente o devedor, vez que num sistema ilegítimo (como a cobrança particular através de cobradores privados) o devedor não terá qualquer proteção.

Diante de uma situação real, é possível que o intérprete encontre diversas soluções, todas elas tecnicamente sustentáveis e de acordo com o sistema legal na qual se insere. Pode-se interpretar a lei em favor do credor ou em favor do devedor. Entretanto, qual deve ser a interpretação correta? Será aquela que prestigia o atingimento das finalidades do sistema com eficácia plena.

Por isso é que sustento a necessidade de superação do dualismo pendular. A preservação da eficiência do sistema deve ser o limite ao exercício da interpretação da lei.

Esse raciocínio se aplica totalmente aos processos de insolvência. Muito embora se observe que o pêndulo legal oscilou entre credor e devedor durante a evolução dos institutos legais, deve-se reconhecer que, nesse momento, esse pêndulo deve ser deslocado das partes para a realização eficaz da finalidade do próprio instituto.

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, por exemplo, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isto se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Como já visto acima, os credores e a empresa devedora devem assumir os ônus para que prevaleça a finalidade maior da lei que vem a ser a consecução de todos os benefícios sociais relevantes já mencionados.

É fácil notar que se nossos Tribunais aplicarem a lei para prestigiar o interesse de alguns setores econômicos ou de classes de credores ou mesmo da própria devedora, correrão o risco de ferir de morte o instituto da recuperação judicial de empresas.

Nesse diapasão, é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e recuperação da atividade produtiva.

Supera-se, assim, o dualismo pendular em busca da preservação do sistema legal.

7 - Deferimento do processamento da recuperação judicial: a interpretação adequada

Conforme já estabelecido no início do presente texto, a correta interpretação e a boa aplicação do instituto jurídico não serão obtidas pela leitura simples do texto da lei. Há necessidade de se ter em mente que o direito é um fenômeno social, econômico e político e que a compreensão de todos estes aspectos é fundamental para que se alcance o real intento da norma, a fim de bem aplicá-la.

Deve-se ter em vista, ainda, que o direito comporta diversas interpretações razoáveis e possíveis, mas o que vai determinar o acerto de determinada interpretação serão as consequências econômicas e sociais obtidas com a aplicação da norma e que estejam em consonância com os fundamentos de existência da determinada lei.

Esse é o raciocínio que deve imperar ao se interpretar os dispositivos da lei de falências e recuperação de empresas, de modo a fazer com que os resultados pretendidos pela lei atuem na prática, promovendo-se, no caso, os benefícios sociais e econômicos decorrentes da continuidade da atividade empresarial e saneando-se o sistema econômico de forma a se potencializar benefícios gerais.

É nesse contexto que se deve interpretar o art. 52 da Lei 11.101/05 que assim dispõe: “estando em termos a documentação exigida pelo art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial...”.

O art. 51 da Lei 11.101/05 estabelece que a devedora deve juntar uma série de documentos contábeis, fiscais e econômicos que se destinam a fornecer aos juízo e aos credores um conhecimento mínimo da situação da crise da empresa. É por essa razão que a lei impõe que a devedora apresente balanço, resultados, projeções de faturamento, relação de credores etc.

A questão que se coloca é a seguinte: deve o juiz fazer uma análise formal da documentação apresentada, apenas conferindo se os documentos exigidos por lei foram juntados ou deve o juiz analisar, ainda que de maneira perfunctória nessa fase do processo, o conteúdo dos documentos?

É evidente que o juiz não pode exercer uma conduta meramente formal, fazendo apenas um *check list* da documentação apresentada pela devedora, mas deve analisar o seu conteúdo a fim de aferir a eventual e patente inviabilidade da empresa.

É certo que nesse momento inicial do processo, não é possível aferir se a empresa é realmente viável, até porque essa conclusão pode depender de diversos outros fatores que são, inclusive, externos à empresa, como as condições de mercado, a obtenção de novos investimentos etc.

É certo, também, que são os credores os maiores interessados na análise das condições da empresa, a fim de que tenham subsídios para analisar o plano de recuperação que será apresentado pela devedora.

Todavia, também é certo que a recuperação judicial é um instituto aplicável apenas para empresas viáveis, a fim de que a manutenção da atividade empresarial possa fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que são decorrentes do exercício dessa atividade.

Se não é possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve ser a preocupação do juiz nesse momento inicial.

É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo período, não tenha funcionários, não produza, não recolha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida etc.

A documentação apresentada pela devedora pode revelar, de início, que se trata de uma situação como essas acima citadas, em que a empresa, por exemplo, não gera empregos e também não produz mais, estando inativa por longo período.

Não seria razoável que o juiz deferisse o processamento da recuperação judicial, blindando o patrimônio dessa empresa em relação aos seus credores, se já é possível concluir desde logo que não será possível a divisão equilibrada de ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.

A interpretação desse dispositivo legal deve ter em consideração os fundamentos do instituto, de modo que sua aplicação somente é entendida como adequada na medida em que é passível de fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que a lei pretende preservar.

Daí, que o juiz não deve apenas e tão somente verificar se todos os documentos exigidos pelo art. 51 foram juntados pela devedora, mas deve analisá-los, ainda que perfunctoriamente, para certificar-se de que não se trata de empresa evidentemente inviável.

Confira-se, nesse sentido, a sentença proferida no Proc. n. 1071967-31.2013.8.26.0100, proferida pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo:

Empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprem a sua função social e, portanto, não se justifica mantê-las em funcionamento nesses termos, carregando-se todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social.

O processamento de recuperação judicial de empresa inativa gera grave prejuízo social, que será suportado, em última análise, pelos consumidores em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperanda, que absorverão o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final. O resultado será, então, a inexistência de produtos e serviços (ou de produtos e serviços sem qualidade), pela empresa em recuperação, e produtos e serviços mais caros, em relação às demais empresas que negociaram com a devedora.

Portanto, não é razoável que se defira o processamento da presente recuperação judicial, blindando o patrimônio dessa empresa em relação aos seus credores, se já é possível concluir desde logo que não será possível a divisão equilibrada de ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.

A interpretação desse dispositivo legal deve ter em consideração os fundamentos do instituto, de modo que sua aplicação somente é entendida como adequada na medida em que é passível de fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que a lei pretende preservar.

No caso, porém, logo na primeira fiscalização realizada pelo diligente administrador judicial, constatou-se que a empresa está inativa há mais de ano (nada havendo a ser preservado como resultado de sua inexistente atuação), o que revela, sem sombra de dúvidas, a sua evidente inviabilidade.

A inatividade da empresa foi, inclusive, reconhecida pela recuperanda em petição posterior ao deferimento do processamento, tornando incontroversa essa circunstância.

Conforme já afirmado, a viabilidade da empresa é pressuposto processual e lógico da recuperação judicial e, ainda que deferido o seu processamento, admite-se como possível a reconsideração da decisão de processamento e a extinção do processo sem resolução do mérito, diante da constatação de que a recuperação não é factível, nem poderá se prestar ao fim objetivado por lei.

Pressuposto processual é matéria de ordem pública que pode, e deve, ser enfrentada, mesmo de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo, desde o despacho inicial até o julgamento final de qualquer processo cível. As condições da ação e os pressupostos processuais de formação e existência válida do processo devem estar presentes durante todo o processo, até o momento do julgamento do mérito do pedido. Desaparecendo qualquer desses elementos durante o curso da ação, ou percebendo-se sua ausência pelas evidências surgidas durante o trâmite do feito, impõe-se o seu conhecimento de ofício pelo magistrado, com a determinação de extinção sem resolução do mérito.

Deverá a empresa retornar ao status quo ante, voltando a ostentar a mesma condição que possuía anteriormente ao deferimento do processamento da recuperação judicial.

Posto isso, reconsidero a decisão de deferimento do processamento do feito e julgo extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, c.c art. 189 da Lei 11.101/05.

É possível, ainda, que o juiz determine a realização de uma perícia de constatação prévia, caso desconfie das condições da empresa e da fidelidade da documentação apresentada.

Tudo isso para se evitar deferir o processamento de uma recuperação judicial inadequada e lesiva ao interesse social e econômico. Lembre-se que o simples deferimento do processamento da recuperação judicial vai deflagrar automaticamente o *stay period*, de modo que esse ato representará a imposição aos credores de grave ônus, blindando-se o patrimônio da devedora por, pelo menos, 180 dias.

Caso o juiz constate a inviabilidade patente da empresa, já nessa fase preliminar, deverá indeferir liminarmente a petição inicial por ausência de pressuposto processual lógico do instituto jurídico da recuperação judicial⁹.

⁹ Conforme decidido no Proc. n. 0043599-63.2012.8.26.0100, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo: “Nesse sentido, não obstante a Lei nº 11.101/05 não tenha previsto expressamente uma perícia prévia de análise da documentação apresentada pela empresa requerente da recuperação judicial, o fato é que tal perícia deve ser inferida como consequência lógica do requisito legal estabelecido como condição para o deferimento do seu processamento, qual seja, a regularidade da documentação apresentada pela devedora. Ademais, tal interpretação atende aos fins econômicos, sociais e jurídicos do instituto da recuperação judicial. A experiência tem demonstrado que o inadvertido deferimento do processamento da recuperação judicial, apenas com base na análise formal dos documentos apresentados pela devedora, tem servido como instrumento de agravamento da situação dos credores, sem qualquer benefício para a atividade empresarial diante da impossibilidade real de atingimento dos fins sociais esperados pela lei. Não se busca, evidentemente, uma análise exauriente e aprofundada da empresa, mas tão somente uma verificação sumária da correspondência mínima existente entre os dados apresentados pela devedora e a sua realidade fática. Deferido o processamento, caberá aos credores decidir sobre a conveniência do plano de recuperação a ser apresentado pela devedora. Nesse primeiro momento, repita-se, busca-se apenas e tão somente conferir a regularidade material da documentação apresentada pela devedora. Não dispondo a Vara de equipe técnica multidisciplinar para análise da adequação da documentação juntada pela empresa devedora, se faz necessária a nomeação de perito para realização de avaliação prévia e urgente, a fim de fornecer elementos suficientes para que o

Aplica-se, nesse caso, o artigo 267, inc. I e o artigo 295, inc. III, ambos do Código de Processo Civil, por autorização do disposto no artigo 189 da Lei 11.101/05.

Conforme já visto, a viabilidade da empresa é fundamento ou pressuposto lógico de aplicação do instituto da recuperação judicial de empresas. Processualmente falando, esse procedimento não é adequado para empresas inviáveis, de modo que se pode considerar carecedora da ação a empresa inviável que ajuíza pedido de recuperação judicial. Considerando-se o interesse processual como sendo o binômio necessidade e adequação, pode-se afirmar com tranquilidade que inexistente, nesse caso, interesse processual na modalidade adequação.

Por outro lado, não existindo uma patente inviabilidade, ainda que não seja possível aferir-se a real viabilidade da empresa, deve-se deferir o processamento da recuperação, a fim de que os credores possam analisar a situação da empresa e de que se possa, num momento mais avançado e na posse de maiores e melhores elementos coletados pelo administrador judicial, decidir sobre o cabimento ou não do benefício legal.

A interpretação meramente formal do art. 52 da Lei 11.101/05 não é, portanto, a mais adequada, vez que não é capaz de garantir a correta aplicação da lei e a realização dos benefícios sociais e econômicos objetivados pelo instituto jurídico em questão.

8 - A viabilidade da empresa como condição da ação de recuperação judicial

Diante da análise do âmbito da aplicação do instituto da recuperação judicial de empresas, chegou-se à conclusão de que se trata de procedimento cabível apenas e tão somente para empresas viáveis que não conseguem superar por suas próprias forças a situação de crise, em razão de distorções das estruturas de livre mercado.

Do ponto de vista do processo, esse pressuposto lógico deve ser interpretado como uma condição da ação de recuperação judicial ligada ao interesse processual, na modalidade adequação conforme, aliás, já referido acima.

Importante notar, entretanto, que as condições da ação devem estar presentes desde o início até o fim do processo. Vale dizer, se não estiver presente no momento do ajuizamento do pedido, o indeferimento da petição inicial será a medida adequada. E, se durante o curso do processo, se verificar o desaparecimento da condição da ação, deve o juiz considerar essa circunstância, inclusive de ofício, já que se trata de matéria de ordem pública, para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

No caso do processo de recuperação judicial de empresas, já foi visto que a inviabilidade patente da empresa, aferida pela análise que o juiz deve fazer dos documentos exigidos pelo art. 51 da Lei 11.101/05, implica no indeferimento liminar da petição inicial.

Mas não é só.

Caso a inviabilidade da empresa seja descortinada durante o processamento da recuperação judicial, antes da aprovação do plano de recuperação ou durante o período bienal de fiscalização judicial do plano, deve-se converter a recuperação judicial em

juízo decida sobre o deferimento do processamento do pedido, com todas as importantes consequências decorrentes de tal decisão. Diante do exposto, antes de decidir sobre o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, determine a realização constatação da real situação de funcionamento da empresa, bem como de perícia prévia sobre a documentação apresentada pela requerente, de modo a se constatar sua correspondência com os seus livros fiscais e comerciais.

falência. Essa é a consequência especial, trazida pela Lei 11.101/05, para a constatação do desaparecimento dessa condição da ação durante a recuperação judicial cujo processamento já tenha sido deferido.

Nesses termos, caso a empresa em recuperação deixe de exercer suas atividades, deixe de produzir, demita funcionários injustificadamente, tudo de modo a prejudicar a possibilidade de obtenção dos benefícios sociais e econômicos que a lei procura preservar, deve o juiz estar atento a esta circunstância para, independentemente de pedido do administrador judicial ou de qualquer credor, converter a recuperação judicial em falência.

É importante o acompanhamento muito próximo da empresa em recuperação judicial, a fim de que se verifique em tempo real se a devedora está se desincumbindo de seus ônus processuais e empresariais, agindo de maneira compatível com as finalidades do processo, esforçando-se para produzir, circular riquezas, gerar empregos e, enfim, demonstrar que o processo de recuperação judicial tem fundamento de existência, diante da capacidade da empresa de gerar os benefícios sociais decorrentes da manutenção em funcionamento da sua atividade empresarial viável.

O indeferimento da petição inicial, diante da patente inviabilidade da empresa, ou a conversão em falência de uma recuperação judicial em razão da conduta anti-produtiva da devedora não são medidas negativas ou prejudiciais ao sistema econômico. Ao contrário, é a medida adequada para o saneamento do mercado e, portanto, benéfica à economia e à sociedade em geral.

9 - Gestão democrática de processos

Conforme já exposto, a aplicação das teorias da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada de ônus tem por objetivo conferir aos institutos de insolvência uma aplicabilidade adequada, fazendo com que a jurisdição atinja a sua eficiência máxima.

Entretanto, ainda que diante de um ambiente favorável à interpretação e aplicação adequadas dos institutos da falência e da recuperação judicial de empresas, a eficiência da atuação jurisdicional poderá esbarrar em dificuldades relacionadas à gestão do processo de insolvência.

Deve-se repensar a forma tradicional de gestão desse tipo de processo, considerando que a burocracia judicial tem sido um dos principais fatores a colaborar com a falta de eficiência da prestação jurisdicional.

É fundamental o conceito de que o processo existe para a realização dos direitos materiais, de maneira que se garanta ao titular de um direito o recebimento da prestação devida, tal qual receberia caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente sua obrigação.

Processo ineficaz, que não garante a realização dos direitos por ele instrumentalizados, não cumpre sua função constitucional, vez que representa barreira intransponível ao acesso à Justiça.

O objetivo do processo falimentar é arrecadar o patrimônio da empresa falida (todos os seus ativos), avaliá-lo e vendê-lo, pagando-se o maior número possível de credores em observância à ordem de prioridade legal. A recuperação judicial de empresas também exige extrema agilidade judicial, a fim de que os atos processuais fundamentais

ao desenvolvimento do processo ocorram em tempo razoável, viabilizando-se a oportunidade à empresa em crise de efetiva recuperação econômica.

Percebe-se, portanto, que o tempo é elemento essencial para o sucesso desses tipos de processos.

E a gestão tradicional de processos, empregada normalmente pelo Poder Judiciário, não é capaz de oferecer respostas adequadas e em tempo útil para que seja possível alcançar o sucesso em falências e recuperações judiciais.

No método tradicional de gestão de processos, a colheita das manifestações de todos os interessados, do MP, do administrador judicial e do perito, como pressuposto para a emissão da decisão judicial, é feita através de despachos e petições nos autos. Isso implica numa demora incompatível com a necessidade da realidade econômica, principalmente porque o serviço judiciário, além de burocrático por natureza, está absolutamente assoberbado de trabalho em carga muito superior a razoável. Daí que o andamento do processo se torna muito lento e seu resultado será, não raras vezes, ineficaz. Enfim, os períodos em que o processo fica paralisado indevidamente em razão da burocracia judiciária interferem de maneira decisiva na efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, não é raro que a decisão judicial seja proferida a destempo, quando já desapareceram o interesse, a utilidade e a oportunidade mais adequada do ponto de vista econômico e negocial para a efetiva prática do ato determinado pelo juízo.

Por exemplo, a decisão de arrecadação de determinado bem deve ser proferida em tempo razoável, sob pena de desaparecimento ou perecimento do bem objeto da arrecadação. Se proferida a destempo, essa decisão não vai gerar efeitos positivos ao processo falimentar, seja pelo desaparecimento do bem ou mesmo pela sua importante desvalorização, em prejuízo dos credores. Pode-se citar, ainda como exemplo, a decisão sobre a venda ou o arrendamento de um ativo da massa falida, que deve ser proferida em consonância com a preservação do valor desse ativo e com o interesse do mercado. O atraso na tomada de decisão poderá representar a perda de uma oportunidade e, dessa forma, a imposição de prejuízo aos interesses dos credores.

Os processos de insolência (falência e recuperação judicial), mesmo tendo em conta a sua evidente complexidade, devem atender aos princípios constitucionais da duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88) e da eficiência (art. 37, “caput”, da CF/88).

Deve-se garantir aos cidadãos o acesso à ordem jurídica justa, assim entendido o acesso qualificado ao processo; não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso à solução judicial adequada. Vale dizer, o cidadão tem direito ao processo como instrumento útil da solução dos conflitos e realização efetiva de direitos.

Conforme já afirmado, a questão da duração do processo (tempo de formação da decisão judicial) é fundamental em qualquer tipo processo, mas de importância crucial no caso das falências e recuperações judiciais, de modo que o tempo do processo não esteja dissociado do tempo da realidade ou da economia. As decisões judiciais devem ser proferidas em tempo útil, de modo a atender as necessidades do processo que, por sua vez, são ditadas pelo interesse dos agentes econômicos.

E não só.

Os interesses econômicos e sociais, de maneira geral, também são atingidos pela condução do processo falimentar, já que não se pode conviver com a não utilização de bens e serviços de relevância econômico-social. Deve-se preservar a função social da

propriedade inclusive em relação à massa falida, preservando-se os interesses dos credores, mas também da sociedade em geral.

Por isso, dentro do modelo de GESTÃO DEMOCRÁTICA, as decisões judiciais, notadamente sobre os temas que demandam maior urgência e compatibilidade com o tempo dos agentes econômicos, devem ser tomadas em audiências públicas com a presença de todos os atores processuais interessados nos destinos do processo, vale dizer, do administrador judicial, do perito, do MP e de outros eventuais interessados especificamente nas questões a serem decididas.

Nesse sentido, diante da necessidade de decisão sobre diversos aspectos do processo de insolvência (arrecadação de bens, venda de ativos, avaliação, arrendamentos, dentre outros temas de ocorrência frequente), deve o juiz designar uma audiência com definição da pauta de questões a serem discutidas e decididas. Todos aqueles cujos pareceres sejam necessários para a formação do processo decisório devem ser intimados para comparecer ao ato. Nessa audiência, todas as questões serão discutidas e, se possível, decididas. Assim, a decisão sobre essas questões, que demoraria meses ou anos no modelo tradicional, poderá ser proferida num único dia, respeitando-se a oportunidade de manifestação de todos os interessados.

Além de imprimir maior celeridade ao processo decisório, a Gestão Democrática de Processos apresenta ainda outras vantagens: garante a participação das partes e interessados no processo decisório, induz maior comprometimento de todos aqueles que atuam no processo, assegura maior transparência ao processo, propicia maior fiscalização sobre o andamento processual e, ainda, franqueia aos interessados o fornecimento ao juízo de informações relevantes e úteis sobre aspectos diversos do processo (como, por exemplo, qual seria a melhor destinação de ativos específicos, dentre outras), colaborando para a maior qualidade da decisão judicial.

E o melhor: a aplicação do modelo de gestão democrática de processos é imediata e independe de alteração legislativa.

Segundo a legislação de regência, permite-se ao juiz designar audiência para a colheita de informações das partes e demais interessados, sempre que entender necessário para a solução rápida e adequada das questões postas em juízo. E mais. Essa forma de gestão de processos é a que melhor atende aos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo.

A prática na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo tem demonstrado a eficiência desse novo modelo de gestão. Processos de falência, como é o caso da VASP, e processos de recuperação judicial, como no caso da LBR, são exemplos de que a gestão democrática é capaz de tornar o processo de insolvência mais ágil, justo e eficaz. A aproximação das partes do processo decisório fez com que, em ambos os casos, todos os interessados se tornassem mais colaborativos e menos resistentes ao andamento do feito, na medida em que, através de deliberações e mediações, todos ficam mais conscientes dos objetivos do processo e de que o resultado positivo e esperado pela lei trará benefícios em geral ao funcionamento do sistema econômico e social além de beneficiar, em particular, todos os interessados diretamente no processo de insolvência.

10 - Conclusão

O controle judicial da distribuição equilibrada de ônus entre devedora e credores, da justiça, factibilidade e do sentido econômico do plano de recuperação, se impõe como decorrência necessária do sistema jurídico de insolvência. Além disso, tal providência encontra guarida no direito comparado, inclusive no sistema norte-americano que foi o inspirador da criação do sistema brasileiro.

A interpretação do instituto da recuperação de empresas deve superar o dualismo pendular de modo a deslocar o foco interpretativo para a realização do resultado útil e eficaz desse sistema jurídico. Nesse contexto, e mais uma vez, deve o Magistrado zelar pela equilibrada divisão de ônus entre credores e devedora, a fim de que os resultados sociais relevantes e decorrentes da recuperação da empresa possam ser maximizados.

A interpretação adequada dos dispositivos legais e a pertinência da aplicação da lei com as suas finalidades sociais e econômicas são fundamentais para determinação do futuro da recuperação de empresas no Brasil.

A complexidade do processo de insolvência não pode se tornar empecilho à obtenção do resultado útil da falência ou da recuperação de empresas, sob pena de não cumprir sua função constitucional. Nesse sentido, além da aplicação e interpretação adequada dos dispositivos legais, exige-se a adoção de um novo modelo de gestão processual, que permita maior agilidade e democracia no processo decisório.