

Enquanto Brasil processualiza falência, EUA apenas administra

Inúmeros aspectos marcaram a visita dos 10 juizes federais americanos ao Brasil, entre os quais: que apesar das LRFs do Brasil e EUA estarem alicerçadas em idêntico espírito, ou seja, o da preservação das empresas economicamente viáveis, são dispares no que tange a observação de aspectos relacionados a praticidade e celeridade judicial. Enquanto no Brasil a recuperação e a falência são extremamente processualizadas nos EUA são administrativas, focadas na negociação e em tornar o processo o mais fluido possível — um sistema onde idealmente as partes decidem seus próprios desígnios.

O Instituto Brasileiro de Gestão e Turnaround (IBGT), a Associação Paulista de Magistrados e a Associação Americana de Juizes de Recuperação e Falências realizaram o primeiro e pioneiro Colóquio Internacional de Magistrados de Recuperação e Falências na Apamagis em 22 e 23 de setembro de 2007.

Foi sucedido pelo V Fórum Internacional de Renovação de Empresas em 24 e 25 de setembro e transmitido pela internet para todo o mundo, realizado pelo IBGT com o apoio do American Bankruptcy Institute onde mais de 50 dos maiores experts brasileiros e internacionais, cujas experiências constituem um verdadeiro arsenal de estratégias práticas e técnicas criativas, participaram dos debates de questões relacionadas a prevenção de crises, renovação e recuperação de empresas incluindo a lei de recuperação e falências (LRF), *distressed finance* e investimentos.

Magistrados de diferentes partes do Brasil e dos EUA participaram de uma série de workshops para analisar os problemas práticos em administrar diferentes casos sob a LRF inclusive aqueles envolvendo múltiplas jurisdições, aumentando assim o nível de entendimento e cooperação entre Cortes de Justiça.

Inúmeros aspectos marcaram a visita dos 10 juizes federais americanos ao Brasil, entre os quais: que apesar das LRFs do Brasil e EUA estarem alicerçadas em idêntico espírito, ou seja, o da preservação das empresas economicamente viáveis, são dispares no que tange a observação de aspectos relacionados a praticidade e celeridade judicial. Enquanto no Brasil a recuperação e a falência são extremamente processualizadas nos EUA são administrativas, focadas na negociação e em tornar o processo o mais fluido possível — um sistema onde idealmente as partes decidem seus próprios desígnios. Observou que o código de recuperação e falência americano carrega em si o espírito de prover uma segunda chance conforme o artigo 1º da constituição americana.

Nos EUA a ênfase está na cooperação, comunicação, na mediação, no ganho do crescimento. Incentiva a mediação e que as próprias partes negociem uma solução. Já no Brasil temos por tradição um direito punitivo. Recuperação não se faz com base em litígio. A nova lei de recuperação brasileira demanda uma postura diametralmente oposta da forma jurídica que vínhamos tratando.

Um dos aspectos mais marcantes observados é que a corte de recuperação americana funciona 24 horas por dia, 365 dias por ano. Existem certas questões que surgem quase que imediatamente: relacionadas a trabalhadores, instalações, alimentação de animais, fornecimento de matéria prima. Existe toda uma consciência, cultura, abrangente e dinâmico aparato jurídico e financeiro voltados para a manutenção da atividade produtiva como: audiências emergenciais até mesmo por conferência telefônica; utilização de e-mail; informatização; internet; conceito do chamado “primeiro dia do processo”; da doutrina da

necessidade; decisão provisória; mercado de créditos extraconcursais com garantia real; mercado secundário de compra de créditos; sistemática de maximização do preço de venda de ativos ou de todo o negócio.

Tal qual nos EUA a lei brasileira prevê também a criação do comitê de credores com a dramática diferença de que nos EUA o comitê de credores quirografários pode efetuar contratação de profissionais para assessorá-lo. Esses profissionais e empresas são pagos pelo devedor ou pela massa falida, fato que não ocorre no Brasil.

Há características na lei americana que possibilitam que a aplicação da LRF seja efetiva. Partes são encorajadas a negociar para evitar uma decisão adversa do juiz. O papel do juiz nos EUA é o de resolver controvérsias. Nada pára o processo recuperatório nos EUA enquanto no Brasil qualquer recurso interrompe o bom andamento do processo, fato extremamente grave.

Nos EUA existe grande ênfase na celeridade. O litígio ocorre em tempo real, sendo resolvido prontamente na medida em que surge e não litígio de autópsia. Demanda criatividade das partes envolvidas. Maior parte do trabalho ocorre fora do juízo para assegurar a continuidade da atividade da empresa: negociações; gestão de crise; elaboração do plano; valorização; precificação; alternativas; onde cortar custos e aumentar receitas; busca de novos recursos; reuniões entre advogados e clientes.

Sob a ótica da corte americana existem fatores essenciais para proteger as empresas e a continuidade de negócios; um deles é a transparência do processo para todos participantes. Outro objetivo é o atendimento breve a todos; necessidade de rápida mobilização. A lentidão leva uma empresa que poderia ser salva a sucumbir.

Os juizes americanos observaram que o principal desafio para se obter a efetividade da LRF é estabelecer um contrato social entre as partes. O entendimento de que apesar das diferenças, deve haver um espírito de cooperação. Sem as partes cederem torna a solução muito complicada.

Dado o curto espaço de tempo na LRF Brasileira para propor e aprovar o plano, o papel do Administrador Judicial pode tornar-se extremamente importante. Este é o órgão responsável pela contratação de profissionais, incluindo especialistas para apurar o valor do negócio; é o órgão que pode dar foco a todas as partes de uma forma objetiva para se chegar a uma solução de reestruturação e de negócios. É, da mesma sorte, o órgão que o juiz pode pressionar, promover e proteger para executar o trabalho.

Foi observado que sob a LRF Brasileira o juízo necessita exercer de maior flexibilidade em observância ao espírito do novo diploma recuperatório legal e o princípio a equidade, prática esta, bastante sedimentada nos EUA. Um desses casos aplica-se a distribuição de ativos entre o universo de credores, não sendo necessário aguardar a decisão final de todas as impugnações ou fechar o quadro geral de credores. Não se pode prejudicar toda uma maioria em razão que questionamentos efetuados por uma minoria, em alguns casos até de má fé, cujas impugnações impõem um atraso forçado a todo o processo, causando grandes danos ao universo de credores ou pondo em risco a recuperação da empresa.

O juízo pode trabalhar (a) com a estimativa do valor envolvido as impugnações para certos propósitos e a partir disso (b) meramente estipular uma reserva, sem que todas as contestações sejam decididas judicialmente, ou seja, fazer uma provisão parcial para esses processos em andamento, mas sem penalizar a maioria, o universo de credores, retendo a totalidade dos valores ou ativos ou retardando a confirmação do plano recuperatório até que todas as impugnações sejam decididas.

O Brasil vive ainda o dilema do “quem manda mais”, o juízo universal da recuperação e falência, a justiça do trabalho ou a justiça tributária. Há ainda o grave problema da exigência da certidão negativa de impostos e o fato do fisco ficar fora do alcance da recuperação judicial. Nos EUA resta claro que o juízo da recuperação e falência é realmente universal e soberano sem qualquer conflito de competência entre diferentes justiças.

Outro aspecto contrastante é o de que nos EUA é comum o pedido voluntário de recuperação ou falência. No Brasil, nos casos de falência, predomina o pedido involuntário; em São Paulo de 500 pedidos de falência apenas 1 é voluntário. No Brasil a empresa em crise ainda carrega o estigma de fracasso, morte. Falência para o brasileiro significa derrota. É comum o empresário no Brasil deixar exaurir seu patrimônio até que não tenha mais solução.

Deve-se agir para que esse estigma que recai sobre as empresas em dificuldades seja eliminado. Sem embargo, esse objetivo apenas será alcançado quando existir uma imediata investigação por fraude associada a todos os pedidos de recuperação e falência, e que os promotores de justiça deixem claro que eles irão concluir suas investigações prontamente caso não haja suspeita de fraude. Que em havendo a fumaça do bom direito o pressuposto seja o da boa fé, e não generalizar que haja suspeita em todo e qualquer pedido de recuperação e falência.

Como observado nos EUA, é vital fazer o público entender que o negócio pode merecer viver. No famoso caso da WorldCom a direção foi substituída e a empresa recuperada — continua sendo a 2ª maior empresa de telecomunicações do mundo. Lá existem empresas especializadas em investir em empresas em crise da mesma forma que em empresas saudáveis e os juizes têm de ter essa sensibilidade.

Para que a nova lei tenha êxito, a mudança mais crucial necessária é a introdução de um processo de mudança, originado, em primeiro lugar, pelos advogados e outros profissionais que atuam na área de recuperação e falência no Brasil. Os juízos podem facilitar essa mudança ao estimular a negociação e desencorajar a mentalidade de litígio.

É igualmente necessário que se abdique da visão do juiz de ontem, expressa no passado; do judiciário

intervencionista, que não consegue solucionar as controvérsias; adoção de medidas que voltadas para coibir aquelas iniciativas que visem imputar morosidade e falta de efetividade ao processo. Entender que não se podem regular situações futuras com o passado, que negócios não são questões que podem ser resolvidas com visão do passado, e que devem obrigatoriamente ser resolvidos em tempo real.

Os juizes, advogados, devedores, credores, trabalhadores brasileiros devem adaptar-se a nova realidade, atuando com os olhos de amanhã. Abandonar a mentalidade onde o protagonista é o processo e a resolução do conflito secundária; extinguir a cultura procrastinatória de alongar o processo o máximo possível com recursos e agravos para ganhar tempo, que tem efeitos letais sobre a recuperação e maximização de valor.

Nos países desenvolvidos apenas 10% dos casos vão para a mão dos juizes; grande massa de conflitos se encerra antes do processo.

No caso de recuperação judicial da empresa Delphi em andamento nos EUA haviam dezenas de milhares de contestações, mas, em razão dos procedimentos de administração de contestações judiciais que demandam total exposição, mediação e prontas datas de audiência, apenas meia dúzia de processos foram decididos pelo juízo.

Observamos, no entanto, o início de um processo de mudança cultural no Brasil. O Tribunal de Justiça de SP, detentor de 49% dos processos da nação, seguindo uma tendência mundial, está implantando um projeto de conciliação e mediação que visa trazer as partes de volta a mesa de negociação, coisa que não acontece mais em outra justiça estadual no Brasil, face a alteração legislativa de 1994 que retirou sua obrigatoriedade. Um projeto que objetiva a pacificação da controvérsia sem a imposição judicial, através da busca de acordo onde a possibilidade de cumprimento espontâneo é bem superior a 90%, além de atender ao princípio da celeridade, aspecto vital nos casos de recuperação e falência. Dessa forma, evita-se uma decisão judicial obtida ao final de 20 anos, após o trânsito em julgado quando se busca a execução forçada, fato que impõe custos e perdas proibitivas a toda a sociedade.

Ainda na linha da conciliação, no Fórum João Mendes em São Paulo, o maior da América Latina, existe uma massa real de 400 mil processos tramitando permanentemente, sem considerar as Varas de Família. Nesse projeto, em menos de três anos de seu início, 7 mil títulos judiciais definitivos foram homologados através da conciliação. O índice de acordo na esfera processual é ainda pequeno. Passou de 7% na fase inicial para 25% atualmente. A empresa recordista de processos obteve um índice de 63% de acordos nos processos judiciais e a partir de parcerias junto às concessionárias, órgãos de defesa do consumidor, e grandes litigantes, são realizadas uma média de 4 mil audiências de conciliação por mês. O índice de acordos na esfera extraprocessual já alcança a marca de 86%, fato bastante animador.

O colóquio de magistrados também abordou a importância do Brasil introduzir a mudanças legislativas necessárias com o objetivo de adotar a lei modelo das Nações Unidas no que tange insolvências transnacionais. Os EUA aderiram aos princípios da lei modelo que estão contidos no *Chapter 15* da lei americana e vários outros países fizeram o mesmo.

Em 2005 a lei de recuperação americana foi modificada para incluir pequenas empresas; desonerando os

custos de recuperação judicial para as pequenas empresas. A pequena empresa não recebeu a atenção adequada na lei de recuperação brasileira. Os juizes americanos observaram que o sentimento no Brasil com relação a nova LRF é de que pessoas ainda não se acostumaram. Comentaram que este é um processo de evolução, destacando que assim como nos EUA onde as pequenas empresas ainda estão se acostumando com a recente reforma da lei de recuperação americana, demorará um pouco no Brasil para que todos abracem a nova LRF.

Date Created

12/11/2007