

Opinião: eficiência econômico-financeira do sistema da insolvência

É animadora a proficiência da evolução das reflexões que circundam o microsistema do tratamento da crise da empresa. Obviamente que todo esse foco de atenção e rebuliço é fruto da crise vivenciada pela economia brasileira, que se mostrou como uma espécie de “tsunami” que devastou o mercado nacional, relegando muitas atividades empresárias para a condição de “náufragos em um bote” tentando sobreviver, sem a esperança do horizonte de terra firme e fértil.

Neste cenário, temos a atividade empresária desestimulada, assolada. Mas a esperança não pode esvaecer e devemos todos convergir, inclusive os mais pessimistas, no sentido de que não podemos abandonar as nossas “pranchas de salvação”, pois em algum momento (que seja breve!) retomaremos a marcha do crescimento econômico e desenvolvimento social.

E exatamente neste hiato temporal (de crise acentuada e insistente, mas sempre com o horizonte de retomada do “bom ânimo” do mercado), que o mecanismo judicial de auxílio de superação de crise (recuperação judicial) se faz assaz necessário e, sem sombra de dúvida, será cada vez mais utilizado no Brasil. Não são precisos atributos mediúnicos para prospectar que os processos de recuperação judicial tendem a aumentar em quantidade; em valores envolvidos; em complexidade de relações jurídicas e assim por diante.

Noutra senda, o processo de liquidação na falência deve ser cada vez mais rápido, objetivo e contundente, a fim de se mostrar como verdadeiro veículo fomentador de um círculo virtuoso de renovação econômica.

Portanto, os que lidam com o Direito da Insolvência, em suas diferentes searas de atuação, devem ter consciência desta necessidade de entregarmos, tal como alfaiates, a roupagem jurídica necessária, de caimento perfeito, a estes complexos processos de interesse estratégico da Nação.

A primeira reflexão que se convida é a seguinte: temos uma legislação que atende as necessidades práticas atuais? A resposta nos parece que é sim, no geral. Destaca-se nesta toada de virtuosidade, a lapidar atuação do Poder Judiciário, que busca, de forma comprometida, inovadora e com destacada *expertise*, entregar a solução que se mostre ideal para o *case*, não com a sanha de preservação da empresa, mas sim, com uma visão focada no melhor interesse das partes envolvidas, razão pela qual têm se mostrado fundamentais no desenvolvimento dos sistemas jurídicos do tratamento da crise da empresa.

Mas é fato que devemos manter a marcha evolutiva sempre! Aqui então trabalhar-se-á com a legislação em vigor e propugnando possíveis soluções de *lege ferenda* para a melhora do sistema recuperacional e, principalmente, para otimizar o sistema liquidatório falimentar.

Para fomento da reflexão crítica traz-se, em uma despreziosa tradução livre, a frase que pode ser vista em uma das Cortes de Apelação Federal Norte-Americana [1]: “a razão é a alma de toda a lei” [2]. Ousamos fazer a aplicação deste primado não limitada a uma interpretação sob a ótica da *mens legis*, mas sim, sob o contexto e significado da ponderação, proporcionalidade, necessidade e adequação de se intentar uma alteração legislativa.

Afinal, a legislação vigente vem, nos últimos 14 anos, atendendo aos seus propósitos e, mais do que isso, evoluindo e se tornando cada vez melhor com a forja da rica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (o Tribunal da Cidadania) que burila o tema.

Propõe-se, assim, que as alterações pontuais da Lei nº 11.101/2005 atentem para os princípios: da transparência e ampla publicidade, celeridade e eficiência do processo; do amplo e efetivo tratamento do passivo da empresa e do empresário, considerando o impacto social da crise da empresa; do prestígio à autonomia da vontade privada dos credores, da liberdade contratual e do respeito à disponibilidade de direito privado; da busca da vontade real e soberana dos credores; da desburocratização e da democratização do processo; do fidedigno respeito à boa-fé na busca construtiva de consensos, que acarretem a maior efetividade econômico-financeira e proveito social para os agentes econômicos envolvidos; e, finalmente, da preservação e estímulo do bem-estar social, através da responsabilidade social, corporativa e ambiental.

Vamos, então, ao enfrentamento prático de alguns tópicos (alguns que foram objeto, inclusive, do resultado do Grupo de Trabalho e de Juristas que atuaram junto ao Ministério da Fazenda e da contribuição de Institutos voltados ao estudo do tema) que, segundo nossa crença, devem ser alterados com “limitação cirúrgica” e a partir do amadurecimento da aplicação da Lei nº 11.101/2005.

Uma questão salutar, a nosso ver, para facilitar o congraçamento desses interesses, é tornar as regras cada vez mais simples, de fácil intelecção, e isso não quer dizer que, por essa razão, elas se tornem menos abrangentes, esmiuçadoras, eficazes ou seguras. Pelo contrário!

Esta, sem dúvida, é a melhor forma de se abrandar os impactos negativos, ou mesmo tratar de maneira mais produtora, os efeitos da crise da atividade empresária no seu emaranhado de relações, mediante um processo coletivo de adimplemento sistemático e mais eficaz sob o aspecto do aproveitamento econômico.

Partindo de pontos mais comuns à Recuperação Judicial e Falência, temos a necessidade da adequação da nossa legislação às regras da insolvência transfronteiriça para fim de efetividade e regulamentação das relações transnacionais, e, principalmente, incentivo ao comércio internacional e à captação de novos investimentos do estrangeiro.

Temos, também, ainda nessa linha comum, a necessidade da uniformização da forma de contagem de prazos; da utilização das modernas ferramentas de comunicação para a facilitação da ampla divulgação do processo aos credores e interessados; e o robustecimento e padronização dos relatórios mensais do administrador judicial, com um olhar verdadeiramente holístico, contando com informações financeiras, não financeiras e jurídicas revestidas de pertinência, clareza e segurança.

Adentrando especificamente na Recuperação judicial, preconizamos que deve ser conferido ao juízo onde se processa a recuperação judicial uma competência especial no tema, com vias a garantir que este juízo decida acerca dos atos que possam prejudicar o projeto de recuperação no sentido *lato*, em se tratando de bens essenciais à atividade do devedor, e sobre todas as referidas relações contratuais subjacentes.

De toda sorte, devemos buscar o prenunciado princípio do amplo tratamento do passivo do devedor, considerando que deste exsurge a necessidade de que o processo de recuperação judicial seja um vetor efetivo para tratamento de toda a crise econômica e financeira, pois se sabe que um projeto concreto de recuperação deve equacionar todo o tipo de passivo da sociedade, a fim de possibilitar realmente a curto, médio e longo prazo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

A recuperação judicial deve se apresentar como um ambiente equânime para a composição das dívidas, o que melhor comunga com o efetivo tratamento da crise de forma conjuntural e estruturada.

Ainda no ambiente da recuperação judicial, deve-se criar ferramentas legais para o amplo e irrestrito incentivo ao “dinheiro novo” na recuperação judicial (ou como alguns o chamam, modelados na cultura norte-americana, *D.I.P. financing*), na medida em que, não há negócio que sobreviva sem capital e fluxo de caixa. Simples assim!

O racional deve ser econômico e financeiro. Trocando em miúdos: *o devedor deve poder*, sob a segurança da chancela judicial, *celebrar contratos de financiamento garantidos pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos seus ou de terceiros para financiar as suas atividades, as despesas de reestruturação ou de preservação do valor de ativos*.

Além de garantias, deve-se baratear a operação de “dinheiro novo”, buscando-se que na análise de concessão de crédito, *as instituições financeiras e congêneres submetidas às normas do Banco Central do Brasil promovam análise individualizada da situação econômico-financeira do devedor em recuperação judicial*, considerando-se, inclusive que o *standstill* (ou *stay period*) em relação ao prosseguimento de atos de cobrança ou a apresentação e negociação do plano de recuperação judicial, possa ensejar a reclassificação para categoria de menor risco, conforme Resolução CMN nº 2.682/1999, para fim de provisionamento bancário.

Outro ponto a ser tratado, com sensibilidade e bom senso, é o referente à eventual tributação incidente sobre o resultado da negociação entre devedor e credores, quando este culmina em deságio do débito, eis que se mostraria totalmente infértil impingir tributação excessiva ao devedor que tenta no procedimento justamente equacionar as suas dívidas pretéritas, seria, ainda, contraproducente vedar e limitar a utilização dos prejuízos fiscais para o abatimento da dívida fiscal.

Noutra senda, devem ser estimulados a criação de parcelamentos fiscais em condições condizentes para socorrer a crise que acomete o devedor e, até mesmo, de mecanismos de transação fiscal para que, assim, o crédito tributário possa ser efetivamente equacionado no ambiente do processo recuperacional, gerando arrecadação para os cofres públicos.

Agora debruçando sobre o tratamento da ineficiência crônica dos processos de falência, devemos lançar as luzes para uma proposta de mudanças radicais, verdadeiramente estruturais, para rompermos, com força, a pecha de que a falência é ineficiente para a economia, a fim de tornarmos o mecanismo uma opção concreta para a reciclagem salutar da atividade econômica inviável, que por uma circunstância ou outra, a solução de mercado não conseguiu tratar.

Precisamos de uma releitura de procedimentos, visando sua modernização e eficiência, utilizando-nos das propostas principiológicas constantes do P.L. 10.220/2018 de: *preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, incluídos aqueles considerados intangíveis; viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor viável, a fim de permitir a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos direitos dos credores; fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica; permitir a liquidação célere das empresas inviáveis com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e, preservar e estimular o mercado de crédito atual e futuro.*

Processos de falência natimortos, onde se verifica, em sua origem, que não há bens suficientes para arcar sequer com as despesas do processo devem ser, *initio litis*, extirpados dos quadros do Poder Judiciário, por serem, a toda evidência, estéreis ao cumprimento de obrigações e, noutro prisma, deletérios em relação à oneração do aparato Estatal.

Existindo bens, deverá ser estabelecido um marco temporal exíguo para realização da venda, com condizente avaliação, com ampla e efetiva divulgação das vendas judiciais e mediante amplo processo competitivo.

Na seara do reforço da não sucessão de passivos de qualquer natureza nas vendas judiciais em falência e recuperação judicial, deve-se promover o alargamento do conceito de unidade produtiva isolada para abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, isolados ou em conjunto, incluídos os direitos de sócios, também para fins de não sucessão – tudo em estímulo à segurança jurídica necessária para *permitir a liquidação célere dos ativos das empresas inviáveis com vistas à realocação eficiente de recursos na economia.*

Ainda em atenção ao princípio do fomento ao empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica (P.L. 10.220/2018), deve-se prever prazo menor para a extinção das obrigações na falência, a ser contado a partir da data da sentença de quebra, com sua desvinculação de eventual *persecutio criminis* quanto aos crimes falimentares. Da mesma forma, as Fazendas Públicas credoras, de ofício ou a requerimento, deverão extinguir os créditos uma vez decorrido o prazo prescricional previsto na legislação de regência.

Feitas essas ponderações e reconhecida a virtuosidade das sugestões que circulam através inclusive de alteração legislativa (destacando-se o P.L. 10.220/2018) e estudos acadêmicos (muitas que foram objeto de aproveitamento pelo presente artigo), encaminha-se para o fechamento com uma frase, também em tradução livre, atribuída à Winston Churchil, que disse: “muitos olham para o empresário como o lobo a ser caçado; outros olham como a vaca a ser ordenhada. Poucos o enxergam como o cavalo que puxa a carroça.”

Por óbvio, mesmo sendo a atividade empresária considerada como a força motriz da economia isto não pode servir de salvo conduto para manutenção de atividades empresárias inviáveis ou para imposição de condições draconianas aos direitos dos credores.

Mas valendo-nos do estudo da *INSOL International, STATEMENT OF PRINCIPLES FOR A GLOBAL APPROACH TO MULTI-CREDITOR WORKOUTS II* (ano de 2017), observa-se o dado de que tem crescido o reconhecimento entre as maiores instituições financeiras do mundo que, como credores, podem alcançar melhores resultados ao auxiliarem o devedor ao soerguimento mais célere, do que forçar um procedimento de insolvência.

Essa mudança de cultura objetiva ainda abrandar o impacto econômico social gerado pelo processo formal de falência de empresas significantes no mercado, enquanto existem alternativas viáveis, evitando, outrossim, o alastramento dos danos econômicos em um contexto macro[3].

E, em se tratando de processo de falência, não podemos ignorar o relevante estudo do *The World Bank* que, em seu projeto *Doing Business*, analisa a efetividade do sistema liquidatório (resolução de insolvência) como um dos 11 fatores para medir e ranquear 190 economias mundiais, para fim de aferir a facilidade para realização de negócios. Isso se traduz em segurança para tornar o nosso Brasil atrativo para novos negócios!

Assim, considerando ambos os cenários, vê-se que não devemos perder de vista o conceito de que toda contribuição legislativa, doutrinária e jurisprudencial deve servir para que o instituto se torne cada vez mais atraente e produtor.

Assim, façamos o nosso papel lapidando o sistema do tratamento da insolvência da atividade empresária, mediante somente algumas mudanças pontuais, de “precisão cirúrgica”, com vistas a atualização da legislação, principalmente em um contexto onde a conjuntura, a perspectiva econômica, ainda se mostra pouco convidativa para a aposta em soerguimento e empreendedorismo.

[1] “Reason is the soul of all law”- Federal Court of Tenth Circuit U.S.A. – tradução livre

[2] “Reason is the life of the law; nay, the common law itself is nothing else but reason....The law, which is perfection of reason.”– Institutes of the Lawes of England – First Institute [1628]

[3]

https://www.insol.org/_files/Publications/StatementOfPrinciples/Statement%20of%20Principles%20II%20

– em tradução livre. consulta em 09/06/2019

Date Created

26/10/2019