

É possível tornar as falências brasileiras mais eficientes?

Deixai toda esperança do lado de fora

No início de um dos cantos da sua clássica “Divina Comédia”, Dante Alighieri afirma que todos os que entram no inferno devem deixar as esperanças do lado de fora (“*lasciate ogni speranza, voi ch’entrate*”).

Com alguma frequência, os estudiosos do processo falimentar brasileiro pedem licença poética para dizer que nas entradas das falências deveria ser colocada essa mesma placa.

De fato, qualquer um que já vivenciou um processo falimentar como parte, como interessado, como agente estatal ou mesmo como advogado sabe que é um processo muito ruim.

O projeto do governo para as insolvências

O governo apresentou ao Congresso um projeto para reformar a lei de recuperações e falências (PL 3/2024) que procura otimizar os processos falimentares, que são uma engrenagem sabidamente bastante defeituosa do aparelho econômico brasileiro.

Plenário da Câmara dos Deputados

Geralmente tenho sido crítico das medidas econômicas propostas por este governo, de modo que me sinto confortável em afirmar: andou bem o governo.

Votação do PL3 na Câmara dos Deputados

Na sua Exposição de Motivos, pela voz autorizada do secretário Marcos Pinto, o governo afirma que uma das finalidades centrais do seu projeto é a *elevação da taxa de recuperação de créditos* — que vem a ser, sem dúvida, a principal finalidade dos processos de falência.

Liberdade de iniciativa e insolvência

A *liberdade de iniciativa empresarial* é um valor central na economia da nossa sociedade e é tratado como um *direito fundamental* na Constituição.

A promoção e a proteção da liberdade de iniciativa empresarial devem sempre ter presente que muitas atividades empresariais infelizmente são mal-sucedidas, talvez mesmo a maioria delas — especialmente das pequenas e médias empresas. É preciso tratar desse problema de modo eficiente, o que se faz através dos processos de insolvência.

O estímulo à iniciativa empresarial — ao chamado empreendedorismo — depende de que os processos de insolvência sejam ágeis o suficiente para mitigar os danos causados a todos os interessados pelo insucesso, realocando rapidamente as pessoas e os bens em outras atividades produtivas.

Quanto mais tempo demora o saneamento do insucesso, maior será a depreciação dos bens e a perda da capacidade produtiva das pessoas.

Simplificadamente, os processos de insolvência podem ser divididos em dois grandes grupos: aqueles que buscam salvar as empresas e aqueles que buscam liquidar as empresas que não tem condições de ser salvas. Para as primeiras são disponibilizados processos de recuperação empresarial e para as segundas, os processos de falência.

Processos para salvar empresas

No Brasil, os processos de insolvência voltados a recuperar empresas sofreram notável evolução nos últimos vinte anos, tendo sido importado um modelo norte-americano que terá sido fonte de inspiração para diversos outros sistemas jurídicos contemporâneos.

Além de diversas leis que se sucederam aprimorando as normas aplicáveis, a jurisprudência dos Tribunais, especialmente do STJ, resolveu diversas questões que a lei não havia previsto e consolidou diversos instrumentos, cujo aperfeiçoamento realmente depende da experiência de aplicação e funcionamento.

Hoje o *novo* sistema brasileiro de recuperação de empresas encontra-se consolidado e em consonância com o modelo sugerido por diversas organizações internacionais especializadas. Por evidente, ainda há diversas ineficiências que precisam ser enfrentadas e corrigidas, mas pode-se dizer que o nosso sistema de recuperação empresarial funciona a contento.

Processos para matar empresas

Já os processos voltados à liquidação de empresas — os processos falimentares — funcionam mal no Brasil. Embora tenha passado também por diversas alterações legislativas nos últimos anos, o processo brasileiro de falência ainda permanece vinculado a um modelo inspirado no direito europeu do início do século passado, extremamente ineficiente.

Mesmo diante de evoluções esparsas, a estrutura da falência é ineficiente e antiquada, promovendo o desalinhamento dos interesses dos principais agentes econômicos e estatais envolvidos.

Deixa-se apodrecer os ativos, que são submetidos a um processo tormentoso e incompatível com as premissas econômicas que deveriam presidi-lo. É um processo extremamente burocratizado que guarda ainda inefetível feição punitivista e paradoxalmente coloca o devedor como protagonista, para o bem e para o mal.

Essa disfunção torna o processo falimentar uma espécie de pesadelo para os agentes econômicos envolvidos e distorce a operatividade do sistema.

Mais do que isso, a disfunção do processo falimentar gera consequências graves para os processos de recuperação de empresas, pois a ineficiência quase absoluta dos processos falimentares exclui das

opções dos interessados uma das vias mais comuns de solução para esse tipo de situação de crise empresarial que é a liquidação dos ativos envolvidos.

Isso acaba por agravar o desequilíbrio entre os interesses de credores e devedores.

O desequilíbrio manifesto entre os interesses de credores e devedores

O sistema brasileiro de insolvência foi reinaugurado em 2005, trazendo um novo instrumento para enfrentar situações de crise empresarial: a recuperação judicial, que veio substituir a antiga concordata — um instituto que (sobre)viveu durante décadas de ineficácia e produziu resultados sofríveis.

Como não raro acontece com as novidades, elas são lidas com mesmas as lentes que liam as obsolescências, as quais tendem a viciar a leitura.

Nos seus primeiros anos o processo de RJ foi tratado como uma panaceia e a preservação da empresa foi entoada como um mantra a justificar qualquer providência e o sacrifício de quaisquer interesses concorrentes de trabalhadores, fornecedores e até mesmo da Fazenda Pública — logo ela que sequer era chamada a participar do processo...

Criou-se um extremo desequilíbrio entre as posições dos devedores e dos credores, o que distorce o sistema econômico como um todo: a dificuldade exagerada de recuperar créditos reduz os níveis de segurança jurídica e eleva de modo muito substancial os riscos financeiros.

Onde está o equilíbrio do pêndulo normativo?

Já se disse com autoridade que os movimentos legislativos muitas vezes oscilam como um pêndulo. Desde algum tempo, nota-se um movimento claro no sentido de se tentar colocar o pêndulo das insolvências em uma situação mais próxima ao equilíbrio: atua-se no sentido de elevar a proteção dos credores no âmbito das RJs e falências.

São exemplos simples, mas expressivos da evolução da jurisprudência e da legislação no âmbito das recuperações: a elevação do nível de proteção das garantias e dos créditos garantidos, incluindo o *DIP financing*, a possibilidade de apresentação de plano alternativo pelos credores, a redução do espectro da concursabilidade, com a exclusão de diversos tipos de créditos do ambiente recuperacional, dentre várias outras providências boas ou ruins.

É importante grifar, contudo, que, ainda assim, a recuperação é um processo pró-devedor. Podem variar os graus de intensidade das proteções, mas fato é que ele concede ao devedor diversas prerrogativas para negociar suas dívidas e recuperar a sua capacidade empresarial.

A exigibilidade das dívidas fica suspensa e a lei predispõe diversos instrumentos para o que o devedor se reorganize, desde simples alongamentos, parcelamentos e descontos até complexas operações de financiamento com possibilidades de capitalização de dívidas (transformação de dívida em *equity*). Na falência a perspectiva é outra — ou pelo menos deve ser outra.

A RJ até pode ser do devedor, mas a falência é dos credores

Enquanto as recuperações empresariais naturalmente privilegiam a posição dos devedores, as falências devem privilegiar a posição dos credores. A decretação da falência decorre da constatação de que aquela atividade econômica foi mal-sucedida — irremediavelmente mal-sucedida e, por conseguinte, será falida. É como uma certidão de óbito e funciona como um ponto de inflexão no que diz respeito ao tratamento jurídico.

mindandi/Freepik



A partir da decretação da falência, altera-se sensivelmente o equilíbrio do pêndulo. Os bens da empresa falida são expropriados e transferidos aos credores, passando por um período em que são geridos no interesse dos credores, enquanto se aguarda a sua liquidação. Os credores devem ter papel preponderante na gestão dos (seus) ativos.

O falido tem direitos, que devem ser preservados. Todavia, a finalidade do processo passa a ser liquidar ativos com eficiência para que os bens e pessoas envolvidos possam ser agilmente reintegrados no ciclo econômico.

Protege-se o interesse público na otimização dos bens produtivos e o interesse privado dos credores, com prevalência sobre os interesses do devedor. A principal proteção a se outorgar ao empresário deve ser a agilidade processual, para que ele possa se recolocar rapidamente e sem estigmas em atividades produtivas.

Os custos elevados e sem correlação com os resultados alcançados

Dentre outros problemas, a falência tornou-se um processo extremamente dispendioso e os custos não guardam relação com os resultados — revelando uma relação de custo-benefício reprovável, para dizer o menos.

A experiência permitiu a identificação de um desalinhamento entre os interesses do principal agente da falência e dos devedores e dos credores. Os administradores judiciais são auxiliares dos juízes que na falência prestam-se a conduzir a liquidação de ativos na falência e o pagamento dos credores.

A lei criou um incentivo perverso para os administradores e maléfico para os credores e devedores: até

hoje, a remuneração dos administradores é calculada com base no montante da dívida renegociada na recuperação e com base no montante de bens arrecadados na falência (“arrecadar” significa de modo simplório jogar um bem para dentro do bolo falimentar).

Em ambos os casos, pouco importa quanto os credores receberão ou quanto sobrar para os devedores. Ainda que a atividade seja extremamente ineficiente, o auxiliar pode ser remunerado em patamares elevados. Ou seja, os parâmetros são inadequados, especialmente na falência, cuja atividade é fundamentalmente voltada a maximizar pagamentos.

Tudo agravado por algo que às vezes passa despercebido: os auxiliares são pagos com o dinheiro dos credores — recursos da chamada “massa falida”, que são os bens expropriados do falido e que passam a pertencer aos credores coletivamente considerados. Nada mais justo do que os credores terem voz e decisão quanto aos profissionais que realizarão a gestão da (sua) massa e a liquidação dos (seus) créditos.

O desvio de foco em algumas discussões públicas

O Governo propôs a criação da figura do gestor fiduciário, com novas formas de nomeação e remuneração, como tentativa de alterar estruturalmente os alinhamentos de interesses na falência. Lamentavelmente boa parte das discussões em torno do PL 3 ficou poluída por interesses corporativos.

Olhando de forma mais ampla para o ambiente de insolvência brasileiro, não parece haver nenhuma voz dissonante e que considere que a falência funciona bem.

Um exemplo: quando chegar a Brasília de avião, vejam-se os bens que apodrecem ali a céu aberto na área do aeroporto, resultado de falências que já consumiram décadas e estão longe do fim: aviões que custam dezenas de milhões de dólares tornaram-se sucata diante dos olhos estarecidos dos interessados.

Para muito além desse exemplo, parece legítimo dirigir as críticas ao funcionamento do modelo de falência brasileiro.

Não se trata de críticas pessoais. Muito pelo contrário. Há AJs que trabalham com a melhor técnica e seguindo padrões de eficiência, inclusive em falências, como sejam os professores doutores Bruno Rezende e Oreste Laspro e os economistas Luis Vasco Elias e Eduardo Seixas, dentre outros que omito aqui para não me alongar.

De outro lado, como a vida é feita de luzes e sombras, há AJs que se celebrizaram pela ineficiência e/ou pela desonestidade. Todavia, devo reiterar: o problema aqui não é pessoal e sim estrutural. O PL 3 propõe um alinhamento de interesses mais eficiente, pois os auxiliares receberão a sua remuneração nas falências em função dos valores efetivamente pagos aos credores (e nas RJs em função da dívida novada pelo plano).

Os tempos também desalinhados

Hoje, sob certo prisma, quanto mais tempo demorar a falência, mais ganha o agente encarregado de

vender os ativos e pagar os credores, de modo a terminar com ela. Não se segue o dito popular consoante o qual é melhor um fim horroroso do que um horror sem fim. A falência brasileira hoje é um horror sem fim.

A partir de ‘*amanhã*’, com o PL 3, a falência passa a experimentar um novo modelo de alinhamento de interesses que tende a ser mais eficiente: o gestor fiduciário só ganhará valores substanciais quando conseguir pagar os credores e terá uma limitação de prazo para fazê-lo, sendo certo que a sua recondução dependerá do apoio dos credores: se o processo demorar a pagar aos credores, ele será substituído pelos maiores interessados. Faz sentido.

Gestão e planificação

A decisão que decreta a quebra de uma empresa é um ato de expropriação de bens para pagamento de dívidas (é uma *execução concursal*). As atividades devem ser dirigidas *apenas* a transformar bens em dinheiro e distribuir o dinheiro na forma da lei. O sistema em vigor não funciona: as atividades que deveriam ser meramente instrumentais acabaram convertidas um fim em si mesmo e não entregam resultados.

Na verdade, o mesmo problema já fora identificado em outras esferas executivas, que representam a maior quantidade dos processos que entulham o nosso Judiciário. De acordo com os dados disponibilizados pelo CNJ, uma ação judicial consome cerca de dois anos nos principais tribunais. Já uma execução judicial de natureza fiscal tende a consumir cerca de oito anos.

Os processos executivos são burocratizados e não funcionam de modo satisfatório. Não é por outra razão que está em voga um movimento de *desjudicialização das execuções*.

O PL 3 propõe melhorias sensíveis na falência: a partir da decretação, os credores escolherão um gestor, que apresentará um plano de falência, o qual será executado sem *burocracia procedimental*. O juiz preserva a possibilidade de controle de legalidade dos atos praticados pelo gestor, mas a *desburocratização* parece ser um avanço sensível.

Para quem vive os processos judiciais, é simples a observação de que o controle *a posteriori* funciona muito melhor do que a autorização prévia para realização de cada ato. É assim, por exemplo, com os planos de RJ, cujo controle é realizado a posteriori, tendo o STJ em boa hora vedado ao Judiciário imiscuir-se nas suas condições econômicas e financeiras.

O plano de RJ é considerado uma experiência bem-sucedida no Brasil. Assim também se espera que ocorra com o plano de falência e a sua execução desburocratizada.

Quebrar não é crime

O insucesso empresarial é um fenômeno da vida da maior parte dos empreendedores. É uma brincadeira cara manter milhares de pessoas fora do ciclo produtivo enquanto se saneia o passado e é preciso ter claro que insucesso não significa fraude ou crime.

Trata-se de uma etapa natural do ciclo econômico. Fraudes devem ser investigadas e, se for o caso punidas, mas o simples insucesso deve ser superado com a maior brevidade possível, afastando o viés punitivista que infecta as nossas insolvências há décadas.

Expição eterna e lotérica?

Com efeito, outro dos principais problemas do processo falimentar é a expiação eterna a que fica submetido o falido – é uma espécie de *estado de execração permanente*. O processo dura 20 ou mais anos e nesse período o empresário não consegue nem ter cartão de crédito ou conta em banco, operando na clandestinidade com apoio de parentes e amigos.

Para piorar esse quadro verdadeiramente infernal, hoje as formas de responsabilização do empresário são infinitas. Reitero em prol da ênfase: são infinitas. Praticamente qualquer juiz pode promover a imputação das dívidas da empresa falida ao empresário, como ocorre através do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ). Para quem acha que o IDPJ é ruim (ele, de fato, é ruim), é preciso lembrar que sem ele a vida conseguia ser ainda pior.

Sem querer escrever sobre estatísticas, é possível aqui simplesmente constatar que alguma dentre as dezenas ou centenas de tentativas de IDPJ irá prosperar — na prática, muitas prosperam, até porque correm à revelia em razão de o empresário não dispor de dinheiro para custear múltiplas defesas.

Essa possibilidade de atuação multi-jurisdicional concorrente cria uma espécie de *jurisprudência lotérica* : quem cai no juiz “certo”, consegue desconconsiderar a personalidade e sai com o patrimônio do empresário; quem cai no juiz “errado” não consegue e sai de mãos abanando.

Tudo isso sem a observância da ordem de pagamentos prevista na lei, em que trabalhadores recebem antes do Fisco, que recebe antes dos fornecedores e assim por diante. Se cair no lugar “certo”, alguém que não receberia nada na falência, pode receber tudo antes dos trabalhadores e do Fisco, que teriam justificada prioridade legal no recebimento.

O PL 3 foi cirúrgico: reforçou a *competência universal* do juízo da falência para qualquer tentativa de se alcançar o patrimônio de outras pessoas físicas ou jurídicas. Apenas um juiz ficará responsável por essa decisão tão relevante. Caso o juiz entenda que é caso de responsabilização, a decisão vale para todos e o patrimônio arrecadado será dividido de acordo com a ordem legal de preferências. Não é possível ser superlativo em relação à importância desse instrumento para o sistema brasileiro de insolvência.

Subindo degraus

Conversar sobre RJ e falência é realmente como conversar sobre purgatório e inferno. É uma conversa ruim. Segundo algumas crenças, há vários níveis no inferno: quando se pensa que se chegou ao último nível, descobre-se que tem sempre mais um degrau para baixo.

O PL 3 não vai transformar a falência em algo bom. A melhor lei de execução penal não consegue transformar a penitenciária em uma colônia de férias. A falência continuará sendo algum ruim e um

episódio triste na vida das pessoas. Contudo, parece possível subir vários degraus e tornar essa experiência muito menos penosa — e certamente mais eficiente sob os prismas jurídico e econômico.

Além dos pontos já destacados, o PL 3 traz diversos outros avanços, pois otimiza o tratamento dos créditos fiscais na falência; prevê a possibilidade de adjudicação ágil de bens quando o processo de alienação por qualquer razão não for bem-sucedido; aumenta a proteção aos créditos trabalhistas de natureza alimentar (uma alteração relevantíssima, que não deve passar despercebida!); promove a elevação da segurança jurídica nas cessões de créditos estressados, dentre diversas outras mudanças que são consideradas positivas.

Andou bem o governo. Andou bem também a Câmara dos Deputados. Espera-se que o Senado possa aprimorar ainda mais o texto do PL 3 e que a lei venha a melhorar sensivelmente o ambiente empresarial brasileiro, inclusive nas situações de insucesso.

***P.S.:** Desejo expressar reconhecimento à atuação da deputada Dani Cunha, relatora do PL 3 na Câmara. Apesar ser morador e eleitor no Rio de Janeiro, nunca tive a oportunidade de conhecê-la. A propósito do PL 3, um amigo comum promoveu o contato com a esperança de que os meus 25 anos de intensa atividade acadêmica e advocacia pudessem ser de alguma utilidade para os trabalhos parlamentares.*

Fui instado a enviar as minhas sugestões e o fiz. Na sequência, fui convidado a debater as sugestões com ela e com a sua competente assessoria — algumas foram incorporadas; muitas outras desconsideradas.

Fui convidado a debater o tema com diversos parlamentares, inclusive com diversas lideranças do Congresso, que demonstraram interesse pelo tema.

Como cidadão, vivenciei uma experiência parlamentar e legislativa extremamente aberta e franca.

Expresso reconhecimento pela atitude democrática, republicana e transparente da Deputada. Esse tipo de atuação legitima sobremodo o processo legislativo.

Date Created

27/03/2024