

O futuro da “recuperação judicial da empresa”

Apenas 5% das quase sete mil ações de “Recuperação Judicial da Empresa”, ajuizadas nos dez anos de vigência da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), não foram convoladas em falências, segundo esclarece o eminente Prof. Carlos Henrique Abrão, Desembargador do TJ-SP e fundador e presidente do Instituto Nacional de Recuperação Empresarial, com base em levantamento por amostras realizado por sua área técnica; as que se “salvaram”, foram à custa da extinção de postos de trabalho e dos direitos dos credores, que vão amargar receber o que lhes é devido em longuíssimo prazo, após concordarem conceder substancial deságio no valor de face de seus créditos (segundo dados da *Corporate Consulting*, a situação é ainda pior, eis que somente 1% de quatro mil empresas pesquisadas “saíram do buraco”).

Na França e nos EUA, o quadro é semelhante, porquanto 95% das *redressements*, pleiteadas com base nos artigos L. 631 e segs. do Código Comercial francês terminam em liquidação, informa o *Observatoire Consulaires des Entreprises em Difficultés* (fonte: *Working Paper 2010~2011-Université de Strasbourg*), e 85% a 90% das *reorganizations*, submetidas ao Capítulo 11, são convertidas em falências e passam a ser regidas pelo Capítulo 7, que disciplina a insolvência das companhias (<http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/chapter-11-bankruptcy-overview.html>).

À vista desses números, tenho me perguntado: ao que se deve o fracasso da LRFE? O que é necessário fazer para torná-la eficaz?

Muitos dizem que a nossa lei tem produzido pífios resultados porque:

(a) protege as instituições financeiras com a “trava bancária” e a exclusão da alienação fiduciária em garantia e do ACC dos efeitos do processo; (b) os credores conservam seus direitos e privilégios contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso; (c) não há incentivos a fornecedores, para que continuem a manter as mesmas condições e prazos nos futuros negócios, nem a financiadores, para contratarem novos empréstimos, salvo a duvidosa preferência de figurarem em possível falência na qualidade de “credores extracursais”; (d) o Estado não “abre mão” de receber seus tributos, acrescidos de pesadas multas, e a execução fiscal não se interrompe, nem se suspende; (e) os custos da recuperação são altíssimos, em particular a remuneração atribuída ao administrador judicial; (f) não há a previsão do que, na França,

se chama de “diagnóstico da situação da empresa”, que visa verificar, na fase inicial do procedimento, denominada “período de observação”, se a reestruturação será ou não bem-sucedida em função da análise das atividades e negócios sociais sob os aspectos (i) econômico, financeiro e contábil; (ii) social (relativo aos empregados) e (iii) jurídico (sobre litígios em curso, funcionamento dos órgãos sociais etc.), eis que o legislador gaulês entendeu que aos dirigentes da empresa “enferma” falta injeção de ânimo para “cortar na própria carne” e propor medidas duras que

possam comprometer os seus bens pessoais; (g) controladores e administradores de sociedades em crise mantêm-se inertes; (h) o prazo para apresentação do plano de recuperação deveria ser de, no mínimo, 180 dias etc.

Sem dúvida, essas questões merecem ser examinadas e discutidas no momento e local oportunos; porém, reformar a LRFE, revê-la, emendá-la, para expungir erros, eliminar deficiências, espancar dúvidas, corrigir defeitos e imperfeições, demandará demasiado tempo e desmedidos esforços, tempo que não

se tem, embora se possa contar com os esforços dos verdadeiramente interessados em dotar o país de uma legislação que atenda às necessidades e anseios de empresas, empresários, empregados, credores e sociedade.

A causa do fracasso não está na LRFE, mas na equivocada, as mais das vezes temerária, utilização da “Recuperação Judicial da Empresa”, que deveria basear-se exclusivamente na razão, jamais em desejos e esperanças: desejos de ver a empresa reerguer-se das “cinzas”; esperança de ver surgir uma solução “milagrosa”.

“A causa do fracasso não está na LRFE, mas na equivocada, as mais das vezes temerária, utilização da ‘Recuperação Judicial da Empresa’, que deveria basear-se exclusivamente na razão, jamais em desejos e esperanças: desejos de ver a empresa reerguer-se das ‘cinzas’; esperança de ver surgir uma solução ‘milagrosa’.”

Fundar a ação de “Recuperação Judicial” na razão é verificar, com esmero e a assessoria e assistência de especialistas independentes de notória capacidade técnica e indiscutível idoneidade moral, a existência do pressuposto objetivo da ação antes de distribuí-la, isto é, verificar se a empresa é econômica e financeiramente viável antes de acionar o Poder Judiciário.

Para tornar a LRFE eficaz de imediato, a solução está nos próprios autos da “Recuperação Judicial da Empresa” por ela ser um benefício legal concedido ao devedor honesto e de boa-fé, o qual, particularmente quando se encontra em dificuldades financeiras, deve pautar sua conduta consoante rígidos princípios éticos e jurídicos.

Inspirado na percuciente observação de Asquini, segundo a qual “muitos dos defeitos que se atribuem às leis podem ser eliminados com uma severa reação contra certas práticas nocivas que paralisam, quando não destroem, a eficácia da melhor das leis”, e na

esteira do novo Código de Processo Civil, formulo as seguintes sugestões para reflexão dos doutos sinceramente empenhados na plena eficácia da LRFE:

(1ª) com fundamento nos artigos 133 e 790, VI, do novo CPC c/c. 50 do Código Civil, o credor ou o acionista ou o Ministério Público poderia requerer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para apurar a responsabilidade civil de controladores e administradores;

(2ª) nos casos, por exemplo, (a) de controladores e administradores de empresas em estado pré-falimentar ou falimentar haverem teimado em mantê-las funcionando de forma artificial e precária em prejuízo dos credores e do interesse público e retardado a decisão de recorrer ao novel instituto e, ao fazê-lo, a derrocada já era irreversível, a falência, inevitável, ou (b) de inviabilidade

econômico-financeira não diagnosticada ou omitida na “demonstração” exigida pelo inciso II do artigo 53 da LRFE, a responsabilidade seria subjetiva, devendo restar provados o dolo ou a culpa, o nexo causal e o resultado danoso;

(3ª) se a ação de “Recuperação Judicial” houver se fundamentado em informações e/ou dados falsos e/ou distorcidos e/ou omitidos, v.g., superestimação do valor dos bens do ativo; subestimação do passivo exigível; se, já em estado de crise econômico-financeira, a recuperanda realizou negócios nocivos ao seu patrimônio, v.g., venda a preço vil de direitos ou bens sociais ou oneração de bens corpóreos e incorpóreos em operações comerciais ou financeiras de alto risco; se, já inadimplente, a empresa participou de atos ou negócios suspeitos com controladores e/ou administradores e/ou sociedades coli-

gadas e/ou controladas, que culminaram em vultosos prejuízos, enfim, se, no curso do processo, ficar provada fraude à LRFE ou abuso de direito, a responsabilidade seria com culpa presumida;

(4º) se houver perigo iminente e grave de dilapidação ou ocultação ou subtração de bens e direitos da empresa ou dos con-

troladores e administradores, poder-se-ia requerer, ou o juízo, de ofício, decretar, a indisponibilidade de bens e direitos da empresa, dos controladores e dos administradores, para escorreita execução da sentença condenatória em perdas e danos.

Desta forma, controladores e administradores – e seus assistentes e assessores – ver-se-iam

compelidos a agir como autênticos “homens de bem” antes de provocar a suspensão das ações e execuções dos credores e de movimentar a máquina pública com uma recuperação absoluta e inexoravelmente inviável ou eivada de dolo e má-fé, que acaba por comprometer o futuro da “Recuperação Judicial da Empresa”.

Jorge Lobo
Advogado