

A GESTÃO DEMOCRÁTICA DE PROCESSOS E A TUTELA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO SISTEMA DE INSOLVÊNCIA BRASILEIRO

Daniel Carnio Costa

Desde o início da vigência da Lei n. 11.101/05 surgiram diversas teorias que tentam explicar e otimizar os resultados do sistema brasileiro de insolvência. Da mesma forma, tornou-se frequente a importação de soluções estrangeiras, notadamente norte-americanas, para os problemas vivenciados nos anos de aplicação das ferramentas de insolvência criadas pela legislação pátria.

As teorias da superação do dualismo pendular e da divisão equilibrada de ônus são, por exemplo, algumas das teorias por mim desenvolvidas e que tentam explicar as finalidades do sistema de insolvência brasileiro. A perícia prévia (constatação prévia), o critério tetrafásico de controle judicial do plano e a gestão democrática de processos são outros exemplos de minhas criações jurisprudenciais que visam otimizar os resultados do sistema brasileiro de insolvência.

Entretanto, não obstante a existência dessa gama de novidades (batizadas de “novas teorias”), uma delas será o objeto de análise nesse trabalho: a gestão democrática de processos de insolvência.

Objetiva-se, nesse espaço, demonstrar que a gestão democrática de processos é uma teoria/metodologia que otimiza os resultados do sistema de insolvência brasileiro, estando em total sintonia com os seus fundamentos de existência e de acordo com os valores tutelados pela falência e recuperação judicial de empresas no Brasil.

Inicialmente, é importante frisar que a interpretação das regras legais de um sistema de insolvência empresarial, para que seja útil e

adequada, deve sempre observar pertinência com os objetivos maiores desse sistema e com os valores por ele tutelados. Da mesma forma, a criação de mecanismos jurisprudências de ajustes na aplicação das regras legais não pode destoar dos valores informativos do sistema como um todo.

Assim, a criação de novas teorias e a importação analógica de soluções estrangeiras para os problemas brasileiros devem sempre estar atentos à compatibilidade com os fundamentos do sistema brasileiro de insolvência.

Nesse contexto, esse artigo demonstrará que a técnica da Gestão Democrática de Processos¹ é criação jurisprudencial compatível com os fundamentos do sistema brasileiro e de grande valia para que seus objetivos maiores sejam cumpridos, tutelando-se eficazmente os valores que informaram a edição da Lei n. 11.101/05.

Para tanto, se faz necessário identificar os fundamentos normativos do sistema de insolvência brasileiro, bem como seus objetos de tutela, contextualizando a evolução do pensamento jurídico desde os debates normativos ocorridos nos EUA no século XX, até o estabelecimento das ferramentas brasileiras criadas pela Lei n. 11.101/05 (falência e recuperação de empresas).

É sabido por todos os que atuam na área da insolvência empresarial que o modelo brasileiro de recuperação de empresas se inspirou no modelo criado pelo Código de Insolvências dos EUA. Entretanto, principalmente em tempos de mudanças legislativas na regulação da insolvência empresarial no Brasil, é importante destacar que os valores que inspiraram o modelo norte-americano não são os mesmos que determinam a aplicação dos institutos da falência e da recuperação de empresas no Brasil.

¹ Costa, Daniel Carnio. Jornal Carta Forense, de 04/11/2014. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-gestao-democratica-de-processos---uma-nova-tecnica-de-conducao-de-processos-concursais/14648>

É preciso ter atenção quando se pretende aplicar analogicamente no Brasil os institutos criados pela legislação e pela jurisprudência norte-americana.

O Brasil superou o dualismo pendular – movimento já descrito por Fábio Konder Comparato – desvinculando-se da dualidade de tutelas de interesses de credores e devedores e optando por estabelecer como vetor de aplicação dos institutos da insolvência empresarial a tutela do interesse social, considerando esse interesse prevalecente sobre os interesses das partes diretamente envolvidas na crise da empresa (credores e devedores).

No Brasil, o modelo de insolvência não é puramente pró-credor, nem puramente pró-devedor. Busca-se compatibilizar os diversos interesses envolvidos na crise da empresa, inclusive os interesses sociais, de modo a tutelar de forma prevalente a preservação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.

Nesse sentido, a fim de demonstrar os fundamentos do sistema de insolvência brasileiro, se faz necessário explicar a evolução das abordagens filosófico-normativas que já foram objeto de muitas discussões nos EUA.

O “grande debate normativo” sobre qual seria o papel da recuperação judicial de empresas (*Chapter 11*) foi travado nos EUA por ocasião da definição do novo modelo que lá se desenvolvia no final do Séc. XX. Conforme explica Douglas Baird², trata-se do debate entre duas correntes acadêmicas: os procedimentalistas (*proceduralists*) que entendem que a preservação de empresas não deve ser a finalidade do sistema de insolvência e sustentam que o sistema deve otimizar os ativos em favor dos credores, limitando a discricionariedade judicial; e os tradicionalistas (*traditionalists*) que sustentam que o objetivo do sistema de insolvência deve ser preservar a empresa em favor de todos os agentes sociais e

² Baird, Douglas. *Bankruptcy Uncontested Axioms*, 108 Yale L.J. 1998. Págs. 573/575.

econômicos, mesmo aqueles não envolvidos no processo em si, havendo necessidade de se dar ao juiz maior discricionariedade para determinar a melhor solução do ponto de vista social.

Um exemplo clássico do “grande debate normativo” ocorreu em 1987 com as discussões havidas entre os professores Elizabeth Warren e Douglas Baird.

Elizabeth Warren sustenta que o sistema de insolvência deve ser instrumento de preservação dos valores sociais, que vão além dos interesses particulares dos credores de uma empresa em crise, o que se atinge através da preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial.

Douglas Baird sustenta que o sistema de insolvência deve ser criado para resolver um problema comum dos credores, oferecendo um procedimento que aumente a eficiência econômica da realização dos ativos da devedora, de modo a maximizar os ganhos dos credores.

Ambas as correntes propõem modelos que possuem fundamento contratualista. Nesse sentido, conforme Kim Lane Scheppele e Jeremy Waldron³, buscam apresentar uma abordagem filosófica que tenta resolver um conflito pela descoberta do que as partes concordariam caso tivessem tido acesso ao problema, antes do problema ter acontecido⁴.

Os procedimentalistas (*proceduralists*) utilizam-se do modelo do *Creditor's Bargain* para justificar suas posições, que partem da premissa de que o sistema de insolvência tem por finalidade a maximização de ativos em favor dos credores.

³ Scheppele, Kim Lane; Waldron, Jeremy. *Contractarian Methods in Political and Legal Evaluation*, 3 Yale J.L & Human. 1991, Págs 195/196

⁴ Jooho Lee, *Justice and Bounded Moral Rationality in Bankruptcy*, 50 Creighton L. Rev. 333. 2017.

O modelo da *Creditor's Bargain*, introduzido em 1982 por Thomas Jackson⁵, sustenta que a função do sistema de insolvência é maximizar os ativos da devedora em favor dos credores. Nesse sentido, o sistema deve oferecer um procedimento de coordenação da ação dos credores, a fim de garantir a melhor distribuição dos ativos da devedora. O melhor exemplo desse modelo é oferecido por Thomas Jackson no seu livro *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, quando faz a alusão à pescaria dos credores num lago do devedor⁶. A função da lei de insolvência é coordenar essa pescaria, fazendo com que os credores ajam em conjunto fazendo sempre as melhores escolhas do ponto de vista do conjunto de credores.

O modelo da *Bankruptcy Choice*, criado por Donald R. Korobkin⁷, é utilizado pela corrente dos tradicionalistas (*traditionalists*) e sustenta que a empresa não deve ser vista como um amontoado de bens ou ativos, mas sim como um agente econômico de grande impacto social. Nesse sentido, o problema principal a ser resolvido pelo sistema de insolvência não é relacionado apenas com a eficiência na recuperação dos ativos em favor dos credores, mas sim à preservação da empresa, considerando outros valores e interesses envolvidos na crise da empresa, além dos interesses dos credores. Entende-se a empresa como uma fonte de benefícios econômicos e sociais que interessam à sociedade como um todo e não apenas os credores envolvidos no processo. Nesse sentido, esse modelo afirma que o princípio normativo que deve reger o sistema de insolvência é o da inclusão das pessoas afetadas pela crise, dando-lhes a oportunidade de participar do processo de insolvência na medida do impacto sofrido em razão da crise da empresa.

⁵ Jackson, Thomas H. *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditor's Bargain*, 91 Yale L.J. 1982. Págs. 858/860.

⁷ Korobkin, R. Donald. *Contractarianism and the Normative Foundations of Bankruptcy Law*, 71. Tex, L. Rev. 541-632 (1993)

Nos EUA, as regras estabelecidas no *Chapter 11* do US Bankruptcy Code indicam que o modelo da *Creditor's Bargain* prevaleceu na elaboração do modelo de recuperação judicial de empresas.

Nesse sentido, pode-se concluir que o modelo em vigor nos EUA tem tendências pró-credor em razão da influência do modelo da *Creditor's Bargain* na formulação da política pública naquele País. Muito embora o modelo norte-americano também coloque foco na importância social de se manter em funcionamento uma empresa ainda viável, o fato é que a decisão sobre a concessão ou não da recuperação encontra-se exclusivamente nas mãos dos credores, que se pautarão sempre pelos seus interesses econômicos. Prova disso é o reconhecimento da *absolut priority rule*⁸, segundo a qual o juiz não poderá impor aos credores dissidentes um plano de recuperação judicial – ainda que aprovado pela maioria – que estabeleça a eles condições piores do que estariam sujeitos em caso de liquidação.

No Brasil, entretanto, é comum que acadêmicos e operadores do direito tentem explicar o funcionamento do sistema de insolvência pátrio e fundamentem a aplicação analógica de institutos do sistema de insolvência norte-americano, sem levar em consideração que a política pública por trás do sistema de insolvência brasileiro não coincide com aquela prevalente nos EUA.

Conforme já venho sustentando desde 2012 com a construção da Teoria da Superação do Dualismo Pendular⁹, o Brasil se desvinculou das amarras do dilema credor/devedor.

No Brasil, repita-se, o sistema de insolvência evoluiu para incluir como seu principal objetivo a coordenação dos diversos interesses

⁸ Section 1129 do US Bankruptcy Code

⁹ Costa, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: superação do dualismo pendular, divisão equilibrada de ônus e gestão democrática de processos. *In* Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 39, p. 59-77, Janeiro-Março/2015

envolvidos no processo, mas sempre orientado à preservação da função social da empresa.

A leitura do art. 47 da Lei n. 11.101/05 explicita os valores normativos que fundamentam o sistema de recuperação judicial de empresas no Brasil: "a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

O sistema propõe que os interesses envolvidos na crise da empresa (credores, devedores e demais *stakeholders*) sejam coordenados para a promoção da preservação da empresa e sua função social.

Observa-se que nosso sistema não se identifica com o modelo da *Creditor's Bargain*, visto que não existe uma orientação *ex ante* de que os interesses dos credores deverão prevalecer sobre os demais interesses atingidos pela crise da empresa, como corolário da eficiência econômica do procedimento.

Pode-se afirmar que nosso sistema de insolvência possui maior identificação com o modelo da *Bankruptcy Choice*, que não prevaleceu na legislação dos EUA. O sistema brasileiro coloca em destaque a circunstância de que a empresa é geradora de benefícios sociais, assim como o modelo do *Bankruptcy Choice*. Muito embora no sistema brasileiro não exista a determinação apriorística dos valores que deverão prevalecer no caso concreto – podendo prevalecer, num caso concreto, até mesmo os interesses dos credores sobre todos os demais interesses envolvidos na crise da empresa – o fato é que as semelhanças com as propostas de Elizabeth Warren são inegáveis.

No sistema brasileiro, a busca da decisão justa para a insolvência da empresa será encontrada em cada caso concreto, sempre

balizada pela preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial e sem desconsiderar que o interesse dos credores também é parte integrante da função social da empresa.

Conforme sustenta Jooho Lee¹⁰, inspirado no conceito econômico de racionalidade limitada (*bounded rationally*), é impossível que o sistema de insolvência identifique aprioristicamente qual seria a solução justa/moral/ideal para uma crise empresarial.

A teoria econômica da racionalidade limitada no processo de tomada de decisão (*Bounded Rationality*) explica, com clareza, a impossibilidade de que o sistema consiga imaginar qual seria a resposta ideal que os credores e demais *stakeholders* dariam à uma hipotética crise da empresa. Isso porque o ser humano tem limitações (informacional, compreensiva e temporal) que o impedem de atingir o resultado ótimo.

Segundo Jooho Lee, o conceito econômico de racionalidade limitada pode ser transportado do campo da economia para o campo das decisões morais ou referentes à justiça. A *Bounded Moral Rationality*¹¹ se refere à impossibilidade de se definir aprioristicamente a solução mais justa ou moral para um determinado conflito em razão das limitações humanas de informações e compreensão sobre o que seria a solução mais justa num determinado caso concreto.

Daí que o sistema brasileiro optou por estabelecer apenas um vetor interpretativo e de aplicação da lei, confiando que o procedimento legal seja suficiente para criar um ambiente adequado para que o juiz, juntamente com os demais participantes do processo, possa encontrar a decisão ótima, que mais se aproxime do que se imagina como justo para a solução da crise da empresa à luz de sua função social.

¹⁰ Vide nota de rodapé n. 3

¹¹ Vide nota de rodapé n. 3

O procedimento brasileiro de recuperação judicial de empresas tem por objetivo oferecer um ambiente adequado para negociação entre credores e devedores, devendo o juiz garantir que as negociações sejam equilibradas, a fim de que o resultado final seja compatível com a preservação dos valores decorrentes da função social da empresa. Assim sendo, molda-se, dentro do procedimento, o resultado justo ou o resultado ótimo no caso concreto.

Conforme já venho afirmando há anos, com a construção da Teoria da Divisão Equilibrada de Ônus¹², cabe ao juiz distribuir de forma equilibrada os ônus que cada *stakeholder* deve assumir no processo de recuperação, a fim de que o procedimento seja capaz de gerar a solução mais justa para a crise da empresa, sempre em conformidade com a preservação da sua função social.

Essa é a essência do sistema brasileiro de recuperação judicial de empresas.

Destaque-se, por oportuno, que a função social dos institutos de direito privado é da tradição do direito brasileiro. A função social não é encontrada apenas como vetor interpretativo em relação à recuperação de empresas, mas também em relação ao exercício do direito de propriedade e da liberdade de contratar. Nesse sentido, o modelo de recuperação judicial adotado no Brasil é absolutamente coerente com a tradição e com a evolução das ciências jurídicas em nosso País.

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que a técnica da Gestão Democrática de Processos, desenvolvida inicialmente para a condução de casos de insolvência na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, é ferramenta fundamental para que o procedimento

¹² Costa, Daniel Carnio. Recuperação judicial de empresas: as novas teorias da superação do dualismo pendular e a divisão equilibrada de ônus. In Revista Justiça e Cidadania, edição 207, publicada em 20/11/2017. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular/>

brasileiro atinja as suas finalidades e seja capaz de gerar a decisão mais justa e compatível com a preservação dos valores sociais tutelados pelo sistema de insolvência.

A gestão democrática de processos se opõe à tradicional metodologia de gestão de processos de insolvência, pela qual o juiz decide as questões que lhe são trazidas pelas partes através de decisões isoladas e lançadas nos autos.

Processos de grande complexidade, como é o caso das falências e recuperações judiciais de empresas, necessitam de uma gestão diferente da tradicional, sob pena de não conseguirem dar respostas adequadas às lides postas a julgamento pelo Poder Judiciário, impedindo o próprio sistema de insolvência de atingir os seus objetivos maiores de preservação dos benefícios sociais e econômicos que decorrem da atividade empresarial.

A gestão tradicional dos processos nunca será capaz de dar respostas compatíveis com o tempo dos negócios e da economia e, por isso, dificilmente viabilizará que o sistema atinja suas finalidades de realocação útil de ativos na economia e de preservação da empresa e de sua função social.

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 da 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 jurisdicional¹³.

Propõe-se, assim, a gestão democrática como solução para otimização dos resultados do processo e para que o sistema de insolvência tenha êxito na tutela dos valores que pretende proteger.

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

¹³ Vide nota de rodapé n. 1

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.

Conforme já sustentado, a Gestão Democrática¹⁴, *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.*

Demonstra-se, pela explicação da prática, que a Gestão Democrática é ferramenta absolutamente compatível com os fundamentos que informam o sistema de insolvência brasileiro. Da mesma forma, é evidente que a Gestão Democrática representa prática que auxilia o sistema de insolvência brasileiro a atingir seus objetivos normativos.

Trata-se de teoria (construção acadêmica e jurisprudencial) que melhor explica o funcionamento do sistema de insolvência brasileiro, a partir da avaliação dos resultados objetivos na tutela do interesse social.

Igualmente, trata-se de teoria que tem o melhor potencial normativo para explicar como o sistema de insolvência brasileiro deve funcionar.

¹⁴ Vide nota de rodapé n. 1

A gestão democrática aproxima-se das proposições normativas de Jooho Lee, na medida em que a solução justa para o processo de insolvência será construída durante o procedimento, com a participação de todos aqueles que tem seus interesses atingidos pela crise da empresa. Os *stakeholders* tornam-se parceiros na construção da decisão judicial, aproximando o processo de um final justo e moralmente adequado. O juiz, por óbvio, fará o controle das finalidades do sistema, garantindo que a solução final seja compatível com a preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial no caso concreto.

Evitam-se os inconvenientes da *Bounded Moral Rationality* de Jooho Lee, na medida em que a construção da decisão justa será feita durante o curso do procedimento, no contexto de audiências que proporcionam amplo acesso a qualquer interessado, diminuindo-se a assimetria de informações entre eles e, dessa forma, proporcionando melhores condições para a tomada de decisão por parte de todos os agentes do processo. O tempo da decisão judicial também poderá ser melhor gerenciado a fim de se compatibilizar com a realidade dos negócios, o que aproximará a decisão final da melhor justiça para o caso concreto.

A solução justa passará necessariamente pela deliberação dos credores e dos devedores, mas será sempre balizada pela atuação judicial na defesa da prevalência dos interesses sociais sobre os interesses particulares.

A gestão democrática de processos também está em sintonia com os valores que informam o sistema brasileiro de insolvência. Conforme propõe o modelo da Bankruptcy Choice, defendido por Elizabeth Warren (mais assemelhado ao modelo brasileiro), os aspectos sociais relacionados à preservação da empresa poderão ser melhor identificados e tutelados pelo juiz através dessa técnica.

A Gestão Democrática de Processos foi analisada pelo Prêmio Innovare e foi reconhecida como “prática deferida”, na edição XII de 2015¹⁵. Atualmente, sua aplicação tem se disseminado no Brasil, observando-se sua utilização em diversos processos em curso por juízos distintos da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, onde a prática foi idealizada.

Enfim, está demonstrado que a Gestão Democrática de Processos é prática compatível com os fundamentos normativos e com os valores que informam o sistema brasileiro de insolvência e tem se mostrado, na prática, um instrumento útil para efetivação da tutela da função social da empresa.

¹⁵ <https://www.premioinnovare.com.br/proposta/audiencias-de-gestao-democratica-de-processos-de-insolvencia-falencias-e-recuperacoes-judiciais-de-empresas-20150316113436349169/print>