

A figura do Watchdog no direito de insolvência brasileiro

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação da recém-inserida figura do watchdog nos processos de insolvência. O conceito em tradução livre significa “pessoa ou o comitê cujo trabalho é certificar que as empresas não estão agindo ilegalmente ou de forma irresponsável – *“A watchdog is a person or committee whose job is to make sure that companies do not act illegally or irresponsibly.”*¹

O debate se intensifica a redor do tema em razão da nomeação de tal profissional em caso de grande repercussão em trâmite na 1^a Vara de recuperações judiciais e falências da Capital do Estado de São Paulo, no qual o magistrado que preside o feito – Dr. João de Oliveira Rodrigues Filho – determinou a nomeação de watchdog para a investigação de desvio de atos de conduta da administração de empresa recuperanda, levando o debate à 1^º Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concluiu que as situações descritas nos autos sobre utilização dos valores obtidos com a venda das UPI's, constituição de empresas com integralização de capital através de bens das recuperandas, a vultuosa dívida fiscal, a inadimplência dos pagamentos à classe trabalhista noticiada pela Administradora Judicial, a destinação de mais de 32 milhões para constituição de outra empresa dentre outras denúncias, seriam indícios de que a gestão teria causado prejuízos ao cumprimento do plano de soerguimento, possibilitando “a nomeação de um observador, modalidade mais branda de intervenção, com a finalidade de assegurar a incolumidade do patrimônio social, acompanhando e fiscalizando diuturnamente as operações.”²..

No Acórdão, o ilustre Desembargador Azuma Nishi destaca que o whatchdog é uma “forma mais branda de intervenção na administração da sociedade, que tem por precípicio escopo assegurar a incolumidade do patrimônio social, bem como acompanhar e fiscalizar diuturnamente as atividades da sociedade”.

¹ Em tradução livre: “O watchdog é a pessoa ou o comitê cujo trabalho é certificar que as empresas não estão agindo ilegalmente ou de forma irresponsável”¹<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/watchdog> - consultado em 23 de abril de 2021

² Agravo de Instrumento nº 2193774-29.2021.8.26.0000. 1^a. CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL – Relator Desembargador AZUMA NISHI RELATOR

Ainda, quando da decisão de cumprimento às atribuições que foram determinadas, o Magistrado ressaltou como obrigação do watchdog a atuação preventiva no tocante ao esvaziamento patrimonial e a dilapidação do patrimônio, ampliando sua atuação para descrever o valor repassado para a empresa do mesmo grupo, diante da apuração preliminar realizada pelo administrador judicial.³

Assim, de fato, mostra-se proporcional e consentâneo à espécie, a nomeação de um watchdog para acompanhamento das atividades do grupo, para proteção aos interesses dos credores e do cumprimento efetivo do plano de recuperação judicial. Vale lembrar que é possível o Poder Judiciário nomear, a depender do caso, um watchdog também conhecido como observador judicial, para apurar as ocorrências elencadas no art. 64 da lei 11.101/2005, ou ainda como forma mais branda de intervenção na administração da sociedade, que tem por precípuo escopo assegurar a incolumidade do patrimônio social, bem como acompanhar e fiscalizar diuturnamente as atividades da sociedade.

2. A fundamentação jurídica e competências do watchdog nos processos de insolvência

Nosso atual sistema brasileiro de insolvência reconhece a empresa como um meio de geração de benefícios sociais reflexos ao exercício de sua atividade, preservando assim, as empresas endividadas a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, empregos e interesses dos credores e da comunidade e, em consequência, impõe aos credores sujeitos a um processo de recuperação judicial, o impedimento temporário da exigibilidade de seus direitos e o debate dos termos de um plano de recuperação que usualmente implica em deságio de créditos e na dilação dos prazos de seus pagamentos.

De outro lado, claro que a empresa que busca seu soerguimento judicialmente também assume ônus extraordinários, divididos entre empresariais e processuais, tendo a obrigação de preservar os benefícios sociais e econômicos perquiridos pela Lei 11.101/05, sendo que tal distribuição de ônus é reconhecida como o princípio da divisão equilibrada de ônus, defendida pelo magistrado e doutrinador Daniel Carnio Costa.⁴

Assim, quanto aos ônus empresariais, encontramos a necessidade da manutenção da transparência e boa fé de seus administradores visando à continuidade das atividades empresariais, temos na definição dos ônus processuais, o atendimento das determinações

³ Decisão proferida nos autos nº 0060326-87.2018.8.26.0100 – Recuperação Judicial Grupo Itapemirim

⁴ Costa, Daniel Carnio. Comentários ao princípio da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial de empresas. Disponível em <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/especial-direito/1682-65-1/file>, Acesso em 05/10/2022.

judiciais e da demonstração de uma conduta alinhada com a finalidade do procedimento, ou seja, pautada pela transparência e objetividade pautadas na busca de seu soerguimento.

Desta forma, a transparência e alinhamento de condutas não podem ser desprezados, valendo dizer que a Lei de insolvência penaliza os empresários que não conduzem seus negócios de forma alinhada com os ônus empresariais acima descritos, prevendo no inciso IV de seu art. 64, a possibilidade do afastamento dos administradores quando da constatação de condutas agressivas ou descompassadas com o exercício de seu *core business*.

Ocorre que o afastamento previsto no art. 64 se trata de uma medida drástica, cuja legislação não prevê de forma expressa uma forma específica para seu pedido.

Segundo Daniel Carnio⁵, “o afastamento pode decorrer de ofício pelo magistrado ou a requerimento de qualquer interessado, e pode durar desde a decisão do processamento até a sentença de encerramento da recuperação judicial”.

Nos casos em que o magistrado determina o afastamento de ofício, verificando a urgência da medida e visando o resguardo dos interesses relacionados ao feito recuperacional (resguardo da atividade, direito dos credores e interessados entre outros), poderá fazê-lo sem a instauração do contraditório.

Sendo um pedido de terceiros, pode ser formalizado nos autos da própria recuperação judicial, porém, diante da necessidade da ampla defesa ao devedor, temos vivenciado sua melhor aceitação e efetividade quando o pedido é realizado através de incidente específico para averiguação, servindo tal incidente como medida preparatória ao afastamento.

O afastamento do devedor que como já dito pode ser declarado de ofício pelo magistrado ou a requerimento de interessados, e deve contar com uma fiscalização diferenciada e mais profunda do que a realizada pelo administrador judicial na forma do inciso “a” do art. 22, o qual dispõe sobre a fiscalização das atividades do devedor, reunindo suas conclusões em um relatório mensal de atividades previsto no inciso “h” do mesmo artigo, o qual indica expressamente a necessidade dessa peça servir como caráter informativo acerca das condutas previstas no já referido art.64.

A amplitude da atuação do administrador judicial, seja por suas funções primordiais como as transversais, não deve abraçar toda e qualquer necessidade decorrente do processo de insolvência, como definido por Niwton Carpes da Silva, “a função precípua do administrador

⁵ Costa, Daniel Carnio - Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.Pág. 180. Editora Juruá

judicial consiste em organizar, estruturar e conduzir o processo de recuperação de empresa ou falência, como órgão auxiliar do juiz, atuando no sentido de facilitar a interação entre a empresa devedora e seus credores e fomentando ambiente propício à renegociação e reestruturação do passivo e ao rastreamento financeiro da empresa em crise.⁶

Não seria economicamente viável aos administradores judiciais a estruturação de uma equipe com competências tão amplas que abarcassem todas as necessidades de uma recuperação judicial ou falência, permitindo a Lei a contratação de experts e peritos em questões específicas, tais como a avaliação de imóveis, contratação de advogados especializados em outros ramos do direito, dentre tantas outras.

Semelhante é o caso da fiscalização que se denomina por watchdog, na qual deve ser perquirida a comprovação de fraudes ou desvios de finalidade da empresa, bem como gastos desproporcionais realizados pela administração enquanto da tramitação do processo de recuperação judicial.

Enquanto o administrador judicial deve se atentar a movimentação financeira da empresa e seus balancetes, cabe ao watchdog a função de buscar fraudes e indícios que venham a comprovar desvios, como, por exemplo, investigando as transações do livro razão e avaliando a composição dos lançamentos contábeis em consonância com a movimentação das contas correntes e até fluxos de pagamento em dinheiro, pesquisando suas contrapartes e seguindo, principalmente, o caminho percorrido pelo dinheiro dentro da empresa em suas transações.

Tal trabalho requer uma dedicação e disponibilização de horas de trabalho e pesquisas incompatíveis com a função da administração judicial, pois, senão, teríamos uma especialização desnecessária a grande parte dos processos de recuperação onde não existem fraudes, gerando uma majoração de custo de remuneração dessas equipes de profissionais tão especializados em todos os processos, situação que vai de encontro com a realidade de empresas em soerguimento. Com essa visão, apenas aqueles que demonstrarem indícios de má conduta que devem ser penalizados através da contratação de profissionais com um foco tão específico como o do watchdog.

Sobre a apuração das ocorrências fundamentadas no art. 64 e seus incisos cria a necessidade de diversas pesquisas que necessitam da autorização e/ou determinação do magistrado que preside a causa, situação que acaba por requerer a instauração de incidente próprio tramitando sob segredo de justiça, evitando-se que o devedor de antemão tenham conhecimento sobre

⁶ Silva, Niwton Carpes da. O administrador judicial e a reforma da Lei 11.101, 2005. Coordenação João Pedro Scalzilli e Joice Ruiz Bernier. São Paulo, Ed. Almedina, 2022.

eventuais pesquisas e medidas adotadas, frustrando-se, destarte, os atos praticados, dando assim maior eficiência na comprovação das denúncias, para então promover a intimação do devedor a promover sua ampla defesa sobre os fatos apurados.

3. A aplicabilidade da função do Watchdog

Dentre os diversos momentos de sua atuação, o mais efetivo deles tem sido a nomeação do watchdog nos casos em que se faz necessária a apuração das condutas destacadas no art. 64 da legislação específica (11.101/2005), pois sua atuação auxilia o magistrado na apuração célere de denúncias (credores ou terceiros interessados) e informações contidas no RMA, impedindo a continuidade de ações dilapidatórias.

Ainda, é medida pertinente, a critério do magistrado, a medida mais branda, com a nomeação de um observador com poderes de obtenção dos dados e informações suficientes ao entendimento da operação, porém, com a manutenção dos gestores originais da empresa no cargo, diante do alto grau de conhecimento dos detalhes da operação, ou ainda pela sua importância nas relações comerciais já estabelecidas entre a empresa e seus players.

Embora menos conhecida, sua atuação pode se dar através de contratação pela própria empresa que se encontra em reestruturação, e busca o conhecimento profundo de suas movimentações, que não raro não possuem dentro da estrutura, um acompanhamento detalhado, espalhado em diversos departamentos sem que ocorra uma conferência centralizada das suas movimentações financeiras, ou ainda como cumprimento de cláusula em acordos realizados junto à credores substanciais, que assim o exigem quando das negociações extrajudiciais.

Ainda, a figura do watchdog tem se mostrado muito eficaz em demandas onde sócios e ex-sócios discordam dos valores oficialmente lançados na contabilidade oficial da empresa, e na qual buscam a validação dos lançamentos com a conferência da movimentação financeira, onde não basta a atuação de um perito contábil, pois insuficiente a análise dos documentos, sendo necessário o acompanhamento do fluxo financeiro diário.

Falando de empresas em recuperação judicial, a nomeação do watchdog se dá no momento em que o Juízo entende ser necessária uma fiscalização mais detalhada da operação, seja pela apuração de indícios de má-gestão não efetivamente comprovados, seja pela negativa da empresa em recuperação em fornecer ao administrador judicial as informações necessárias ao conhecimento da operação e destinação de valores.

Sua nomeação possibilita a melhor fundamentação de uma eventual destituição dos administradores da empresa em recuperação, sendo uma etapa anterior e comprobatória da efetiva existência de desvios de finalidade.

O afastamento do devedor é medida excepcional, e, para que tenha efetividade, somente deve ser adotada mediante comprovação inequívoca dos fatos, seja da atuação com dolo, seja de desvios financeiros, descapitalização injustificada entre outros.

Assim, entende-se que a figura do Watchdog não é contrária aos interesses da empresa, sendo inclusive uma válvula favorável à mesma, quando seu relatório conclui pela ausência de atos tipificados no art. 64, servindo de ferramenta para o aumento da confiança de credores e players que participam do complexo procedimento de soerguimento da empresa.

Neste cenário, ocorre valorização da gestão, alinhada aos preceitos do art. 47 da Lei 11.101, privilegiando, assim, o chamado *debtor-in-progress*, direito reconhecido ao devedor que, por realizar uma condução correta e sem indícios de fraude contra os interesses da própria empresa em crise como dos credores e terceiros interessados, é mantido na condução da atividade empresarial.

4 – Diferença entre administrador judicial e watchdog

Embora ambas figuras realizem a fiscalização da empresa, possuem atuação bem distinta entre si, restando claro que a atribuição da função de watchdog não se confunde com a função do administrador judicial.

Isto porque o administrador judicial possui sua função delimitada na legislação específica, Lei 11.101/2005, cuja recente reforma ampliou sua atuação, tanto na análise das informações apresentadas pela recuperanda com dever recente de diligenciar quando atestar inconsistências, seja com a recente função de estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos dentre outras funções mais processuais.

Sua atuação é sabidamente fundamental no procedimento recuperacional, e mantém uma correlação direta com a estrutura da empresa, promovendo a análise patrimonial (balanços/estoque), análise financeira (fluxo de caixa, extratos bancários) e análise operacional (atividade), trazendo em seus relatórios um panorama mais abrangente sobre a operação, e por isso mesmo menos aprofundada sobre as questões financeiras.

Já o watchdog tem uma função focada em fraudes, averiguando os números da empresa e acompanhando as movimentações financeiras com o objetivo de apurar a ocorrência de desvios financeiros ou desvios de finalidade da empresa que tenham sido praticados pela gestão, garantindo que sejam respeitadas a estrutura econômica da empresa e sua finalidade social.

Não raro são as informações apuradas pelo watchdog que realiza o cruzamento das informações contábeis com as financeiras, dentre estas o fluxo de caixa e os extratos bancários, além das movimentações no ativo imobilizado, que permitem aos credores na recuperação judicial o conhecimento dos procedimentos de gestão da operação e da estrutura financeira da empresa, podendo, caso sejam apuradas fraudes, ser determinado o afastamento dos administradores originais da empresa, possibilitando, assim, a nomeação de gestor judicial pela assembleia de credores, nos termos da legislação específica.

Ainda no processo de recuperação judicial, tem se mostrado muito efetiva a nomeação do watchdog como uma ferramenta eficaz de monitoramento financeiro para acompanhamento dos pagamentos aos credores quando do início do cumprimento do plano homologado, vez que sua atuação nesta forma de atuação é mais abrangente do que a do administrador judicial que apenas atesta o cumprimento ou não da obrigação, enquanto o whatchdog acompanha a realização dos pagamentos credor a credor, validando os cálculos e efetividade dos pagamentos.

5 – CONCLUSÃO

É comum que a atuação do watchdog seja atrelada às empresas com graves problemas de gestão. Tal afirmação tem razão de ser, pois se trata de uma ferramenta eficaz do Juízo recuperacional na apuração de fraudes na gestão, especificamente quando tal apuração se dá com o objetivo de verificar a ocorrência dos atos de gestão que culminarão, se comprovados, na destituição nos termos dos arts. 64 e 65 da legislação específica.

Ainda assim, a visão mais acertada sobre o watchdog é ligar sua atuação à preservação do direito de todos os players do procedimento recuperacional, incluída da própria recuperanda, pois, mitigando a ocorrência/perpetuação de fraudes, garante a integralidade dos esforços da devedora e de seu patrimônio para garantia dos interesses dos credores e demais membros da sociedade.

De outro lado, a simples atuação do profissional de fraudes, previne que a parte propositalmente não siga as regras e, quando não constatadas fraudes e irregularidades da operação, acaba por prestigiar a gestão, causando efeito positivo para a reputação da empresa.

Certamente sua atuação deve ser cada vez mais prestigiada pelos magistrados e administradores judiciais como atuação imprescindível na identificação das atuações descritas no art. 64, trazendo ao procedimento um relatório independente e positivo, trazendo mais transparência, credibilidade e confiança entre os envolvidos, sejam credores, terceiros interessados (mercado) e ao próprio Juízo.