UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

LAÍSE FOERSTER CORDEIRO

A perícia prévia como fortalecimento da função social da empresa e aplicação prática do princípio da distribuição equilibrada dos ônus da recuperação judicial

Recife

2017

LAÍSE FOERSTER CORDEIRO

A perícia prévia como fortalecimento da função social da empresa e aplicação prática do princípio da distribuição equilibrada dos ônus da recuperação judicial

Tese de conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Professor Orientador: Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

Recife

2017

RESUMO

A Lei nº 11.101/2005 é a legislação brasileira, inspirada na americana, que trata da recuperação, judicial e extrajudicial, e da falência de empresas. Conhecendo a fundo essa lei e aplicando-a diariamente como juiz de Direito, o professor Daniel Carnio Costa sentiu dificuldades para analisar a documentação requerida pelo artigo 51, II (demonstrações contábeis) e percebeu que atribuir essa tarefa a um especialista traria um resultado mais seguro e com maiores chances de prosperar na tentativa de recuperação da empresa. Dessa forma, ele passou a determinar a realização de uma perícia de constatação prévia antes de proferir a decisão que acata ou não o processamento da recuperação judicial. Apesar desse mecanismo não estar previsto na lei, também não há nada que o proíba, portanto, sua aplicação advém da interpretação extensiva do artigo 52, a qual entende que para saber se a documentação está adequada o juiz deve consultar um profissional com conhecimentos técnicos na área. O fato é que após a determinar realização dessa perícia nos processos de recuperação judicial da 1ª Vara de Falências da Capital de São Paulo, de cada 10 empresas que entraram em recuperação judicial, 7 conseguiam se recuperar e manter sua atividade por pelo menos mais 2 anos. Do exposto, pode-se concluir que a perícia prévia fortalece o princípio da preservação da empresa, mas apenas daquelas que podem cumprir sua função social. Ainda, é possível afirmar que a perícia prévia representa uma aplicação prática do princípio da distribuição equilibrada dos ônus da recuperação judicial, pois quando o parecer é favorável ao processamento da recuperação judicial, na maioria das vezes, a empresa devedora realmente tem condições de suportar esses ônus e se recuperar, evitando que ele recaia apenas sobre os credores.

Palavras-chave: recuperação judicial, perícia prévia, Daniel Carnio Costa, função social da empresa, princípio da distribuição equilibrada dos ônus da recuperação judicial.

ABSTRACT

The law number 11.101/2005 is the Brazilian law, inspired by the American law, which deals with the recovery, judicial and extrajudicial, and the bankruptcy of companies. Knowing this law thoroughly and applying it daily as a judge, Professor Daniel Carnio Costa found it difficult to analyze the documentation required by article 51, II (financial statements) and realized that assigning this task to a specialist would bring a more secure result and with greater chances to thrive in the attempt to recover the company. In this way, he started to determine the execution of a preliminary verification skill before protracting the decision that complies or not the processing of the judicial recovery. Although this mechanism is not provided by the law, nor is there anything that prohibits it, so its application comes from the extensive interpretation of article 52, which understands that, to know if the documentation is appropriate, the judge should consult a professional with technical knowledge in the area. The fact is that after determining the performance of this expertise in the processes of judicial recovery of the 1st Bankruptcy Court of the Capital of São Paulo, out of 10 companies that filed for judicial recovery, 7 were able to recover and maintain their activity for at least another 2 years. From the fore mentioned, it can be concluded that preliminary verification skill strengthens the principle of preservation of the company, but only those that can fulfill its social function. Furthermore, it is possible to affirm that preliminary verification skill represents a practical application of the principle of the balanced distribution of the onus from a judicial recovery, because when the opinion is favorable to the processing of judicial recovery, in most cases, the debtor company can really afford these onuses and recover, preventing it from relapsing solely on creditors.

Keyword: judicial recovery, preliminary verification skill, Daniel Carnio Costa, social function of the company, principle of the balanced distribution of the onus from a judicial recovery.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....5

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....8

2.1. Os princípios do Direito Empresarial.....8

2.1.1. O princípio geral da função social da empresa.....9

2.1.2. Princípios específicos da recuperação judicial.....11

2.2. A crise da empresa.....13

2.3. O deferimento do processamento da recuperação judicial (método tradicional)...15

3. BANKRUPTCY: A RECUPERAÇÃO JUDICIAL AMERICANA.....16

4. A PERÍCIA PRÉVIA.....18

4.1. Conceito e aplicabilidade.....18

4.2. Fundamentos legais.....19

4.3. Posicionamento jurisprudencial.....21

5. PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO EQUILIBRADA DOS ÔNUS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA.....26

6. CONCLUSÃO.....28

7. REFERÊNCIAS.....29

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Recuperação Extrajudicial, Judicial e Falência (Lei nº 11.101/2005) trouxe o instituto da recuperação judicial, modernizou o da falência e extinguiu o da concordata, sendo que estes dois últimos eram, até então, disciplinados pelo Decreto-lei nº 7.661/1945.

De 1945 para 2005 muitas foram as mudanças no cenário econômico brasileiro e a legislação precisava passar por uma renovação para acompanhá-las. Uma das alterações que merece destaque foi na extinta concordata, que se dividia em duas modalidades: preventiva, que visava evitar a decretação de falência; e suspensiva, que, como o próprio nome diz, suspendia a falência e retomava as atividades empresariais. Com o advento da nova lei, a concordata preventiva foi substituída pela recuperação judicial, um instituto mais abrangente, vez que não está limitada apenas aos créditos quirografários – como era o caso da concordata –, incluindo ainda os créditos trabalhistas e aqueles dotados de garantia real.

Fazendo uma análise mais global, é possível observar que a questão da recuperação da empresa tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocuparam. Fábio Ulhoa resume bem esse panorama:

> Cada país tem encontrado respostas próprias à questão da recuperação judicial das empresas. Há os que procuram criar mecanismos preventivos (direito francês), enquanto outros só tratam da reorganização da atividade falida (alemão). Há os que se limitam a criar um ambiente favorável à negociação direta entre os envolvidos (norte-americano) e também os que determinam a intervenção judicial na administração da empresa em dificuldade (italiano). (COELHO, 2015, p. 395)

O que é comum a todos os modelos citados acima é o intuito de superar a crise e reerguer a empresa. Por isso é que Sérgio Campinho define a recuperação judicial como "um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável"[1]. Esse pensamento é reflexo do princípio da preservação da empresa, que é o pilar teórico da recuperação judicial. De acordo com o princípio mencionado, a decretação de falência deve ser tida como último recurso, devendo a empresa ser liquidada apenas quando for inviável a manutenção da atividade empresarial.

1 CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

Por essa razão, o processo de recuperação judicial deve ser feito de forma cuidadosa. Todos os atos devem ser planejados e realizados visando a manutenção do exercício regular das atividades negociais da empresa, caso contrário, ela dificilmente conseguirá superar a crise.

Pensando nisso, o professor Daniel Carnio Costa[2] encontrou na perícia prévia a solução para os problemas com os quais vinha se deparando nas recuperações judiciais processadas na 1ª Vara de Falências da Capital de São Paulo, onde atua como juiz titular. Mais que isso, viu nessa perícia uma forma de otimizar os resultados no seu trabalho.

Tradicionalmente, a recuperação judicial tem início com o pedido formulado na petição inicial, a qual deve seguir os requisitos do art. 51 da Lei de Recuperação Extrajudicial, Judicial e Falências (LRF). De acordo com o inciso II do referido dispositivo, um dos documentos que deve instruir esse pedido é a demonstração contábil dos 3 (três) últimos exercícios sociais da empresa, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável.

Essa demonstração contábil deve ser composta, obrigatoriamente, de balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social e relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção. Isto é, deve conter documentos extremamente técnicos, que dificilmente receberão a análise adequada se não passarem pelas mãos de um expert.

2 Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1997) e mestrado pela FADISP (2008). É Doutor (2013) em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e mestrando (LLM) em Direito Comparado na Cumberland School Of Law – Samford University nos Estados Unidos da América. Cursa Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Paris 1 – Panthéon/Sorbonne desde 2014. Atualmente, é Coordenador e Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Recuperação de Empresas e Falências na FADISP, Coordenador e Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Econômico e Negocial da Escola Paulista da Magistratura – EPM, Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UNAERP, *campus* Grarujá/SP, e Professor palestrante em diversos cursos de pós-graduação em nível nacional. É Coordenador e Professor da Autumn School da Universidade de Paris 1 – Pathéon/Sorbone (França) e do curso de Extensão em Insolvência da California Western School of Law (EUA). Autor dos livros **Execução no Processo Civil Brasileiro, Danos Individuais e Ações Coletivas e Tutelas de Urgência** (individuais e coletivas) – **Teoria Geral**, todos da Juruá Editora. Coautor do livro **Magistratura de São Paulo – série provas comentadas** – da Editora Verbo Jurídico. Autor de diversos capítulos de livros e de artigos comentados publicados em revistas especializadas circulação nacional. Membro titular da cadeira n. 22 da Academia Paulista de Magistrados (APM). Membro titular da cadeira n. 41 da Academia Paulista de Direito (patrono José Bonifácio). É Juiz de Direito titular da 1ª Vara de Falência, Recuperação Judicial e Conflitos relacionados à Arbitragem (Tribunal de Justiça de São Paulo).

Assim, para diminuir a possibilidade de que o julgador seja induzido a erro – determinando a recuperação de uma empresa que não tem condições de retornar às atividades, de manter seus funcionários empregados, nem os impostos pagos –, o professor Daniel Carnio Costa sugere uma mudança na forma tradicional de processar a recuperação judicial. O magistrado tem realizado uma perícia técnica antes de proferir o despacho que defere a recuperação judicial.

Diante do exposto, é manifesta a relevância do tema e a necessidade de demonstrar os fundamentos teóricos e legais que autorizam a realização da perícia prévia, analisando a doutrina e a jurisprudência pátria. É importante destacar também esse trabalho como meio de divulgação do método trazido pelo professor Daniel Carnio Costa, a fim de que ele seja cada vez mais difundido e aplicado, uma vez demonstrada a sua legalidade.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

2.1. Os princípios do Direito Empresarial

Para se conseguir uma compreensão completa do Direito, além das regras positivadas, também é necessário o estudo dos princípios. São eles que direcionam a atividade legiferante, a interpretação e a aplicação do Direito. Em suma, são os pilares que sustentam a ordem jurídica.

No âmbito do Direito Empresarial, destacam-se os princípios da livre iniciativa, da liberdade de concorrência e da função social da empresa.

No que tange à recuperação judicial, especificamente, o princípio de maior destaque é, sem dúvida, o da preservação da empresa, mas também são muito importantes o princípio da proteção aos trabalhadores e o da proteção aos interesses dos credores.

O princípio da livre iniciativa, previsto nos artigos 1º, IV e 170, *caput* da Constituição de 1988, é a forma pela qual se expressa o liberalismo econômico adotado no Brasil. Esse princípio garante que qualquer cidadão tenha liberdade para exercer a atividade econômica que desejar, desde que dentro dos limites constitucionais e legais. No entanto, deve-se manter um equilíbrio, de forma que a busca pelo lucro não permita abusos das pretensões trabalhistas.

O princípio da liberdade de concorrência, também encontrado na Constituição Federal de 1988 (art. 170, IV), é um dos instrumentos do Estado para a proteção do mercado

(aqui entendido como espaço negocial de cooperação e concorrência), para estabelecer um ambiente que estimule a concorrência dos agentes privados a bem do próprio mercado. Para isso, há um órgão público específico, chamado CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica[3].

> Essencialmente, o princípio da liberdade de concorrência não estabelece condições para uma ampla liberdade, onde cada um faria o que bem entendesse. Pelo contrário, não se toleram abusos no mercado, cabendo ao Estado garantir um ambiente de concorrência libre e satisfatória. (MAMEDE, 2016, p. 45)

O princípio da função social da empresa, será tratado num tópico a parte, dada a sua importância para o presente trabalho, bem como os princípios específicos da recuperação judicial.

2.1.1. O princípio geral da função social da empresa

A função social da empresa é conceito oriundo da compreensão conjunta da função social da propriedade e da função social do contrato, definições encontradas na Constituição Federal de 1988[4] e no Código Civil de 2002[5], respectivamente[6].

O Conselho de Justiça Federal, durante a I Jornada de Direito Civil, também tratou da função social da empresa ao editar o enunciado 53, o qual determina que esse princípio deve ser levado em consideração na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

A empresa exerce sua função social "quando ela não visa somente o lucro, mas também preocupa-se com os reflexos que suas decisões têm perante a sociedade", nas palavras de Paloma Torres Carneiro[7]. Modesto Carvalhosa ensina que "não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que

3 MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. Vol. 1 – 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 44-45.

4 O artigo 5º, inciso XXIII enfatiza que "a propriedade atenderá a sua função social", enquanto o artigo 182, § 2º prevê que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" e o artigo 186 pontua que "a função social da propriedade rural é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei (...)".

5 O artigo 421 determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

6 BINDACO, Bruna Victório. **A função social da empresa**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7816/A-funcao-social-da-empresa. Acesso em 09 de setembro de 2017.

7 CARNEIRO, Paloma Torres. **Função Social da Empresa**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318. Acesso em 09 de setembro de 2017.

deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade"[8].

Gladston Mamede afirma que:

> (...) o princípio da função social da empresa conduz ao enfoque da livre iniciativa não por sua expressão egoísta, como trabalho de um ser humano em benefício de suas próprias metas, mas como iniciativa que, não obstante individual, cumpre um papel na sociedade. A iniciativa individual, portanto, deve ser valorizada e protegida por todos os seus Poderes e órgãos, já que funciona a favor da sociedade (MAMEDE, 2016, p. 47).

O Direito, em geral, reconhece e pressupõe a função social da empresa, ou seja, toma a empresa como bem jurídico na medida em que esta tem uma função social, gerando riquezas, empregos, tributos. A proteção que é dada à empresa demonstra que o legislador pressupõe tal valor ao legislar. A atividade empresarial é, inclusive, elemento de pacificação social e de manutenção do Estado, já que garante empregos e abastece o erário[9].

Prova disso é a redação do artigo 47, da Lei de Recuperação e Falências, que dispõe: "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.".

Assim, depreende-se que a insistência em recuperar a empresa é causa e consequência da sua função social. Explico. Busca-se a recuperação judicial de uma empresa porque ela é economicamente viável, emprega cidadãos, paga seus impostos etc. Ou seja, se ela já não exercesse sua função social, não seria digna da recuperação judicial. Ao mesmo tempo, esse beneplácito é concedido também para que a empresa permaneça gerando esses reflexos na comunidade ao seu redor, a fim de evitar efeitos mais devastadores.

2.1.2. Princípios específicos da recuperação judicial

A principal decorrência do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa, sendo esse também o principal fundamento da recuperação judicial.

É preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social. Há, portanto, um interesse público na manutenção das atividades empresariais, pois existe a possibilidade de os efeitos de sua extinção serem mais danosos à comunidade do que a sua

8 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 281.

9 RICCI, Henrique Cavalheiro. **Função social da empresa é valor e não norma jurídica**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica. Acesso em 09 de setembro de 2017.

manutenção. Nesse ponto, é importante observar que a análise não se restringe ao empresário ou à sociedade empresária e seus parceiros negociais diretos, incluindo também a sociedade em geral[10].

Esse princípio não é absoluto, portanto critérios como: os impactos do encerramento da atividade da empresa, a possibilidade jurídica da continuidade da empresa e direitos dos credores e parceiros contratuais do empresário, devem ser bem avaliados antes de decidir pela preservação da empresa.

Se para a recuperação da empresa é importante manter sua atividade, tão importante quanto é manter o emprego de seus trabalhadores, pois só com esses dois elementos será possível satisfazer os interesses dos credores[11].

O princípio da proteção ao emprego do trabalhador é trazido no art. 47 da Lei 11.101/2005 e consubstanciado em outros dispositivos dessa mesma lei, como no art. 54, que prioriza os créditos trabalhistas na recuperação judicial, e o art. 151, que determina o pagamento imediato de determinas verbas salariais na falência. Isso se deve principalmente em razão da natureza eminentemente alimentar dessas verbas e da conhecida hipossuficiência do trabalhador[12].

Como bem observou Daniel Moreira do Patrocínio:

> A legislação falimentar não cuida da manutenção dos direitos trabalhistas dos empregados do empresário em crise, mas sim da primazia que se deve conceder aos atos judiciais e dos credores que venham a permitir a continuidade da relação empregatícia. A mitigação das obrigações trabalhistas do devedor empresário é admitida como forma de viabilizar a continuidade da empresa. Considera-se que os custos sociais decorrentes do desemprego seriam sempre maiores do que a relativização dos direitos trabalhistas. (PATROCÍNIO, 2012)

Por fim, o princípio do interesse dos credores. Ao trazer consigo esse princípio, a LRF amplia a participação de um dos personagens mais interessados na recuperação da empresa em crise: os credores. Um exemplo dessa participação mais ativa dos credores é observado no "deferimento da recuperação judicial, que é resultante da aprovação, pelos credores, do plano apresentado pelo devedor (art. 45), deixando-se ao juiz a faculdade de

10 MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. Vol. 1 – 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 50.
11 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Comentário artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.
12 SCALZILLI, João Pedro, TELLECHEA, Rodrigo e SPINELLI, Luís Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229. Acesso em 11 de setembro de 2017.

deferimento da recuperação na hipótese de não aprovação do plano, na exceção do art. 58, § 1° da lei 11.101/2005"[13].

Outro ponto interessante de se observar é uma das formas de recuperação judicial, que se traduz na renegociação de prazos e condições entre credores e devedores. Assim, é possível perceber que o interesse do credor deve ser preservado e que ele mesmo age de forma ativa no processo de recuperação para que isso ocorra, sem deixar que o interesse de uma espécie de credores se sobreponha ao de outra, conforme ressaltou Hugo Martins Abud:

> Ao tutelar o interesse dos credores, a lei o faz no sentido lato da palavra, ou seja, visa proteger os credores no sentido coletivo, não querendo parecer justificável que em um processo de recuperação se atinja o interesse de um credor em detrimento dos outros credores, do devedor e até mesmo dos próprios trabalhadores. (ABUD, 2011)

2.2. A crise da empresa

Ao entrar em crise, a empresa pode falir ou se recuperar. A falência é caminho sem volta, representa o fim da empresa em virtude da sua inadequação ao mercado, seja pelo produto ou serviço que oferece, seja pelo atraso tecnológico, pela organização administrativa precária ou qualquer outro fator[14].

Já a recuperação significa que a empresa está passando por um mau momento, mas que ainda pode ser útil à sociedade, no sentido de gerar seus benefícios sociais e econômicos.

De acordo com Fábio Ulhoa, a crise na empresa pode se manifestar de três formas: econômica, financeira e patrimonial. A crise econômica ocorre quando há retração considerável dos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária. Assim, ela pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa. Já a crise financeira revela-se quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para quitar suas obrigações, é a crise de liquidez. Por fim, a crise pode ser patrimonial, quando o passivo supera o ativo da sociedade empresária, quando ela passa a ser insolvente[15].

13 ABUD, Hugo Martins. **Os três princípios fundamentais da recuperação judicial**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial. Acesso em 11 de setembro de 2017.
14 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.
15 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242-243.

Em geral, cabe dizer que determinada sociedade empresária está em crise quando presentes as três formas pela qual se manifesta. Nesse momento, já é latente a necessidade de requerer de requerer a recuperação ou a falência da empresa.

A recuperação pode ser extrajudicial ou judicial. No primeiro caso, ela resulta da iniciativa dos próprios devedores, que convocam uma reunião com os credores e elaboram um plano de recuperação. Caso seja aceito por mais de 3/5 dos credores de cada espécie, o plano será reduzido a termo e todos os concordantes o assinarão. Os credores que não concordarem com o plano ficarão sujeitos a ele mesmo assim, excetuando aqueles mencionados nos artigos 49, §3º, 86, II e 161, §1º da Lei 11.101/2005 – que, por outro lado, poderão requerer a falência do devedor.

O plano proposto na recuperação extrajudicial deverá ser homologado judicialmente para que adquira força de título executivo judicial, pois se trata de um acordo privado.

Já a recuperação judicial consiste no acompanhamento do juízo ao longo de todo o processo. A empresa devedora deverá elaborar e instruir a petição inicial, de acordo com o que dispõe o art. 51 da Lei 11.101/2005, requerendo seja processado o pedido de recuperação judicial. Estando em termos a petição inicial e todos os documentos que devem acompanha-la, será deferido o processamento da recuperação judicial e, no mesmo despacho, deverá ser nomeado administrador judicial, determinada a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, ordenada a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor (*stay period*), determinado ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores, e ordenada a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

2.3. O deferimento do processamento da recuperação judicial (método tradicional)

Conforme dito no tópico anterior, a empresa que recorrer ao Judiciário por meio do pedido de recuperação judicial deverá apresentar uma petição inicial instruída de acordo com o art. 51 da LRF.

A partir da análise da exordial e seus anexos é que o juiz vai formar seu entendimento e decidir se à empresa deve ser concedida a recuperação judicial ou não.

Tradicionalmente, essa análise é meramente formal. O juiz apenas verifica a presença dos documentos requisitados pela lei, sem se ater ao conteúdo deles. Para alguns magistrados é uma decisão bem objetiva mesmo, um verdadeiro "checklist" dos incisos e alíneas do art. 51. Estando presentes todos os requisitos, é certo que a decisão deferirá o processamento da recuperação judicial.

Nesse sentido pensam os autores a seguir:

> O juiz, ao constatar que a petição inicial está devidamente instruída, deferirá o processamento da recuperação judicial. (SANCHEZ e GIALLUCA, 2012, p. 58)
>
> Distribuído o pedido, o magistrado procede ao exame meramente formal dele, podendo determinar o processamento da recuperação, a emenda da inicial ou o cumprimento de alguma diligência que considerar indispensável ao conhecimento da matéria (NEGRÃO, 2008, p. 241)
>
> Após a verificação dos documentos, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (VIDO, 2012, p. 257)

No entanto, segundo o professor Daniel Carnio Costa, se o objetivo é aumentar as chances de a recuperação judicial prosperar, deve ser feita uma análise no conteúdo desses documentos que instruem a petição inicial, antes mesmo de deferir o processamento da recuperação. Essa é a inovação trazida pelo magistrado.

3. BANKRUPTCY: A RECUPERAÇÃO JUDICIAL AMERICANA

Os principais modelos de insolvência existentes até o final do século passado eram o de inspiração romano-germânica, que focava na tutela dos interesses do devedor, e o de inspiração anglo-saxônica, que privilegiava a tutela dos interesses dos credores. Até que, ao reformar sua legislação sobre o tema, os Estados Unidos da América surgiram com uma nova proposta: a distribuição equilibrada do ônus entre credores e devedor[16].

Influenciado pelo modelo americano, o Brasil elaborou sua legislação mais recente sobre insolvência empresarial, a Lei 11.101/2005 (LRF). Um claro exemplo dessa influência é o instituto brasileiro da recuperação judicial, que tem como principal fonte de inspiração uma parte do US Code chamada Bankruptcy (Title 11).

16 COSTA, Daniel Carnio. **Comentário completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

A lei dos Estados Unidos foi apenas o ponto de partida para a brasileira, de forma que elas naturalmente coincidem em muitos pontos, mas também há outros em que adotam caminhos diferentes, e não necessariamente opostos.

De acordo com o que dispõe a Bankruptcy, na seção 341 (Chapter 3), quando a empresa devedora entra com o pedido de recuperação ou falência ("order for relief") o administrador, em "tempo razoável", irá convocar e presidir um encontro de credores. O administrador só deixará de marcar essa reunião se o devedor tiver apresentado, juntamente ao pedido, um plano sobre o qual requeira a aceitação dos credores.

O art. 52 da Lei 11.101/2005, por sua vez, determina que ao receber o pedido de recuperação judicial o juiz deve verificar se estão presentes todos os documentos exigidos pelo artigo anterior e, em caso positivo, já deferir o processamento da recuperação. A partir dessa decisão que defere o processamento, o devedor tem até 60 dias para apresentar em juízo um plano de recuperação, sob pena de convolação em falência (art. 53, LRF).

É possível observar que nenhuma das legislações prevê, de forma clara e explícita, um mecanismo para analisar os fundamentos dos pedidos dos devedores. Assim, basta apresentar os documentos necessários que a recuperação judicial será processada. Se algum desses documentos trouxer no seu teor dados suficientes para atestar a flagrante inviabilidade da empresa, por exemplo, isso só será descoberto na fase de análise do plano ou depois de deferida a recuperação. O que significa que a máquina do judiciário se movimentou em prol de uma causa que já poderia ter sido extinta, caso tivesse sido analisada devidamente desde o princípio.

A legislação americana traz um instituto que lembra a proposta do professor Daniel Carnio Costa, é o exame do devedor ("examination of the debitor"). Tanto na seção 341 (d) quanto na 343[17] é feita referência a uma espécie de "sabatina" do devedor, realizada pelo administrador juntamente aos credores, antes mesmo de qualquer plano de recuperação ser avaliado[18].

O objetivo principal desse exame é pressionar o devedor a pagar o que deve ou, pelo menos, negociar. No entanto, a oportunidade também pode propiciar um exame mais

17 The debtor shall appear and submit to examination under oath at the meeting of creditors under section 341 (a) of this title. Creditors, any indenture trustee, any trustee or examiner in the case, or the United States trustee may examine the debtor. The United States trustee may administer the oath required under this section.
18 STEPHANIE LANE. **What is a Debitor Examination?** Disponível em: http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-is-debtor-examination.html. Acesso em 17 de agosto de 2017.

acurado das reais condições da empresa, e até possibilitar a descoberta de eventuais fraudes no pedido de recuperação ou falência, como no caso de a empresa não mais existir na prática.

Apesar de o exame do devedor poder ser utilizado como meio de descoberta de flagrante inviabilidade ou fraude da empresa, ele não é um mecanismo técnico. Portanto, a mesma "falha" da legislação brasileira, a rigor, também ocorre na americana. E no Brasil, é a perícia prévia sugerida pelo professor Daniel Carnio Costa que busca suprir essa lacuna.

4. A PERÍCIA PRÉVIA

4.1. Conceito e aplicabilidade

A perícia prévia é o mecanismo sugerido pelo professor Daniel Carnio Costa que permite a avaliação da documentação requerida pelo art. 51, por ocasião do pedido de processamento da recuperação judicial.

De acordo com o magistrado:

> É certo que nesse momento inicial do processo não é possível aferir se a empresa é realmente viável, até porque essa conclusão pode depender de diversos outros fatores que são, inclusive, externos à empresa, como as condições de mercado, a obtenção de novos investimentos etc. (...) Todavia, também é certo que a recuperação judicial é um instituto aplicável apenas para empresas viáveis, a fim de que a manutenção da atividade empresarial possa fazer gerar os benefícios sociais e econômicos que são decorrentes do exercício dessa atividade (COSTA, 2015, p. 36).

Portanto, nessa fase inicial do processo, não deve o juiz se preocupar com a viabilidade de uma empresa, mas sim com sua notória inviabilidade. E o conceito negativo é fácil de constatar. Para isso, deve-se deixar de lado o *"checklist"* meramente formal dos documentos que acompanham a petição inicial, pois essa prática não permite que o juiz saiba se a empresa tem capacidade de permanecer no mercado cumprindo sua função social e gerando lucro.

Em entrevista concedida à Revista Valor Econômico publicada no dia 18 de abril de 2016, o professor Daniel Carnio Costa enfatiza que "não faz sentido deferir a recuperação judicial de uma empresa fechada, que não gera empregos e não recolhe tributos. Quando se defere o processamento de recuperação a empresas nesta situação, todo o ônus da recuperação fica com os credores e sem que haja contrapartida social para esse sacrifício"[19]. Ao final, ele

19 COSTA, Daniel Carnio. **Magistrado paulista determina perícia em todos os processos**. Entrevista concedida ao site Valor Econômico publicada em 18 de abril de 2016. Disponível em: http://www.valor.com.br/legislacao/4527625/magistrado-paulista-determina-pericia-em-todos-os-processos.

lembra que a recuperação não serve para proteger o credor, nem os interesses do devedor, mas sim para proteger o interesse social, quebrando o tradicional dualismo pendular de Fábio Konder Comparato.

É por isso que após atenta análise da documentação trazida aos autos pela empresa em crise, caso o juiz desconfie das condições da empresa ou da fidelidade da documentação apresentada, Daniel Carnio Costa defende ser possível a determinação da perícia de constatação prévia.

Ela consistiria, portanto, na análise técnica dos documentos exigidos no art. 51 da Lei de Recuperação e Falências, principalmente a demonstração contábil dos 3 (três) últimos exercícios sociais da empresa de que trata no inciso II.

O que torna essa perícia necessária é o conhecimento extremamente especializado requerido na análise desses documentos, não oferecido ao longo da formação técnica dos magistrados.

Assim, o processo de recuperação será muito mais seguro e terá muito mais chances de obter sucesso se o juiz nomear um administrador judicial para realizar esse trabalho, tanto na empresa em si como na documentação por ela entregue.

Agindo dessa forma, o juiz, ao deferir a recuperação, o fará ciente de que a empresa tem chances reais de suportar os ônus desse processo tanto quanto os credores e, assim, permanecer no cumprimento de sua função social, gerando os benefícios sociais e econômicos decorrentes do exercício da atividade empresarial.

4.2. Fundamentos legais

O art. 52 da Lei de Recuperação e Falências preconiza que "estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial". A questão é: como o juiz vai saber se a documentação apresentada está ou não correta? Aliás, como ele vai, através desses documentos, identificar se a empresa é inviável ou tem condições de passar pelo processo de recuperação judicial? A resposta para essas questões está na perícia prévia.

Daniel Carnio Costa afirma que a partir da leitura dos artigos 51 e 52, conclui-se que LRF não permite expressamente a perícia prévia, mas também não a proíbe[20]. Dessa

Acesso em 25 de outubro de 2016.

20 COSTA, Daniel Carnio. **Magistrado paulista determina perícia em todos os processos**. Entrevista concedida ao site Valor Econômico publicada em 18 de abril de 2016. Disponível em:

forma, a utilização do instituto se baseia na interpretação extensiva desses dispositivos. Em seu artigo intitulado Novas Teorias Sobre Processos de Insolvência e Gestão Democrática de Processos, Daniel Carnio Costa assevera que "a correta interpretação e a boa aplicação do instituto jurídico não serão obtidas pela leitura simples do texto da lei"[21].

Dessa forma, o que se pede aqui é um olhar voltado para o contexto, e não restrito ao que diz a lei, pois apenas o ato de deferir o processamento da recuperação judicial já importa em significativas consequências processuais, como o *stay period* – prazo de 180 dias em que ficam suspensas as ações e execuções em face do devedor –, o que pode onerar excessivamente o credor e não resultar na recuperação da empresa. Por esse motivo é que se defende a análise, ainda que perfunctória, do mérito. Inclusive, é devido a essa cognição pouco aprofundada que Ricardo José Negrão Nogueira defende que a decisão que defere o processamento da recuperação deve ser chamada de "decisão de processamento" (uma espécie de decisão interlocutória), e não como um despacho de mero expediente. Um argumento que reforça a tese de natureza decisória do deferimento é o Enunciado 52 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, o qual registrou que "[a] decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento"[22].

Apesar de a perícia prévia não ser expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, essa prática só traz benefícios ao processo de recuperação judicial. A partir do momento que o magistrado tem o parecer técnico do administrador judicial sobre a documentação apresentada pela empresa, o processo se torna mais seguro, e as chances de a empresa conseguir se recuperar tornam-se bem maiores.

Traduzindo essa informação para números, o professor Daniel Carnio Costa fez um balanço do uso dessa ferramenta na vara em que atua como juiz titular, qual seja a 1ª Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Conflitos relacionados à Arbitragem de São Paulo. O resultado encontrado foi que entre 2011 e 2015, foram 157 pedidos de recuperação judicial, dos quais 58 foram indeferidos após perícia prévia. E a filtragem, segundo ele, desencadeou

http://www.valor.com.br/legislacao/4527625/magistrado-paulista-determina-pericia-em-todos-os-processos. Acesso em 25 de outubro de 2016.

21 COSTA, Daniel Carnio. **Comentário completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 35.

22 AYOUB, Luiz Roberto e CAVALLI, Cassio, **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 110.

índices elevados de sucesso, pois 70% das empresas tiveram o plano aprovado e sobreviveram por mais de dois anos. Ou seja, em apenas 30% dos casos a falência foi decretada[23].

4.3. Posicionamento jurisprudencial

A respeito da realização da perícia de constatação prévia, a jurisprudência ainda não é pacífica.

Apesar de ainda haver julgadores que defendem a análise meramente formal dos requisitos do art. 51 da LRF, é possível dizer que a jurisprudência é dominante no sentido de que mesmo apresentada toda a documentação requerida pela LRF, se a perícia prévia constatar que a empresa é flagrantemente inviável, deve ser prontamente indeferido seu pedido de recuperação judicial. Vejamos:

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRINCÍPIO DA VIABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DO EMPREENDIMENTO - CARÊNCIA DE DOCUMENTO NECESSÁRIO À INSTRUÇÃO DO PEDIDO - NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO INTERESSADO PARA EMENDA DA INICIAL - FASE POSTULATÓRIA - ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DA VIABILIDADE DA EMPRESA - POSSIBILIDADE - DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPOSSIBILIDADE DE SOERGUIMENTO - AUSÊNCIA - RECURSO PROVIDO. 1 - Constatada a ausência de documento imprescindível ao processamento do pedido de recuperação judicial, tal como consta do rol do art. 51 da Lei nº. 11.101/05, deve o magistrado intimar a parte para suprir a falta, assinalando-lhe prazo razoável se a providência demanda diligência em outros estados da federação. 2 - **Somente é possível o imediato indeferimento do pedido de recuperação judicial, ainda no bojo da fase postulatória, se houver demonstração clara e flagrante da inviabilidade de soerguimento da atividade econômica explorada pela postulante**. 3 - Vislumbrada a possibilidade de desfecho útil e positivo do processo, deve ser instaurada a fase deliberativa do procedimento, viabilizando-se à interessada a apresentação do plano de recuperação e manifestação da Assembleia Geral, oportunidade em que se decidirá, com a segurança necessária, pela viabilidade do empreendimento. (TJMG, AC 1.0024.11.100963-5/001, 6ª Câmara Cível, j. 31.01.2012, v.u., rel. Des. Sandra Fonseca) (grifo nosso).

> PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. **Antes do acolhimento do processamento da recuperação, determinou o Douto Magistrado a realização de perícia prévia, a fim de que fossem examinados os documentos apresentados pela recuperanda por ocasião da apresentação do pedido. Confirmadas a regularidade formal dos documentos e a manutenção da atividade da recuperanda, deferiu-se o processamento da recuperação e, por isso, não se vê nulidade da decisão**

23 COSTA, Daniel Carnio. **Magistrado paulista determina perícia em todos os processos**. Entrevista concedida ao site Valor Econômico publicada em 18 de abril de 2016. Disponível em: http://www.valor.com.br/legislacao/4527625/magistrado-paulista-determina-pericia-em-todos-os-processos. Acesso em 25 de outubro de 2016.

> **agravada, adequadamente fundamentada**. Preliminar afastada. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial. Presente a regularidade formal nos documentos apresentados pela recuperanda, como o perito confirmou em prévia prova pericial, não se pode negar o processamento do pedido de recuperação. Não obstante houvesse indicativo de confusão patrimonial entre os bens da recuperanda e empresa da qual é credora a agravante [Samm Sistemas de Armazenagens Ltda.], neste momento, há confirmação da regularidade formal da documentação apresentada pela recuperanda e, por isso, faltaria legitimidade para a agravante pleitear a falência da recuperanda, de quem não tem créditos a receber, notadamente por ter verificado que a recorrente já requereu a falência de Samm Sistemas de Armazenagens Ltda., de quem é credora, autos que aguardam o julgamento da apelação interposta pela agravante. Portanto, deverá a agravante requerer, nos autos de falência de Samm Sistemas de Armazenas Ltda., de quem tem créditos a receber, o pretendido reconhecimento de suposta confusão patrimonial entre as empresas que integrariam o mesmo grupo econômico [Samm, Hoist, Hoist Jib, Usfer]. Recurso não provido. (TJSP, AI 22742800220158260000 SP 2274280-02.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. Data de Julgamento: 13/06/2016. Data de Publicação: 22/06/2016) (grifo nosso).

A proposta do professor Daniel Carnio Costa vai além de indeferir o processamento da recuperação judicial de empresas nitidamente inviáveis ao processo, pois ele sugere a perícia prévia como uma nova forma de apurar antecipadamente essa inviabilidade.

Concordando com a tese do juiz titular da 1ª Vara de Falências de São Paulo, o desembargador Ramon Mateo Júnior, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, decidiu da seguinte maneira:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - Pedido de Recuperação Judicial por parte da agravante - Pleito de diferimento do pagamento das custas iniciais que foi indeferido - Decisão que se mostra correta - Rol do artigo 5º da Lei nº 11.608/03 que é taxativo, não se aplicando ao caso - **Perícia prévia determinada com o intuito de auxiliar o juiz na apreciação da documentação contábil apresentada (art. 51, II, LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa - Possibilidade, diante da ausência de conhecimentos técnicos do juízo, suficientes à apreciação da regularidade da documentação contábil apresentada** - No tocante à constatação da real situação de funcionamento da empresa: não pode o julgador mostrar-se indiferente se verificar a inviabilidade da recuperação da empresa ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal - Princípio da preservação da empresa que não deve ser absoluto, devendo ser aplicado com bom senso e razoabilidade - Perícia prévia mantida - Recurso improvido. (TJ-SP - AI: 2008754-72.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Ramon Mateo Júnior. Data de Julgamento: 16/03/2015. Data de Publicação: 20/03/2015) (grifo nosso).

Também acolhendo a proposta do magistrado Daniel Carnio Costa, o desembargador Teixeira Leite, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, decidiu da seguinte maneira:

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LRF) e constatar a real situação de funcionamento da empresa. Possibilidade. Decisão mantida. Assistência técnica de perito permitida pela lei. Juiz que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para apreciar a regularidade da documentação contábil apresentada. Art. 189 LRF c/c art. 145 CPC. **Com relação à constatação da real situação de funcionamento da empresa, não pode o julgador mostrar-se indiferente diante de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo a utilização indevida e abusiva da benesse legal. O princípio da preservação da empresa não deve ser tratado como valor absoluto, mas sim aplicado com bom senso e razoabilidade, modulado conforme a intenção do legislador e espírito da lei.** Ativismo. Precedentes. Decisão de deferimento do processamento que irradia importantes efeitos na esfera jurídica de terceiros. Decisão integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido. (TJ-SP - AI: 1944364220128260000 SP 0194436-42.2012.8.26.0000, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 02/10/2012, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 06/10/2012) (grifo nosso)

No mesmo sentido é o entendimento do desembargador Carlos Santos de Oliveira do TJRJ, acrescentando ainda que não se pode exigir do juiz o domínio de conhecimentos eminentemente técnicos, por isso se faz necessária a análise da documentação a que se refere o art. 51 por um expert. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PERÍCIA PRELIMINAR. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. TRAVA BANCÁRIA. 1. Trata-se de agravos de instrumento interpostos em face de decisões interlocutórias proferidas nos autos da Recuperação Judicial da sociedade agravada. Julgamento conjunto. 2. No agravo de instrumento distribuído sob o número 0038873-45.2015.8.19.0000 **a decisão guerreada determinou a realização de uma perícia preliminar sobre estrutura e atividade econômica desenvolvida pela sociedade, bem como perspectiva de sua futura viabilidade econômica**. 3. Perda do objeto. A perícia já se realizou e foi utilizada como fundamento para a segunda decisão agravada que deferiu a recuperação judicial, os honorários periciais respectivos também já foram pagos, o que resulta em superveniente falta de interesse recursal. 4. **Mesmo que assim não fosse, não há o que se falar em impossibilidade de realização desta perícia prévia, posto que o art. 52 da Lei 11.101/2005 determina que "o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial" caso a documentação exigida pelo art. 51 do mesmo diploma legal esteja presente. Pois bem, dentre as exigências do mencionado artigo 51, encontram-se as informações contábeis da empresa, matéria eminentemente técnica que deve ser analisada por "expert", não se podendo exigir do magistrado o domínio de tais conhecimentos**. (...). (TJRJ, AI 0038873-45.2015.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, j. 08.09.2015, v.u., rel. Des. Carlos Santos de Oliveira) (grifo nosso).

No entanto, como já foi dito, a perícia prévia não é vista com bons olhos por todos os agentes do direito. A divergência chega, inclusive, aos tribunais. Em novembro de 2015, a 22ª Câmara Cível do TJRJ, seguindo o voto do relator Des. Carlos Eduardo Moreira Da Silva, determinou a reforma da decisão proferida em primeiro grau para vetar a perícia prévia sob o argumento de que não há previsão legal desse instituto. Vejamos:

> DIREITO EMPRESARIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - **DECISÃO QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PRÉVIA PARA ANÁLISE DA VIABILIDADE DE PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - AO JUIZ CABE, APÓS A VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 51, DA LEI Nº. 11.101/05, DEFERIR OU NÃO O PROCESSAMENTO DA MEDIDA - COMPETE AO ADMINISTRADOR JUDICIAL A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DO DEVEDOR E O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - INTELIGENCIA DO ART. 22, II, A, DA LRF** - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA - PROVA QUE REQUER UM LAPSO DE TEMPO PARA SUA ELABORAÇÃO, QUE ULTRAPASSA FACILMENTE 2 MESES DIANTE DAS PECULIARIDADES DESTA ESPÉCIE DE PROVA - DETERMINAÇÃO QUE É CAPAZ DE GERAR PREJUÍZOS À EMPRESA E, EVENTUALMENTE, COMPROMETER A PRÓPRIA VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - DECISÃO QUE SE REFORMA - PLEITO DE APRECIAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PARA LIBERAÇÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS - MATÉRIA NÃO APRECIADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA INSTÂNCIA RECURSAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-RJ - AI: 00550378520158190000 RIO DE JANEIRO NITEROI 3 VARA CIVEL, RELATOR: CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA, DATA DE JULGAMENTO: 17/11/2015, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 26/11/2015) **(grifo nosso)**

Também discordaram do professor Daniel Carnio Costa os julgamentos a seguir:

> Agravo de instrumento - Recuperação Judicial - Deferimento do processamento. O momento de determinar o processamento da recuperação judicial não é a oportunidade de ser apreciada a viabilidade ou não do pedido, mas tão, somente, o de constatar o Juiz se o pleito vem acompanhado da documentação exigida no art. 51 da Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 (art. 52), o que fará de acordo com o seu critério passível de reapreciação, se concedido o benefício, em recurso contra essa decisão. Agravo não conhecido. (TJSP, AI 601.314-4/0-00, rel. Des. Lino Machado, J 04.03.2009)

> APELAÇÃO. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DO ART. 51, I, DA LEI 11.101/2005. DESCABIMENTO DA ANÁLISE DA VIABILIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA. A recuperação judicial constitui uma ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômica-financeira do empresário devedor, viabilizando a manutenção de suas atividades. Com isso, a nova Lei de Falências trouxe a possibilidade de reestruturação aos empresários economicamente viáveis que passem por dificuldades passageiras, mantendo os empregos e os pagamentos aos credores. Nesse dispositivo, está expresso o princípio maior da recuperação da empresa que informa a essência do instituto: o princípio da preservação da empresa. A manutenção da fonte produtora e de circulação de riquezas é uma preocupação enorme do legislador, diante do papel fundamental que a atividade econômica representa na estabilidade e no desenvolvimento social. A recuperação empresarial só assiste a empresários ou sociedades empresárias que cumpram os requisitos legais trazidos no art. 48 e demonstrem a sua viabilidade econômica. Não é porque vige o princípio da preservação da empresa que qualquer recuperação judicial será

> deferida. O art. 53, II, da Lei 11.101/05, evidencia essa lógica. O juiz não pode, porém, analisar a viabilidade econômica da empresa para deferir ou não o processamento da recuperação, na oportunidade mencionada no art. 52 da Lei 11.101/05. No caso em tela, houve o indeferimento do processamento do pedido de recuperação judicial feito pela sociedade apelante por não ter sido preenchido o requisito legal do art. 51, I, da Lei 11.101/2005. Da leitura da peça inicial, verifica-se que houve a exposição das causas concretas da situação patrimonial da sociedade apelante e as razões de sua crise econômico-financeira. Com efeito, a sociedade apelante narra, em síntese, que a origem de sua crise econômico-finaceira deu-se com a assunção da mantença de duas instituições de ensino (UGF e UniverCidade), uma vez que teve que assumir obrigações com valores elevados e, em razão de tal cenário, sofreu com paralizações de atividade do corpo docente, o que acabou culminando no descredenciamento de tais instituições perante o Ministério da Educação e queda brutal de suas receitas. Afirma ainda que vem diligenciando administrativamente e judicialmente, com a interposição de recurso administrativo e a impetração de mandado de segurança, para a reversão da decisão do Ministério da Educação para que ambas as instituições voltem a funcionar. **Tal narrativa atende perfeitamente aos ditames do art. 51, I, da Lei 11.101/2005, sendo certo que nessa fase processual o juiz avaliará apenas o preenchimento dos requisitos formais, não podendo se imiscuir no mérito da viabilidade econômica da empresa e, portanto, atendidos os requisitos formais, o processamento da recuperação judicial deverá ser deferido**. A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que não cabe ao magistrado interferir na viabilidade do plano de recuperação judicial e sua atuação se resume a verificação dos requisitos formais, bem como exercer controle quanto à legalidade do plano, devendo ser privilegiado o debate travado entre os principais interessados: o devedor e seus credores. Ora, se não cabe o controle da viabilidade do plano de recuperação no momento da concessão da recuperação judicial, quando possui uma grande quantidade de elementos para fazer a análise da viabilidade econômica da empresa, especialmente à luz do teor do plano de recuperação, não será na fase de deferimento do processamento que o magistrado estará autorizado a adentrar nesse mérito, até porque carecerá de elementos contundentes e conhecimento técnico para tanto. Dessa forma, considerando o cumprimento do art. 51, I, da Lei 11.101/2005, bem como a impossibilidade de controle nessa fase processual da viabilidade econômica da empresa, deve ser deferido o processamento da recuperação judicial requerida pela sociedade apelante. Provimento do recurso. (TJ-RJ - APL: 01053239820148190001. 7ª Vara Empresarial da Capital, Relator: Renata Machado Cotta, Data de Julgamento: 25/02/2015, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 27/02/2015). (grifo nosso)

Do exposto, é possível afirmar que as ideias do professor Daniel Carnio Costa possuem embasamento jurídico, tanto que já são aceitas e aplicadas por vários operadores do Direito. Assim, apesar de não haver dispositivo na legislação que expressamente determine a realização da perícia prévia, a jurisprudência já permite a aplicação dessa ferramenta que torna o processo de recuperação judicial mais seguro e robusto, bem como aumenta as chances de ele ter um desfecho próspero.

5. PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO EQUILIBRADA DOS ÔNUS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

A legislação brasileira sobre recuperação de empresas e falências, influenciada pela americana, como visto no Tópico 3 (Bankruptcy), não pende para o lado dos devedores, nem para o lado dos credores, buscando distribuir de maneira equilibrada os ônus do processo de recuperação da empresa.

A Lei 11.101/2005 se sustenta no princípio fundamental da preservação da atividade empresária, mas também deixa claro que a empresa em recuperação deve assumir o ônus que lhe compete e que somente tem sentido a recuperação judicial em função da geração de benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes da continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial[24]. Assim afirma Daniel Carnio Costa no livro "Comentários completos À lei de recuperação de empresas e falências":

> A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para o pagamento de seus credores, ainda que em temos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo a médio e longo prazo, considerando que a recuperando continuará a negociar com seus fornecedores (COSTA, 2015, p. 23).

Esse fenômeno da renegociação dos prazos e valores a serem pagos é um exemplo do que o professor Daniel Carnio Costa chama de *princípio da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial*. Ou seja, é certo que o devedor terá o ônus de pagar a todos os credores, mas os credores também suportarão o ônus da demora e do pagamento com deságio. E essa "partilha do prejuízo" é o que torna possível a diminuição dos danos provocados pela crise da empresa.

Na prática, o que se verifica é que os credores arcam com os ônus a curto e médio prazo, pois ao ser deferido o processamento da recuperação judicial as ações e execuções contra a devedora ficam suspensas por 180 dias (*stay period*), conforme determina o art. 6º da Lei 11.101/2005. Além disso, o plano de recuperação normalmente implica na dilação de prazos de pagamento das dívidas e a aplicação de deságio em suas obrigações.

Por outro lado, a empresa em recuperação deve assumir os ônus empresariais e processuais. A primeira espécie de ônus consiste em condutas a serem praticadas pela empresa ao longo do seu funcionamento em processo de recuperação, por exemplo: manter os postos de trabalho, recolher tributos, produzir e fazer circular produtos e serviços. Tudo isso gera

24 COSTA, Daniel Carnio. **Comentário completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 20.

custos para a empresa e requer organização administrativa, mas é "o preço a se pagar" por receber toda a proteção legal.

Já o ônus processual consiste no atendimento às determinações do juiz e do administrador judicial, tudo isso rigorosamente dentro do prazo legal. A conduta processual da recuperanda deve ser alinhada com a finalidade do procedimento e, portanto, deve sempre ser pautada pela mais absoluta transparência e boa-fé, como decorrência lógica do princípio da divisão equilibrada de ônus.

6. CONCLUSÃO

A função social da empresa é cumprida quando ela, ao gerar lucro e riquezas, produz reflexos na sociedade. Esses reflexos podem ser sociais, ambientais, econômicos, entre outros. De forma objetiva, a empresa cumpre sua função social quando a manutenção de suas atividades passa a ser importante para os que estão ao seu redor.

Assim, quando uma empresa requer judicialmente a sua recuperação, antes de ser deferido o processamento, é importante avaliar se a sua função social vinha sendo cumprida. Um instrumento importante para fazer essa avaliação é a perícia prévia. O foco da perícia são os documentos contábeis e estritamente técnicos, e por meio deles é possível observar se a empresa está em dia com as taxas ambientais, débitos trabalhistas etc. Todas essas informações são necessárias para avaliar o cumprimento da função social da empresa. Portanto, é possível afirmar que a perícia prévia atribui ainda mais importância à função social da empresa, o que fortalece o instituto e reforça a necessidade de fiscalização do seu cumprimento.

Além disso, a perícia também avalia se a empresa tem condições de suportar o ônus do processo de recuperação judicial. Afinal, não adianta conceder o benefício para uma empresa que cumpre formalmente os requisitos, mas claramente não tem estrutura capaz de manter suas atividades enquanto suporta os dissabores da recuperação judicial.

Dessa forma, a perícia prévia também é imprescindível para garantir a distribuição equilibrada dos ônus da recuperação judicial, evitando a oneração demasiada dos credores e da empresa devedora.

Resumindo, se a perícia prévia conclui que a empresa tem chances reais de se recuperar, isso significa que ela tem condições de arcar com os ônus empresariais e

processuais da recuperação judicial, ou seja, de manter sua atividade e gerar benefícios sociais e econômicos, conservando, assim, a sua função social.

7. REFERÊNCIAS

ABUD, Hugo Martins. **Os três princípios fundamentais da recuperação judicial**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Comentário artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BINDACO, Bruna Victório. **A função social da empresa**. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7816/A-funcao-social-da-empresa.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARNEIRO, Paloma Torres. **Função Social da Empresa**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10318.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentário completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Magistrado paulista determina perícia em todos os processos**. Entrevista concedida ao site Valor Econômico publicada em 18 de abril de 2016. Disponível em: http://www.valor.com.br/legislacao/4527625/magistrado-paulista-determina-pericia-em-todos-os-processos.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. Vol. 1 – 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial: Estudo Unificado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Os Princípios do Processo de Recuperação Judicial de Empresas**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_26577222_OS_PRINCIPIOS_DO_PROCESSO_DE_RECUPERACAO_JUDICIAL_DE_EMPRESAS.aspx.

RICCI, Henrique Cavalheiro. **Função social da empresa é valor e não norma jurídica**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica.

SANCHEZ, Alessandro e GIALLUCA, Alexandre. **Direito Empresarial IV: Recuperação de empresas e falência**. Coleção Saberes do Direito - Vol. 30. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCALZILLI, João Pedro, TELLECHEA, Rodrigo e SPINELLI, Luís Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229.

STEPHANIE LANE. **What is a Debitor Examination?**. Disponível em: http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-is-debtor-examination.html.

VIDO, Elisabete. **Direito Empresarial**. Salvador: Jus Podivm, 2012.