

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LUIZ EDUARDO TRINDADE LEITE

**A EFICIÊNCIA E OS EFEITOS DA PERÍCIA PRÉVIA NO PROCESSO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E FALÊNCIAS**

SÃO LEOPOLDO

2019

LUIZ EDUARDO TRINDADE LEITE

**A EFICIÊNCIA E OS EFEITOS DA PERÍCIA PRÉVIA NO PROCESSO DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E FALÊNCIAS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Ederson Garin Porto

São Leopoldo

2019

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Leite, Luiz Eduardo Trindade

A eficiência e os efeitos da perícia prévia no processo de recuperação judicial de empresas e falências / Luiz Eduardo Trindade Leite. – 2019.

185 f.

Orientador: Ederson Garin Porto.

Dissertação (Mestrado) - - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, BR-RS, 2019.

1. Perícia prévia. 2. Recuperação judicial. 3. Eficiência. 4. Créditos tributários e fiscais. I. Porto, Ederson Garin, orient. II. Título.

Bibliotecário: Mário Sérgio Leandro – CRB-10/2468

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **“A EFICIÊNCIA E OS EFEITOS DA PERÍCIA PRÉVIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E FALÊNCIAS”**, elaborado pelo mestrando **Luiz Eduardo Trindade Leite**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS - Profissional.

Porto Alegre, 18 de outubro de 2019.


Prof. Dr. **Wilson Engelmann**

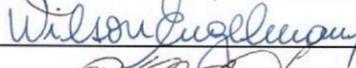
Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

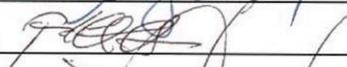
Presidente: Dr. Éderson Garin Porto



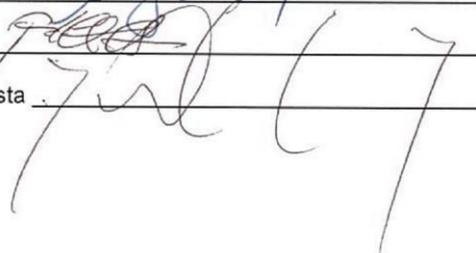
Membro: Dr. Dr. Wilson Engelmann



Membro: Dr. Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon



Membro Externo: Prof. Dr. Daniel Cárino Costa



Dedico o presente trabalho ao meu pai, Osvaldo Rodrigues Leite (*in memoriam*), pela paixão às profissões que sempre exerceu com tanto amor: como professor, como advogado e como economista. Por tudo que me ensinou, pelo exemplo de ser humano, por todo incentivo aos estudos e por me mostrar que a educação e o estudo tornam o mundo diferente, melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Éderson Garin Porto pela orientação no presente trabalho, pelos valiosos ensinamentos, pela compreensão e pela paciência. Também gostaria de elogiar seu profissionalismo e sua busca incessante pelo melhor resultado acadêmico.

Agradeço ao Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon pelos preciosos ensinamentos dentro e fora da universidade, pelo incentivo e pela participação decisiva em minha escolha de dar continuidade aos estudos aqui iniciados.

Agradeço ao Dr. Daniel Carnio Costa pelo incentivo, pelos importantes ensinamentos na área de insolvência e pelas oportunidades que me abriram portas às quais jamais teria acesso se não fosse por sua confiança. Agradeço também pelo exemplo de jurista que não se cansa de disseminar conhecimentos e lutar por um sistema de insolvência mais justo e eficiente.

Agradeço ao Prof. Dr. Wilson Engelmann por sua iniciativa e sua incessante busca pelo crescimento do curso, pela humildade em receber os alunos e ouvi-los atentamente, pelas valiosas contribuições realizadas na banca de pré-qualificação e pela influência positiva em meu amadurecimento acadêmico.

Agradeço ao amigo Magnum Eltz pelo auxílio na parte acadêmica e pelas trocas valorosas de ideias e conselhos que contribuíram para uma melhor organização do conteúdo no presente trabalho.

Por fim, agradeço a todos os colegas do programa pela convivência e pelo importante compartilhamento de saberes e experiências, que colaboraram de forma significativa para a construção do conhecimento dentro e fora da sala de aula. Foi o início de uma amizade que já estamos levando por nossas vidas.

*“Algumas pessoas querem que algo aconteça, outras desejam
que aconteça, outras fazem acontecer”.*

Michael Jordan

RESUMO

A presente dissertação faz parte do Programa de Pós-graduação em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS, na linha de pesquisa Direito dos Negócios e Globalização. Tem como tema o instituto conhecido como perícia prévia no processo de recuperação de empresas e falências. O objetivo do trabalho é analisar a contribuição ou não da perícia prévia na eficiência do processo de recuperação judicial e falências, levando-se em consideração o estudo sobre os efeitos do despacho que defere ou não a recuperação judicial sobre os credores fiduciários e fiscais. De acordo com a Lei 11.101/2005, a recuperação judicial tem como objetivo viabilizar que a empresa supere a situação de crise econômico-financeira, buscando evitar a falência. A recuperação judicial, no entanto, é um instrumento de gestão de recursos financeiros públicos e privados que deve ser vista com cautela, uma vez que o deferimento de seu processamento traz importantes consequências ao mercado desde o chamado “*stay period*”. A partir da preocupação com o equilíbrio entre as partes interessadas na recuperação judicial (devedor e credores), este trabalho buscará responder se uma ferramenta bastante discutida na doutrina e jurisprudência pode aumentar a eficiência e a eficácia deste instrumento: a chamada “perícia prévia”. Para tanto, explicaremos brevemente a evolução histórica da legislação falimentar, o advento da recuperação judicial e suas repercussões, centradas nos créditos fiduciários e tributários, e explicaremos do que se trata a perícia prévia, quais os argumentos a favor e contra sua utilização, além de analisar dados levantados pela associação brasileira de jurimetria acerca dos efeitos deste instituto e discutir sobre as consequências da aplicação do *stay period* nos créditos fiduciários e tributários.

Palavras-chave: Perícia prévia. Recuperação judicial. Eficiência. Créditos fiduciários e fiscais.

ABSTRACT

This dissertation is a part of the Firm and Business Law LLM of Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS, in the research line of Business Law and Globalization. Having as its main subject, the institute known as previous investigation in the legal reorganization and bankruptcy procedures. The goal of this research is to assess the contribution or not of previous investigation in the efficiency of the legal reorganization and bankruptcy procedures, regarding a study about the effects of the decision that provides or not the legal reorganization under fiduciary and tax creditors. According to the law 11.101/2005, the legal reorganization has as its goal to make it viable to a firm surpass an economic-financial crisis, seeking to avoid bankruptcy. Therefore, the firm maintain its production, the workers employment and the creditors interests. Legal reorganization, however, is an instrument of financial resources management which must be taken with caution, since the processing approval can bring important consequences to the market through the so-called stay period. Through this particular concern with the equilibrium between stakeholders (debtor and public and private creditors), this work aims to answer if an important tool, discussed within doctrine and jurisprudence may raise the efficacy and efficiency of this instrument: the so called “previous investigation”. Therefore, we explain briefly the historic evolution of bankruptcy law, the legal reorganization arise and its consequences, centered in fiduciary and tax credits as we will explain what is a previous investigation, which statements are pro or contrary to it as well as we will analyze the data amassed by the Brazilian association of jurimetrics about the effects of this institute as the consequences of the stay period within fiduciary and tax credits.

Key-words: Previous Investigation . Legal reorganization . Efficiency . Fiduciary and tax credits.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABJ	Associação Brasileira de Jurimetria
AED	Análise Econômica do Direito
BANCEN	Banco Central do Brazil
CDA	Certidões de Dívida Ativa
CF	Constituição Federal
CGR	Coordenação Geral de Recuperação de Créditos
CTN	Código Tributário Nacional
IPEA	Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falências
NEPI	Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência
PGFN	Procuradoria da Fazenda Nacional
PUCSP	Pontifícia Universidade Católica – São Paulo
RJ	Recuperação Judicial
RO	Resolução Operacional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
ULBRA	Universidade Luterana do Brasil

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - As seis fases do ciclo de uma empresa	25
Figura 2 - As seis maiores recuperações judiciais do país em andamento	37
Figura 3 - Fluxograma: da distribuição da RJ até a assembleia geral de credores ...	51
Figura 4 Fluxograma da assembleia geral de credores ao encerramento da RJ	54
Figura 5 - Fluxograma do procedimento da perícia prévia	68
Figura 6 - Número de servidores por ramo de justiça.....	97
Figura 7 - Despesas do Poder Judiciário por ramo de justiça	98
Figura 8 - Relação do custo anual do Poder Judiciário distribuído por habitante	98
Figura 9 - Número de recuperações requeridas, deferidas e indeferidas ao longo dos trimestres da pesquisa	109
Figura 10 - Taxas de deferimento em relação ao volume de distribuição, considerando as variáveis de perícia prévia e emendas à petição inicial, associadas, dissociadas ou sem nenhuma das duas.....	110
Figura 11 - Taxa de deferimento segregada pela vara de tramitação do processo e pela presença ou ausência de emenda à petição inicial.....	111
Figura 12 - Tempo total até o deferimento em quantidade de semanas separado de acordo com a data de distribuição e a presença de perícias prévias e emendas à petição inicial	112
Figura 13 - Distribuição dos processos de acordo com o local de tramitação	117
Figura 14 - Taxa de deferimento separado por localidade, presença de emenda à petição inicial e presença de perícia prévia.....	119
Figura 15 - Fluxograma da PGFN do procedimento de cobrança da dívida ativa até o ajuizamento da execução fiscal.....	146

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E PERÍCIA PRÉVIA	20
2.1 Recuperação judicial	38
2.2 Perícia prévia	60
3 EFEITOS DA PERÍCIA PRÉVIA	93
3.1 Estudos de jurimetria da ABJ	106
3.2 Efeitos da perícia prévia no <i>stay period</i>	120
4 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Lei 11.101/2005, a recuperação judicial tem como objetivo viabilizar que a empresa supere a situação de crise econômico-financeira, buscando evitar a falência. Com isso, a empresa mantém sua produção, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores, “promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” conforme preceituam os princípios basilares da Lei da recuperação judicial em seu artigo 47.

Na prática, a função social da empresa teve sua origem na função social da propriedade. A Constituição Federal de 1988 prevê a função social nos seguintes dispositivos legais, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016).

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula

de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Da mesma maneira, a legislação infraconstitucional a prevê nos seguintes: art. 421¹, do CC/2002, art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76² e art. 47, da Lei nº 11.101/05³.

Dessa forma, o processo de recuperação judicial é uma das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial brasileiro que se destina a proporcionar ao empresário/sociedade empresária em crise a oportunidade de renegociar suas dívidas com seus credores, de modo a preservar a atividade empresarial e todos os benefícios econômicos e sociais que decorrem dela, quais sejam: os empregos, a renda dos trabalhadores, a circulação de bens, produtos e serviços, o recolhimento de tributos e a geração de riquezas em geral.

Tem-se, assim, que a capacidade de a empresa em crise gerar empregos e renda, circular produtos, serviços, riquezas e recolher tributos é pressuposto lógico do processo de recuperação judicial. Em suma, é essencial que a empresa tenha condições de gerar os benefícios que a lei busca preservar por meio da recuperação judicial. Tratando-se de empresa inviável, que não gera tais benefícios, a ela se deve aplicar a outra ferramenta legal do sistema de insolvência empresarial, qual seja, a falência.

Desse modo, a recuperação judicial aplica-se às empresas em crise, mas que têm condições de gerar benefícios econômicos e sociais no exercício de sua atividade empresarial. Empresas absolutamente inviáveis, que não têm condições de gerar benefícios econômicos e sociais por meio de sua atividade, devem se sujeitar à falência. A necessidade de identificar a real condição da empresa em crise é essencial

¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019).

² Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

³ Art. 47. 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.

para a correta aplicação do remédio legal. Vale dizer que não se deve aplicar recuperação judicial para empresas absolutamente inviáveis, nem se deve aplicar falência a empresas cujas atividades mereciam ser preservadas em função dos benefícios que potencialmente seriam gerados em favor do interesse público e social. A aplicação errada da ferramenta legal do sistema de insolvência empresarial, por outro lado, gera prejuízos sociais gravíssimos, seja pelo encerramento de atividades viáveis com a consequente perda dos potenciais empregos, tributos e riquezas que ela poderia gerar, seja pela manutenção artificial do funcionamento de empresas inviáveis e que não geram os benefícios econômicos e sociais em prejuízo do interesse da sociedade e do bom funcionamento da economia.

É nesse contexto que se insere a prática da perícia prévia. Há necessidade de se identificar com precisão se a empresa requerente da recuperação judicial enquadra-se na situação para a qual essa ferramenta legal foi desenvolvida, sob pena de haver todo o esforço judicial e legal em vão, para preservar atividades inexistentes, ou seja, que não geram qualquer benefício que justificasse o esforço imposto aos credores e à sociedade em geral.

Portanto, a decisão que defere ou não o processamento da recuperação judicial é extremamente delicada. É uma das mais importantes do processo, considerando que, a partir, entrará em vigor a proteção do *stay period*, o que impacta milhares de pessoas e o funcionamento da própria economia, visto que a partir de então os credores não poderão exercer livremente os seus direitos creditórios contra a devedora.

Demonstrada a importância da recuperação judicial para o desenvolvimento econômico, o objetivo deste estudo é verificar se a perícia prévia torna ou não mais eficiente o processo de recuperação judicial.

A perícia prévia consiste em uma constatação informal determinada pelo magistrado antes da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com a finalidade de averiguar a regularidade da documentação técnica que acompanha a petição inicial, bem como as reais condições de funcionamento da empresa requerente, de modo a conferir ao magistrado condições mais adequadas para decidir sobre o deferimento ou não do início do processo.

Dentro do tema da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF) vamos analisar a perícia prévia, que não possui previsão expressa na própria Lei, como método de eficiência ou não de funcionamento do instituto, analisando a

jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por ser o Tribunal que possui as varas e turmas historicamente mais especializadas em direito empresarial do País. Dessa forma, trataremos das seguintes hipóteses: a exigência da perícia prévia torna mais eficiente a ferramenta legal da recuperação judicial (RJ); a exigência da perícia prévia não torna mais eficiente a ferramenta legal da recuperação judicial; a exigência da perícia prévia retira a pouca eficiência da ferramenta legal da recuperação judicial. Nosso objetivo é testar o instrumento da perícia prévia e verificar se esta torna ou não mais eficiente o instituto da recuperação judicial.

A discussão sobre a celeridade e a eficiência processual se insere em um dado momento em que se debate o número de processos em circulação e os elevados valores direcionados pelo Estado para manter a estrutura do Poder Judiciário ante a escassez de recursos em outras áreas. Dessa forma, discorrer sobre meios de tornar o processo mais célere e eficiente, por óbvio, faz-se⁴ pertinente.

Para atingir o objetivo geral deste trabalho, tem-se como objetivos específicos: identificar as linhas gerais do procedimento recuperação judicial e seus reflexos no mercado; identificar os principais canais de financiamento e o principais credores durante a crise empresarial; investigar e identificar o que é o procedimento da perícia prévia; investigar e abordar os argumentos que apoiam a legalidade da perícia prévia e os argumentos que apontam como ilegal tal medida; avaliar, os dados da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) sob a ótica da análise econômica do direito (AED) a respeito dos reflexos e desdobramentos das recuperações judiciais que foram submetidas ao procedimento da perícia prévia, estabelecendo um comparativo com as que não foram submetidas.

Serão realizados um levantamento bibliográfico das principais obras que tratam sobre o tema e um levantamento documental a partir de análise jurisprudencial realizada pela ABJ; ambos serão analisados sob o enfoque da teoria base da AED. Os dados coletados serão interpretados de acordo com o referencial teórico, em constante confrontação com as hipóteses e os objetivos já expostos, no intuito de obter, de forma dedutiva, respostas ao problema proposto.

O método a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho será o hipotético-indutivo, que abrange os métodos indutivo e dedutivo, indispensáveis para o resultado mais adequado da pesquisa.

⁴ GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 84.

Foram eleitas quatro hipóteses para a pesquisa, quais sejam:

- a) a exigência da perícia prévia é legal;
- b) a exigência da perícia prévia não é legal;
- c) a exigência da perícia prévia possui impactos na eficácia e eficiência na Recuperação Judicial;
- d) a exigência da perícia prévia não possui impactos na eficácia e eficiência na Recuperação Judicial.

Após a escolha das hipóteses por meio do método hipotético-indutivo, buscaremos seu falseamento, a fim de comprovar ou não sua sustentabilidade e de discorrer sobre as consequências de sua confirmação ou não.

O método de procedimento será descritivo com caráter exploratório-explanatório, para proporcionar uma visão da relevância da LREF e de sua eficiência (ou falta de). Também será explanada a perícia prévia sob a ótica da análise econômica do direito de forma a verificar sua eficiência, sua legalidade e seus reflexos.

Além disso, serão utilizados os métodos histórico, estatístico e comparativo com a análise jurisprudencial para fins de comprovar ou falsear as hipóteses desenvolvidas. Adotaremos pelo menos três técnicas de coleta de dados: bibliográfica, jurisprudencial e documental.

A bibliográfica se baseará na análise das obras nacionais e estrangeiras que abordam o tema escolhido. A documental será por meio de acesso aos documentos da associação brasileira de jurimetria.

A LREF completa 14 anos e está prestes a ser alterada pelo PL 10.220/2018 que tramita no Congresso Nacional. Em tempos de crise e de instabilidade surgem novas reflexões, objetivando sempre o equilíbrio social e a segurança jurídica. Um dos motivos de sua modificação é o questionamento de sua eficiência, contestada por estatísticas que revelam o baixo número de empresas que se recuperam sob seu amparo. A importância do estudo está embasada no crescente número de pedidos de recuperação judicial.

De junho de 2005, quando a LREF entrou em vigor, até maio de 2018, o Brasil registrou 10.286 pedidos de recuperação e outros 31.128 de falência, segundo dados

do Serasa Experian⁵. Nesse mesmo período, 8.159 pedidos de recuperação foram deferidos e 13.327 falências foram decretadas.

Em junho de 2019 os pedidos de recuperação judicial cresceram 89,7% em comparação com o mesmo mês de 2018. Desse modo, a recuperação judicial aplica-se às empresas em crise, mas que têm condições de gerar benefícios econômicos e sociais no exercício de sua atividade empresarial. Empresas absolutamente inviáveis, que não têm condições de gerar benefícios econômicos e sociais por meio de sua atividade, devem utilizar o instituto da falência.

De maneira didática, Daniel Carnio Costa, em artigo denominado “A importância da recuperação de empresas” e publicado no jornal Valor Econômico em 12/08/2019⁶ explica quando uma empresa pode ser recuperada e quando não pode:

[...] imagine uma situação bastante simples, inspirada no exemplo do professor de Harvard, Thomas Jackson: a empresa é um lago com 1000 peixes. É possível que sejam pescados 500 peixes por ano, deixando-se no lago os outros 500 peixes a fim de que procriem, viabilizando que no ano seguinte o lago tenha novamente os 1000 peixes. Assim, nesse ano seguinte será possível pescar novamente 500 peixes e assim por diante. Fazendo-se uma avaliação dessa empresa – bem simplista - e trazendo-se ao valor presente, chega-se à conclusão de que ela vale o equivalente a 2.500 peixes, pois é isso que a empresa produziria em 5 anos.

Caso essa empresa seja liquidada, com a pesca e a venda de todos os peixes do lago, o valor máximo a ser atingido será equivalente a 1000 peixes (exaurindo-se todos os peixes, sem possibilidade de haver pescaria nos anos seguintes).

Fazendo-se um simples cálculo, é melhor para o credor manter a empresa em funcionamento e receber 2.500 peixes, do que liquidar a empresa e receber apenas 1000 peixes.

Nesse caso a liquidação da empresa representará um prejuízo maior para os credores do que a manutenção de suas atividades. Evidente, assim, que interessa ao mercado tentar ajudar a empresa a manter seu funcionamento. Vale destacar que essa solução será melhor para os credores em geral e não necessariamente para os credores individualmente. A comunidade de credores terá 2500 peixes para dividir, ao invés de apenas 1000. É certo que alguns credores receberão mais peixes que outros, dependendo da negociação e dos privilégios legais. Mas, no geral, essa solução será melhor para o conjunto de credores. (...)

A identificação da real condição da empresa em crise é essencial para a correta aplicação do remédio legal. Vale dizer que não se deve aplicar recuperação judicial

⁵ EXPERIAN, SERASA. **Pedidos de recuperação judicial de micro e pequenas empresas crescem 131% em um ano, revela Serasa Experian.** Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/pedidos-de-recuperacao-judicial-de-micro-e-pequenas-empresas-crescem-131-em-um-ano-revela-serasa-experian>>. Acesso em: jun 2019.

⁶ COSTA, Daniel Carnio. **A importância da recuperação de empresas.** Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6386119/importancia-da-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: jul. 2019.

para empresas absolutamente inviáveis, nem se deve aplicar falência para empresas cujas atividades mereciam ser preservadas em função dos benefícios que potencialmente seriam gerados em favor do interesse público e social. A aplicação errada da ferramenta legal do sistema de insolvência empresarial gera prejuízos sociais gravíssimos, seja pelo encerramento de atividades viáveis com consequente perda dos potenciais empregos, tributos e riquezas que ela poderia gerar, seja pela manutenção artificial do funcionamento de empresas inviáveis e que não geram os benefícios econômicos e sociais, resultando em prejuízo do interesse da sociedade e do bom funcionamento da economia.

Isso justifica a abordagem realizada neste trabalho em relação aos efeitos da perícia prévia sobre credores fiduciários e tributários, uma vez que a espinha dorsal da crise empresarial está em vencer débitos que se concentram na relação entre a empresa e a fazenda e em obter créditos que acabam por ser captados na modalidade fiduciária ante a condição de aparente segurança e minimização de riscos que tal operação para traz aos credores.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E PERÍCIA PRÉVIA

As empresas, assim como seus produtos, são sujeitas a ciclos de inovação, gestão e aceitação pelo mercado em relação à sua cultura. Todos esses fatores possuem um ciclo comum de ascensão, estabilidade e declínio. Empresas em crise econômica, ou seja, que se encontram ao final do ciclo dos fatores que à levaram ao sucesso em um primeiro momento e com dificuldades de enfrentar a necessidade de se reinventar, podem passar por situações extremas, como a falência e o encerramento de suas operações, ou podem tentar utilizar essa situação para renovar sua gestão e buscar refinanciamento para retornar ao mercado.

Considerando as nuances do mercado e as estratégias da empresa, este capítulo oferecerá uma visão ampla e histórica sobre os fenômenos da crise empresarial e da recuperação judicial em nível tanto mundial quanto nacional, demonstrando a fonte de inspiração e reconstruindo os valores que serviram como pilares para a atual LREF, a fim de posteriormente discutir o papel da perícia prévia na recuperação judicial e analisar os reflexos do uso deste remédio judicial nos credores fiduciários e tributários.

Como a LREF visa a preservar a função social da empresa em conformidade com seu artigo 47, é importante tentar definir um contorno sobre o conceito de empresa e seu respectivo impulsionador, nesse sentido, Ricardo Negrão⁷ define o conceito moderno de empresário:

Conceito Moderno (Empresarial ou subjetivo-empresarial): empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, excluída a produção intelectual de natureza científica, literária ou artística (conceito baseado no art. 966 do Código Civil de 2002).

Perceba-se que o art.1º da LREF é expresso ao definir que os benefícios da recuperação judicial ou os efeitos da falência, são de exclusividade do empresário ou da sociedade empresária.

É importante destacar que não há consenso doutrinário sobre a definição de conceito de empresa, de modo que diversos juristas já desenvolveram inúmeros conceitos desde a finalidade normativa histórica, passando pelo campo do direito

⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresas**: recuperação de empresas, falências e procedimentos concursais administrativos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3, p. 59.

comercial, como fenômeno econômico. No entanto, é ponto pacífico na doutrina que “ao conceito jurídico de empresa subjaz o substrato econômico”⁸.

Alessandra de Azevedo⁹ explica que os economistas definem empresa como “uma instituição de caráter econômico, um sistema de alocação de recursos. Coase a conceitua como um sistema de relações em que a direção dos recursos é determinada por um empresário”. Ainda:

Conclui que exatamente por isso os conceitos jurídicos de empresa são múltiplos, em nosso Direito Positivo, alertando que em razão de a empresa, enquanto fenômeno econômico, apresentar facetas jurídicas diversas, não poderá o intérprete ater-se a um critério jurídico unitário.¹⁰

Se analisarmos o art. 966 do Código Civil¹¹, identificaremos a exigência de 3 requisitos para a caracterização de empresário:

- a) profissionalismo, marcado pela habitualidade e mão de obra especializada;
- b) desempenho de atividade organizada com finalidade de produzir bens ou serviços;
- c) gerar lucro.

O conceito de função social da propriedade também possui várias concepções. Segundo o entendimento de Fábio Konder Comparato¹² “na definição de função social da propriedade, função significa poder dar ao objeto da propriedade um fim determinado, a fim de associá-lo a um objetivo”.

Carlos Henrique Solimani e Adalberto Simão Filho¹³ entendem que, no momento em que a esse objetivo é acrescentado o adjetivo social, cria-se uma

⁸ CÁVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 76.

⁹ DOMINGUES, Alessandra Azevedo de. **Da função social da empresa à responsabilidade social**. In: FORGIONI, Paula A. et al. **Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e Outros Desafios do Direito**, Homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 474.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **Função social de propriedade dos bens de produção**. In: COELHO, Fábio Uihôa (Coord.). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 132.

¹³ SOLIMANI, Carlos Henrique; SIMÃO FILHO, Adalberto. **A função social da empresa: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social**. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* Disponível em: <www.ufsm.br/revistadireito v. 12, n. 3 / 2017 p.990-1021>. Acesso em: jun. 2019.

correspondência da “função social da propriedade ao interesse coletivo, correspondendo aquela a um poder-dever do proprietário em lhe dar essa destinação, compatível com o interesse da coletividade, sujeitando-se à sanção pela ordem pública”.

Não podemos esquecer que o objetivo da empresa não pode ser única e exclusivamente o lucro, embora seja este o motivo principal que faz o empresário assumir riscos e se tornar empreendedor. Por óbvio a empresa deve atender aos interesses socialmente relevantes, buscando um equilíbrio da economia de mercado, consubstanciada pelo sistema capitalista, com a supremacia dos interesses sociais previstos na Constituição Federal. No entanto, devido a fatores externos ou internos, as empresas nem sempre atingem o almejado lucro e, por vezes, amargam grandes prejuízos e acabam passando por crise econômico-financeira, que põe em risco os interesses sociais previstos na Constituição Federal.

Collins¹⁴ descreve os cinco estágios da queda de uma empresa: 1) o excesso de confiança proveniente do sucesso; 2) a busca indisciplinada por mais; 3) a negação de riscos e perigos; 4) a luta desesperada pela salvação e 5) a entrega à irrelevância ou à morte.

Nesse sentido, segundo Milanese,

a recuperação e a reestruturação de empresas e negócios podem ser imaginadas como uma máquina que efetua operações mecânicas em deslocamento. (...) o bom funcionamento de uma máquina dessas também depende de seus mancais. Os mancais formam a base na qual as máquinas se apoiam e se movimentam. Um mancal de deslizamento ou de rolamento que não seja bem montado impede a operação da máquina.¹⁵

Em outras palavras, a empresa entra em crise quando sua gestão enfrenta problemas internos ou externos que perturbam o funcionamento daquela operação comercial. Dessa forma, no momento da crise econômico-financeira encontra-se a oportunidade de revisar esses aparatos de gestão (administração, finanças, pessoas e processos) para que a empresa possa deixar a crise em que se encontra de maneira sustentável.

Segundo Cooter e Schäfer:

¹⁴COLLINS, Jim. **Como as gigantes caem**: e porque algumas empresas jamais desistem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 14.

¹⁵MILANESE, Salvatore. **Reestruturação de empresas**: como recuperar e reerguer negócios. São Paulo: Matrix, 2016. p. 9.

As empresas normalmente devem para bancos comerciais que as emprestam dinheiro, ou para bancos de investimento que compram debêntures ou ações preferenciais, para seus fornecedores que lhe entregam bens a crédito, aos consumidores que pagam antes de receber seus produtos, empregados com salários a receber, indenizações devidas e outros; quando uma empresa passa a perder dinheiro por um longo prazo, ela normalmente não consegue vencer seus débitos. Se as perdas da empresa são apenas temporárias, ela poderá eventualmente pagar seus credores quando voltar a se tornar lucrativa. Este tipo de firma precisa de um “alívio financeiro” temporário. O refinanciamento de falhas de curto prazo preserva empresas com boas ideias e uma administração competente. No entanto, se as perdas são de caráter permanente e a empresa não tem condições de retornar à sua lucratividade, ela deve ser liquidada. Uma rápida liquidação de falhas permanentes pode redirecionar o capital para melhores ideias e administrações competentes¹⁶.

O primeiro dilema do Direito falimentar, segundo os autores, é justamente distinguir, crises temporárias de caráter permanente.

Nesse sentido, Milanese, argumenta que:

São muitos os caminhos para definir o que vem a ser o “declínio de um negócio”, mas para os objetivos deste livro, convém classificar esse declínio como a “incapacidade de uma atividade econômica empresarial organizada de gerar um fluxo de caixa líquido que compense o risco que o empresário está correndo”. Em termos quantitativos, no médio prazo essa definição se traduz na “incapacidade de uma atividade econômica empresarial organizada de gerar um fluxo de caixa líquido que compense o risco que o empresário está correndo”. Em termos quantitativos, no médio prazo, essa definição se traduz na “incapacidade de um negócio gerar valor suficiente para manter-se (pagar todas as suas despesas operacionais), atualizar-se (fazer os investimentos necessários) e remunerar o capital de risco de quem apostou no empreendimento de forma adequada (gerar valor para o empresário). Em outras palavras, o declínio sinaliza a destruição sistemática de valor da empresa.

Se esse declínio é diagnosticado a tempo, o empresário deve prontamente recorrer aos meios para endereçar a sorte de seu negócio. Primeiro passo: entender as razões do declínio, que podem estar em produtos não competitivos, nos canais de distribuição inadequados, nas estratégias empresariais equivocadas, etc. Depois, a ordem é atacar com medidas mais eficazes e eficientes as distorções, produzindo os resultados corretivos. Nesse caso, estamos falando em “early turnaround”, tanto do ponto de vista operacional quanto financeiro¹⁷.

O *turnaround* é uma ferramenta interna de enfrentamento da crise, independentemente de provocação do sistema jurídico, no qual a empresa identifica seus pontos de deformidade e tenta sistematicamente reerguer-se por conta própria (com auxílio de profissionais especializados em identificar onde se encontram os

¹⁶COOTER, Robert; SCHAEFER, Hand-Bernd. **O Nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba, PR: CRV, 2017. p. 202-203.

¹⁷MILANESE, Salvatore. **Reestruturação de empresas**: como recuperar e reerguer negócios. São Paulo: Matrix, 2016. p. 13.

problemas e em buscar soluções), sendo possível apenas em estágio inicial da crise empresarial.

Eduardo Lemos¹⁸ consegue resumir a situação de indecisão do empresário, que, normalmente, busca ajuda tardiamente:

Em plena era da informação, um paciente pode ler o que a ciência tem a dizer sobre sua doença e pode chegar a saber sobre ela quase tanto quanto o médico. Mas este último nunca poderá ser suprimido. Além do conhecimento transcrito nas várias publicações e base de dados especializadas, nem todas às quais o paciente tem acesso, o médico possui uma abrangente formação necessária à eficaz contextualização dos conceitos. Além da profundidade do conhecimento acadêmico transferido por anos de estudo e experiência da medicina aplicada – conhecimento que foi discutido e testado em sala de aula, pesquisas e laboratórios - o médico é dono de um insubstituível entrelace de experiências acumuladas em situações de vida real. Cada paciente representa um caso específico que desafia uma comprovada capacidade analítica, bagagem executiva e noções multidisciplinares provenientes também da biologia, química, farmacologia, psicologia, sociologia, antropologia, física, radiologia, engenharia genética, psiquiatria etc. Portanto, a prescrição e aplicação de exames e medicamentos, operações e outras terapias nunca devem ser determinadas e autoadministradas pelo paciente sozinho.

(...)

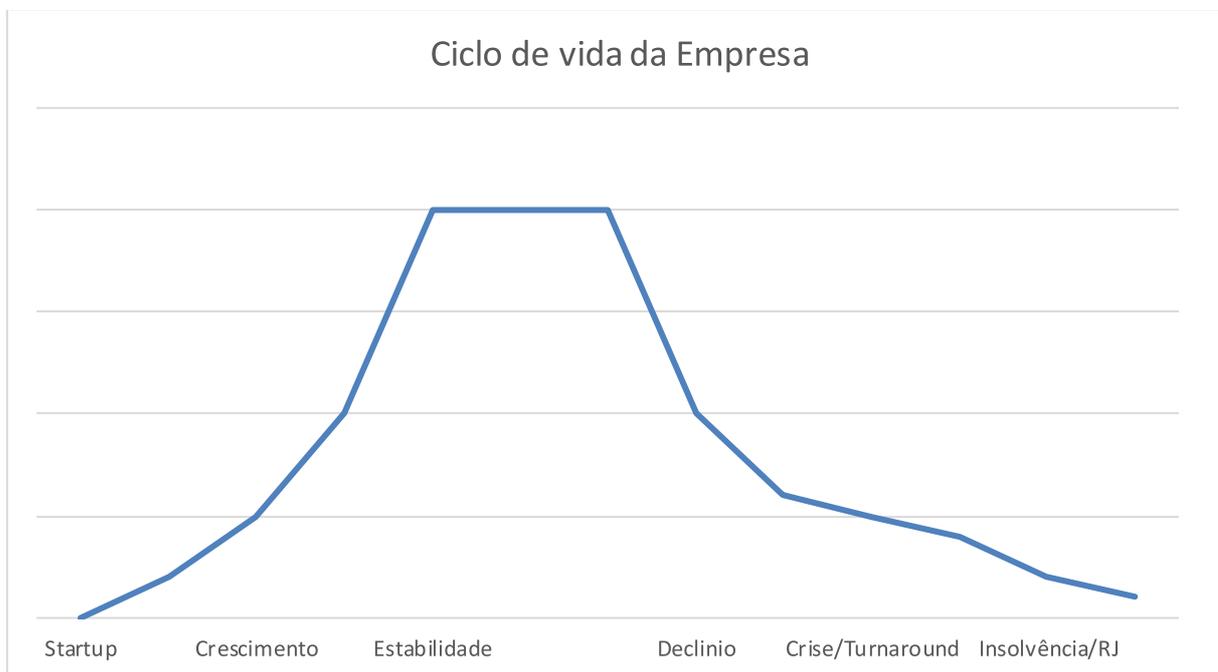
No mundo da gestão, o mesmo vale para uma empresa com problema de saúde financeira e indisposições de natureza comercial e técnico-operacional. Considerando que os sintomas e causas muitas vezes se confundem e nem sempre se correlacionam biunivocamente umas às outras, é aconselhável fazer um diagnóstico e executar as necessárias intervenções com um profissional da gestão empresarial experiente em recuperação de empresas.

O gráfico na Figura 1, a seguir, demonstra a curva de vida empresarial, de acordo com o exemplo de Milanese¹⁹:

¹⁸LEMOS, Eduardo. **Desafio da Medicina do Turnaroun Management**. In: FELSBURG, Thomas (Org.). Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance. Capítulos Exclusivos da edição brasileira. São Paulo: Atlas, 2009. p. 01.

¹⁹MILANESE, Salvatore. **Reestruturação de empresas**: como recuperar e reerguer negócios. São Paulo: Matrix, 2016. p. 15.

Figura 1 - As seis fases do ciclo de uma empresa



Fonte: Milanese (2016).

Segundo o autor, o *turnaround* pode ser definido no caso a caso:

(a) depender do estado de deterioração do negócio. Podemos ter casos de empresas que necessitam de turnaround porque sofrem uma crise de liquidez estrutural ou porque se encontram em uma fase com faturamento e margens estacionários ou em queda. Normalmente trata-se de casos de empresas em segmentos maduros ou que perderam suas históricas vantagens competitivas e não renovaram a tempo seus produtos ou mercados típicos, ou ainda são empresas com uma administração incapaz que formulou estratégias inadequadas ou que, ainda, financiou de forma equivocada o processo de crescimento ou novos projetos. Nesses casos, um turnaround pode ser o estímulo para recuperar o negócio, evitando assim que o declínio se transforme em crise profunda, portanto em insolvência.

Qualquer que seja o cenário no qual um processo de turnaround necessite ser implementado, é muito comum planejá-lo e executá-lo em quatro fases: Diagnóstico inicial, identificação das razões da crise e mudança na liderança. Fase de estabilização.

Reestruturação financeira.

Reorganização, revisão estratégica da gestão, governança e pessoas.²⁰

Em termos obrigacionais, Campinho define que:

Não raras são as situações nas quais, no exercício de sua empresa, o empresário, pessoa natural ou jurídica, se depara com dificuldades em realizar pontualmente o pagamento de suas obrigações. As causas do

²⁰MILANESE, Salvatore. **Reestruturação de empresas**: como recuperar e reerguer negócios. São Paulo: Matrix, 2016. p. 15-16.

inadimplemento podem ser episódicas ou não; podem ser voluntárias ou involuntárias. Episódicas são aquelas geralmente motivadas por falta de liquidez momentânea, mas de fácil solução. Muitas vezes, nessas circunstâncias, a cessação do pagamento é voluntária, fazendo parte de uma estratégia financeira do empresário que prefere atrasar o cumprimento de certas obrigações para evitar um endividamento motivado pela busca de recursos a um custo pouco razoável. Ao lado dessa modalidade de crise, convivem aquelas mais agudas nas quais o empresário se depara com a falta de recursos pela impossibilidade de seu ativo gerar rendas tendentes a possibilitar o pagamento de suas dívidas e a falta do pagamento, nessas condições é involuntária. Ele não paga porque não tem condições de fazê-lo e não desfruta mais de crédito no mercado. Essa impotência de seu ativo revela um estado de crise mais aguda, na qual se vê mergulhado: a insolvência.²¹

Nesse sentido, Ricardo Negrão ensina que:

Empresa, sob o aspecto funcional, é, por definição legal (CC, art. 966), o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Se, por um fator ou pela soma de uma multiplicidade de fatores endógenos ou exógenos à empresa - má gestão, enfermidade do empresário ou pessoa de sua família, crise política, má conservação de estradas à localidade em que se situa o estabelecimento empresarial, catástrofes climáticas ou ecológicas na região de produção ou de fornecimento de matéria à transformação ou circulação de mercadoria, crises internacionais, guerras, revoluções, atos de terrorismo, política regional ou nacional, perda da qualidade ou falta de atualização do produto ou do serviço, etc. - o volume dos negócios inviabiliza a continuação da atividade-fim da empresa, a crise econômica está configurada.

É possível que empresas economicamente saudáveis sofram crises financeiras momentâneas ou não, em razão da insuficiência de recursos financeiros para o pagamento das obrigações assumidas. A causa desse desequilíbrio pode ser identificada, entre outros fatores, na ausência de correta estimativa dos custos dos empréstimos tomados no alto índice de inadimplência de sua clientela ou em qualquer situação relativa à circulação e gestão do dinheiro e de outros recursos líquidos.

Prolongando-se a crise, sem a remoção de suas causas e a satisfação dos créditos dos fornecedores e demais credores, inviável se torna a continuação dos negócios, arrastando o empresário à irreversível estado falimentar, que se torna público pela cessação de pagamentos, pelo abandono ou por sua constante ausência do estabelecimento empresarial, pelo uso de mecanismos de liquidação anormal de seus ativos e de meios ruinosos ou ilícitos para satisfação das dívidas²².

É comum que os empresários entrem no que chamamos de síndrome da negação. Trata-se de uma reação normal para as pessoas que estão vivenciando uma crise na empresa, por ser um evento traumático.

²¹CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 127.

²²NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 193.

Tipicamente, a reação dos empresários a esse tipo de evento passa por determinadas fases, quais sejam: negação, raiva, barganha/negociação, depressão e aceitação. No ambiente empresarial, esse padrão de reações pode levar a alguns problemas na gestão da crise em sua fase inicial, na qual os executivos: (i) podem ter dificuldades de tomar decisões sensatas por conta do “estado de choque” em que se encontram; (ii) podem ter uma tendência a subestimar a crise, ficar na defensiva e atribuir responsabilidades a terceiros; ou (iii) podem se alinhar com subordinados cujas opiniões vão ao encontro de sua própria; desprezando, em contrapartida, opiniões de terceiros que, mesmo corretas, estejam em desacordo com a posição vigente. Assim, por decorrência, haverá atraso na tomada de decisão, devido à negação da crise, que pode vir a aumentar prejuízos ou retardar o processo de recuperação e, por consequência, sua chance de sucesso.

Isso se dá em razão de uma ideia cultural de que no Brasil o empresário precisa passar por uma fase longa de conformação até concluir que sua empresa está em crise há anos e que é incapaz de sair sozinho dela. A decisão de ingressar com pedido de recuperação judicial não é simples e precisa ser amadurecida e assimilada pela empresa e por seus gestores. Geralmente a decisão de procurar um profissional, tirar suas dúvidas sobre as consequências e riscos e finalmente decidir que vai ingressar com pedido de recuperação judicial é tardia e a situação financeira da empresa já deteriorou, além de ela não está preparada, documentalmente para cumprir as exigências do art.51 da LREF.

Conforme Scalzilli²³:

A crise – passageira ou duradoura – é intrínseca à exploração e uma atividade econômica. Já foi dito que há apenas duas coisas certas na vida: “a morte e os impostos”. Com os negócios, a situação é a mesma. Todo e qualquer empreendimento econômico irá, inexoravelmente, entrar em crise e perecer. É apenas uma questão de tempo. Sendo infestável a crise, o sistema jurídico dispõe de meios para lidar com ela, pois os efeitos deletérios que assolam o patrimônio do devedor também se estendem à comunidade de indivíduos e de negócios que gravitam no seu entorno.

Quando se trata das origens do Direito Falimentar e da necessidade de regular juridicamente o declínio ou fracasso da atividade econômica, cada sistema jurídico

²³SCALZILLI, et al. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 21.

busca um marco jurisdicional próprio; nesse sentido, Neto²⁴ analisa o Direito Romano enquanto marco ocidental comum, e ensina que o reconhecimento público da condição de devedor, *ivdicatvs*, por condenação, ou *confessvs*, por admissão, imputava-lhe o dever de adimplir a obrigação²⁵.

Segundo o autor²⁶, caso não houvesse o pagamento no prazo esperado, recaía sobre o devedor os efeitos da *manvs iniectio*, que consistia na detenção deste pelo credor, que, por sua vez, aguardava o pagamento ou a ação de um *vindex* que assumisse a responsabilidade da dívida.

Se nenhuma dessas duas situações se verificasse, o devedor passava à condição de escravo, podendo o credor conduzi-lo à praça pública para ser vendido ou resgatado. Inexitosa essa tentativa, sofria o devedor a *capitis ciminvtio* máxima, quando se tornava propriedade do credor, que poderia vendê-lo fora do território romano ou matá-lo e, quiçá, esquarterjá-lo²⁷.

É nesse sentido que lembra Scalzilli que:

O comércio era amplamente praticado pelos antigos e a coação física do devedor sempre pareceu ao homem desse período histórico o caminho natural para a cobrança das dívidas. Nas civilizações da Antiguidade, o credor quase sempre podia à margem da prestação jurisdicional do Estado aprisionar o devedor, escravizá-lo, até executá-lo e esquarterjá-lo, em caso de inadimplemento – o que evidencia o caráter originariamente penal (e privado) das regras endereçadas aos indivíduos que não cumpriam com suas obrigações.²⁸

A Lei das XII tábuas colocaria fim ao uso de servidão para o pagamento de dívidas, enquanto a *Lex Ebtia* extinguiu a *Legis Actiones*, que estabelecia o procedimento ritualístico e permitia o exercício dos direitos anteriormente referidos²⁹.

Ao fim da república, o Direito Pretoriano passou a admitir a *venditio bonorum* entre os meios de execução forçada, determinando a garantia de emissão na posse dos bens do devedor para satisfação de seu crédito³⁰.

²⁴VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 47-48.

²⁵*Idem*.

²⁶VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49.

²⁷*Ibidem*.

²⁸SCALZILLI, et al. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 34.

²⁹*Op. Cit.*

³⁰*Idem*.

Àquela época, o procedimento preliminar garantia a tomada da posse do patrimônio do devedor, mas não a perda da propriedade até o final do procedimento (*missio in bonna*). Conforme explica Neto:

O fim do império romano no ocidente trouxe a desorganização jurídica na Europa, onde os povos germânicos do norte e leste da Europa criaram reinos próprios com poder político insubordinado ao imperador de Roma. A nova economia ascendente durante a idade média trouxe novas necessidades a partir da oferta de bens de consumo destinada àqueles que pudessem adquiri-los trocando por riqueza, o que fez com que produtores passassem a trabalhar em níveis que lhes permitissem gerar excedentes econômicos e acumular riqueza. Nesse novo cenário, criou-se a moeda e novas relações de consumo a partir dos chamados comerciantes que compravam dos produtores e garantiam para estes a venda de sua produção e revendiam aos consumidores³¹.

A rigidez das obrigações jurídicas exigia, em muitas oportunidades, a figura do notário, que dava um caráter público e legitimador do direito do credor, cujas disputas eram em geral, resolvidas por pessoas que tivessem conhecimento dos usos e dos costumes dos mercadores, mais tarde convertidas em lei escrita, a chamada *Lex Mercatória*.

O sistema jurídico comercial era guiado pela boa-fé e pelo princípio *pacta sunt servanda*, no qual os contratos deveriam ser cumpridos tal como pactuados. A falta do devedor significava uma quebra de confiança, e o receio geral sistematicamente endêmica. Diante disso, o Direito permitia ao credor agir fisicamente contra o devedor faltoso, quebrando materialmente os estabelecimentos dos devedores comerciantes como símbolo de expulsão do faltante.

Posteriormente, observou-se que as bancas dos comerciantes inadimplentes, em vez de serem quebradas pelos credores, poderiam constituir para estes uma esperança, ainda que mínima de satisfação de seus direitos pela expropriação dos bens nelas existentes. O resultado foi a incorporação do instituto romano *missio in bonna*, ainda que o devedor respondesse fisicamente de forma concomitante³².

Com a evolução desse sistema, aquele que falhava (*fallere*) passaria a responder com seu patrimônio e não mais com seu corpo³³.

³¹VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51.

³²*Idem*.

³³VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51.

Na antiguidade, existiu, de modo consensual, a ideia da insolvência como irresponsabilidade que como tal, deveria ser severamente punida, podendo ser com a morte, com a escravidão, com a prisão, com a tortura ou com a humilhação. Essa ideia, inicialmente absorvida pela cultura medieval, aos poucos foi sendo abandonada por outra, de maior eficiência sistêmica na proteção do direito do credor.

A presunção de irresponsabilidade vinculava-se a uma ideia de culpa pelo fracasso da atividade econômica e que legitimava as agressões físicas e morais por parte dos credores³⁴.

A fragmentação do poder imperial e o fortalecimento do poder regional, conforme Neto, constituíram centros econômicos com tradição própria como Gênova, Veneza, Florença e outras cidades focadas no comércio. A necessidade de manutenção e expansão desses mercados trouxe investimentos na pesquisa de rotas mercantis e o reconhecimento de Portugal como potência marítima, ao lado de Espanha e França e mais tarde de França e Inglaterra. Nesse período em que a moeda já havia se consolidado como grande instrumento de troca e quando o objetivo dos produtores e comerciantes era não apenas sobreviver, mas acumular riqueza, dando um caráter monetário à economia, o pagamento das obrigações comerciais, ainda dentro da visão *pacta sunt servanda*, era crucial para o equilíbrio e para a segurança dos mercados.³⁵

A dificuldade financeira passou a ser vista como falha ou má-fé e não mais como culpa, deixando de lado o instituto da vingança e da banca rota para a adoção de modelos mais modernos para a compreensão jurídica do fenômeno econômico-financeiro da insolvência no mundo ocidental e as expressões falência e falido. Nesse período, portanto, abandona-se o castigo físico de lado para concentrar a satisfação do crédito na repartição do patrimônio do devedor entre os credores. Contudo, a garantia de aplicação de novos conceitos para os casos de falência somente seria possível se a natureza do instituto de ordenação jurídica da insolvência deixasse de ser privada para tornar-se pública (assunção pública de dívidas privadas como seguro social dos investimentos realizados)³⁶.

Segundo Scalzilli:

³⁴*Idem.* p. 52-53.

³⁵*Op. Cit.*

³⁶VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54-55.

Já no século XIV, o instituto da falência estava delineado nos estatutos das cidades italianas, pelo menos em suas linhas essenciais (embora fragmentadas), como ocorreu em Siena com o famoso Constituto Senese de 1310. Da mesma forma a concordata majoritária, conhecida como instituto humanizador da falência – e que não era conhecida do direito romano. Em regra, não se distinguia, no Medievo – como não se fez em Roma – a insolvência do devedor comerciante daquela do não comerciante, embora o devedor civil insolvente fosse geralmente tratado com maior indulgência. Há que se destacar que uma série de outros elementos da falência atual já estavam presentes no direito concursal medieval, entre eles, o período suspeito, o vencimento antecipado dos créditos diante da decretação da quebra, o sequestro de bens, o procedimento de verificação, habilitação e classificação dos créditos, a assembleia e o comitê de credores, o desapossamento do devedor, a nomeação de um curador, as deliberações por maioria por cabeça ou por crédito; a jurisdição universal e especializada, os órgãos funcionais a serviço da falência, a inabilitação do devedor a partir da decretação da falência, a extensão da falência aos sócios do falido; o exame dos livros mercantis; o processo de liquidação e realização do ativo e a repartição proporcional do valor arrecadado entre os credores, a suspensão das ações individuais, a concordata, a ação pauliana, a extinção da sociedade, a proibição do direito de voto de parentes, etc.³⁷

Foi somente no trabalho do Barão de Montesquieu³⁸, no entanto, que a base para a configuração do Estado Liberal trouxe as estruturas sistêmicas da falência moderna, na qual:

- a) o limite é o patrimônio;
- b) há condição de paridade entre todos os credores;
- c) a natureza do procedimento é pública e judicial.

Nesse sentido, complementa Scalzilli:

Na França, o direito comercial teve nascimento tardio. Durante séculos, as regras mercantis decorriam dos estatutos das corporações de comerciantes e artesãos, fortemente influenciadas pelos ordenamentos italianos. Somente a partir do século XVI é que certos textos legislativos ganham forma, com especial destaque para L'Ordonnance pour le Commerce de 1673, sob a pena de Savary que serviu de fonte de inspiração para a legislação vindoura. A essência legislativa do texto de 1673, especialmente o título XI, foi mantida nos reinados de Luis XIV, Luis XV e Luis XVI, sendo responsável pela centralização, formalização e manutenção de institutos como: o princípio de par conditio creditorum – uma das preocupações históricas do direito francês; a nulidade de venda de bens pelo falido durante o período suspeito; os efeitos retroativos da quebra; a votação vinculante por maioria na assembleia de credores; a nomeação de député e procurador para condução do processo, a cessação de pagamentos como causa principal da quebra; e assim por diante. (...)

³⁷SCALZILLI, et al. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 93.

³⁸MONTESQUIEU In: VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

A evolução legislativa nos séculos XIX e X se deu no sentido de abrandar a penosidade da falência, especialmente porque as crises econômicas que se sucederam provocaram uma multiplicidade de falências casuais, o que estimulou o movimento de separação dos destinos das pessoas físicas e das empresas insolventes, dando origem ao que se convencionou chamar de “preservação/ recuperação da empresa”. Foi nessa conjuntura que o direito falimentar francês, alemão e inglês foram modificados.³⁹

Segundo Neto,⁴⁰ a compreensão da matéria falimentar exige a compreensão contextual do ambiente e das circunstâncias que determinam os caminhos traçados pela humanidade e os diferentes ordenamentos jurídicos. A insolvência é fato econômico, cujas repercussões sociais obrigaram o sistema jurídico a normatizá-la, instituindo regimes jurídicos que regulassem os efeitos e as condutas dos interessados.

Conforme ensina o autor⁴¹, o Código Comercial espanhol de 1885 introduzia um sistema de suspensão de pagamento submetido ao voto deliberativo dos credores. Também a lei belga de 1887 estabelecia o regime de concordata preventiva para os devedores infelizes e de boa-fé, com o fim de evitar a declaração de falência. O mesmo pode ser dito em relação à Lei francesa de 1889, que introduziu as *liquidations judiciaires*, benefício exclusivamente concedido como atenuante dos rigores da falência, e em relação à Lei italiana de 1903 que introduziu a concordata preventiva⁴².

A turbulência dos acontecimentos da política internacional verificada no século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, expôs as deficiências do liberalismo manchesteriano até então predominante na ordem econômica ocidental. A desconstrução desse sistema ocorreu dez anos após a assinatura dos tratados de paz e do primeiro *crash* da bolsa de Nova York, com a consequente inviabilização do comércio e da produção mundial. Nesse contexto, a intervenção do estado, influenciada pelos modelos da União Soviética, da Alemanha e da Itália, influenciou o *New Deal*⁴³.

A Legislação vigente à época nos EUA era o *Bankruptcy Act* de 1898. Embora em algumas situações excepcionais fosse possível evitar a liquidação do patrimônio

³⁹SCALZILLI, et al. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 117 e 123.

⁴⁰VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

⁴¹*Idem*. p. 56.

⁴²VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

⁴³*Idem*.

da empresa insolvente, essa lei, não previa um instrumento similar à concordata preventiva. Diante disso, foi consideravelmente emendada a partir da publicação do *Chandler Act* de 1938, que introduziu um novo instituto chamado de “Recuperação da Empresa”. Posteriormente, em 1978, houve a aprovação do *Bankruptcy Act* de 1978, incorporando o texto do *Chandler Act*⁴⁴.

O *Bankruptcy Code*⁴⁵ de 1978 entrou em vigor em 1979 com as seguintes inovações:

- a) Promoção de um método aplicativo de Direito compatível com o sistema econômico de livre iniciativa e risco;
- b) Promoção de um sistema único de satisfação geral para todos os credores, evitando ações e, conseqüentemente êxitos individuais;
- c) Promoção de um sistema que possa oferecer um valor maior ao patrimônio do falido, diminuindo as perdas dos credores.
- d) Promoção de um sistema que garanta uma certa igualdade aos credores.

Tanto a Lei Francesa de 1984, relativa à prevenção e ao regulamento amigável das dificuldades das empresas e à lei de liquidação judiciária das empresas, como a Lei portuguesa de 1985 e a Lei inglesa de 1986 preocuparam-se com o futuro da empresa, devido ao interesse público em preservar um organismo produtor de riquezas, empregos e externalidade sociais, e não mais com os direitos dos credores identificados de forma isolada.⁴⁶

No ano de 1993, foi protocolado no Brasil o Projeto 4.376/93 com objetivo de modernizar o diploma então vigente, Decreto-Lei 7.661/45, cuja estrutura sistêmica fundamental ainda remontava ao Decreto 917/1890 e não correspondia aos fatos e respostas esperadas sobre a insolvência das empresas. Em 1997, o Congresso apresentou substitutivo ao projeto apresentado pelo Poder Executivo, fazendo-se incluir o instituto da recuperação da empresa como regime jurídico substitutivo da concordata e mantendo-se a falência como regime liquidatório. O projeto e o substitutivo, após diversas mudanças e emendas, foram finalmente sancionados pela Presidência da República em 09 de fevereiro de 2005, com três vetos⁴⁷.

Conforme Negrão:

⁴⁴VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

⁴⁵*Op. Cit.*

⁴⁶VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58.

⁴⁷*Idem.* p. 59.

Todos os precedentes institutos estudados (recuperação até o advento da Lei 11.101/05) caracterizam-se por se destinarem à recuperação do devedor em um estado de dificuldade econômico-financeira e pressupõem a entrega ou manutenção de todo ativo sob sua administração e disposição, prevendo, entretanto, algumas poucas fórmulas de preservação desses bens no interesse dos credores.

Distancia-se a legislação de 2005 de todas as revogadas em alguns pontos essenciais: (a) a ampliação do universo de credores, até então, limitados aos credores quirografários; (b) não limitação dos meios recuperatórios; (c) clara definição da finalidade do processo recuperatório.

(...)

A morosidade renunciada pela inexistência de um procedimento único de insolvência permite o dismantelamento da unidade produtiva não só por ato fraudulento, irresponsável ou negligente do devedor premido pelas dificuldades financeiras, como também por iniciativa dos credores. A estes, mesmo sujeitos ao plano, faculta-se a iniciativa ou prosseguimento das ações e execuções individuais, decorridos cento e oitenta dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial (LREF, arts. 6º e § 4º), sem que tenha sobrevivido decisão de concessão.

A previsão de “*automatic stay*” temporário nem sempre atende às necessidades de reorganização do devedor ao mesmo tempo que mantém o interesse dos credores, criando antes, como se verá, sérias divergências irreconciliáveis entre os credores pertencentes a distintas ordens de crédito. Postas estas dificuldades, conciliar interesses de devedores na ampliação de período de suspensão, e o de sua redução por parte de credores, em especial alguns privilegiados, depende de certos fatores externos a essas pretensões, tais como a definição do destino da empresa que os meios de recuperação propostos no plano permitem vislumbrar, a viabilidade econômica da proposta e/ou o prenúncio da liquidação, parcial ou total, dando lugar à alienação da empresa, de suas utilidades ou dos bens que compõem o ativo.

Credores assegurados, insatisfeitos com o pedido do devedor tendem a impor morosidade na recuperação para valer-se da execução individual de seus créditos, alcançando com isso a satisfação individual de sua pretensão fracionando o ativo da empresa.

Essa atitude não somente inviabiliza o êxito do plano proposto, como também, em caso de falência impede a alienação da empresa, com seus estabelecimentos em bloco (LREF, art. 140, I), opção mais eficiente porque, em regra, resulta na obtenção de valor superior, como máximo aproveitamento dos recursos do devedor.

(...)

O temos sugerido pela possibilidade de credores não sujeitos ao plano executarem livremente seu crédito após o período de suspensão deve, portanto, se não invalidar, dificultar o plano com prazos mais longos⁴⁸.

Dessa forma, embora a legislação atual possua avanços consideráveis em relação ao sistema falimentar prévio, sendo mais humana e mais eficiente em relação à apreciação de credores de diversas classes, ainda persiste um desequilíbrio entre os credores, que afeta a eficiência do instituto e sua própria eficácia.

No entanto, como ressalta Carnio Costa:

Observando-se de forma bastante ampla os sistemas de insolvência, e tendo em conta suas linhas gerais, constata-se que até o final do século passado

⁴⁸NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36 e 159.

existiam basicamente dois modelos de insolvência: o modelo de inspiração romano-germânica e o modelo de inspiração anglo-saxã. Nos modelos de inspiração romanística, o foco da recuperação de empresas está mais orientado para a tutela dos interesses do devedor, ao passo que nos modelos de origem anglo-saxã, o pêndulo da balança orienta-se mais para a tutela dos interesses dos credores.

Entretanto, no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiava a tutela do interesse dos credores e nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advêm, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo prazo.⁴⁹

Esse modelo norte-americano irradiou sua influência para o Brasil que editou a Lei 11.101/05 fundado nessas mesmas premissas.

Portanto, é importante destacar que o modelo de recuperação judicial brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores a fim de que se possa obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa.

Daí que se pode, desde logo, inferir duas importantíssimas conclusões (que influenciarão a interpretação dos dispositivos legais, como se verá mais adiante): a primeira é que a empresa em recuperação deve assumir o ônus que lhe compete no procedimento agindo de forma adequada, tanto do ponto de vista processual, como também no desenvolvimento de sua atividade empresarial; a segunda, é que somente tem sentido a recuperação judicial em função da geração dos benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes da continuidade do desenvolvimento da atividade empresarial, como geração de empregos ou manutenção de postos de trabalho, circulação e geração de riquezas, bens e serviços e recolhimento de tributos.

Dessa forma, a evolução do direito falimentar nos levaria a uma nova era em que os interesses dos credores e devedores deveriam ser considerados de forma equitativa e pendular de acordo com a fase processual, o que lhes concederia naturalmente maior ou menor vantagem estratégica a partir do princípio basilar da igualdade e da função social da empresa.

A atual Lei 11.101/2005 tramitou por doze anos na Câmara dos Deputados (antigo Projeto de Lei 4.376/1993) e depois de muitas emendas e cinco projetos substitutivos, chegou ao Senado Federal, onde o modificativo relatado pelo Senador Ramez Tebet recebeu o seguinte parecer:

É nessa perspectiva que o projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se pretende é dar condições às empresas viáveis de se

⁴⁹COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial de empresas**: as novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. 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/>>. Acesso em: jun. 2019.

manterem ativas. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples das empresas falidas.

Segundo Willian Eustáquio, a legislação que permaneceu durante sessenta anos em vigor foi modernizada para acompanhar o dinamismo da empresa moderna, uma vez que o antigo Decreto-Lei mantinha “um distanciamento entre necessidade e adequabilidade: necessidade de preservar a empresa em crise e adequabilidade da legislação apta a possibilitar tal preservação”⁵⁰. Portanto, a recuperação judicial tem como principal objetivo “criar condições para viabilizar a superação da crise da empresa, com a finalidade de manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e resguardar os interesses dos credores”⁵¹.

Fran Martins⁵² explica a transição do antigo regime falimentar para a nova lei da recuperação de empresas e falências:

Na realidade, a dúvida consistia em saber o papel do Estado liberal diante das empresas e suas crises, qual seria a respectiva participação e o calibre da reforma normativa, haja visto que o Decreto-Lei nº 7.661/45, sem condição alguma de gerir o mecanismo de recuperação de empresa. Adveio assim a Lei nº 11.101/2005, cujo principal aspecto consubstancia a estratégia de rever o instituto da concordata e remodelar a insolvência formatando preceitos de conservação de ativos.

Fábio Forti⁵³ complementa que a LREF entrou em vigor com a missão de “aproximar as empresas viáveis de sua efetiva recuperação, conforme forte influência da legislação norte-americana (*Chapter 11 do Bankruptcy, Code norte-americano*), bem como pelas diretrizes do Uncitral e do Banco Mundial”.

⁵⁰CARVALHO, Willian Eustáquio de. **Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa**. In: MOEMA, A.S. de Castro; CARVALHO, Willian Eustáquio de (Coord.). Direito falimentar contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 181.

⁵¹CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5). p. 179.

⁵²MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 387.

⁵³FORTI, Fábio. **A interdisciplinaridade da Recuperação Judicial e a importância do *timing* do seu pedido em juízo**. In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (Org.); NEPOMUCENO, Vitor Teixeira; FORTI, Fábio (Coord.). Recuperação Judicial: da necessidade à oportunidade. São Paulo: LTr, 2013. p. 41.

Maria Celeste⁵⁴ consagra que o princípio da preservação da empresa introduzido pela LREF “visa a romper com os procedimentos concursais tradicionais, notadamente liquidatórios e solutórios, na tutela do interesse dos credores”.

Eduardo Lemos⁵⁵ entende que a nova lei veio contribuir com o melhor desenvolvimento da economia, mostrando ser um “importante veículo de progresso cultural, gradualmente instigando uma nova *forma mentis* empresarial brasileira”.

Na interpretação de Angelo Cannoti e Estela Gomes, a LREF não veio apenas para adequar o tema ao ordenamento jurídico do mundo ocidental, “mas principalmente para adequá-la aos novos valores impostos pela Constituição.”⁵⁶

Embora tenha entrado em vigor em 2005, foi a partir de 2013 que a LREF tomou grandes proporções. Apenas para se ter uma ideia, das seis maiores recuperações judiciais da história do País (Figura 2), quatro foram distribuídas em 2016, sendo a maior de todas, distribuída em 2019. Segundo dados do Serasa Experian,⁵⁷ o somatório das seis maiores recuperações judiciais ultrapassa duzentos e quatorze bilhões de reais em dívidas, afetando milhões de credores.

Figura 2 - As seis maiores recuperações judiciais do país em andamento

⁵⁴GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **A recuperação judicial de empresas e a exclusão dos créditos do parágrafo 3º do art 49 do processo recuperatório**: eficácia da superação da crise econômica da empresa. In: SEVERO, Simone Letícia Souza (Coord.). Estudo em homenagem à Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 125.

⁵⁵LEMONS, Eduardo. **Viabilizando a recuperação sem ou além da lei**. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 79.

⁵⁶CANOTTI, Angelo Solano; GOMES, Estela. **A recuperação judicial de empresas e o atendimento aos princípios da duração razoável do processo e da função social da empresa**: a inconstitucionalidade do art. 61 da Lei N° 11.101/2005. In: LAMY, Anna Carolina Faraco; CANOTTI, Angelo Solano; CASCAES NETO, Pedro. Recuperação de Empresas e Falências - Coletânea de artigos da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 40.

⁵⁷EXPERIAN, Serasa. **Indicadores econômicos**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>>. Acesso em: ago. 2019.

As maiores recuperações judiciais do país



Fonte: Instagram (2019).

A LREF trouxe muitos avanços, mas também recebeu muitas críticas, não sendo ainda a lei ideal, no entanto, para termos dimensão da sua importância, basta imaginar a crise atual sendo enfrentada pela antiga concordata.⁵⁸

2.1 Recuperação judicial

A recuperação judicial, segundo Campinho⁵⁹, é um somatório de providências econômicas e financeiras, produtivas, organizacionais e jurídicas por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa pode ser reestruturada e, portanto, aproveitada. A recuperação judicial, logo, vira uma rentabilidade sustentável, de modo a superar a crise e permitir a manutenção da fonte produtora do emprego, garantindo o interesse dos credores em financiá-la.

A recuperação judicial advém da ideia de preservação da empresa, na qual, segundo Satiro de Souza:

Os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na ideia de preservação da empresa, verdadeiro ponto comum de encontro desses interesses. É aí e só aí que presume a Lei haver convergência entre esses interesses durante o processo de recuperação da

⁵⁸WAISBERG, Ivo. **10 anos da recuperação judicial**: sugestões para reforma legislativa. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida; TEIXEIRA, Tarciso (Coord.). *Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo: IASP, 2015. p. 353.

⁵⁹CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 10.

empresa. Essa presunção é correta. Interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa. Enquanto para o primeiro grupo a recuperação pode e deve ser – e com frequência é – um instrumento momentâneo, não necessariamente duradouro de preservação e garantia de seus créditos, para o segundo e terceiro grupos a manutenção duradoura da unidade produtiva é mais relevante. Entre esses últimos grupos se preocupar com a recuperação da lucratividade a curto prazo, que pode levar a administração a assumir posturas empresariais arriscadas, para os minoritários a lucratividade a curto prazo é talvez o único e principal objetivo.⁶⁰

Tal conexão de interesses explica as limitações legais do instituto, que, segundo Patrocínio:

No Brasil, a recuperação judicial é benefício que somente pode ser invocado por uma determinada classe de pessoas que exerçam forma específica de atividade negocial com objetivos econômicos. Somente empresários podem requerê-la, muito embora existam algumas pessoas exercentes de atividade empresarial que não poderão valer-se dela, como as instituições financeiras, pessoas jurídicas de direito privado nas quais haja participação do Estado no capital social (empresas públicas e sociedades de economia mista), dentre outras, seja por razões de ordem econômica ou simples política legislativa. Do outro lado do tabuleiro temos os credores que se sujeitam à recuperação judicial formulada pelo empresário em crise. Destaque-se, inicialmente, aqueles que dela foram excluídos. A Fazenda Pública, em face de normas contidas no Código Tributário Nacional e na própria LREF (§7º do art. 6º), não participa da recuperação, correndo a respectiva execução fiscal em paralelo.⁶¹

Para Mário Engler,⁶² a LREF, buscou alocar melhor os direitos de propriedade e criou um ambiente propício a uma negociação mais equilibrada, aumentando as chances de um consenso entre as partes.

Isso só é possível, porém, como lembra Neto⁶³, se for determinada a reversibilidade da crise, de modo que se dê a concessão de um regime alternativo à liquidação dos bens. Garante-se, por meio de um plano reorganizador bem executado, a recuperação da fonte produtora de riqueza e renda, ante a alternativa que seria o regime puramente falimentar.

Como lembra Manoel Justino Bezzerra Filho:

⁶⁰SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2006. p. 48.

⁶¹PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. p. 72.

⁶²PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas**. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Direito empresarial: falimentar e recuperação de empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais, v. 6). p. 465.

⁶³VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 143.

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento de produção, como principalmente pela manutenção do emprego, elemento de paz social.⁶⁴

Ou seja, em relação ao Estado, a tutela recuperatória se justifica pela manutenção das externalidades positivas que decorrem da atividade empresarial (emprego, educação, saúde etc.).

Já em relação à empresa, em síntese, segundo João Scalzilli⁶⁵:

as empresas em crise buscam o regime jurídico da recuperação judicial porque ela (i) garante proteção contra as ações e execuções dos credores que tenham o condão de agredir o patrimônio do devedor (*stay period*) tão logo seja deferido seu processamento pelo magistrado; (ii) possibilita a negociação coletiva com os credores, tendo como base o princípio majoritário; e (iii) viabiliza a venda de ativos sem o risco de o adquirente ter de arcar com as dívidas da devedora alienante – além de (iv) teoricamente incrementar as chances de financiamentos em função da extraconcursalidade do crédito constituído depois do deferimento do processamento. Essas são as principais vantagens da reestruturação da empresa em crise via recuperação judicial.

Esse regime recuperatório será concedido pelo Poder Judiciário, desde que o plano organizativo:

1. Tenha sido aprovado pelos credores em deliberação majoritária de créditos presentes à assembleia, contados na forma do art. 45; ou
2. Tenha sido imposto o plano aos credores pelo juiz, após rejeição em assembleia, mediante o reconhecimento por parte do magistrado de desempenho de função social e de acordo com os requisitos legais descritos no art. 58 § 1º e 2º.

A função social, ainda que essencial para a decisão judicial de imposição do plano rejeitado aos credores, não recebeu, contudo, uma definição por parte do legislador. Essa correta opção do legislador brasileiro deveu-se à ideia de não se propor um modelo estático de cognição do instituto. Em outras palavras, a função

⁶⁴BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência**. 13. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 167.

⁶⁵SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 273.

social é um valor cultural de um povo que se expressa, nos eixos cartesianos de tempo e espaço sociais⁶⁶.

Na prática, como refere Neto,⁶⁷ será para o magistrado um sentir e, ao mesmo tempo, um pensar. No ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade foi reconhecida como mandamento constitucional a partir do enunciado do art. 5º XXIII da Constituição Federal. Desse preceito constitucional, vem sendo forjada a legislação infraconstitucional, em especial o enunciado do art. 1.228, § 1º a 3º do Código Civil.

Segundo Ayoub⁶⁸, os procedimentos disciplinados pela Lei 11.101/2005 aplicam-se apenas aos empresários e às sociedades empresariais, referidos pela expressão “devedor”. O sistema adotado pela lei atual, portanto, dá seguimento ao estabelecido na antiga legislação concursal, que somente outorgava pretensão à concordata a quem fosse comerciante.

Embora o conceito de empresário seja mais amplo do que o conceito de comerciante – notadamente por envolver a prestação de serviços – releva observar que os procedimentos concursais são de acesso restrito a determinados agentes econômicos a que a lei qualifica como empresários. Nesse sentido, sociedades simples, isto é, não empresariais, não se submetem à falência nem se legitimam à recuperação judicial. Na mesma linha, cooperativas, por não serem sociedades empresariais, não se submetem à falência nem se legitimam a postular recuperação de empresas, bem como as associações, com ressalva de que as associações com interesse econômico, como as redes de cooperação empresarial, devem ser consideradas empresárias para fins concursais. Ademais os empresários e sociedades empresárias não podem optar pelo procedimento da insolvência civil.

Para tanto, segundo Neto⁶⁹ é necessário que o legitimado direto ou indireto cumpra com os seguintes pressupostos:

1. Ser o devedor (Somente o devedor poderá requerer em seu favor a recuperação judicial).
2. Qualidade de empresa, reconhecida pela regra do art. 966 do Código Civil (O empresário submetido ao regime SIMPLES é regido pela insolvência civil).
3. Condição de regularidade da empresa em crise (por ser um benefício a empresa deve estar regular em seus documentos e registros contábeis, bem como demonstrações periódicas) – esse pressuposto não se aplica à falência.

⁶⁶VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 143.

⁶⁷*Idem*. p. 144.

⁶⁸AYUOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p.19 e 21.

⁶⁹*Op. Cit.* p. 145.

Conforme ensina Ayoub⁷⁰, além da legitimação do próprio devedor, a LREF estabelece em seu art. 48, parágrafo único, que a recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, por herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Revogado)

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. (Renumerado pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).

Nesse caso, trata-se de uma hipótese de legitimação indireta, o que não subtrai ao postulante a necessidade de comprovar que o devedor é empresário e exercia regularmente sua atividade.

Os requisitos legais para interposição de ação de recuperação judicial, conforme Neto⁷¹ e Negrão,⁷² são:

1. Regularidade temporal: Conforme o art. 48, caput, a regularidade deve estar presente no mínimo há 2 anos.
2. Não ser falido, a decretação de falência inabilita o falido para regular a atividade empresarial.
3. Não ter recebido igual benefício: nos últimos 5 anos se o regime tiver por base o plano geral do art. 50; 8 anos se o regime de recuperação judicial anterior tiver por base o plano especial para microempresas e de pequeno porte previsto no art. 70.
4. Não ter sido condenada a crime previsto na lei 11.101/05

⁷⁰AYUOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 22.

⁷¹VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 148 e ss.

⁷²NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 194-195.

É importante observar a regra contida no art.48 em relação ao prazo de registro, pois a sociedade empresária deve ser registrada na Junta Comercial, e o registro deve ocorrer antes do início de suas atividades. Assim determina o art. 967 do Código Civil “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”. No entanto, se não registrada, sofrerá restrições jurídicas. Uma vez registrada, deverá obedecer aos dois anos caso contrário, não poderá, por exemplo, aproveitar alguns benefícios, como o pedido de recuperação judicial.

Este é o caso do indeferimento do pedido de processamento de recuperação judicial da ULBRA (Universidade Luterana do Brasil) em Canoas/RS. A decisão foi proferida pelo juiz Marcelo Tonet, da 4ª Vara Cível da Comarca de Canoas, com a fundamentação de que “os pressupostos do processo não foram cumpridos, uma vez que não decorreu o prazo de dois anos após a alteração da natureza jurídica da instituição”.⁷³

A questão do registro e do prazo de dois anos também gera discussões sobre a aplicabilidade ou não da recuperação judicial ao produtor rural que não está obrigado a promover o registro na Junta Comercial. Caso o faça, no entanto, sua atividade ficará equiparada à atividade empresarial, tendo tanto os deveres como os benefícios de qualquer empresário. Teria então, que cumprir os dois anos de registro para poder pedir a recuperação judicial.

O tema é polêmico, pois a questão principal que se posta diz respeito à possibilidade, ou não, de o produtor rural não inscrito no registro mercantil, ou registrado há menos de dois anos, requerer recuperação judicial. “Na primeira hipótese, portanto, o produtor rural não possui registro mercantil quando do requerimento recuperacional. Já na segunda, tal registro existe; contudo, há menos de dois anos.”⁷⁴

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento proferido pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, foi deferido o pedido de tutela provisória 1.920-MT⁷⁵ para que os “débitos contraídos por produtor rural antes de seu registro na junta

⁷³BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. **Processo nº 5000461-37.2019.8.21.0008/RS, j em 21.05.2019.**

⁷⁴INSTITUTO de Estudos Avançados em Direito. **Recuperação judicial**: como proceder com produtor rural pessoa física. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/recuperacao-judicial-produtor-rural-pessoa-fisica/>>. Acesso em: ago. 2019.

⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agint no pedido de tutela provisória nº 1.920 - MT (2019/0046844-3) j, em 19.05.2019.**

comercial sejam incluídos em pedido de recuperação judicial”. Tanto a doutrina como a jurisprudência já definiram que o registro é uma mera formalidade, não podendo ser excluído da recuperação judicial o produtor rural que comprovar o efetivo exercício da atividade por mais de dois anos.

Ivo Waisberg⁷⁶ defende que o produtor rural pode comprovar o exercício regular da atividade por período superior a dois anos por meio de diferentes documentos, tais como nota de produtor rural, recolhimento de tributos, registros contábeis, contratos bancários rurais ou qualquer outro que comprove a natureza da atividade econômica desenvolvida:

Por todos esses motivos, conclui-se que os produtores rurais que exercem atividade empresarial há mais de dois anos podem requerer sua recuperação judicial, ainda que estejam registrados há menos de dois anos, uma vez que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio legal deve ser auferida pela constatação de seu regular exercício e não pela existência no registro por tal lapso de tempo.

Ricardo Negrão⁷⁷ também lembra que nem toda empresa pode pedir recuperação judicial, e elenca quais não têm esse direito por expressa vedação legal contida no art.2º da LREF⁷⁸:

1. Empresa Pública;
2. Sociedade de Economia Mista;
3. Entidade de previdência complementar fechada⁷⁹;
4. Instituições Financeiras e equiparadas (CFI, consórcios, cooperativas de crédito):

Lei. N 4.595/64. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

⁷⁶WAISBERG, Ivo. **Empresário rural**: conceito de regularidade da atividade e o requisito do artigo 48 da Lei 11.101/2005. In: GOMES, Camila Aboud et al. (Coord.). Recuperação Judicial, falência e administração judicial. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019. p. 270.

⁷⁷NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresas**: recuperação de empresas, falências e procedimentos concursais administrativos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3, p. 74.

⁷⁸Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

⁷⁹Lei Complementar n 109/2001.

Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Lei. N 5.768/71. Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências.

Art 7º Dependirão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta lei, e nos termos e condições gerais que forem fixados em regulamento, quando não sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais:(Vide Lei nº 8.177, de 1991)

I - as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza;(Revogado pela Lei nº 11.795, de 2008).

II - a venda ou promessa de venda de mercadorias a varejo, mediante oferta pública e com recebimento antecipado, parcial ou total, do respectivo preço;

III - a venda ou promessa de venda de direitos, inclusive cotas de propriedade de entidades civis, tais como hospital, motel, clube, hotel, centro de recreação ou alojamento e organização de serviços de qualquer natureza com ou sem rateio de despesas de manutenção, mediante oferta pública e com pagamento antecipado do preço;

IV - a venda ou promessa de venda de terrenos loteados a prestações mediante sorteio;

Art. 10. O Banco Central do Brasil poderá intervir nas empresas autorizadas a realizar as operações a que se refere o artigo 7º, e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras.

Lei N 6024/1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências.

Art. 1º As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência,, nos termos da legislação vigente.

5. Entidade de previdência complementar aberta⁸⁰;
6. Sociedade operadora de plano de assistência à saúde:

Lei. N.9.656/98. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

7. Sociedade Seguradora:

Lei 10.190/2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 73, de 21 de novembro de 1966, da Lei no 6.435, de 15 de julho de 1977, da Lei no 5.627, de 1º de dezembro de 1970, e dá outras providências.

Art. 1º As sociedades seguradoras não poderão requerer concordata e não estão sujeitas à falência, salvo, neste último caso, se decretada a liquidação extrajudicial, o ativo não for suficiente para o pagamento de

⁸⁰Idem. LC 109/2001.

pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar." (NR)

8. Sociedade de capitalização:

Decreto-Lei. N 261/1967. Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências.

Art. 1º Todas as operações das sociedades de capitalização ficam subordinadas às disposições do presente Decreto-lei.

9. Empresário que cessou as atividades;

10. Sociedade liquidada que teve seu ativo partilhado.

Nesse ponto, tecemos críticas sobre a inaplicabilidade da LREF às Cooperativas. Lembremos que as cooperativas empregam milhões de pessoas, movimentam de forma muito expressiva a economia e possuem uma função social fundamental, a de gerar riqueza, emprego e tributos, tal qual, como uma empresa.

Quase toda a gestão de planos de saúde no país é realizada por cooperativas. No agronegócio, são as cooperativas que organizam os pequenos agricultores e os congregam em milhares de associados, sendo responsáveis por quase todo o movimento da economia das pequenas cidades do interior.

Em 2016, a UNIMED paulistana teve sua liquidação decretada pela Agência Nacional de Saúde, por meio da Resolução Operacional (RO) nº 1.986⁸¹, atingindo 740 mil clientes⁸² e mais de 2.500 médicos cooperados. A cooperativa ainda tenta reverter tal situação, por meio do processo nº 0001798-48.2016.403.6100 perante a 7ª vara federal cível de São Paulo/SP justiça⁸³.

No Rio Grande do Sul, a Cotrijuí (Cooperativa Agrícola & Industrial) luta na justiça contra uma possível decretação de liquidação judicial. A cooperativa, que foi a maior da América Latina na década de 1970, hoje acumula dívidas ao redor de R\$ 2 bilhões e possui mais de 20 mil agricultores associados, chegando a empregar 2,7 mil funcionários, tendo ainda, peso significativo para a economia do Estado.

⁸¹AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **ANS decreta liquidação extrajudicial da Unimed Paulistana**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticiasans/consumidor/3181-ans-decreta-liquidacao-extraordinaria-da-unimed-paulistana>>. Acesso em: ago. 2019.

⁸²G1. **Unimed Paulistana**: entenda a crise e como fica a situação dos clientes. Set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/entenda-crise-na-unimed-paulistana-e-como-fica-situacao-dos-clientes.html>>. Acesso em: ago. 2019.

⁸³BRASIL. Justiça Federal. **Processo nº 000798-48.2016.403.6100**. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2016/2016-02-03-.unimed.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

A capacidade de seus armazéns, espalhados em 13 municípios gaúchos, é de 1 milhão de toneladas⁸⁴. Há grande preocupação por parte dos agricultores, associados da Cotrijuí, que somam mais de 20 mil, é enorme para evitar que esta sofra a liquidação judicial. Se isso acontecer e sobrarem dívidas, os associados terão de pagar os dividendos.

A informação consta no estatuto da cooperativa, em seu artigo 55⁸⁵. “O artigo 55 do estatuto da Cotrijuí é muito claro, ou seja, o produtor será chamado a pagar a conta sim, agora quem e como é outra coisa que a justiça terá que decidir”, explicou Edson Burmmann, integrante da direção da Acaisc (Associação dos Credores, Amigos e Interessados no Soerguimento da Cotrijuí)⁸⁶. O processo nº 016/1.18.0000125-6⁸⁷ tramita perante a 1ª Vara Cível de Ijuí/RS desde 17 de janeiro de 2018, ainda não teve uma decisão sobre sua liquidação ou não.

Em relação às cooperativas, o problema começa na Lei nº 5.764/ 1971⁸⁸, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, dá outras providências e regula o funcionamento das cooperativas no Brasil. Existe uma lacuna deixada entre essa Lei e a atual LREF. O art. 77⁸⁹ dessa Lei remete aos procedimentos de venda de ativos aos artigos 117⁹⁰ e 118⁹¹ do Decreto-

⁸⁴COLUSSI, Joana. **Cotrijuí: de ícone do agronegócio à liquidação judicial**. 2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2018/02/cotrijuí-de-icone-do-agronegocio-a-liquidacao-judicial-cjd67aq3n06i601phrz7aakzv.html>>. Acesso em: ago. 2019.

⁸⁵BENETTI, Maria Domingues. **Origem e formação do cooperativismo empresarial no Rio Grande do Sul: uma análise do desenvolvimento da COTRIJUÍ, COTRISA e FECOTRIGO 1957/1980**. Porto Alegre: Secretaria do Planejamento e da Administração, 1992. Disponível em: <http://cdn.fee.tche.br/teses/digitalizacao/teses_5.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

⁸⁶RÁDIO Cidade. **Mais de 20 mil associados podem perder propriedades se Cotrijuí for liquidada**. 2019. Disponível em: <<https://www.radiocidadesa.com.br/mais-de-20-mil-associados-podem-perder-propriedades-se-cotrijuí-for-liquidada/>>. Acesso em: ago. 2019.

⁸⁷BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. **Processo n. 016/1.18.0000125-6 do TJRS**.

⁸⁸BRASIL. **Lei Nº 5.764, de 16 de Dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: ago. 2019.

⁸⁹Art. 77. Na realização do ativo da sociedade, o liquidante devesse:

I - mandar avaliar, por avaliadores judiciais ou de Instituições Financeiras Públicas, os bens de sociedade;

II - proceder à venda dos bens necessários ao pagamento do passivo da sociedade, observadas, no que couber, as normas constantes dos artigos 117 e 118 do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

⁹⁰ Art. 117. Os bens da massa serão vendidos em leilão público, anunciado com dez dias de antecedência, pelo menos, se tratar de móveis, e com vinte dias, se de imóveis, devendo estar a ele presente, sob pena de nulidade, o representante do Ministério Público.

⁹¹ Art. 118. Pode também o síndico preferir a venda por meio de propostas, desde que a anuncie no órgão oficial e em outro jornal de grande circulação, durante trinta dias, intervaladamente, chamando concorrentes.

Lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945, antigo Decreto das Falências e Concordatas. No entanto, com o ingresso da LREF, de pronto, em seu inciso II, do art. 2º, já fica expressamente claro que a LREF não se aplica às cooperativas, o que gera uma dúvida, qual é a legislação que deve conduzir a venda dos ativos, a legislação da insolvência civil ou o capítulo⁹² que trata da falência dentro da LREF?

O Código de Processo Civil de 2015 não estabeleceu procedimento próprio para a insolvência, mas determinou, em seu art. 1.052⁹³, que, até a edição de lei específica, as execuções contra o devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Código de Processo Civil de 1973.

Emanuelle Urbano Maffioletti⁹⁴ entende que a LREF deve ser aplicada às cooperativas protegendo, sua atividade econômica e o mercado:

Atualmente se reconhece:(a) a atividade empresarial das sociedades cooperativas;(que a crise econômica/financeira pode trazer dano ao mercado e à coletividade:e(c) que a disciplina concursal é elaborada para atender a crise do devedor, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio,a empresa e a função social e a coletividade de credores. Diante disso é infundada a exclusão das sociedades cooperativas da LRE, considerando-se que a crise dessa sociedades pode ser solucionada com os mecanismos disponíveis na lei concursal da maioria dos países do mundo. Resta mais do que confirmado que o Brasil precisa adequar a disciplina ante as necessidades da sociedade da cooperativa e do mercado.

Segundo Scalzilli⁹⁵, encontra-se por trás do procedimento de Recuperação Judicial uma série de medidas a serem buscadas pelo plano de Recuperação a ser apresentado. Dentre elas, as medidas financeiras são:

- (i) A remissão parcial de dívidas (“abatimento”, “deságio”), que de modo contraditório, era ganho de capital e, portanto, a sua respectiva tributação;
- (ii) O alongamento das dívidas vencidas e vincendas com a concessão de prazos especiais de pagamento, parcelamento e até pagamentos atrelados a um percentual do faturamento ou do lucro da empresa;

⁹² Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

⁹³ Art. 1052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁹⁴MAFFIOLLETI, Emanuelle Urbano. **As sociedades cooperativas e o regime concursal a recuperação judicial de empresas e falências, insolvência civil e liquidação judicial e a empresa**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 284.

⁹⁵SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 382.

- (iii) A concessão de carência para o início dos pagamentos (que, na prática, muitas vezes gira em torno de dois anos a contar da concessão da recuperação judicial, justamente o prazo em que o descumprimento de qualquer obrigação do plano enseja a convalidação em falência, cf. arts. 61, caput e §1º e 73, IV LREF).
- (iv) A substituição de taxas de juros vigente e até supressão dos juros e da correção monetária pela estipulação de parcelas fixas;
- (v) A conversão definitiva de dívidas em moeda estrangeira com a supressão do risco cambial, desde que com a concordância expressa de tais credores;
- (vi) Os aportes de capital
- (vii) A dação em pagamento de bens da empresa ou dos sócios para amortizar ou liquidar dívidas (nesta última hipótese o sócio se tornará credor da sociedade);
- (viii) A captação de recursos com a emissão de valores mobiliários, como debêntures, conversíveis ou não em ações; entre outras

Já as medidas de reestruturação societária e do controle, são:

- (i) A alienação do controle societário para que o adquirente, com recursos próprios ou de terceiros, a reorganize e recupere o negócio;
- (ii) A conversão de dívida em participação societária, com a consequente diluição dos demais sócios, inclusive do controlador;
- (iii) Na hipótese de litígio societário; o plano pode prever a consolidação do controle, situação em que o controlador, envolvido em conflito com os minoritários, adquire as participações destes, de modo a trazer estabilidade para a sociedade devedora;
- (iv) O controlador pode aceitar partilhar o controle e a administração da empresa com os minoritários, aceitando que estes indiquem membros para o conselho de administração ou para a diretoria, por exemplo.
- (v) O plano pode prever que os credores indiquem membros para o conselho de administração ou para a diretoria, por exemplo, inclusive com o poder de veto sobre determinadas matérias.
- (vi) Na recuperação judicial (e também na falência) a alienação das empresas ou de parte delas, bem como a realização de operações societárias são formas de concretizar os objetivos da LREF, assim, plano de recuperação poderá prever que a recuperada se envolva em operações societárias de concentração ou desconcentração, surgindo a incorporação, a fusão, a cisão (total ou parcial), a transformação de tipo e a constituição de subsidiária integral como opções válidas.
- (vii) A celebração de acordos e parcerias estratégicas como consórcios e *joint ventures*⁹⁶.

As medidas de gestão previstas são listadas a seguir:

Muitas vezes, a crise empresarial está atrelada, entre outros fatores à ineficiência da gestão do devedor. Nesses casos, mudanças nessa área podem ser necessárias, assim, o plano poderá prever:

- (i) A substituição de administradores
- (ii) Indicação de gestores por parte dos credores
- (iii) O estabelecimento de uma administração compartilhada, da qual também participam representantes dos credores e dos empregados
- (iv) A criação de cargos e órgãos de apoio, consultoria, fiscalização entre outros;

⁹⁶*Idem.* p. 382.

- (v) A extinção de cargos e órgãos para desonerar financeiramente a empresa
- (vi) A redução de remuneração e dos benefícios da administração.⁹⁷

Há ainda as medidas trabalhistas:

O plano pode prever medidas tais como:

- (i) Redução salarial;
- (ii) Compensação de horários;
- (iii) Redução de jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva;
- (iv) Pode suspender, temporariamente, contratos de trabalho;
- (v) Conceder férias coletivas e
- (vi) Demitir⁹⁸.

E, por fim, as medidas de desmobilização e disposição de ativos, a fim de capitalizar a recuperanda, que o plano pode prever:

- (i) A alienação
- (ii) O arrendamento ou
- (iii) O usufruto de estabelecimentos unidades fabris, centros de distribuição, lojas, filiais, entre outros) assim como de
- (iv) Outros ativos da recuperanda (prédios, terrenos, máquinas, veículos e intangíveis), inclusive para sociedade constituída pelos próprios empregados – hipótese especialmente interessante quando os ativos não estiverem diretamente relacionados com a atividade-fim da empresa, nem influenciem de maneira decisiva a geração de caixa nela⁹⁹.

Conforme Campinho, a multiplicidade de interesses e relações envolvidos nos processos de recuperação judicial e de falências torna necessários diversos atos judiciais e administrativos que sejam capazes de garantir o proficiente atingimento de suas finalidades:

Por isso, os respectivos procedimentos demandam a atuação e intervenção de uma pluralidade de pessoas e figuras juridicamente definidas, com o escopo de orientar, dirigir e provocar inúmeras ações e operações voltadas à composição e à ordenação das situações patrimoniais e pessoais envolvidas. O juiz, cuja competência vem determinada em função da localização do principal estabelecimento do devedor, encontra-se investido do poder de decretar a falência ou conceder a recuperação judicial. É quem preside o respectivo processo, dirigindo e superintendendo os trabalhos de administração.¹⁰⁰

⁹⁷SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 384.

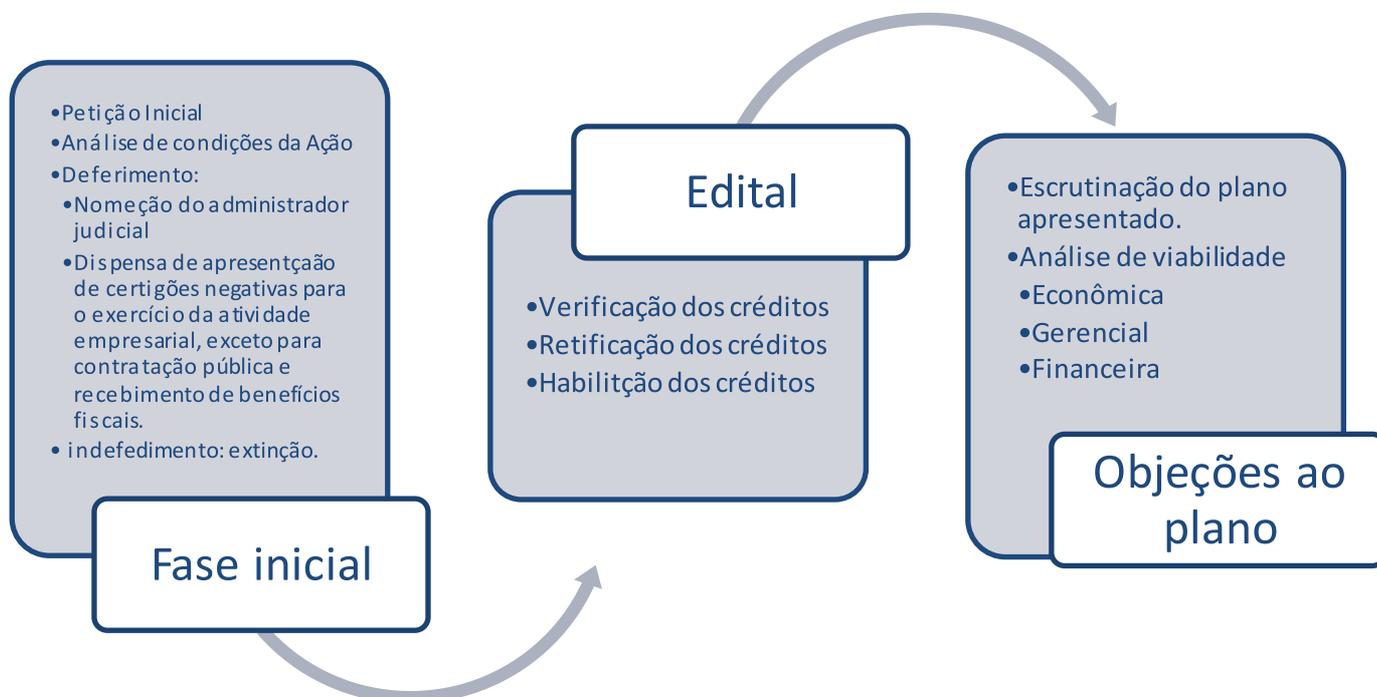
⁹⁸*Idem*. p. 385.

⁹⁹*Ob cit.*

¹⁰⁰CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 49-50.

As três principais fases do procedimento de recuperação judicial podem ser identificadas como a **fase inicial**, na qual é postulada a ação e julgada a sua admissibilidade, o lançamento do **edital** e o início do prazo para **objeções ao plano** por parte dos credores. Na terceira fase, ocorre a convocação da assembleia geral de credores, em sendo aprovado o plano a sentença de concessão do regime de recuperação judicial, a consequente execução do plano de recuperação judicial e a sentença de encerramento. A partir de agora, trataremos detalhadamente de cada etapa do procedimento (Figura 3):

Figura 3 - Fluxograma: da distribuição da RJ até a assembleia geral de credores



Fonte: Fluxograma criado pelo autor com base na LREF (2019).

A fase inicial é marcada pelo pedido inicial, na qual o devedor propõe a recuperação judicial ao juízo, que analisará inicialmente os pressupostos processuais e as condições da ação representados pelos requisitos discutidos sobre legitimidade e requisitos específicos à recuperação judicial.

Conforme Campinho:

Encontrando-se a petição inicial instruída nos termos das exigências do artigo 51, verificados no item anterior, o juiz deferirá o pedido do devedor e mandará processar a recuperação judicial. Cumpre frisar que este ato inicial do juiz não é o de concessão da recuperação judicial, mas simples determinação de seu processamento. A

sua concessão demandará a realização de uma série de atos processuais, sendo os de maior relevo a apresentação do plano de recuperação pelo devedor e sua submissão à manifestação dos credores, momentos esses necessários à conclusão do acordo processual a ser levado à confirmação judicial.¹⁰¹

O ato em questão, em que pese não seja o deferimento da recuperação judicial e sim o do seu processamento, possui importantes consequências. Estas serão abordadas nos pontos específicos da perícia prévia e dos efeitos em relação aos credores do *stay period* de 180 dias, mencionado entre os itens a seguir. Eis que:

Uma vez compreendido que foram alcançados estes requisitos iniciais, a sentença que deferir a inicial dará lugar aos seguintes procedimentos realizados pelo juiz¹⁰²:

1. Nomeará o administrador judicial
2. Dispensará da apresentação de certidões negativas o exercício da atividade empresarial
3. Determinará a suspensão por cento e oitenta dias das ações e execuções contra o devedor, ressalvadas as hipóteses do art. 6º § 1 e 2, 7º e ações de execuções promovidas pelos credores indicados no artigo 49, § 3 e 4.
4. Determinará a apresentação das contas demonstrativas mensais do negócio enquanto perdurar a recuperação judicial.
5. Ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais onde o devedor tiver estabelecimento
6. Determinará a publicação de edital que contenha
 - a. Síntese do pedido e da decisão que o concedeu
 - b. Relação de todos os credores
 - c. Advertência aos credores quanto aos prazos de habilitação de crédito e objeção ao pedido
 - d. Suspensão do curso de prescrição das dívidas da empresa, em conformidade com a regra do art. 6º caput.

O plano de recuperação judicial que, segundo Scalzili¹⁰³ deve discriminar de forma pormenorizada o modo como se dará o saneamento da empresa em crise, é a peça-chave da recuperação judicial, portanto, deverá conter a discriminação dos meios de recuperação a serem empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico e financeiro de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada¹⁰⁴. Além disso, deverá ser apresentado no prazo indicado pelo artigo 53 (60 dias contados

¹⁰¹CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 144.

¹⁰²VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 164.

¹⁰³SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 377.

¹⁰⁴*Idem*. p. 378.

do edital do art. 52, §1º que contém a decisão deferitória da inicial), sob pena de decretação de falência.

No sistema anterior, a lei pré-definia o plano independentemente da situação da empresa. Já na lei atual, o plano será construído pelo devedor, de acordo com a natureza e a extensão de sua crise. O plano pode ser dito, é resultado material das negociações entabuladas com os credores, que se formaliza em um documento¹⁰⁵.

Pode-se dizer, que o plano é livremente proposto pelo devedor aos credores e que as modalidades previstas no artigo 50 são meramente exemplificativas. Diante disso, o devedor, atendendo a regra do artigo 53, I, detalhará as modalidades recuperatórias podendo optar:

1. Por uma das modalidades descritas no art. 50
2. Por várias modalidades descritas no art. 50
3. Por uma combinação entre diversas modalidades previstas no art. 50.
4. Ou mesmo por uma modalidade não prevista no art. 50.

As duas condições de eficácia jurídica do plano estão descritas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 50, quais sejam: a) a cláusula que proponha a venda de bem dado em garantia deve ter a expressa autorização do credor beneficiário da garantia para que gere efeitos sobre ele, havendo sua substituição ou supressão. Se vários credores são beneficiários da mesma garantia, a negativa de alguns não afeta a cláusula nem repercute na decisão dos que com ela concordaram; b) a cláusula que proponha a conversão dos créditos em moeda estrangeira para moeda nacional também demanda a expressa concordância dos credores, mas sendo ineficaz contra aqueles que não a permitiram.

Já em relação às condições de validade do plano, estão previstas no art. 54, caput, e parágrafo único, as regras que o devedor não poderá ultrapassar, sendo elas: a) o plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos trabalhistas; b) o plano não poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento dos créditos eminentemente salariais vencidos nos últimos três meses e não superiores a 5 salários mínimos por credor.

A transgressão a essas restrições afeta apenas a cláusula nula e não o plano recuperatório e suas demais cláusulas.

¹⁰⁵VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 166.

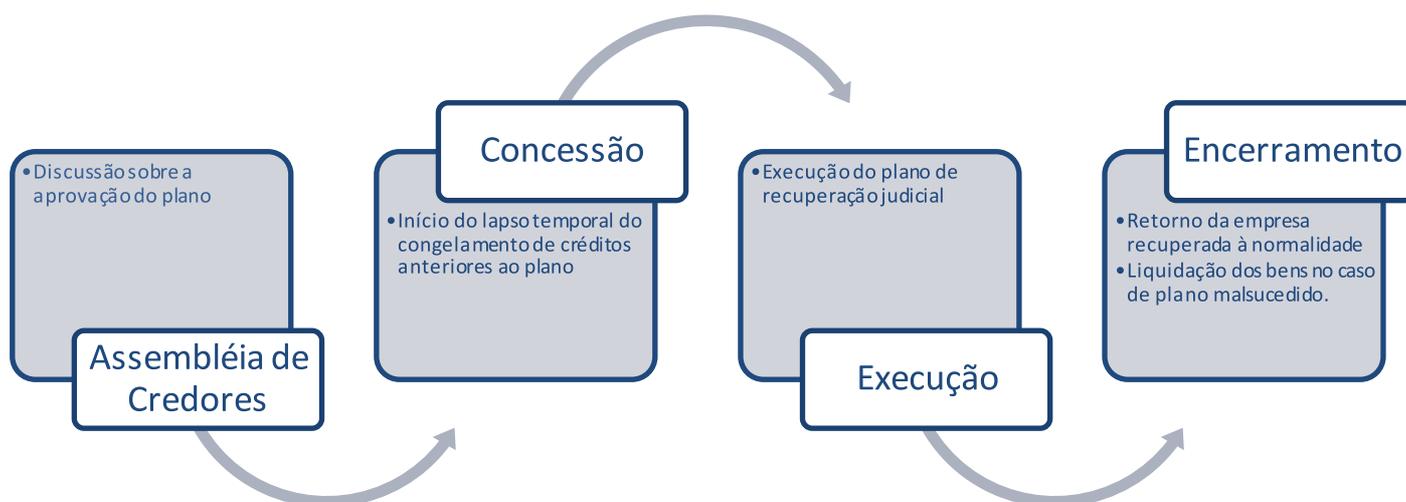
Após a apresentação do plano, os credores terão 30 dias para manifestarem objeção. A lei não criou uma regra de fácil assimilação, pois, na verdade, apresenta dois marcos iniciais possíveis para a contagem desse prazo. A regra do caput do art. 55 afirma que o prazo de 30 dias será contado a partir da publicação da listagem de verificação provisória dos créditos, elaborada pelo administrador judicial. Caso não possa garantir a integralidade do prazo, será supletivamente adotado o termo inicial de contagem previsto no parágrafo único do art. 55. Isso ocorre quando a listagem tiver sido publicada antes da apresentação do plano, pois os credores, por não o conhecerem, não poderão objetá-lo, e a entrega do relatório, após o trigésimo dia de contagem, significaria a impossibilidade de o credor exercer o seu direito de manifestação. Quando essa situação ocorrer, haverá edital específico para as objeções, sendo contado o prazo de 30 dias a partir de sua publicação.

Se houver objeções, ainda que seja defeso ao juiz, julgá-las materialmente, deverá ele reportar-se à proteção de algum bem jurídico do credor se for o caso, individual ou coletivamente pelos credores atingidos pela pretensão recuperatória.

Não rejeitadas as objeções, o juiz convocará a assembleia de credores na forma do art. 36, independentemente de requerimento específico¹⁰⁶. Na Figura 4, é apresentado um fluxograma que resume o processo.

Figura 4 Fluxograma da assembleia geral de credores ao encerramento da RJ

¹⁰⁶VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 169-170.



Fonte: Fluxograma criado pelo autor com base no conteúdo da LREF (2019).

Uma vez convocada pelo juiz, a deliberação se dará de acordo com a regra do art. 45, que exige um quórum especial para a sua aprovação. Possuem direito a voto os credores concursais, ou seja, os titulares de créditos sujeitos ao processo de recuperação judicial, listados numa das quatro classes a seguir e que constam no quadro geral de credores.

- I — credores trabalhistas;
- II — credores titulares de garantia real — penhor ou hipoteca, no limite do valor da garantia;
- III — credores quirografários — classificação residual;
- IV — microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP).

Se ainda não houver quadro geral de credores, será considerada a relação de credores apresentada pelo administrador judicial, ou, então, a relação apresentada pelo devedor, caso ainda não apresentada a segunda lista (LREF, art. 7º, §2º).

É considerada, para fins de quórum e votação, a lista de credores vigente na data da assembleia, com as alterações e inclusões determinadas por decisões proferidas em habilitações ou impugnações de crédito.

Todavia, não terão direito a voto em assembleia os titulares de créditos retardatários, salvo no caso de créditos trabalhistas. Conforme prevê o artigo 10, §1º da LREF, são considerados créditos retardatários aqueles objetos de habilitações

apresentadas após o prazo de 15 dias da publicação do primeiro edital, previsto no artigo 52, §1º da LRF (vide LREF, art. 7º, §1º).

Também não terão direito a voto, como destacado acima, os credores titulares de créditos extraconcursais, conforme expressa previsão do artigo 39, §1º da LREF.

Considera-se aprovado o plano se houver maioria dos votos em cada uma das classes. O quórum legal de aprovação é o seguinte, estabelecido pelo artigo 45, LREF:

- maioria simples de presentes (por cabeça) nas classes I e IV;
- maioria de presentes (por cabeça) e de créditos presentes (por valor) nas classes II e III.

Se o plano tiver sido rejeitado pela assembleia geral de credores, o juiz deverá decretar a falência. A LREF estabelece, ainda, quórum alternativo de aprovação, o chamado *cram down*, situação em que o juiz pode conceder a recuperação judicial, se presentes determinados requisitos legais estabelecidos no artigo 58, §1º da LREF. Ou seja, ainda que não haja a aprovação tal qual inicialmente prevista, se algum quórum específico for atingido, o plano de recuperação judicial é considerado aprovado. É uma segunda chance dada pela própria lei para a aprovação do plano. É relativamente comum, no cotidiano forense, a aprovação por *cram dow*, desde que atendidos alguns critérios previstos no art. 58, § 1º e 2º:

1. Aprovação pela maioria dos créditos presentes, independentemente de classes;
2. Aprovação em pelo menos duas classes, nos termos do art. 45, se a assembleia tiver sido composta por três classes, ou por uma classe se no encontro deliberativo somente duas se fizeram presentes, observando-se que nas classes II e III também haverá duas contagens, de credores e de créditos;
3. Na classe que houver rejeitado, ter o plano obtido mais de um terço de votos, de acordo com a regra do art. 45, ou seja, se for o caso mais de um terço na contagem por credor e maior de um terço na contagem por crédito
4. Não implicar tratamento diferenciado entre credores da classe que houver rejeitado o plano.

A ausência de um dos requisitos ou o não reconhecimento da função social resultará na falência.¹⁰⁷ É importante destacar que os requisitos serão examinados pelo magistrado em momento posterior à realização da assembleia geral, uma vez

¹⁰⁷ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173.

que, por lei, ele não preside a assembleia. O administrador judicial, ou, então, o credor que estiver na presidência deverá registrar em ata a dupla contagem de votos, na forma do art. 45 e na forma do art. 58, § 1º, pois, se o juiz não dispuser dessa informação, não terá condições de chegar a uma decisão.

Em havendo aceitação do plano pelos credores ou imposição judicial, o juiz deverá conceder formalmente a recuperação judicial, que dará legitimidade ao plano de reorganização, decisão da qual caberá agravo de instrumento.¹⁰⁸

O artigo 60, caput, e seu parágrafo único alteram o sistema recuperatório. Uma das formas de resolver a crise da empresa é pela venda de ativos, chamado de processo liquidatário, o que diminui os custos inerentes àquele patrimônio. No regime anterior, se a parcela patrimonial vendida fosse uma filial ou uma unidade produtiva, quem adquirisse corria o risco de ser considerado sucessor das dívidas daquela parcela. Um dos pressupostos da administração negocial “é a escolha racional da decisão correta. Uma filial que valesse R\$ 100.000,00 poderia custar três ou quatro vezes mais pelo risco de o adquirente ser considerado sucessor das dívidas, determinando a perda de sua atividade como negócio”.¹⁰⁹

Como forma de motivar esse tipo de transação, viabilizando a utilização dessa modalidade recuperatória, adotou-se como princípio da lei a não sucessão do adquirente nos débitos existentes no patrimônio adquirido. Dessa forma o terceiro que adquirir filial ou unidade produtiva de empresa em crise, submetida a um dos regimes jurídicos previstos na Lei n 11.101/2005, não será considerado devedor das dívidas que pesam sobre o patrimônio adquirido e o receberá livre de ônus, desde que duas condições estejam presentes:

- a) Na recuperação judicial essas vendas constem de cláusula do plano aprovado pelos credores, ou imposto pelo magistrado;
- b) A alienação do patrimônio se realize por meio de uma das formas descritas no art. 142.

Pela regra do art. 61, caput, o devedor poderá permanecer em recuperação judicial pelo prazo máximo de dois anos, contados da publicação da decisão judicial concessiva do regime¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 175.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178.

Uma questão que traz preocupação é o prazo do plano de reorganização. Uma vez que o prazo definido no artigo é de dois anos contados da concessão, pode o devedor propor para o seu plano um período de execução superior para o cumprimento de duas obrigações: a resposta positiva é evidente. Diante do princípio da liberdade de proposição, o devedor construirá o plano reorganizativo capaz de reverter a situação de crise que enfrenta, não existindo uma forma pré-concebida nem um prazo pré-definido. Assim, se, por exemplo, o devedor propuser um prazo de vinte anos para a execução total do plano e se os credores aprovarem a proposição temporal ou o magistrado impuser o plano, condicionado ao reconhecimento da função social, será este homologado pelo juiz a partir da concessão do regime¹¹¹.

O limite temporal que o art. 61 prescreve versa sobre a participação do juiz, do administrador judicial e do ministério público, bem como do comitê de credores, se constituído no plano; após este período, permanecerá a obrigação do devedor no cumprimento do plano tal como aprovado, porém sem a estrutura de apoio prevista na lei. Este efeito de alta significância, ainda que sofra algumas críticas, é o que decorre da regra do art. 64, a qual garante a manutenção do devedor ou de seus administradores na condução da atividade empresarial. Essa garantia de manutenção do administrador originário, instituído ou contratado, somente é vulnerada nas hipóteses do art. 64¹¹²:

1. Condenação definitiva do empresário ou administrador da sociedade por prática de crime cometido em anteriores processos de recuperação judicial; falência ou crime contra o patrimônio, economia popular ou ordem econômica (I).
2. Existência de indícios veementes de prática, no processo recuperatório em tramitação, de delito previsto na Lei (II);
3. Ação dolosa simulada, fraudulenta ou contrária aos interesses dos credores (III);
4. Demonstração inequívoca de gestão temerária, na forma do art. 64, IV, alíneas "a" à "d";
5. Recalcitrância na prestação de informações solicitadas pelo administrador judicial ou por membros do comitê (artigo 64, V);
6. Proposição constante no plano recuperatório aprovada pelos credores (artigo 64, VI).

Nessas situações, a destituição será formalizada pelo magistrado e, por força disso, somente poderá ocorrer nos dois primeiros anos de execução material do plano nos moldes da reorganização judicial. Após a desconstituição do administrador,

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179.

deverá o juiz convocar uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a matéria. Entre a decisão de desconstituição e a nova assembleia, o administrador judicial assumirá as funções gerenciais na empresa em recuperação. Em se tratando de decisão judicial que afete os interesses pessoais do empresário destituído, este poderá recorrer da decisão por agravo de instrumento¹¹³.

Finalmente, a lei buscou incentivar os credores que apoiarem o devedor sob regime de recuperação, na forma do art. 67 caput, que dá aos créditos decorrentes de operações negociais durante a recuperação condição de créditos extraconcursais no caso de falência do devedor. Já o parágrafo único do mencionado artigo dá o benefício ao credor que apoiar o devedor de alçar-se à categoria de privilégio geral em relação aos direitos gerados antes da recuperação judicial.¹¹⁴

Segundo Neto¹¹⁵, as consequências do não cumprimento das obrigações sujeitas ao regime recuperatório, em um e outro período, variam da seguinte forma:

1. Durante o período de vigência do regime de recuperação judicial (dois anos contados da prolação da decisão concessiva), o não cumprimento das obrigações assumidas com os credores submetidos ao alcance dos efeitos do regime recuperatório implicará a convolação da recuperação judicial em falência que poderá ser por esses requerida, assim como pelo administrador judicial, pelo Ministério Público, ou de ofício pelo Juiz;
2. Após o período de vigência do regime de recuperação judicial (a partir do segundo ano) enquanto o plano não estiver totalmente cumprido, apenas os credores cujas obrigações tenham deixado de ser satisfeitas poderão promover a execução do título executivo ou ingressar com ação judicial de falência, na conformidade da regra do art. 62, caput.

Se ao final de dois anos as obrigações até então vencidas foram cumpridas, o juiz prolatará sentença de encerramento do processo judicial de recuperação, mantidas as obrigações vincendas que tornar-se-ão exigíveis à medida de seu vencimento.¹¹⁶

Como visto ao longo deste tópico, há diversas formas de conversão do instituto da recuperação judicial em falência liquidatória, quais sejam:

- a) deliberação da assembleia geral de credores: mediante não aprovação do plano*;

¹¹³ *Ibidem*. p. 181.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 178.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 179.

- b) Não apresentação do plano de recuperação judicial tempestivamente*;
- c) Descumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Neto¹¹⁷ indaga como pode haver convolação se não havia sido conferido o regime de recuperação judicial nesse momento? Não haveria que se falar em conversão do instituto, mas sim realizar a abertura de novo procedimento. No entanto, apesar da crítica, é visível o avanço da LREF em relação ao antigo Decreto-Lei das Falências e Concordatas. As modificações vieram para possibilitar que a empresa em crise se reerga, sem descuidar dos direitos dos credores, criando um ambiente para negociação.

Prover a dignidade e o trabalho é tarefa do Estado, mas, muitas empresas realizam essa tarefa, desonerando-o. Vivemos um momento de crise acentuada, e a LREF tem o propósito de ser uma lei ágil, rápida em gerar segurança jurídica, sendo uma forma de intervenção estatal para dar condições às empresas economicamente viáveis de se recuperarem. O número de pedidos de recuperação judicial cresce aritmeticamente, com valores envolvidos cada vez mais expressivos, aumentando o custo do Poder Judiciário e a responsabilidade do juiz ao deferir ou não tal tutela. O Poder Judiciário não está mais diante de concordatas antigas; está lidando com recuperações judiciais de alta complexidade, algumas transnacionais, de números estratosféricos, que exigem do juiz muito mais conhecimento e bom senso¹¹⁸.

2.2 Perícia prévia

As primeiras perícias prévias de que se tem notícia ocorreram quase que simultaneamente ainda em 2005, ano da promulgação da LREF, nos famosos casos da VASP, no processo n° 000.05070715-9, que tramitou perante a recém inaugurada 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, e da VARIG, sob o processo n° 2005.001.072887-7, distribuído perante a 8ª Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro/RJ. As duas maiores companhias aéreas nacionais passaram por

¹¹⁷ *Idem.* p. 174.

¹¹⁸ Conclusões extraídas na participação do evento promovido pelo Instituto dos Magistrados do Brasil, I Seminário "A Crise das Empresas – Direito Empresarial em Perspectiva" realizado dia 23 de agosto de 2019 no auditório da EMERJ, Rio de Janeiro/RJ.

sérias dificuldades financeiras e econômicas, decorrentes do congelamento do preço das passagens na década de 90¹¹⁹, somado à abertura do mercado para companhias estrangeiras e à alta do dólar, em 2002, que chegou à casa dos R\$ 4,00¹²⁰.

A crise deflagrada no setor da aviação levou ambas as empresas a ingressarem quase, simultaneamente com os pedidos de recuperação judicial. A Varig o fez em 17 de junho de 2005, e a petição inicial foi distribuída para a 8ª Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro, que determinou perícia na documentação exigida pelo art. 51 da LREF. Após o resultado da perícia realizada para examinar os requisitos contábeis, o laudo indicou pendência de documentos e, somente após a regularização, foi determinado seu deferimento, em 22 de junho de 2005, nos seguintes termos:¹²¹

Isto posto, considerando presentes e atendidos os requisitos exigidos pelo artigo 51, da Lei nº 11.101, de 09.02.05, ratifico a nomeação da empresa CYSNEIROS VIANNA ADVOGADOS ASSOCIADOS como ADMINISTRADOR JUDICIAL, conforme fls. 1.659, (1) defiro o processamento da recuperação judicial; (2) determino a dispensa da apresentação de certidões negativas para que as devedoras exerçam suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais creditícios, acrescendo, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelas autoras, após o respectivo nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial"; (3) ordeno a suspensão de todas as ações ou execuções contra as devedoras, na forma do art. 6º da mesma lei, tudo nos exatos termos do item III do respectivo art. 52; (4) determino às devedoras a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto durar a recuperação judicial, sob a sanção da lei; (5) ordeno a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e todos os Estados e Municípios em que as devedoras tiverem estabelecimento, conforme elas próprias também informarão no mesmo prazo de 48 horas acima referido; (6) determino, finalmente, a expedição de edital para publicação no órgão oficial, que conterà os requisitos dos três itens do § 1º do mesmo art. 52. P.R.I. Rio de Janeiro, 22 de junho de 2005. Alexander dos Santos Macedo. Juiz de direito.

A VASP também ingressou com pedido de recuperação judicial em junho de 2005, perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, pois, em fevereiro do mesmo ano teve suas atividades paralisadas em razão de uma

¹¹⁹G1. **Conheça mais sobre a história da Varig.** Março 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL15310-9356,00-CONHECA+MAIS+SOBRE+A+HISTORIA+DA+VARIG.html>. Acesso em: ago. 2019.

¹²⁰G1. **Dólar a R\$ 4:** como o Brasil era em 2002 e como está hoje. Set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/dolar-r-4-como-o-brasil-era-em-2002-e-como-esta-hoje.html>>. Acesso em: ago. 2019.

¹²¹BRASIL. Tribunal de Justiça/RJ. **Processo nº 2005.001.072887-7– Juiz. Alexander dos Santos Macedo-j. em 10.07.2005.**

intervenção decretada pela Justiça do Trabalho, decorrente de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho de São Paulo/SP.

Manoel Justino¹²², em seu primeiro livro sobre a nova lei, transcreve o despacho do então juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, Alexandre Lazzarini, que se viu diante do primeiro caso complexo de recuperação judicial, após longos anos de vigência do decreto-lei 7.661/45. Assim decidindo em 04 de julho de 2005¹²³:

"Vistos.

- (1) Postula a Viação Aérea São Paulo S.A. Vasp a recuperação judicial, nos termos da Lei 11.101/2005(LRE).
- (2) Todavia, como ela mesma anota, não preenche os requisitos do art. 51(f.), razão pela qual sustenta a necessidade de concessão de prazo suplementar. Vários documentos, observe-se, faltam como anotado pelo Cartório desta 1ª Vara de Falências(f). Ocorre que tal prazo suplementar seria de 10 dias (CPC, art.284).
- (3) Uma questão, inusitada, porém, justifica no caso concreto, uma análise diferenciada: a empresa em crise está sob intervenção judicial, por decisão de 27.05.2005, determinada pela Justiça do Trabalho (14.ª Vara do Trabalho de São Paulo, Processo 0057.2005.014.02.00-8) em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho.
- (4) Ao que tudo indica, os interventores têm a intenção de, ao menos, reorganizar a Vasp no aspecto administrativo, de modo a viabilizar a apuração da situação da empresa.
- (5) Entretanto a Lei 11.101/2005 é clara e quando fixa os requisitos para a postulação do processamento da recuperação judicial (art. 51), o faz considerando eles necessários para que o instituto preserve os seus princípios fundamentais (art. 47).
- (6) Assim:
 - a) Entre as fs. 10e 11 da petição inicial faltou alguma frase. Regularize a devedora, em querendo;
 - b) em face da peculiaridade da intervenção existente e do tamanho da empresa, de cunho nacional, nomeio o advogado Alfredo Luis Kugelmas e o contador José Vanderlei Masson dos Santos, endereços em cartório, para verificarem se a devedora terá condição, e quanto tempo aproximadamente em caso positivo, para apresentar os documentos exigidos no art. 51, II e VIII, da LREF, bem como se os documentos a que se referem os incisos III e IV do mesmo art. 51, e os demais exigidos, estão formalmente em ordem e de acordo com os dados contábeis da empresa (LREF, art. 51, § 1º), no prazo de 20 (vinte) dias.
 Observo que não se discute a viabilidade da recuperação judicial neste momento, mas, tão somente, a possibilidade de se preencher os requisitos legais para se obter o processamento. Assim, os ilustres peritos não devem se manifestar quanto aquele fato.
 Para tanto, fixo os honorários de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) para cada um, que deve ser depositado em 5 (cinco) dias. Deposite a devedora os honorários.

¹²²BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação Judicial:** decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

¹²³BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo o nº 000.05070715-9 – Juiz. Alexandre Lazzarini-j. em 04.07.2005.**

- (7) Após, será decidido a respeito de prazo para aditamento e quanto as intimações requeridas, anotando-se, porém, que as custas deverão ser recolhidas, em prazo a ser fixado".

Conforme Alexandre Tajra,¹²⁴ a nomeação do advogado Alfredo Luiz Kugelmans levou em consideração sua vasta experiência no direito falimentar, pois atuava exclusivamente como administrador judicial, juntamente com o contador José Masson dos Santos, especialista em laudos e verificações sobre documentos e livros contábeis em casos de recuperação judicial e falências: "Tais profissionais tiveram a incumbência de verificar a possibilidade de preenchimento dos requisitos elencados no artigo 51 da LRE, o que não se confunde com a discussão da viabilidade da recuperação judicial."

Frisou-se, então, que não estava em questão a viabilidade da empresa, mas tão somente a verificação da adequação dos documentos apresentados pela recuperanda. Portanto, tratava-se de uma questão de mera formalidade.

A decisão que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial da VASP só foi publicada em 13 de setembro de 2005, ou seja, quatro meses após sua distribuição¹²⁵.

Já a "perícia prévia" desenvolvida por Costa, ao final de 2011, teve origem no pressuposto de que na LREF deve "necessariamente existir uma divisão equilibrada do ônus entre credores e devedor, tendo como contrapartida o valor social do trabalho e de todos os benefícios decorrentes da manutenção da atividade produtiva"¹²⁶.

Costa explica que a origem da perícia prévia se deu em razão de situações reais ocorridas a partir de 2011 em processos ajuizados perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, conforme artigo publicado no jornal Migalhas,¹²⁷ em 03 de abril de 2018:

Em alguns pedidos de recuperação judicial, depois de deferido o processamento do pedido (com imposição do *stay period* aos credores em geral) e por ocasião da primeira visita que o administrador judicial nomeado

¹²⁴TAJRA, Alexandre; GIANANTE, David C. **O Caso da recuperação judicial da VASP (Viação Aérea São Paulo S.A)**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 142.

¹²⁵ *Idem*. p. 143.

¹²⁶ COSTA, Daniel Carnio. Teoria da Distribuição Equilibrada do ônus na Recuperação Judicial da Empresa. São Paulo, **Carta Forense**, p.B18-b.18, 07 nov.2013.

¹²⁷ COSTA, Daniel Carnio. **A perícia prévia em recuperação judicial de empresas: fundamentos e aplicação prática**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046-A+pericia+previa+em+recuperacao+judicial+de+empresas+Fundamentos+e>>. Acesso em: jul. 2019.

fazia ao estabelecimento comercial da devedora, se constatava que a empresa não tinha mais qualquer atividade, nem tinha condições de gerar qualquer benefício decorrente da atividade empresarial. Tratavam-se de empresas que só existiam formalmente, no papel, mas que não geravam empregos, nem circulavam produtos ou serviços, nem tampouco geravam tributos ou riquezas. Em outros casos, deferia-se o processamento da recuperação judicial com base na análise meramente formal feita pelo juiz sobre a documentação apresentada pela devedora. Depois, quando o administrador judicial realizava a análise técnica desses documentos (com o auxílio de sua equipe multidisciplinar), descobria-se que os documentos estavam completamente falhos, incompletos e não refletiam a real situação da empresa.

Mas essas não eram as únicas inconveniências. Foram presenciadas situações ainda piores, nas quais se constatava que o pedido de recuperação judicial era parte de um esquema fraudulento contra os credores, mas somente depois que o processo de recuperação judicial já estava em andamento, quando a devedora/fraudadora gozava da proteção judicial contra os seus credores decorrente do processamento do pedido recuperacional.

Diante dessas situações, pensava o juízo consigo mesmo: qual é o sentido de se iniciar o processo de recuperação judicial, impondo aos credores e à sociedade como um todo os pesados ônus da recuperação da empresa (renegociação dos créditos, alteração das condições originais dos negócios firmados com a devedora e suspensão das ações e execuções já ajuizadas contra a devedora) se, desde logo, já se pode verificar que a empresa devedora não gera os benefícios que a lei busca preservar através da aplicação da recuperação judicial? O que justifica impor aos credores esses ônus se não haverá uma contraprestação de interesse social/público que corresponda àquele sacrifício imposto aos credores?

Surgiu a necessidade, portanto, de se desenvolver um mecanismo de verificação prévia da documentação técnica apresentada pela devedora e de suas reais condições de funcionamento como forma de se garantir a efetividade da recuperação judicial, sua adequada aplicação em benefício da sociedade e da economia nacional, combatendo-se o uso desviado e fraudulento da Justiça.

Portanto, o juiz se utiliza da perícia prévia desde 2011 quando começou a observar que em algumas situações, os documentos juntados em cumprimento ao art. 51 da LREF não correspondiam.

Ninguém melhor do que o criador da perícia prévia para conceituá-la. Daniel Crânio Costa¹²⁸, a definiu em artigo intitulado “A perícia prévia em recuperação de empresas – Fundamentos e aplicação prática”, publicado no jornal “Migalhas,¹²⁹” em 03 de abril de 2018:

¹²⁸ Juiz Titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, atualmente atua como juiz auxiliar na Coregedoria Nacional de Justiça (2018/2020), membro do Grupo de Trabalho do CJN criado pela Portaria 162 de 19 de dezembro de 2018, integrante da Comissão de Juristas criada pelo Ministério da Fazenda (Portaria nº 467/2016) que elaborou o Projeto de Lei 10.220/2018 de reforma da Lei de Falências e Recuperação Judicial.

¹²⁹ COSTA, Daniel Carnio. **A perícia prévia em recuperação judicial de empresas: fundamentos e aplicação prática.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046-A+pericia+previa+em+recuperacao+judicial+de+empresas+Fundamentos+e>>. Acesso em: jul. 2019.

A perícia prévia consiste em uma constatação informal determinada pelo magistrado antes da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com a finalidade de averiguar a regularidade da documentação técnica que acompanha a petição inicial, bem como as reais condições de funcionamento da empresa requerente, de modo a conferir ao magistrado condições mais adequadas para decidir sobre o deferimento ou não do início do processo de recuperação judicial.

A perícia prévia tem por objetivo impedir que as empresas manifestamente inviáveis se beneficiassem dos efeitos decorrentes do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, postergando a inevitável falência, o que cria um custo desnecessário ao Poder Judiciário, além de custos de transação, prejudicando os trabalhadores, o fisco e os demais credores.

A perícia prévia busca identificar a existência de uma das quatro situações que podem impedir o deferimento do processamento da recuperação judicial, sendo elas:

- a) incompletude ou inconsistência da documentação;
- b) inexistência de atividade empresarial;
- c) fraude;
- d) incompetência do juízo.

É importante ressaltar que a orientação da utilização da determinação de perícia prévia não é sistêmica: ela deve ser utilizada somente quando o juiz sentir necessidade e especialmente quando existir dúvida sobre a existência da empresa ou inconsistência dos documentos juntados. Com base nisso, Costa, em 2012 em um dos primeiros casos, decidiu¹³⁰:

Nesse sentido, não obstante a Lei nº 11.101/05 não tenha previsto expressamente uma perícia prévia de análise da documentação apresentada pela empresa requerente da recuperação judicial, o fato é que tal perícia deve ser inferida como consequência lógica do requisito legal estabelecido como condição para o deferimento do seu processamento, qual seja, a regularidade da documentação apresentada pela devedora. Ademais, tal interpretação atende aos fins econômicos, sociais e jurídicos do instituto da recuperação judicial. A experiência tem demonstrado que o inadvertido deferimento do processamento da recuperação judicial, apenas com base na análise formal dos documentos apresentados pela devedora, tem servido como instrumento de agravamento da situação dos credores, sem qualquer benefício para a atividade empresarial diante da impossibilidade real de atingimento dos fins sociais esperados pela lei. Não se busca, evidentemente, uma análise

¹³⁰BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo nº0043599-63.2012.8.26.0100 da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – 29.08.2012.**

exauriente e aprofundada da empresa, mas tão somente uma verificação sumária da correspondência mínima existente entre os dados apresentados pela devedora e a sua realidade fática. Deferido o processamento, caberá aos credores decidir sobre a conveniência do plano de recuperação a ser apresentado pela devedora. Nesse primeiro momento, repita-se, busca-se apenas e tão somente conferir a regularidade material da documentação apresentada pela devedora. Não dispondo a Vara de equipe técnica multidisciplinar para análise da adequação da documentação juntada pela empresa devedora, se faz necessária a nomeação de perito para realização de avaliação prévia e urgente, a fim de fornecer elementos suficientes para que o juízo decida sobre o deferimento do processamento do pedido, com todas as importantes consequências decorrentes de tal decisão. Diante do exposto, antes de decidir sobre o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, determino a realização constatação da real situação de funcionamento da empresa, bem como de perícia prévia sobre a documentação apresentada pela requerente, de modo a se constatar sua correspondência com os seus livros fiscais e comerciais.

Da decisão foi interposto Agravo de Instrumento para a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que conheceu o recurso e negou provimento por votação unânime¹³¹, de onde destacamos o seguinte trecho, onde foi relator o Desembargador Teixeira Leite:

A decisão que defere o processamento, portanto, deve ser proferida com mínima cautela e rigor. Não pode o julgador mostrar-se indiferente de um caso concreto, em que haja elementos robustos a apontar a inviabilidade da recuperação ou mesmo utilização indevida e abusiva de benesse legal.

Mais tarde, este entendimento foi consolidado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se manifestou ao julgar o Agravo de Instrumento n° 2058626-90.2014.8.26.0000, em 03 de Julho de 2014:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de processamento. Determinação de realização de perícia prévia, para auxiliar o juízo na apreciação da documentação contábil (art. 51 II LREF) 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 LREF c/c art. 145 CPC. Com relação à constatação da real situação de funcionamento das empresas, 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

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento 0194436-42.2012.8.26.0000 – Re. Teixeira Leite-j. em 02.10.2012.**

integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso desprovido.

Diante de repetidos posicionamentos do TSJP transcritos no Agravo de Instrumento nº 0194436-42.2012.8.26.000 julgado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial:

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. Recurso 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).

E no agravo de Instrumento nº 2008754-72.2015.8.26.0000 julgado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial:

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: 20087547220158260000 SP 2008754-72.2015.8.26.0000, Relator: Ramon Mate-o Júnior, Data de Julgamento: 16/03/2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 19/03/2015)

A perícia prévia recebeu a chancela daquele Tribunal, tendo sido objeto do Enunciado n° 7¹³² do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado no dia 23 de agosto de 2019, no qual lê-se que:

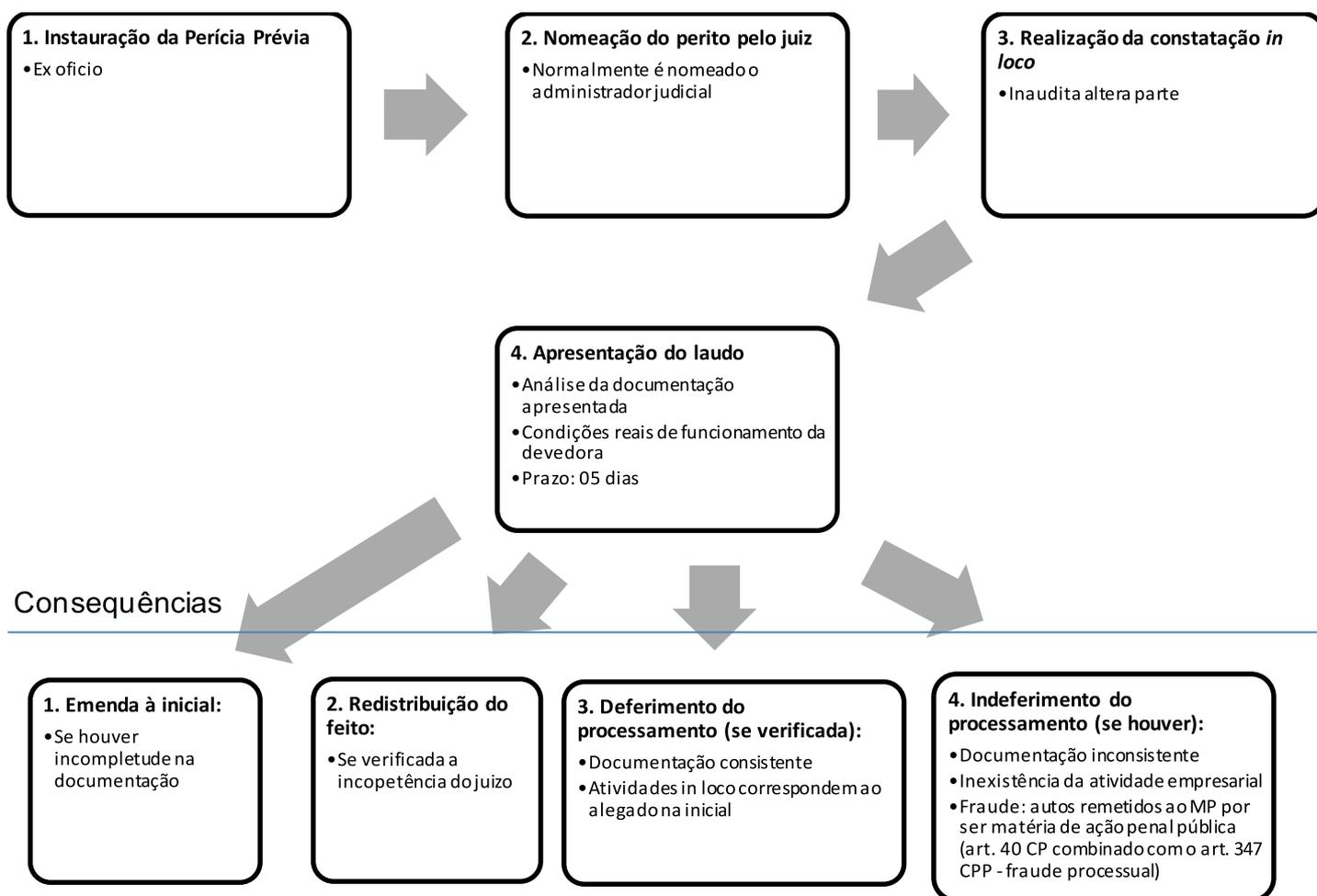
Não obstante a ausência de previsão legal, nada impede que o magistrado, quando do exame do pedido de processamento da recuperação judicial, caso constate a existência de indícios de utilização fraudulenta ou abusiva do instituto, determine a realização de verificação prévia, em prazo o mais exíguo possível.

Buscando a didática, resumimos o funcionamento do mecanismo da perícia prévia, o resultado das constatações e seus efeitos por meio da Figura 5:

Figura 5 - Fluxograma do procedimento da perícia prévia

Procedimento

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>>. Acesso em: set. 2019.



Fonte: Fluxograma criado pelo autor com base na dinâmica do procedimento da perícia prévia e na LREF (2019).

O art. 51 da LREF estabelece que a empresa requerente deve juntar uma lista de documentos contábeis, fiscais e econômicos que se destinam a fornecer ao juízo um conhecimento mínimo da situação da crise da empresa, os quais, em grande parte, servem de meio de prova das alegações feitas. Como já demonstrado, dispõe o art. 52 da LREF, “estando em termos a documentação exigida no art.51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial”.

Uma vez formulado o pedido de recuperação judicial, cabe ao juiz decidir se defere ou não o processamento. Não se trata ainda da concessão da recuperação judicial, “mas apenas o juízo de admissibilidade, do processo, da autorização para que se inicie o processo recuperacional”¹³³.

¹³³BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 109.

Em outras palavras “o despacho de processamento inaugura o procedimento verifica tório da viabilidade da proposta para que se conclua sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e conseqüente falência do devedor.”¹³⁴

Com base nos argumentos desenvolvidos que demonstraram a importância dos efeitos do “*star period*” pergunta-se: se a empresa requerente juntar os documentos elencados no artigo 51, II, da LREF, o juiz deve exercer uma conduta meramente formal, fazendo apenas um *checklist* da documentação e, de forma automática aplicar o disposto no artigo 52,III?

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
(...)

II - as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III - a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV - a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V - certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI - a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII - os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII - certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

(...)

III - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.

¹³⁴FÁZZIO JÚNIOR, Walter. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

Costa¹³⁵ entende que não e justifica que deve ser analisado o conteúdo a fim de verificar eventual inviabilidade patente da requerente:

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 investidores etc.

(...)

Se não for possível aferir a viabilidade da empresa nesse momento inicial, pode ser possível aferir-se, ao contrário, a sua evidente inviabilidade. Essa deve ser a preocupação do juiz no momento inicial.

É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que não tenha atividade por logo período, não tenha funcionários, não produza, não recolha tributos, não tenha mais sede, não tenha patrimônio sequer compatível com o desenvolvimento mínimo da atividade empresarial pretendida etc.

(...)

Não seria razoável que o juiz deferisse o processamento da recuperação judicial, blindando o patrimônio dessa empresa em relação aos seus credores, se já é possível concluir desde logo que não será possível a divisão equilibrada do ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial.

Segundo Maria Eugênia Finkelstein,¹³⁶ o juízo de admissibilidade da demanda “consiste na atividade judicial cognitiva, com carga decisória, de exame da presença dos requisitos legais exigidos para o processamento do feito, podendo ser positivo, negativo ou ordinatório”.

Nos termos da Lei, verificadas as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, o qual, apesar de ser geralmente chamado de despacho inicial, terá natureza jurídica de decisão interlocutória¹³⁷.

Costa¹³⁸ esclarece o propósito da decisão que determina a perícia prévia “possui o escopo de proporcionar ao Juízo a elucidação de pontos importantes para verificação da presença das condições da ação, levando-se em consideração a dinâmica do procedimento da recuperação judicial.”

¹³⁵ COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o processo de insolvência**: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processo. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.102-103.

¹³⁶ FILKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito empresarial**: recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção doutrina, processos e procedimentos, v. 3). p. 237.

¹³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. São Paulo, **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, Ed. RT, v. 63, jan. 2014. p. 131.

¹³⁸ COSTA, Daniel Carnio. **Prática de insolvência empresarial**: decisões judiciais em recuperação judicial e falências. Curitiba: Juruá, 2019. p. 15.

O despacho que defere ou indefere o pedido de processamento da recuperação judicial não é mero impulso processual, segundo Maria Celeste Morais¹³⁹:

[...] não se trata apenas de um ato de impulso do processo, deferindo o requerimento do autor. Mas, sim, de decisão, eis que importa em deliberação do juiz no sentido de constituir um novo estado de direito, cujos efeitos repercutirão não só para o autor – o empresário ou sociedade empresária, como também para os credores e demais terceiros interessados que serão afetados por este novo estado, que é o da recuperação judicial.

O sistema jurídico da LREF traz consigo uma série de normas de conteúdo tanto material quando processual, que não pode ser aplicada de maneira isolada, devendo ser interpretada com o sistema jurídico pátrio de forma geral. A petição inicial da ação de recuperação judicial deverá obedecer ao disposto no art. 319, III¹⁴⁰, e no art. 320¹⁴¹ do Código de Processo Civil, no que for aplicável às peculiaridades da ação de recuperação, contendo a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; em termos mais detalhados, deve ser instruída com a relação de documentos contida nos incisos do art. 51 da LREF.

Portanto, a legalidade do despacho que determina a realização da perícia prévia, aparentemente sem dispositivo legal que autorize tal prática, tem fundamento nos:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1.º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2.º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3.º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

¹³⁹ GUIMARÃES, Maria Celeste. **Artigo do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na Nova Lei N. 11.101/2005.** Cabe Recurso? Disponível em: <<http://mariacelesteadv.com.br/do-despacho-de-processamento-da-recuperacao-judicial-de-empresas-na-nova-lei-n-11-1012005-cabe-recurso/>>. Acesso em: ago. 2019.

¹⁴⁰ Art. 319. A petição inicial indicará (...)

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

¹⁴¹ Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação

§ 4.º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

§ 5.º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação:

(...)

§ 2.º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3.º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Todos do Código de Processo Civil combinados com o art.189¹⁴² da LREF. Sendo que o eventual indeferimento se dá com base no art. 330¹⁴³, inc.III do Código de Processo Civil.

Para Alvim, a existência do processo não indica por si só, validade. Pode instaurar-se, assim, um processo mediante uma demanda inválida. Será o caso de petição inicial inepta¹⁴⁴.

Janaína Campos Mesquita Vaz¹⁴⁵ discorre sobre a verificação *in status assertionis*, da viabilidade econômica da empresa:

Além da análise da exposição a respeito das causas concretas da crise financeira da empresa e de sua situação patrimonial efetiva, MEDINA e HULBER sustentam que o magistrado deve também analisar, como condição da ação de recuperação judicial a viabilidade, mesmo que em tese, da empresa se soerguer após a concessão dos benefícios da recuperação judicial.

¹⁴² Art. 189. Aplica-se a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

¹⁴³ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:
(..)III - o autor carecer de interesse processual.

¹⁴⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processos de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 197.

¹⁴⁵ VAZ, Janaína Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. São Paulo: Almedina, 2018. p. 89.

O ato de decidir, “além de técnica processual, é também ato de poder”¹⁴⁶, portanto, o juiz deve fundamentar sua decisão, uma vez que é justamente por meio análise da fundamentação, que a sociedade saberá se a decisão judicial foi ou não fruto da aplicação da lei ao caso concreto.

Para Nelson Nery Junior, “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que convenceram a decidir a questão daquela maneira”¹⁴⁷. A fundamentação possui aplicação substancial, e não meramente formal, sendo necessário que o juiz deve exteriorize, na decisão judicial, a base fundamental da sua decisão¹⁴⁸.

Carlos Roberto Claro, discorrendo sobre a importância do juiz no recebimento do pedido de recuperação judicial, ressalta que “é o juiz de primeiro grau de jurisdição que está à frente de tais processos; é ele quem sente de perto o que de fato ocorre no processo de falência”.¹⁴⁹

Toledo e Pugliese¹⁵⁰ compartilham do mesmo entendimento quanto aos requisitos do ajuizamento:

Negócios incipientes que sequer tenham conseguido fixar-se no exercício de sua atividade não merecerão a tutela oferecida pela recuperação judicial. O requisito, bem por isso, relaciona-se com a viabilidade da empresa, sob a perspectiva de que o empresário que sequer conseguiu superar as primeiras dificuldades de implementação de seu negócio certamente não estará habilitado a prosseguir em sua atividade.

Entendemos que o Novo Código de Processo Civil concedeu ao juiz mais autonomia para desenvolver suas funções, sem que isso implique ativismo jurisdicional¹⁵¹ que cause prejuízo ao sistema processual.

¹⁴⁶ GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 119.

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios no processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ CLARO, Carlos Roberto. **Temas de recuperação empresarial e falência**. Curitiba: Íthala, 2012. p. 51.

¹⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5) p. 185.

¹⁵¹ STRECK, Lênio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: ago. 2019.

No entanto, Candido Rangel Dinamarco¹⁵² não vê problemas no ativismo judicial e adota-o, advertindo que o processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal:

[...]

Essa concepção radical tende no entanto a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo (ativismo judicial: supra, n. 88). Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução.

(...)

Acima de todas essas razões paira ainda a consciência de que no Estado moderno a jurisdição é uma função pública por excelência, voltada a escopos associados ao interesse da sociedade como um todo (escopos sociais, políticos, jurídicos): aos juizes não cumpre atuar como meros homologadores de condutas dos particulares.

O ativismo do julgador tem sido prestigiado pelos Tribunais Superiores, conforme se pode ver do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux¹⁵³, que, em 2003, ao julgar o REsp. n.º 540179/SP, adotou a tese da posição ativa do juiz na condução do processo, entendendo que o ativismo judicial deve ser prestigiado enquanto postura positiva do juiz na boa condução do processo, com vistas a promover a razoável duração do processo e a celeridade na sua tramitação (art. 5º LXXVIII CF¹⁵⁴), sem se esquecer da segurança jurídica que deve permear todo e qualquer procedimento:

De tudo quanto foi exposto, revela-se evidente que, à luz do moderno Direito Processual Civil, prestigia-se o ativismo judicial a fim de se alcançar a efetivação da justiça, por isso que incumbia ao Tribunal de origem, uma vez verificada a divergência na valoração da prova pericial, determinar a realização de nova perícia ou requerer esclarecimentos ao vistor oficial.

Márcia Cláudia Gangana¹⁵⁵ entende que o juiz deve estar comprometido com a devida tutela jurisdicional:

¹⁵²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 227.

¹⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 540179-SP, j. 16.12.2003**.

¹⁵⁴CF Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁵⁵MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. São Paulo, **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, Ed. RT, v. 63, jan. 2014. p. 463.

[...] o novo Código de Processo Civil, além de atribuir obrigações, ônus e faculdades para o autor e para o réu, inaugurou um sistema processual constitucional, embasado em normas fundamentais, que garantem ao jurisdicionado um pronunciamento integral, justo, coerente e motivado. Destarte, o inadimplemento das obrigações atribuídas pela lei processual civil ao Estado-Juiz acarreta responsabilidades.

Infere-se pois, que o juiz deixou de ser um mero expectador e destinatário, assumindo uma condição mais participativa e tornando-se um verdadeiro sujeito ativo do processo, que deve cooperar com os demais sujeitos para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, aquém lhe é de direito.

Medina¹⁵⁶ defende que o juiz não é um mero espectador e deve, além de conduzir, fiscalizar o processo:

Ainda que o papel central no processo de recuperação seja exercido por devedore credores, cabe ao Judiciário a importantíssima função de condução e fiscalização do processo. Dentre as incumbências do exercício da função jurisdicional está o juízo de admissibilidade da demanda, com a análise do preenchimento da condição da ação e dos pressupostos processuais.

Diante de eventual deficiência do liame lógico entre a exposição concreta de causas e motivos da crise econômico-financeira e os documentos comprobatórios do alegado que instruem a petição inicial ou, ainda, de mera dificuldade na cognição dos referidos documentos, o juiz pode determinar a realização de perícia contábil sobre os documentos do art. 52, II, da LRF.

Partindo de uma interpretação sistêmica, concluímos que as novas regras processuais primam claramente pela prevalência do princípio da verdade substancial. “Eis a função primordial do processo: conhecer (*cognocere*); e essa é a matriz legitimamente de toda a atividade jurisdicional.”¹⁵⁷

Beneduzi¹⁵⁸ entende que preocupação é absolutamente normal a qualquer pessoa que se veja na incumbência de estudar o processo e tomar uma decisão, analisando com cautela as provas:

Não há dúvida de que a função dos fatos (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a sua investigação ocupe boa parte das regras do CPC de 2015. Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos

¹⁵⁶MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. São Paulo, **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, Ed. RT, v. 63, jan. 2014. p. 131.

¹⁵⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 33.

¹⁵⁸BENEDUZI, Renato. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 70 ao 187). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção comentários ao código de processo civil, v. II). p. 29.

ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.

Não é por outra razão que um dos princípios a que se dedica mais importância no processo civil é o da verdade substancial.

Marcos Andrey¹⁵⁹ entende que o juiz, ao receber os documentos exigidos pela lei, se fizer uma análise meramente formal, não terá condições de verificar a validade dos pressupostos exigidos para o deferimento do processamento. “Em outras palavras: pode o juiz constatar a juntada ou não de determinada relação, mas não a veracidade ou correção do seu conteúdo.”

Marinoni,¹⁶⁰ defendendo as ideias de Kelsen e Carnelluti, de que “dado certo fato deve ser a respectiva consequência”, atualiza para os tempos de hoje a busca da verdade substancial:

“Semelhante preocupação é absolutamente normal a qualquer pessoa que se veja na incumbência de estudar o processo. Não há dúvida de que a função dos fatos (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a sua investigação ocupe boa parte das regras do CPC de 2015. Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.

(...)

O mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual.”

Fábio Ulhoa¹⁶¹ sustenta que somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial:

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam

¹⁵⁹ SOUZA, Marcos Andrey de. **Comentários aos artigos 51 a 54**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 276.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 29.

¹⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito da empresa. 30. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 357.

mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.
(...)

Em outros termos, somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial (ou mesmo extrajudicial). Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, o empresário que a postula deve se mostrar digno do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperado, o sacrifício geral feito para salvá-la – pelo menos em parte.

Écio Perin Júnior sustenta que uma empresa com inviabilidade irreversível é diferente daquela que está passando por uma fase de crise, com possibilidade de superação. Segundo o autor, “tratar com a mesma panaceia as duas hipóteses é divórcio de realidade, ou seja, é incluir num único saco realidades completamente distintas; é arredio do verdadeiro cerne da questão; é, em síntese, prejudicar gregos e troianos”.¹⁶²

Nesta perspectiva, a leitura econômica de alguns dispositivos da LREF ajuda a entender que a “preservação da empresa é ponto primordial para o equilíbrio do mercado, desde que se trate de empresário economicamente viável”.¹⁶³

Daí a necessidade de “primeiro analisar a viabilidade da empresa incondicionalmente de seus vieses e vícios do passado, lembrando que o valor da empresa pode ser maior na morte do que na vida”.¹⁶⁴

A premissa que conduz o instituto da recuperação judicial é dar possibilidades às empresas em condição difícil de soerguimento, mas não em situação irremediável.¹⁶⁵ Costa afirma que não cabe ao Estado tentar recuperar empresas que são manifestamente inviáveis¹⁶⁶:

¹⁶² PERÍN JÚNIOR, Écio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

¹⁶³ FLORIANO NETO, Alex. **Atuação do juiz na recuperação judicial**. Belo Horizonte: Arrares Editores, 2012. p. 83.

¹⁶⁴ LEMOS, Eduardo. **Análise da empresa em crise: uma visão não jurídica**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTÔNIO, Nilva M. Leonardi (Coord.). *Direito recuperacional II: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 57.

¹⁶⁵ MARZAGÃO, Lúcia Valério. **A recuperação judicial**. In: MACHADO, Rubens Approbator (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Larin, 2005. p. 80.

¹⁶⁶ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 63, Jan./Mar. de 2015.

Importante notar que o Estado não deve substituir a iniciativa privada nessa função de encontrar soluções para a crise da empresa, mas apenas deve atuar para corrigir as distorções do sistema econômico. A recuperação judicial só tem lugar quando as estruturas do livre mercado falharam. Mais importante ainda é notar que o Estado não deve agir para tentar recuperar empresas evidentemente inviáveis.

Conforme já visto, as estruturas do livre mercado condenariam empresas inviáveis à falência, para o bem do sistema econômico e para a sobrevivência saudável de outras empresas viáveis. Nesse sentido, não existe razão em se utilizar a intervenção estatal, através do processo de recuperação de empresas, para ressuscitar empresas inviáveis ou já condenadas à falência. Se não interessa ao sistema econômico a manutenção de empresas inviáveis, não existe razão para que o Estado, através do Poder Judiciário, trabalhe nesse sentido, deferindo o processamento de recuperações judiciais para empresas evidentemente inviáveis.

Ricardo Azanha Lins¹⁶⁷ chama atenção para conceituação equivocada que a doutrina tem sobre a perícia prévia:

Não é raro encontrar em livros e artigos jurídicos uma conceituação desacertada da finalidade da Perícia Prévia, amparada numa premissa totalmente equivocada, que é a realização de uma análise de viabilidade econômica da empresa devedora.

A perícia prévia não se presta a fazer análise de viabilidade econômica da empresa devedora, mas sim a constatação de uma possível absoluta inviabilidade econômica da empresa devedora.

O autor justifica que a perícia prévia evita que atos notadamente fraudulentos “sejam praticados no bojo da recuperação judicial e, pior, cancelados pelo poder judiciário, o que seria absolutamente imperdoável”.¹⁶⁸

Quando identificada a fraude, o juiz imediatamente procederá a remessa de peças necessárias à aferição de eventual delito ao Ministério Público, ou à autoridade policial, conforme preceitua o art. 40¹⁶⁹ do Código de Processo Penal. O Código Penal, em seu artigo 347¹⁷⁰ descreve o delito de fraude processual, que consiste no ato de modificar intencionalmente dados de processo, com intuito de levar juiz ou perito a erro. A pena prevista é de três meses a dois anos e multa.

¹⁶⁷ LINS, Ricardo Azanha. **Perícia prévia**. In: COSTA, Daniel Carnio Costa (Coord.) *Insolvência empresarial: temas essenciais*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 47.

¹⁶⁸ Obra citada. p. 59.

¹⁶⁹ Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

¹⁷⁰ Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:
Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Embora não exista um dispositivo único e expresso na LREF que autorize o juiz à determinação da perícia prévia, não podemos esquecer mesmos os entendedores de que não há base legal para tal procedimento, que tal pensamento não afasta “a análise de aspectos relacionados a evitar fraudes e abuso de direito, norte que acompanha a atividade jurisdicional em todas as áreas”.¹⁷¹

O abuso de direito deve ser evitado, pois a função social da empresa se desdobra na necessidade de que seus benefícios e riquezas gerados não sejam apropriados apenas pela empresa, “mas sejam repartidos, de maneira satisfatória, com a sociedade como um todo”¹⁷², incluindo empregados, credores, consumidores e o Estado.

Existe uma corrente que entende que a perícia prévia, ao indeferir o processamento da recuperação judicial de uma empresa, mesmo que inviável, estaria deixando essa empresa em operação no mercado, prejudicando o sistema quando, na verdade, ela deveria ser retirada do mercado com base na LREF. No entanto, qualquer credor, segundo o art. 94, I, II¹⁷³ e o art. 97, IV¹⁷⁴ da LREF, sendo civil, trabalhista ou empresarial, tem legitimação para pedir a falência direta da empresa, sem que seja necessário lesar credores com a aplicação da já comentada “blindagem” prevista no art. 52 da LREF.

Outros autores entendem que o juiz, ao nomear um perito para avaliar as condições da empresa, cria duas situações: um custo adicional desnecessário com os honorários do perito e a retirada da celeridade necessária. Isso inclui o risco da parcialidade do perito indicado, que estaria recebendo honorários para dizer se haveria ou não um processo de recuperação judicial.¹⁷⁵ Ou seja, o juiz estaria delegando a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial.

¹⁷¹ DEZEM, Renata Maria Mota Maciel Madeira. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 154.

¹⁷² LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade, função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 295.

¹⁷³ Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I - sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II - executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

¹⁷⁴ Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

(...)

IV - qualquer credor.

¹⁷⁵ BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação judicial e falências**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 207.

Costa¹⁷⁶ entende que não há este risco e contrapõe os argumentos:

A atuação em perícia prévia daquele que poderá ser futuramente nomeado como administrador judicial em nada macula a diligência que foi determinada e não interfere indevidamente na análise do deferimento ou não do processamento da recuperação judicial.

(...)

No mais, diante da imparcialidade na atuação dos auxiliares da justiça (art. 148, CPC), a diligência pressupõe objetividade na sua realização, sempre pautada na eticidade e operabilidade nos trabalhos, a proporcionar a redução do *moral hazard* no ambiente do processo de recuperação judicial e, conseqüentemente, permite o aumento da confiança do mercado nas instituições jurídicas relacionadas à insolvência. Por fim, é imprescindível que a diligência seja realizada no prazo máximo de 05 dias corridos, para não comprometer a finalidade da recuperação judicial e as proteções legais inerentes ao instituto.

(...)

Nesta Fase, bastará uma análise perfunctória da atividade como um todo e a colheita de informações que espelhem a realidade atual da empresa.

Ainda sobe a perícia, acrescenta Renato Beneduzi que o perito deve ser imparcial e que o juiz não está adstrito tão somente ao laudo pericial¹⁷⁷:

O juiz será assim “assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico” (caput). O perito é um auxiliar eventual da justiça, porque sua atuação é necessária apenas quando o justificar a complexidade técnica da prova. Ele não é, ademais, um juiz de fato. Não decide as questões de fato debatidas no processo, ainda que tecnicamente complexas; apenas dá ao juiz subsídios técnicos para que ele, o juiz, possa decidi-las. Por isso se diz que “o juiz não está adstrito a nenhum laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação”. Suas opiniões sobre o direito aplicável ao fato são também irrelevantes. O perito não é tampouco uma testemunha qualificada, que fala em juízo em defesa de uma das partes, como ocorre em países como os Estados Unidos (expert witness). Ele é antes um auxiliar da justiça, ainda que eventual, que deve exercer com independência e imparcialidade um múnus público. Seu compromisso não é com os interesses das partes, mas com a prestação da justiça.

Ao mencionar o termo “perito”, devemos destacar que, na prática que costuma ser nomeado para exercer tal função é o “administrador judicial” cadastrado junto ao poder judiciário nos termos do art. 21¹⁷⁸ da LREF, o que se justificativa por ele possuir expertise em condução de casos de recuperação judicial e falências, conforme

¹⁷⁶ COSTA, Daniel Carnio. **Prática de insolvência empresarial**: decisões judiciais em recuperação judicial e falências. Curitiba: Juruá, 2019. p. 16-17.

¹⁷⁷ BENEDUZI, Renato. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 70 ao 187). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção comentários ao código de processo civil, v. II). p. 26.

¹⁷⁸ Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

explicação apresentada por Alexandre Tajra na decisão do Desembargador Alexandre Lazzarine no processo da VASP.

Fábio Ulhoa¹⁷⁹ explica as características que o administrador judicial deve ter, bem como suas responsabilidades:

O administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva), na falência. Exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.

Ele deve ser profissional com condições técnicas e experiência para bem desempenhar as atribuições cometidas por lei.

Manoel Justino¹⁸⁰ justifica a agilidade e o poder do juiz em nomear tanto pessoa física capacitada, quanto pessoa jurídica especializada para exercer tal função:

A Lei atual deu ao juiz um poder maior para a nomeação do administrador, relativamente ao que havia na lei anterior para a nomeação do síndico, então cercada de diversas exigências que a prática do dia a dia demonstrou inexecutáveis. Aproveitando a lição da prática, observando que a nomeação do administrador deve ser feita de imediato e sem maiores delongas, a lei trouxe este aumento do poder do juiz, apenas exigindo a idoneidade profissional do nomeado, que pode ser qualquer pessoa física (sem embargo das preferências indicadas no texto) ou pessoa jurídica especializada.

Costa¹⁸¹ justifica a utilização da perícia prévia em razão de sua eficiência e eficácia demonstradas por meio de dados estatísticos realizados na 1ª Vara de Falência do TJSP em artigo publicado no CONJUR em 19 de março de 2016, intitulado “Com perícia prévia, juiz reduz em 30% números de casos de recuperação judicial”:

A perícia prévia, criada pelo juiz da 1ª Vara de Falência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Daniel Costa, segundo dados do próprio magistrado, impede 30% das empresas que pedem recuperação judicial de chegar efetivamente ao judiciário. Porém, na outra ponta, garante que as 70% restantes consigam, pelo menos, sobreviver aos dois primeiros anos do plano, que é o período em que ocorre a fiscalização sobre o cumprimento dos objetivos estabelecidos. “O índice de sucesso obtido aqui [1ª Vara de Falências] é maior que a média nacional. É muito bom”, diz Costa à ConJur. Dados compilados pelo julgador

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97.

¹⁸⁰ BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falências**: comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 114.

¹⁸¹ GRILLO, Breno. **TJ-SP divulga três novos enunciados sobre Direito Empresarial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-19/pericia-previa-juiz-reduz-recuperacoes-judiciais-30>>. Acesso em: fev. 2019.

entre fevereiro de 2011, data em que passou a atuar na Vara, a agosto de 2015 mostram que apenas 58 pedidos, dos 157 feitos no período foram indeferidos, ou seja, 36% do total. 'De todos os casos em que eu deferi a Recuperação Judicial, dois terços, ou seja, 70%, das empresas tiveram sucesso. Elas conseguiram ter o plano aprovado e vencer o prazo de dois anos de fiscalização', afirma o magistrado.

A corrente doutrinária que se manifesta a favor da perícia prévia é cada vez mais crescente, e Paiva¹⁸² já sugere a inclusão de norma positiva na alteração da LREF para colocar um fim à discussão:

Ainda no tocante ao deferimento do processamento, a LREF pode ser alterada para prever expressamente a possibilidade de o magistrado, com fundadas dúvidas acerca da boa-fé do pedido ou da regularidade da documentação que a acompanha, determinar a realização de constatação e/ou nomear perito a fim de verificar se a documentação contábil do devedor preenche os requisitos legais para o processamento, acabando com o celeuma atualmente existente quando o magistrado exerce esse poder.

Além dos fundamentos já destacados, não podemos nos esquecer dos altos custos que toda sociedade paga quando o Poder Judiciário autoriza demandas infundadas, sem base ou meramente de cunho protelatório. É fundamental uma atuação mais ativa do juiz no processo e sem dúvidas, sobre a pertinência de serem estimuladas "intervenções mais frequentes durante o processo com o objetivo de acelerar, reduzir gastos e qualificar a prestação jurisdicional".¹⁸³

Rachel Sztajn¹⁸⁴ entende que a perícia prévia cumpre importante função no processo recuperacional ao diminuir a assimetria de informação, tanto ao juiz, quanto aos credores:

A assimetria informacional é fonte de desequilíbrio nas relações entre particulares e as vantagens que a parte, que dispuser de melhor informação na formulação de estratégias negociais terá são inegáveis. Portanto, é preciso investigar a prestabilidade das informações a serem prestadas pelo devedor no pedido de recuperação judicial para avaliar a eficácia das normas positivadas.

¹⁸² PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro**. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord). Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudo sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2005. p.140.

¹⁸³SILVEIRA, João José Custódio da. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraviva, 2012. (Coleção Theotônio Negrão). p. 29.

¹⁸⁴SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 47.

Nesse caso, o benefício da perícia prévia quando analisa os documentos que instruem o processo é que ao serem detectadas incompletudes ou falhas ocorre a indicação exata de quais são os documentos faltantes ou de quais são as irregularidades a serem sanadas. Há, ainda, a ajuda prestada pelo próprio perito à requerente nesse trabalho de regularização da documentação inicial para seu deferimento em caso de emenda a inicial, o que dá mais agilidade ao processo e reduz a assimetria de informações entre a recuperanda e os credores.

Sobre este aspecto, interpretando os ensinamentos de Carlos Henrique Abraão, concluímos que a perícia prévia atenderia aos princípios de: “economia, instrumentalidade e efetividade dos comandos que coordenam não apenas a recuperação, mas ainda o procedimento falimentar”.¹⁸⁵

Analisando a base legal utilizada para a determinação da perícia prévia e sua aplicação na prática, identificamos um pequeno detalhe que gera muitas distorções ao interpretar o termo “perícia prévia”. Não é incomum que boa parte dos operadores do direito confunda o conceito aqui desenvolvido com a ideia de perícia prévia no sentido estritamente contábil, financeiro e econômico sobre plano de recuperação judicial.

Esta última situação não existe dentro da recuperação judicial. Lembramos que o processo começa com o despacho do deferimento do procedimento da recuperação judicial e, após a publicação do despacho, começa a fluir o prazo de 60 dias para a recuperanda apresentar o plano de recuperação, que será analisado pelos credores e não pelo juiz. Portanto, não existe a hipótese de o juiz determinar perícia prévia, nem posteriormente à apresentação do plano, previsto nos artigos 50 e 53 da LREF, para verificar sua viabilidade econômica. A análise sobre o plano apresentado cabe tão somente aos credores nos moldes do art.35, I, a) da LREF¹⁸⁶. Não cabe sequer ao poder judiciário fazer a análise financeira de plano aprovado por credores; esse entendimento foi sedimentado no julgamento do REsp. 1.631.762¹⁸⁷ julgado pela 3ª Turma do STJ em que foi relatora a ministra Nancy Andrighi:

¹⁸⁵ ABRAÃO, Carlos Henrique. **O papel do Judiciário na Lei 11.101/05**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 167.

¹⁸⁶ art.35 A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I - na recuperação judicial: da LFRE, sobre:

a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;

¹⁸⁷ STJ - REsp: 1631762 SP 2016/0268393-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/06/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2018.

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. APROVAÇÃO DO PLANO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS. POSSIBILIDADE. 1. Recuperação judicial requerida em 4/4/2011. Recurso especial interposto em 31/7/2015. 2. O propósito recursal é verificar se o plano de recuperação judicial apresentado pelas recorrentes - aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo de primeiro grau - apresenta ilegalidade passível de ensejar a decretação de sua nulidade e, conseqüentemente, autorizar a convalidação do processo de soerguimento em falência. 3. O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores. 4. Para a validade das deliberações tomadas em assembleia acerca do plano de soerguimento apresentado, o que se exige é que todas as classes de credores aprovem a proposta enviada, observados os quóruns fixados nos incisos do art. 45 da LFRE. 5. A concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas. 6. Cuidando-se de hipótese em que houve a aprovação do plano pela assembleia de credores e não tendo sido apontadas, no acórdão recorrido, quaisquer ilegalidades decorrentes da inobservância de disposições específicas da LFRE (sobretudo quanto às regras dos arts. 45 e 54), deve ser acolhida a pretensão recursal das empresas recuperandas. 7. Recurso especial provido.

Acreditamos que a nomenclatura de perícia prévia é equivocada. O correto seria “procedimento prévio” ou “constatação prévia”, uma vez que não se trata exatamente de uma perícia, e sim de uma conjunção de dois procedimentos previstos no CPC, a perícia técnica simplificada com uma inspeção judicial indireta, embora sejam procedimentos que não se confundem, mas, no caso, se complementam. A base legal da perícia técnica simplificada é o art.464, §2º e §3º do CPC, enquanto a base legal da inspeção indireta é o art. 484 do CPC.

Renato Beneduzi¹⁸⁸ esclarece o que é a prova técnica simplificada, também conhecida como perícia informal:

Os §§ 2º a 4º do art. 464 disciplinam a chamada prova técnica simplificada, também chamada de perícia informal. Trata-se de mecanismo inspirado no regime dos juizados especiais, em que a prova pericial dispensa seu alongado e complexo procedimento, sendo substituído pela simples inquirição ao perito sobre as questões técnicas que sejam relevantes para o processo.

¹⁸⁸ BENEDUZI, Renato. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 70 ao 187). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção comentários ao código de processo civil, v. II). p. 502.

É muito bem explicada por Marinoni¹⁸⁹ a diferença entre a inspeção direta e a inspeção indireta:

Inspeção direta e indireta

A inspeção judicial pode ser “direta” ou “indireta”. Será direta quando o objeto for inspecionado diretamente pelo juiz, que será somente auxiliado por técnicos. Quando o juiz necessitar que um especialista inspecione diretamente a coisa ou a pessoa, transmitindo-lhe imediatamente a sua informação, a prova é considerada indireta. Substancialmente, pois, a diferença reside em saber quem faz o exame da coisa ou da pessoa – se o juiz ou o expert.

Observe-se que, mesmo na inspeção judicial direta, o magistrado pode ser auxiliado por técnicos – aliás, é exatamente essa a previsão contida no artigo em exame. Nesse caso, porém, o juiz é apenas auxiliado na realização da inspeção direta. Na inspeção judicial indireta, o exame é feito por peritos, e então reportado ao juiz.

Na mesma obra, o autor distingue a inspeção judicial indireta da prova pericial:

A tônica da distinção acima referida faz pensar sobre a diferença existente entre a inspeção indireta e a prova pericial. Com efeito, cabe observar que na inspeção judicial indireta falta o elemento mais essencial dessa figura, que é a análise, pelo próprio juiz, da coisa ou da pessoa. Precisamente por conta disso, seria possível confundir a inspeção indireta com a prova pericial. Parece evidente, porém, que a inspeção indireta não pode ser considerada prova pericial apenas porque uma informação técnica, constatada por um especialista, é declarada ao juiz.

A essência da distinção deve ser buscada na forma como se procede à prova. Se o exame indireto (feito pelo perito) se reveste da formalidade natural à prova pericial – com elaboração de um laudo, formulação de quesitos etc. – há verdadeira prova pericial. Ao contrário, quando a análise é realizada imediatamente, sem a necessidade das formalidades próprias à prova pericial, a hipótese será de inspeção indireta. Note-se que, na inspeção judicial (direta ou indireta), a característica da prova é a apreciação imediata do fato pelo juiz – ainda que por intermédio da avaliação realizada por um técnico –, enquanto na prova pericial o essencial está na análise técnica realizada.¹⁹⁰

Portanto, após as devidas considerações, concluímos que tecnicamente o termo perícia prévia não seria a melhor nomenclatura para descrever o procedimento adotado, tanto por questões processuais, quanto devido à indução a erro dos operadores do direito acerca de sua real aplicação. Assim, sugerimos ou o termo “procedimento prévio”, ou “constatação prévia”.

Podemos resumir os argumentos utilizados pelos defensores da prática da perícia prévia nos seguintes fundamentos: (a) sua legalidade; (b) necessidade de

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 920.

¹⁹⁰ *Idem*. p. 920.

buscar a verdade substancial sobre os documentos arrolados no art. 51 da LREF; (c) a viabilidade econômica da empresa, pois, além de pressuposto lógico, é condição da ação; (d) necessidade de identificar as empresas absolutamente inviáveis a fim de evitar gastos públicos com a tramitação de processos de recuperação judicial desnecessário; (e) prevenção de fraudes contra credores; (f) o fato de que a LREF não visa somente à proteção do devedor e dos credores que se submetem ao processo, como também ao interesse público, social e de demais credores que não fazem parte do processo e são afetados.

Também é numerosa a corrente contrária à realização da perícia prévia. Um de seus representantes é Cássio Cavalli,¹⁹¹ defensor de que a viabilidade econômica da empresa não pode ser constatada por meio de perícia prévia:

O teste da viabilidade econômica para fins de deferimento do processamento da recuperação judicial não se encontra positivado na Lei 11.101/2005. Pelo contrário, o art. 52 da LREF estabelece que “estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial.

(...)

Perícias prévias não são capazes de aferir acerca de viabilidade econômica de empresa nenhuma.”

Luiz Roberto Ayoub¹⁹² e Cássio Cavalli destacam que não é este o momento de analisar a viabilidade da empresa, e alinham-se ao grupo entendedor de que a análise dos documentos que instruem a petição inicial é meramente formal:

Ao receber pedido de recuperação judicial o juiz deverá verificar a legitimação do devedor para postular recuperação judicial, bem como se a petição inicial foi adequadamente instruída. Aliás, não se deve realizar, nesse momento, a análise da viabilidade econômica da empresa devedora. A análise dos documentos que devem instruir a petição inicial é formal e não material.

João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Telechea¹⁹³ apoiam o mesmo pensamento de Ayoub, de que a análise é tão somente formal:

Em outras palavras, nesse primeiro estágio, a análise do magistrado é meramente formal, não cabe ao juiz, por exemplo, investigar a realidade das

¹⁹¹ CAVALLI, Cássio. **Reflexão sobre a recuperação judicial**: uma análise da aferição da viabilidade econômica como pressuposto para o deferimento do processamento da recuperação judicial. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 126-127.

¹⁹² AYOUN, Luiz Roberto; Cavalli, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 113-114.

¹⁹³ SCALZILLI, João Pedro; Luiz Felipe Spinnelli; Rodrigo Tellechea. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. Ed. São Paulo: Almedina, 2018. P. 396-397

informações constantes dos documentos que instruem a exordial, muito menos a viabilidade da empresa, prerrogativa exclusiva dos credores. Satisfeitos os pressupostos, o processamento da ação deve ser deferido.

Sérgio Campinho entende que se trata de “um despacho de mero expediente. Ainda que este despacho tenha um viés decisório, o seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não se podendo fugir ou inovar”¹⁹⁴.

Gladston Mamed¹⁹⁵ também defende que a análise dos documentos deve ser meramente formal: “Estando em termos a documentação exigida no artigo 51 da Lei.110101/2005, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (...)”

Marcelo Sacramone¹⁹⁶ acrescenta que, além de não ter base legal, a perícia prévia pode prejudicar a empresa que necessita de tal medida por ir contra o princípio da celeridade processual:

A ‘perícia prévia’, entretanto, não possui previsão legal e pode gerar demora injustificada na tomada de medidas que permitam resguardar a recuperanda das ações oportunistas dos credores, notadamente no momento em que a recuperanda mais necessitaria de uma proteção judicial, o que poderia comprometer todo o instituto da recuperação judicial.

Manoel Justino¹⁹⁷ dedicou nada menos do que quatro páginas na 14^a edição de sua já consagrada obra, para justificar seus motivos contrários à prática da perícia prévia, criticando fortemente tal medida, das quais destacamos o seguinte:

Há, porém, logo de início, o perigo de o juiz praticamente ‘delegar’ ao perito o fornecimento da base da decisão sobre deferir ou indeferir, o que sempre é uma situação perigosa, que deve ser evitada, sem embargo a idoneidade do perito.

2-C. Por outro lado, não há previsão legal que autorize tal procedimento, vez que os arts. 48 e 51 apontam quais os elementos devem constar na inicial, determinando o art.52 que, se a documentação estiver em termos “o juiz deferiria o processamento da recuperação judicial”. E a Lei andou bem ao assim determinar, pois na maioria das vezes aquele que pede recuperação está em situação que exige medida judicial pronta e eficaz, bastando lembrar que a situação da petionária que esteja sofrendo busca e apreensão de bens essenciais ao exercício de sua atividade, ou a retirada de bens em decorrência de penhora em execução(...)

2-D. Mas mesmo que se admitisse como correta a determinação de perícia prévia, ainda sim a que se chegaria seria pior que o indeferimento do processamento. Isto porque, caso se constate qualquer tipo de fraude, o pedido inicial seria indeferido. No entanto, este indeferimento na realidade

¹⁹⁴CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138.

¹⁹⁵MAMED, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 9. ed. São Paulo: Altas, 2018. p. 153.

¹⁹⁶SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 240.

¹⁹⁷BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação judicial e falências**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 206-208.

estaria a criar uma situação de insegurança jurídica, pois a determinação judicial estaria permitindo que permanecesse no mercado, um empresário que se constatou ser um fraudador; a decisão estaria permitindo que aquele que se comprovou ser um elemento pernicioso, permanecesse impune, a contaminar o meio empresarial, o que a lei não pode objetivar, por óbvio. Seria um prêmio ao fraudador.

(...)

2-G. Por tudo isto, afasta-se também o argumento de que a perícia prévia ao propiciar o indeferimento da inicial do pedido de processamento, estará colaborando para evitar o andamento de processos inúteis, até porque esta não é uma finalidade da lei de recuperação de empresas. Enfim, a perícia prévia não deve ser adotada em nenhuma situação, se estiverem preenchidas as exigências dos artigos 48 e 51 da LREF. Daniel Carnio Costa, Juiz Titular da Primeira Vara de Recuperação e Falências do Foro de São Paulo, tem posição diversa e entende oportuna a realização de perícia prévia; seu pensamento vem exposto, com detalhamento em artigo também publicado no jornal 'Migalhas', edição de 02.05.2018, com argumentos ponderáveis, dos quais porém discordamos.

No mesmo entendimento do item 2-D supracitado, Marcelo Sacramone¹⁹⁸, complementa:

Ainda que célere e eventualmente sem custo, a perícia prévia também gerará efeitos contrários ao pretendido pela lei. Um indeferimento da petição inicial pela apresentação de informações inverídicas ou em função de um desenvolvimento de uma atividade inviável economicamente permite que o empresário continue a contratar e prejudicar outros agentes econômicos livremente no mercado. Essa análise durante a recuperação judicial, por seu turno, permitirá que os credores excluam do mercado, via decretação de falência, o empresário cuja crise seja irreversível ou que até não tenha condição de continuar a desenvolver regularmente sua atividade.

Paulo Furtado de Oliveira Filho juiz titular da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP é um crítico recorrente sobre a utilização da perícia prévia, conforme seus argumentos expostos em matéria publicada no jornal Valor Econômico,¹⁹⁹ em 25 de agosto de 2018, intitulada: "Indevida perícia prévia na recuperação judicial":

(...) Não foi atribuída ao juízo da recuperação, neste momento inicial, um juízo de cognição exauriente sobre o estado de crise da empresa, pois a decisão será dos credores, no momento oportuno.

(...)

Afirmar-se que a perícia prévia permite identificar com segurança que o requerente da recuperação judicial é inviável, na verdade, pode servir a diversas finalidades, até mesmo como mecanismo para evitar o aumento vertiginoso no volume de processos em períodos de crise econômica.

¹⁹⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 242.

¹⁹⁹ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Indevida perícia prévia na recuperação judicial**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5552687/indevida-pericia-previa-na-recuperacao-judicial>>. Acesso em: set. 2019.

Empresários que deveriam ir à falência são devolvidos ao mercado, contrariando o espírito da Lei 11.101/2005: recuperar empresas viáveis e encerrar as inviáveis. Não se pode medir sucesso em processos de insolvência se são barrados os casos de falência.

Ademais, quando a perícia prévia leva o juiz a indeferir de plano o processamento do pedido, deixa de existir uma condição objetiva de punibilidade de crime falimentar. Com isso, o empresário que tentou fraudar credores, fazendo uso abusivo do pedido de recuperação judicial, não sofrerá consequências de natureza penal.

A perícia prévia não constitui mais uma fase do processo de recuperação judicial e sua utilização indiscriminada, com ares de benefício aos envolvidos e à sociedade em geral, deve ser combatida, pelos efeitos negativos acima mencionados.

Deve ser aplaudido o combatido projeto de lei que altera a Lei 11.101/2005, pois não contemplou a perícia prévia na recuperação judicial, realizada por administrador judicial, antes do deferimento do processamento do pedido.

Embora já exista expressa a possibilidade de realização da perícia prévia no Enunciado nº 7 do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, a posição sobre o tema sempre foi bem dividida, sendo contrários à perícia prévia os seguintes Desembargadores, Alexandre Marcondes²⁰⁰, Fortes Barbosa²⁰¹, Maurício Pessoa²⁰², Araldo Telles²⁰³, Francisco Loureiro²⁰⁴, Alexandre Lazzarini²⁰⁵ e Lino Machado, que, em 2009, já desaprovava tal prática:

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).

O tema perícia prévia já havia sido objeto do Enunciado 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial,²⁰⁶ realizada em Brasília em 23 de março de 2013, que assim dispõe: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2235856-43.2016.8.26.000,j.em 03.08.2017.**

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2184085-34.2016.8.26.0000,j.em 07.11.2016.**

²⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2257174-22.2018.8.26.0000,j.em 11.03.2019.**

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2129485-92.2018.8.26.0000,j.em 24.06.2019.**

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2105167-84.2014.8.26.0000,j.em 25.09.2014.**

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2217519-77.2017.8.26.0000,j.em 10.05.2018.**

²⁰⁶ JORNADA de Direito Comercial, 1, 23-24 de outubro de 2012, Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>>. Acesso em: ago. 2019.

extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

Marlon Tomazete alinha-se aos já citados autores, que, compartilham do entendimento de que uma vez em ordem os documentos exigidos no art. 51 da LREF, o juiz deve deferir o processamento da recuperação judicial, pois entende desnecessária qualquer análise prévia, de natureza pericial, para o deferimento do pedido de recuperação judicial. Isto, pois, segundo o autor “estando em termos a petição inicial e a documentação apresentada pelo devedor, o juiz deverá deferir o processamento da recuperação judicial, fazendo com que o devedor ingresse no processo.²⁰⁷”

Resumidamente, a corrente doutrinária que se manifesta contra a perícia prévia se apoia em fundamentos variados, dentre os quais elencamos os sete mais importantes, a saber: (a) falta de previsão legal; (b) violação ao princípio da celeridade; (c) análise formal dos documentos do art. 51 da LREF; (d) urgência no despacho de processamento, sob pena de prejudicar e inviabilizar a recuperação judicial (e) necessidade de delegar ao perito a base da decisão importante; (f) análise de viabilidade econômica não caber na fase postulatória; (g) Impunidade ao crime falimentar.

Embora tenhamos demonstrado ao longo desse tópico toda a argumentação da corrente contrária, a importância da perícia prévia já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do Enunciado 7º, e pelo CNJ, que aprovou a recomendação de sua aplicação para todos os magistrados brasileiros responsáveis pelo processamento e pelo julgamento dos processos de recuperação judicial em varas especializadas ou não, regulamentando suas regras de aplicação e funcionamento (ANEXO I).

O reconhecimento também se deu pelo Poder Legislativo por meio das conclusões apresentadas pelo Grupo de Trabalho do CNJ, criado pela Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018²⁰⁸, para sugerir medidas voltadas à modernização e à efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e falências e da Comissão de Juristas criada pelo Ministério da Fazenda (Portaria nº

²⁰⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3, p. 118.

²⁰⁸ CONSELHO Nacional de Justiça. **Atos normativos**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: jul. 2019.

467/2016)²⁰⁹. O Grupo criado elaborou o substitutivo do Projeto de Lei 10.220/2018 de reforma da Lei de Falências e Recuperação Judicial, o apresentou em audiência pública no dia 27 de agosto de 2019, na Câmara dos Deputados, acatou sugestão das mencionadas Comissões e positivou o procedimento da perícia prévia no artigo 51-A do referido substituto (ANEXO II).

Portanto, após explicarmos o que é a perícia prévia, sua origem, seus objetivos, os argumentos de quem a defende e o contraponto da corrente doutrinária e jurisprudencial que discorda de tal procedimento, o atual reconhecimento pelo TJSP e pelo CNJ prestes a ser positivado, passaremos à análise dos resultados extraídos dos estudos sobre o impacto da prática da perícia prévia na recuperação judicial por meio da jurimetria, que nos auxiliará a investigar se tal instituto atinge sua suposta eficiência.

²⁰⁹BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portaria-ndeg-467-de-16-de-dezembro-de-2016>>. Acesso em: jul. 2019.

3 EFEITOS DA PERÍCIA PRÉVIA

Nessa segunda etapa, trataremos dos efeitos da perícia prévia e da discussão sobre sua repercussão no chamado “*stay period*”. Especialmente em relação aos créditos fiduciários e tributários, a fim de demonstrar a importância da presente discussão. Além disso, traremos os estudos da associação brasileira de jurimetria para testar as hipóteses sobre a eficiência ou não trazida pelo instituto da perícia prévia.

Costa²¹⁰ defende a racionalidade econômica da LREF como um mecanismo ordenado de solução de conflitos e, ao mesmo tempo, a própria racionalidade na administração dos recursos públicos ao receber ou não uma nova demanda no poder judiciário:

É de conhecimento comum que o Poder Judiciário está sobrecarregado de trabalho em patamar que supera sua própria capacidade de dar solução às lides na mesma intensidade em que novos casos chegam ao conhecimento do juízo. A taxa de congestionamento dos Tribunais bem demonstra que, não obstante os esforços envidados por todos aqueles que estão envolvidos com a atividade de prestação jurisdicional, os novos casos acabam superando em número os casos julgados pelo Poder Judiciário.

Partindo do pressuposto que o deferimento do processamento da recuperação judicial passa a ser uma forma de intervenção do Estado através do Poder Judiciário na crise da empresa, a importância de tal decisão toma uma dimensão maior e deve-se ter muita cautela para não dar o direito a quem não o merece. Costa busca explicar quando cabe tal interferência:

Diante da crise da atividade empresarial, pode-se destacar três situações distintas: a empresa viável que consegue superar a situação de crise por suas próprias forças; a empresa inviável que vai à falência; e a empresa viável que não consegue superar a situação de crise.

(...)

O problema está na terceira situação: a empresa viável que não consegue encontrar solução de mercado para superação da crise. Nessa hipótese, se nada for feito, uma atividade viável deixará de existir, com prejuízos aos credores e também à sociedade, vez que não só os credores deixarão de receber o que lhes é devido, mas também os postos de trabalho vão desaparecer, em prejuízo dos empregados e de suas famílias, os produtos e serviços (que eram úteis e desejáveis no mercado) deixarão de existir, em prejuízo dos consumidores e os tributos deixarão de ser recolhidos, em prejuízo da sociedade em geral.

²¹⁰ COSTA, Daniel Camio. **A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa**. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord). Falência, insolvência e recuperação de empresas estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 51.

É justamente nesse momento que entra em cena a recuperação judicial. O Estado-Juiz vai atuar para criar o ambiente adequado para que a empresa viável consiga superar a situação de crise, a fim de que a manutenção de sua atividade empresarial faça gerar todos os benefícios sociais e econômicos acima já referidos, como geração de empregos, circulação de bens e riquezas, recolhimento de tributos etc. Portanto, somente da análise dos fundamentos de existência do instituto e do seu âmbito de aplicação já se pode concluir que a recuperação judicial tem como pressuposto lógico a viabilidade da empresa, pois somente se aplica às empresas viáveis em crise, visto que seu objetivo é preservar os benefícios sociais e econômicos decorrentes do exercício saudável da atividade empresarial.²¹¹

O autor entende que a “interpretação adequada dos dispositivos legais e a pertinência da aplicação da lei com as suas finalidades sociais e econômicas são fundamentais para determinação do futuro da recuperação de empresas no Brasil²¹²”.

Marcos de Barros Lisboa²¹³, Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, quando da promulgação da LREF foi claro ao defender que a nova lei, além de estar pautada na racionalidade econômica, tem como objetivo diminuir a assimetria de informação, por consequência o *moral hazard*, deixando bem claro que a recuperação judicial é apenas para empresas viáveis, sendo a falência a opção para as empresas inviáveis economicamente:

O modelo adotado foi calibrado de forma a gerar incentivos concretos à reorganização dos negócios, mas preocupado em coibir problema de risco moral, que normalmente acompanham a condução ineficiente dos negócios e uma administração desvinculada dos interesses dos credores.

(...)

Para os casos em que a empresa tiver condições de se reerguer, foi desenvolvido o regime de Recuperação, decomposto nas suas opções judicial ou extrajudicial. Mas caso a continuidade do negócio seja inviável economicamente sob a gestão original ou seu encerramento inevitável, o novo regime de Falências prevê regras e instrumentos para a liquidação da empresa e alienação de seus ativos de maneira eficiente e rápida, evitando a sua deterioração.

Costa entende que a recuperação judicial não pode ser utilizada como uma “fase antecedente da falência, de forma desvirtuada, pelo empresário mal-intencionado que pretende utilizar-se da proteção legal para finalidades outra que não a não a efetiva recuperação de sua atividade (...)”.²¹⁴

²¹¹ *Idem.* p. 52.

²¹² *Idem.* p. 52.

²¹³ LISBOA, Marcos de Barros. **A racionalidade econômica da nova lei de falência e de recuperação de empresas.** In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42-43.

²¹⁴ COSTA, Daniel Carnio. **A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa.** In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord). Falência, insolvência e recuperação de empresas estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 62.

No mesmo raciocínio de Costa, onde a recuperação judicial não pode ser utilizada como face inicial da falência, Pugliese²¹⁵ complementa que a própria falência é uma forma de recuperar a empresa:

Pode-se afirmar que, constatado o estado de crise econômico-financeira **insuperável** do empresário (não há condições de uma solução negociada), a falência deve ser decretada. Porém, se o negócio evidenciar rentabilidade, no todo ou em parte, sua alienação em bloco deverá ser prestigiada, de modo que os credores sejam satisfeitos de acordo com a ordem legal e o negócio deverá prosseguir, sob nova titularidade, sem qualquer vínculo obrigacional com o passado da falida. Tal é o sistema, e é sob essa visão que se pode afirmar que o objeto da falência é a recuperação, na qual se busca estabelecer meios de otimização do uso produtivo dos ativos da devedora.

Dentro da Análise Econômica do Direito é fácil identificar as inovações trazidas na LREF, principalmente no que se refere à sua eficiência econômica, nesse ponto, Stefania Eugênia²¹⁶ justifica a existência de dois procedimentos distintos dentro da mesma lei “falência: liquidação quando as firmas estão em dificuldades financeiras e são economicamente ineficientes; e reorganização quando as firmas estão com problemas e são economicamente eficientes”.

Renata Albuquerque Lima²¹⁷ ensina que a LREF, “prescreve que, para a concessão da recuperação judicial, há que se verificar se a crise econômico-financeira e patrimonial suportada pela empresa é suscetível de superação”.

Para Wilson Barufaldi²¹⁸ a viabilidade da empresa “é requisito essencial para recuperação do devedor, sem o qual não cabe invocar o princípio da preservação da empresa”. Importante destacar que manter empresas inviáveis e irrecuperáveis no mercado, através da recuperação judicial, pode trazer consequências deletérias a toda sociedade²¹⁹.

²¹⁵ PUGLIESE, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 281.

²¹⁶ BARICHELO, Stefania Eugênia. **A importância da análise econômica na nova lei de recuperação de empresa e falências**. In: SANTOS, Elenise Peruzzo dos; BATELLO, Silvio Javier (Org.). Principais controvérsias na nova lei de falências. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008 p. 52-53.

²¹⁷ LIMA, Renata Albuquerque. **A atuação do Estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei da falência e de recuperação de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 221.

²¹⁸ BARIFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial: estrutura e aplicação de seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 260.

²¹⁹ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: Ltr, 2009. p. 177.

Sheila Cerezetti²²⁰ destaca que a LREF revolucionou o sistema concursal até então vigente, ao adotar o princípio da preservação da empresa e preferir os mecanismos de recuperação empresarial “aos de liquidação, sempre que se trate de empresas viáveis”.

Nesse sentido a perícia prévia atua como uma espécie de “filtro” identificando com antecedência as empresas manifestamente inviáveis e não trazendo para dentro do instituto que prevê inúmeros benefícios dos quais não são merecedoras.

Erik Navarro Wolkart²²¹ relaciona em sua obra a taxa de congestionamento do Poder Judiciário que impede que o mesmo preste um serviço de qualidade dentro de um tempo razoável:

No Capítulo I, demonstramos a existência do cenário de esgotamento de recursos do Poder Judiciário através da referência de vários estudos empíricos sobre sua incapacidade de oferecer tutela jurisdicional justa, efetiva e em prazo razoável. A principal referência foi o relatório de 2016 do Conselho Nacional de Justiça.

(...)

No Brasil, apesar da existência de trabalhos importantes, reafirmamos a necessidade de mais estudos, principalmente no direito processual civil, campo de robusto desenvolvimento dogmático, mas que ainda carece de aportes multidisciplinares que auxiliem a desatar o *nó górdio* da inefetividade e da intempestividade na tutela dos direitos.

Segundo Marinoni, a demora processual sempre foi tratada, por parcela da doutrina, como algo meramente acidental ao processo e por isso destituída de qualquer importância para um discurso científico. No seu entender “autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado”.²²² Transcrevendo para a LREF o pensamento colacionado, a concessão de pedido de processamento de recuperação judicial à quem não cabe, o transforma em réu sem razão que se beneficiará do tempo da justiça perante os credores que serão os prejudicados.

Segundo dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça em agosto de 2019, o estoque de processos pendentes ao final de 2018, em todos os órgãos do Poder Judiciário, foi de 78.691.031 ações²²³. O relatório publicado dia 28 de agosto de

²²⁰ CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**: o princípio da preservação de empresas na lei de recuperação e falências. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 427.

²²¹ WOLKART, Erik Navarro. **A análise econômica do processo civil**: como a economia e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 762.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I. p. 219.

²²³ CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

2019 revelou que, ao final de 2018, foram contabilizados 78,7 milhões de processos pendentes de solução nos tribunais.

O Relatório Justiça em Número 2019 também revela que as despesas totais da Justiça somaram R\$ 93,7 bilhões em 2019. As despesas com pessoal seguiram o mesmo nível do ano anterior e totalizaram R\$ 85,1 bilhões. Essas despesas com pessoal representaram 90,8% do que gasta o Poder Judiciário. Conforme a série histórica, que aferiu valores ao longo dos últimos 10 anos, o índice percentual tem se mantido praticamente o mesmo. A maior parte desses recursos (84,8%) assegura o pagamento de pessoal na ativa e dos inativos.

Figura 6 - Número de servidores por ramo de justiça

Figura 38: Total de servidores por ramo de justiça

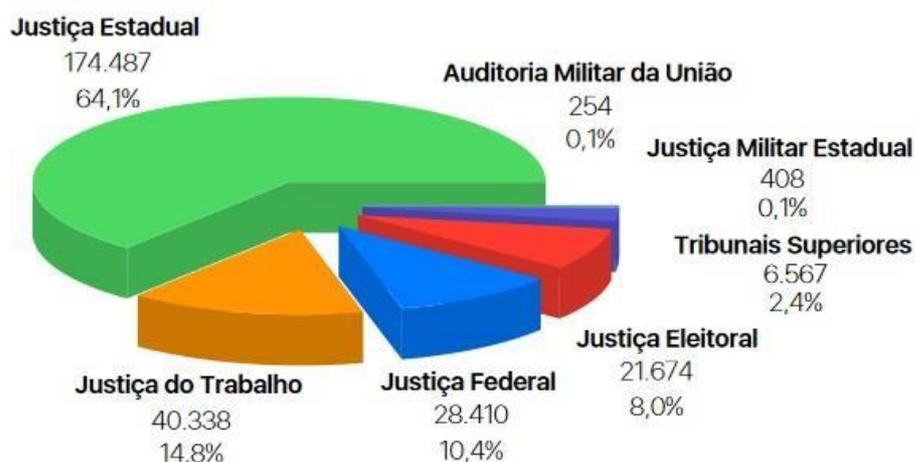
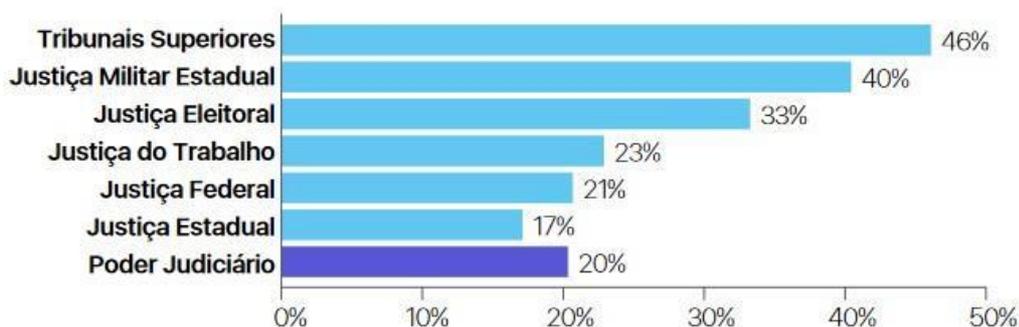


Figura 39: Percentual de servidores lotados na área administrativa, por ramo de justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019).

Percebe-se que o maior número de funcionários e servidores do Poder Judiciário estão alocados na Justiça Estadual, onde tramitam os processos de recuperação judicial e falências, sendo responsável por absorver 64,1% do total da mão de obra do Poder Judiciário.

Figura 7 - Despesas do Poder Judiciário por ramo de justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019).

Conforme se analisa os dados do relatório do CNJ, verifica-se que o custo da Justiça Estadual, onde tramitam as ações de recuperação judicial e falência, é o mais caro, representando um custo total de R\$ 53.543.972.889, sendo responsável por 57,1% do custo total do Poder Judiciário.

Figura 8 - Relação do custo anual do Poder Judiciário distribuído por habitante



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019).

Analisando o gráfico do referido relatório, verificamos que o custo do poder judiciário por habitante é de R\$ 449,53 ao ano, ou seja, um custo alto pago pela sociedade por um serviço lento e ineficiente.

A justificativa de tratar dentro do presente trabalho dos créditos fiscais se fundamenta no relatório de 2019 do CNJ onde aponta que os processos de execução fiscal no Brasil representam 1/3 de todos os processos que tramitam no Poder Judiciário, segundo o relatório, o total de ações pendentes no final de 2018 era de 31,1 milhões²²⁴.

Esse tipo de ação judicial, em que um juízo tenta recuperar montantes por meio de penhoras de valores e leilões de bens, representa praticamente dois em cada cinco (39%) processos judiciais sem baixa na Justiça²²⁵. O processo é lento e, se hipoteticamente a Justiça parasse de receber novas execuções fiscais, seriam necessários oito anos e oito meses para liquidar o acervo desses processos.

Em pesquisa²²⁶ coordenada pelo Instituto Nacional de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou-se uma série de dados estatísticos que são erroneamente utilizados como fundamentos

²²⁴ CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Comunicado do IPEA**. Edição 127. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf> Acesso em: set. 2019.

para a Fazenda Nacional criar e, se utilizar de outros métodos de cobrança do crédito tributário que afrontam vários princípios do sistema tributário.

4. Conclusões e recomendações

Conforme os resultados apresentados, pode-se afirmar que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%. Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o *breaking even point*, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45. Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial.

Embora a pesquisa nos apresente a conclusão de que a gestão administrativa dos créditos tributários é ineficiente, na análise de PORTO²²⁷ a ineficiência não é do sistema e sim da gestão dos créditos:

A pesquisa demonstrou que 27,7% das execuções são extintas por prescrição ou decadência. Em 17% dos casos, a execução é extinta pelo cancelamento da CDA e em 11,5% das execuções há extinção sem o julgamento do mérito. Em suma, os casos apontam falhas na atividade de exigir o crédito, demonstrando que em alguns casos descumram-se prazos, em outros equivocou-se na constituição do crédito ou ainda, extinguiu-se por vício processual ocorrido a partir do ajuizamento.

Conforme relatório de 2019 do CNJ, perante as Varas de Execução Fiscal, tramita a média de 54 mil processos por Vara, o que demonstra a maior taxa de congestionamento por vara especializada.

Hugo de Brito Machado²²⁸:

Sabemos que o passivo tributário constitui um grave problema para a sobrevivência de um grande número de empresa. Essa é a realidade que não podemos desconhecer, até porque, as próprias leis, cuidando de parcelamentos de dívidas tributárias, e a enorme quantidade de empresas que se valem desses parcelamentos nos oferecem demonstração incontestável.

Não estaremos exagerando se afirmarmos que em um procedimento de recuperação de empresas, como o previsto na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, O dado mais preocupante é composto precisamente pelas dívidas tributárias. Podemos dizer mesmo que todas as empresas que estão a necessitar da aplicação dessa lei possuem grande passivo tributário, e que sem a superação desse problema nenhuma delas será recuperada.

²²⁷ PORTO, Éderson Garin. **Manual da execução fiscal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 19.

²²⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 120, 2005. p. 70.

Aliás, existem empresas em dificuldades financeiras das quais o Fisco é praticamente o único credor, vale dizer, o Fisco é o único credor de montante expressivo. O passivo tributário dessas empresas geralmente é geralmente superior a oitenta por cento do passivo total.

Em recente artigo publicado no JOTA²²⁹, com título “com a complacência de alguns tribunais, as recuperações judiciais se tornaram forma de blindagem patrimonial”, Thiago Morelli, traz ao público a notícia de que a Coordenação Geral de Recuperação de Créditos da Procuradoria da Fazenda Nacional (CGR/PGFN) exarou recentemente a Nota Técnica n° 03/2018.

Utilizando técnicas de cruzamento de dados contidos em diferentes sistemas, foi feito um mapeamento das empresas que tenham débitos de origem não previdenciária inscritos em dívida ativa da União. Utilizando-se como corte o fato de a empresa constar, em seu nome social, a expressão ‘em recuperação judicial’ ou assemelhada, e utilizando-se apenas o sistema que gerencia as inscrições em dívida ativa de origem não-previdenciária, chegou-se à conclusão de que dos mais de 1.4 trilhão de Reais inscritos em dívida ativa, 1,58% são débitos de empresas em Recuperação Judicial. Todavia, dos quase 2.5 milhões de devedores pessoas jurídicas, estão em recuperação judicial apenas 0,03%.

Ou seja, proporcionalmente, as pessoas em Recuperação Judicial concentram cerca de 58 vezes mais débitos, que pessoas em outras situações. Além disso, tais débitos estão concentrados: 80% dos débitos estão com 25% das pessoas em Recuperação.

Portanto, o impacto do deferimento de processamento de recuperação judicial de uma empresa absolutamente inviável, que uma análise meramente formal da documentação não tem capacidade de verificar, atinge a ação que mais congestiona o Poder Judiciário e que dura em média nove anos, provocando sua imediata paralisação até o final da recuperação judicial ou convolação em falência da empresa, que em média, dura de cinco a dez anos.

Em relação ao credor fiduciário, de forma geral segundo estudos do IPEA²³⁰ o maior intercâmbio de informações entre as instituições financeiras sobre o montante de débitos e responsabilidades de clientes em operações de crédito, permitiu a concessão de crédito numa base mais segura. Assim reduziu-se a assimetria de

²²⁹ MORELLI, Thiago Rodrigues de Souza. **Recuperações judiciais, Fazenda Pública e blindagem patrimonial.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/contraditorio/recuperacoes-judiciais-fazenda-publica-e-blindagem-patrimonial-22072019>>. Acesso em: ago. 2019.

²³⁰ MORA, Mônica. **TD 2022: a evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24295>. Acesso em: jun. 2019.

informações entre a instituição e o tomador, aprimorando o processo de avaliação e de precificação das operações de crédito.

Os aprimoramentos da lei da alienação fiduciária e a alteração da lei das Falências, impactaram positivamente na área do crédito gerando mais segurança e transparência ao mercado, reduzindo a assimetria de informações entre o cedente e o cessionário (fiduciário) abrindo espaço para a expansão saudável desse tipo de crédito²³¹.

Segundo dados o texto 2022 do IPEA sobre a evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010 de autoria de Mônica Mora²³² realizado em 2015, houve crescimento nas modalidades de crédito de menor risco, aí incluindo financiamento imobiliário (alienação fiduciária), o crédito consignado e o próprio financiamento de veículos (alienação fiduciária), que quando efetuado até 70% do valor do bem, apresenta historicamente baixa taxa de inadimplência.

As mudanças na alienação fiduciária afetaram positivamente o mercado imobiliário, na medida em que reduziu os riscos envolvidos nestas operações, segundo Cagnin²³³:

[...] foi introduzida, em 1997, a alienação fiduciária que, grosso modo, separa os ativos que funcionam como lastro das operações com CRI do patrimônio de seus emissores, aumentando a segurança dos investimentos nesses instrumentos. Em 2001, a Medida Provisória n. 2.221 (incorporada na Lei n. 10.931 de 2004) reforçou novamente a segurança jurídica das operações do sistema ao instituir o patrimônio de afetação, prevendo, assim, a separação dos recursos captados para o financiamento de um determinado projeto imobiliário do patrimônio da incorporadora responsável.

A redução dos riscos, implícitos na nova lei de alienação fiduciária, contribuiu para o aumento do crédito habitacional e de bens por alienação fiduciária²³⁴:

Fatores de ordem regulamentar parecem, entretanto, ter ocupado um papel central para a evolução do financiamento habitacional. (...) Alterações na regulamentação, como a criação da figura jurídica da alienação fiduciária

²³¹ COMO criar oportunidades de forma segura. [Discurso] do Diretor Anthero no Seminário de Expansão do Crédito no Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/apron/apres/Expansao_do_credito_no_Brasil_h.pdf>. Acesso em: jul. 2019.

²³² MORA, Mônica. **TD 2022**: a evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24295>. Acesso em: jun. 2019.

²³³ CAGNIN, R. F. A evolução do financiamento habitacional no Brasil entre 2005 e 2011 e o desempenho dos novos instrumentos financeiros. **Boletim de economia da FUNDAP**, n. 11, jan. 2012. p. 20.

²³⁴*Idem*. p. 23-24.

(Leis n. 9.514/1997 e 10.406/2002), que conserva o imóvel financiado sob propriedade do credor até a liquidação do financiamento, também ocasionaram maior segurança jurídica e reduziram o custo de execução hipotecária. Em 2006, a Lei n. 10.931(...) definiu a obrigatoriedade de pagamento do principal durante ações judiciais de contestação de juros e outros encargos cobrados nesse tipo de financiamento.

O aumento do crédito à pessoa jurídica é atribuído às mudanças institucionais, como a aprovação da LREF e a introdução de inovações financeiras, com operações de crédito para o financiamento de capital de giro atreladas a derivativos cambiais e de alienação fiduciária que reduziram o risco do prestador.

A antiga Lei de Falências priorizava o pagamento das dívidas trabalhistas e fiscais, sendo as demais dívidas relegadas a um terceiro plano. Portanto, o direito dos credores não era protegido. Além disso, a lei anterior, cujo núcleo foi aprovado em 1945, era incapaz de impedir “a falência de empresas economicamente viáveis, além de suscitar problemas na sucessão, que desvalorizavam a massa falida em termos de preços de mercado”²³⁵.

A nova Lei de Falências (Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) busca equacionar estes problemas. O crédito trabalhista passa a se limitar a 150 salários mínimos (SMs), o crédito segurado se sobrepõe ao crédito fiscal, e o não segurado, a algumas categorias de crédito fiscal. Estas medidas reduzem diretamente o risco do credor em caso de falências, enquanto os demais dispositivos estabelecem um ambiente propenso à recuperação de empresas viáveis economicamente (o que, em última instância, favorece os credores).

Deste modo, Araujo e Funchal²³⁶ concluem que, não obstante o spread médio das operações de crédito não tenha se reduzido, o volume de crédito cresceu expressivamente como resultado da implantação da nova Lei da Recuperação Judicial e Falências que excluiu de sua lista de credores o credor fiduciário:

Apesar da propagação dos efeitos da lei de falências sobre o mercado de crédito ser lenta, ela já começa a ser observada. Estima-se uma expansão do mercado de crédito a pessoas jurídicas devido à implementação da nova lei de falências, principalmente para os setores comercial, rural e de serviços. Apesar de tal expansão do mercado de crédito, não ficou evidente o efeito de uma redução nas taxas de juros médias cobradas às pessoas jurídicas, como era esperado de acordo com o modelo teórico.

²³⁵ ARAUJO, A.; FUNCHAL, B. A nova Lei de Falências e seus efeitos sobre o desenvolvimento do mercado de crédito. **Pesquisa e planejamento econômico**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 2, 2006. p. 211.

²³⁶ *idem*.

Além da Lei de Falências, outro fator parece ter contribuído para o aumento de crédito à pessoa jurídica. Desde 2005 empresas de diferentes portes defrontavam-se com a necessidade de ampliar a oferta em um contexto de crescente demanda interna²³⁷.

As mudanças na legislação da alienação fiduciária e da recuperação judicial geraram repercussões sobre o crédito para aquisição de bens e sobre o financiamento de empresas. Assim como inovações financeiras introduzidas nos contratos de financiamento à pessoa jurídica, permitem explicar o aumento da oferta. Mais especificamente, alterações importantes nas regras de alienação fiduciária e a aprovação de uma nova lei de falência, reduziram os riscos dos bancos, ou seja, diminuíram a incerteza, e contribuíram para o processo de aumento de oferta de crédito.

De forma a resumir a relevância dos impactos do deferimento da recuperação judicial em razão dos efeitos do *stay period* sobre os credores fiscais e fiduciários e o filtro que a perícia prévia cria ao analisar de forma mais criteriosa a existência ou não de condições da ação, trazemos recente decisão proferida no processo 1068277-81.2019.8.26.0100²³⁸, onde o juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, João de Oliveira Rodrigues, que está à frente da maior recuperação judicial do Brasil (Odebrecht)²³⁹ onde, de forma didática resume a importância da necessidade de realização da perícia prévia justamente em razão dos impactos de um eventual deferimento em relação aos credores fiscais e fiduciários:

(...)

O simples deferimento do processamento da recuperação judicial, por si só, gera como consequência automática, a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias (*stay period*), dentre outras consequências legais importantes expostas no art. 52 da LRF, impondo, desde logo, um ônus a ser suportado pelo mercado e pelo universo de credores que se relaciona com a parte autora.

Diante da relevância da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, o legislador a condicionou à exatidão dos documentos referidos no art. 51 da LRF. Busca a legislação de regência evitar, portanto, o deferimento do processamento de empresa inviáveis, inexistentes, desativadas ou que não reúnam condições de alcançar os benefícios sociais almejados pela lei.

²³⁷ COMO criar oportunidades de forma segura. [Discurso] do Diretor Anthero no Seminário de Expansão do Crédito no Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/apron/apres/Expansao_do_credito_no_Brasil_h.pdf>. Acesso em: jul. 2019.

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo 1068277-81.2019.8.26.0100.j em 18.07.2019.**

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo 1057756-77.2019.8.26.0100.**

Entretanto, a análise ainda que preliminar da referida documentação pressupõe conhecimento técnico, a fim de que se possa saber o real significado dos dados informados pela devedora, bem como a correspondência de tais dados com a realidade dos fatos.

Tudo isso é fundamental para que o instrumento legal da recuperação da empresa seja utilizado de maneira correta, cumprindo sua função social, sem a imposição desarrazoada de ônus e prejuízos à comunidade de credores.

Conforme ideia mundialmente aceita, um sistema rígido de controle de recuperação de empresas e direitos dos credores é elemento fundamental para o bom funcionamento da economia e para a redução dos riscos e dos cursos da instabilidade financeira no mercado, justamente para evitar que o favor legal seja concedido de maneira imprópria e neutralize o erro do mau empresário, de modo a comprometer a competitividade ínsita ao aprimoramento do exercício de empresa e à melhoria dos produtos e serviços dispostos a consumidores e demais adquirentes.

Nesse sentido, não obstante a Lei nº 11.101/05 não tenha previsto expressamente uma perícia prévia de análise da documentação apresentada pela empresa requerente da recuperação judicial, o fato é que a determinação da diligência deve ser inferida como consequência lógica do requisito legal estabelecido como condição para o deferimento do seu processamento, qual seja, a regularidade da documentação apresentada pela devedora e a efetiva existência da atividade. A experiência tem demonstrado que o inadvertido deferimento do processamento da recuperação judicial, apenas com base na análise formal dos documentos apresentados pela devedora, tem servido como instrumento de agravamento da situação dos credores, sem qualquer benefício para a atividade empresarial diante da impossibilidade real de atingimento dos fins sociais esperados pela lei. Isso porque uma mera análise documental não permitirá a aferição da realidade da atividade sobre a qual se pretende o soerguimento. E mesmo que a análise da viabilidade econômica seja de titularidade dos credores da parte autora, ao Poder Judiciário compete garantir a plena e esmerada aplicação do arcabouço jurídico do sistema de insolvência, além de velar pela transparência irrestrita sobre a empresa, para evitar quadro de assimetria informacional e eventual vício de consentimento, tudo em consonância com o princípio (participação efetiva dos credores) constante do relatório do Senador Ramez Tebet no PLC 71/2003 que resultou na Lei 11.101/2005. Não se busca, evidentemente, uma análise exauriente e aprofundada da empresa, mas tão somente uma verificação sumária da correspondência mínima existente entre os dados apresentados pela devedora e a sua realidade fática. (...)

A admissibilidade da realização da perícia funda-se na necessidade de apuração de fatos não jurídicos, os quais demandam conhecimentos técnicos ou científicos específicos, úteis à ao processo e ao instituto da recuperação judicial.

É exatamente o caso dos autos. O profissional a ser nomeado para realizar a diligência detém a expertise técnica necessária para avaliar a documentação especializada, fazer a verificação in loco sobre a atividade e já colher informações que serão úteis não só para a decisão de deferimento ou não de processamento, mas, em caso de concessão do provimento jurisdicional pretendido, obter informações relevantes no interesse dos credores e do processo. (...) Diante do exposto, antes de decidir sobre o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, determino a realização de perícia prévia para constatação da real situação de funcionamento da empresa, bem como sobre a documentação apresentada pela requerente, de modo a se constatar sua correspondência com os seus livros fiscais e comerciais, além da colheita de outras informações que entender pertinentes ao deslinde da causa, **dentre elas o passivo tributário e as relações de propriedade fiduciária** com financiadores ou fornecedores. (...)

Finalizando, Costa²⁴⁰ bem define o objeto da decisão acima transcrita “tudo isso para se evitar deferir o processamento de uma recuperação judicial inadequada e lesiva ao interesse social e econômico”.

3.1 Estudos de jurimetria da ABJ

Neste capítulo, serão analisados os trabalhos realizados pela equipe da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), da qual faço parte, que possui adequação com o tema principal desta dissertação: o uso da perícia prévia como catalisador da eficiência do procedimento de recuperação judicial.

Segundo Nunes²⁴¹

A palavra jurimetria é um neologismo criado pelo advogado Americano Lee Loevinger, um assumido admirador do realismo jurídico.

À época de Loevinger, os precedentes jurisprudenciais americanos se acumulavam aos milhares e começavam a ser arquivados nos primeiros sistemas computacionais das cortes. Como o estudo dos precedentes é a base do Direito Americano, Loevinger se prontificou a criar um mecanismo capaz de transferir esses precedentes para o meio eletrônico, a fim de facilitar o armazenamento e a localização das decisões através de mecanismos de busca. Além de facilitar as buscas, tal mecanismo teria uma grande vantagem em relação as práticas casuísticas da pesquisa tradicional: testes de veracidade. Para Loevinger, a verdadeira ciência deve ser falseável e essa nova metodologia descreveria o fenômeno jurídico de forma imparcial e abrangente mensurando o Direito dentro de padrões de falseabilidade.

O autor também contribui com a ideia de que:

[...]Os tribunais possuem muita informação sobre quais dispositivos são aplicados nos julgamentos das disputas e quais não são. Estruturar os julgados em bases que permitam uma avaliação recorrente da aplicabilidade e inutilidade das normas vigentes é uma providência tão elementar quanto necessária. O Brasil é um país de elevada complexidade burocrática, com 91 tribunais, 16.427 juizes, 60.000 legisladores e 324.000 leis vigentes. ⁴ Reduzir, simplificar e racionalizar o ordenamento deveria ser uma das principais metas do Poder Legislativo e é, sem dúvida alguma, uma das áreas em que a Jurimetria pode prestar uma relevante contribuição. (...)²⁴²

²⁴⁰COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o processo de insolvência: revisitando as teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular**. In: FORGIONI, Paula A. et. al. Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito, homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo Quartier Latin, 2018. p. 827.

²⁴¹ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: RT, 2016. p. 99.

²⁴² *Idem*. p. 181.

A jurimetria é um ramo da ciência que vincula o estudo do direito aos métodos estatísticos por meio de análises quantitativas e qualitativas para explicar determinados fenômenos gerenciais jurídicos e estudar eficiências ou ineficiências do processo jurisdicional. Esse ramo hoje extrapola estudos de eficiência de decisões norte-americanas e é utilizado como método para avaliar a eficiência e a eficácia de diversos institutos em vários países.

O Observatório da Insolvência²⁴³ é uma iniciativa pioneira do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da PUCSP e da ABJ e que tem o objetivo de levantar e analisar dados a respeito das empresas em crise que se dirigem ao Poder Judiciário para viabilizar meios de recuperação ou, em último caso, para serem liquidadas.

Segundo Correa:

O Observatório da Insolvência é um projeto incremental, que se iniciou com o estudo dos processos em trâmite perante as duas varas de falência e recuperação da comarca de São Paulo, Capital, mas que pretende expandir seu escopo nas próximas fases em duas dimensões: uma horizontal e outra vertical.

Na dimensão vertical, o projeto será incrementado com o acréscimo de novas variáveis ao seu questionário original, com a capacidade de (1) aprofundar nosso conhecimento nos aspectos financeiros dos processos e (2) viabilizar a importação de dados de outras bases sócio-econômicas relevantes para a compreensão do problema da Insolvência, como por exemplo as bases do Cadastro de Empresas do IBGE – CEMPRE, cadastros de inadimplentes e de score de créditos. Na dimensão horizontal, o projeto será capaz de abarcar uma área geográfica maior, analisando já em uma fase 2 a situação dos processos de insolvência do Estado de São Paulo para, nas fases seguintes, abarcar as demais unidades federativas e todas as regiões do território nacional. Por fim, é também um objetivo programático do Observatório da Insolvência se prostrar no tempo através da coleta e consolidação periódica de dados, preferencialmente em ciclos anuais, e assim viabilizar a construção de indicadores jurimétricos que resumam a situação dos processos de insolvência no Brasil, incluindo prazos médio e mediano de duração, medidas de variabilidade, porte da dívida por classe e subclasse de credores e taxa real de recuperabilidade de créditos medida em centavos por real²⁴⁴.

O levantamento e a análise de dados promovidos pelo Observatório da Insolvência não são uma iniciativa inerte ou um fim em si mesmo. Além de permitir

²⁴³ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 1a Fase do Observatório de Insolvência.** Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 2a Fase do Observatório de Insolvência.** Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

²⁴⁴ *Idem*.

uma avaliação dos resultados obtidos pela aplicação da LREF, a obtenção de dados descreve a realidade, sendo uma providência preliminar para subsidiar os debates acadêmicos e legislativos em torno da necessidade e da melhor abordagem para a reforma da LREF, tanto que utilizaremos tais dados nesse trabalho.

Sobre a sua pertinência,

Na sua primeira fase, o Observatório da Insolvência extraiu dados e analisou 194 recuperações distribuídas perante a 1ª e a 2ª Varas de falência e recuperação judicial do Foro Central da comarca de São Paulo - Capital entre 01/09/2013 e 30/06/2016, cobrindo um período de quase três anos. A partir de uma lista censitária contendo a totalidade dos processos distribuídos nesse período, a equipe do Observatório da Insolvência procedeu a uma extração dos dados referentes a esses processos eletrônicos, incluindo todas as decisões, manifestações, documentos e andamentos relevantes. A análise dos documentos foi realizada por uma equipe de alunos de graduação e pós-graduação de diversas Universidades e vinculados ao NEPI, que procedeu à leitura dos documentos para embasar a resposta de um questionário contendo 46 variáveis de diferentes tipos. As variáveis relativas a meta-dados foram preenchidas automaticamente pelo sistema desenvolvido pela ABJ para o Observatório da Insolvência, sendo as demais variáveis respondidas após o trabalho de leitura e interpretação dos pesquisadores.²⁴⁵

A pesquisa desenvolvida pelo Observatório da Insolvência foi dividida em duas etapas; na primeira, se analisou desde a decisão que defere o processamento da recuperação judicial até a votação do plano de recuperação, que são dois marcos temporais utilizados para a estruturação da pesquisa.

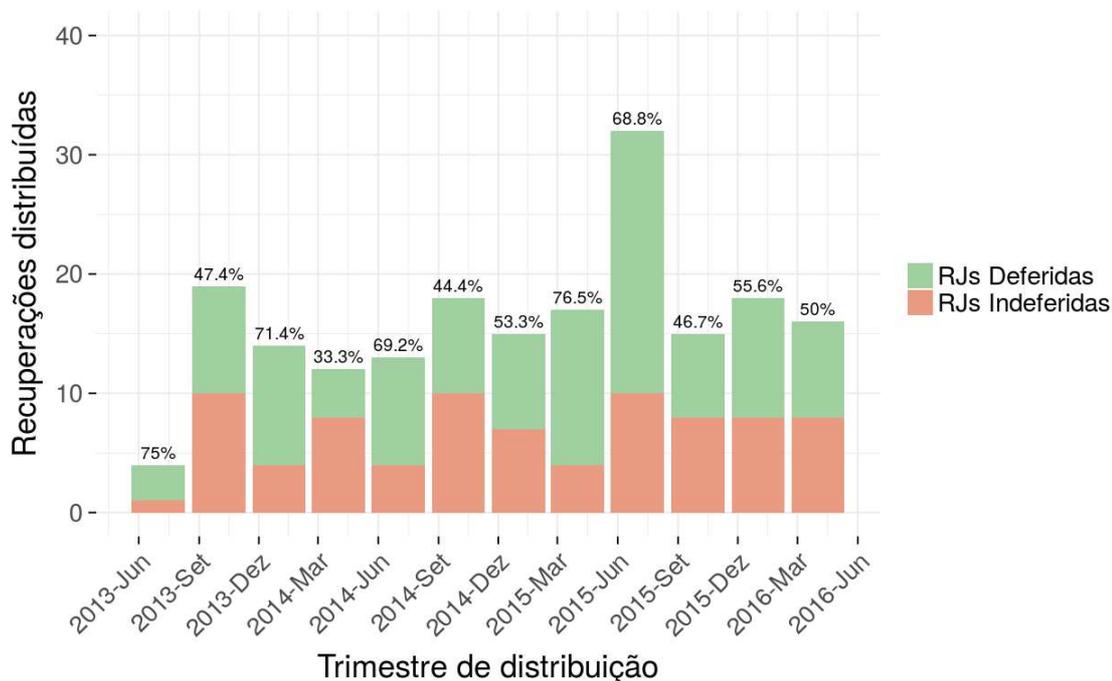
Os principais eventos ocorridos entre a distribuição do pedido e o deferimento do processamento foram analisados em um primeiro conjunto de variáveis, que não se restringiram aos requisitos formais previstos em lei. Segundo Correa, a pesquisa teve um especial cuidado ao analisar “os pedidos de emenda à petição inicial, de um lado, e o instituto da perícia prévia, de outro, e sua relação com o percentual de deferimentos e ao tempo transcorrido até o início do processamento da recuperação judicial”²⁴⁶.

Ao começar pela análise do deferimento do processamento em relação à quantidade de pedidos distribuídos, verifica-se uma oscilação tanto na quantidade de distribuições como no percentual de deferimento (Figura 9).

²⁴⁵CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 1a Fase do Observatório de Insolvência.** Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

²⁴⁶ *Idem*.

Figura 9 - Número de recuperações requeridas, deferidas e indeferidas ao longo dos trimestres da pesquisa



Fonte: Correa (2019).

Conforme se pode observar na Figura 9, o Observatório da Insolvência destaca as seguintes situações:

o menor volume de distribuições por trimestre foi observado no 3T de 2013, com apenas quatro pedidos, enquanto o maior aconteceu no 3T de 2015, com 32 pedidos. De um total de 194 pedidos distribuídos ao longo dos 12 trimestres analisados, 57,2% foram deferidos.

Os percentuais de deferimento mais elevados foram 75% e 76,5%, observados no 3T de 2013 e 2T de 2015, respectivamente. Dos doze trimestres, oito apresentam percentuais iguais ou maiores que 50%, três apresentam percentuais acima de 40% e o único restante que foge a esse padrão indica 33% de deferimento.

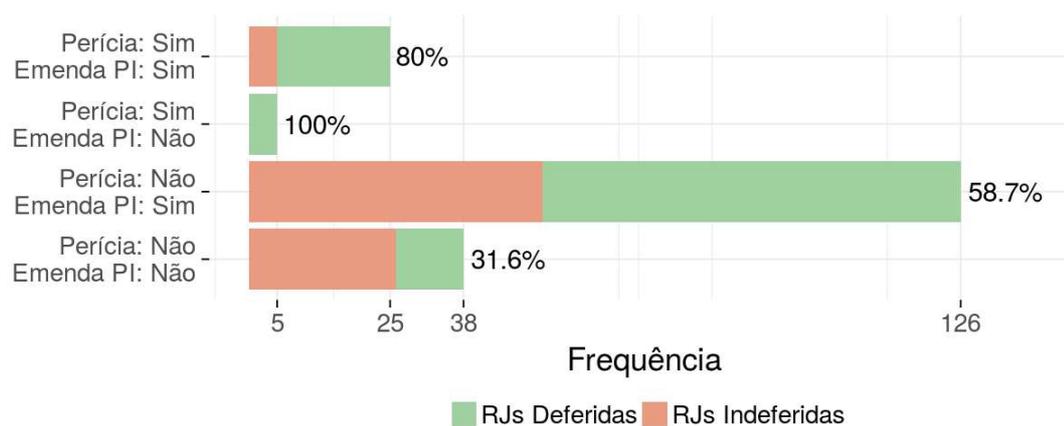
Era esperada a observação de percentuais elevados (acima de 50%) tendo em vista que o deferimento do processamento depende do preenchimento de requisitos formais e que a decisão pela aprovação ou não do plano de recuperação cabe aos credores reunidos em assembleia.²⁴⁷

A pesquisa aponta que a maior chance de deferimento do processamento se dá por dois fatores: a) a possibilidade de emenda da petição inicial; e b) a realização de perícia prévia.

²⁴⁷ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 1a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

O gráfico da Figura 10 dividiu os processos de recuperação judicial em quatro grupos distintos, de acordo com as combinações entre a ocorrência ou não de emendas à inicial e de perícias prévias.

Figura 10 - Taxas de deferimento em relação ao volume de distribuição, considerando as variáveis de perícia prévia e emendas à petição inicial, associadas, dissociadas ou sem nenhuma das duas



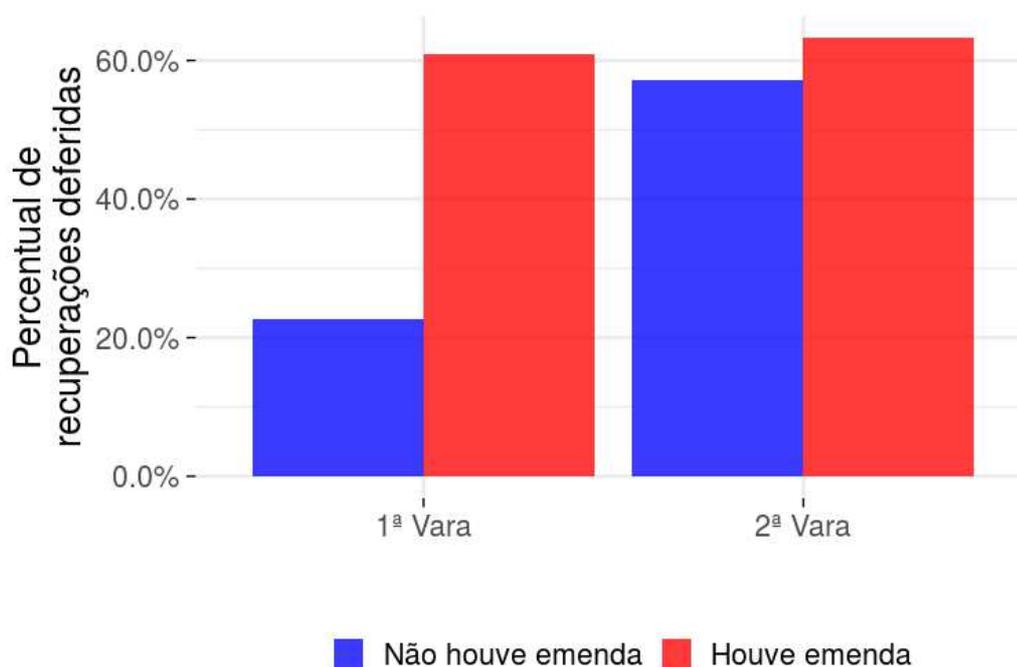
Fonte: Correa (2019).

O primeiro fato identificado na pesquisa é a presença significativa de diligências:

(emendas ou perícias) prévias ao deferimento ou não do processamento da recuperação judicial. Em 80,4% dos processos houve emenda à petição inicial ou perícia prévia, sendo que, destes casos, 56,1% tiveram o pedido de recuperação deferido. Nos demais casos a taxa de deferimento foi significativamente menor: foram deferidos apenas 31,6% dos casos em que não houve nem emenda, nem perícia prévia à decisão de deferimento. Os resultados indicam que nesses casos nos quais não há exigência de nenhum tipo de diligência encontram-se aqueles com menor propensão ao deferimento. Isso pode ser explicado, por exemplo, como uma espécie de pré-triagem feita pelos magistrados.

Na primeira vara, onde a perícia prévia foi criada, a taxa de deferimento da recuperação judicial nos processos em que não houve determinação de emenda foi de apenas 22%, enquanto a taxa de deferimento nos casos em que houve pedido de emenda foi de 60%. Isso pode indicar que os critérios para requerimento das emendas são diferentes nos dois contextos. De fato, a associação entre taxa de deferimento e presença ou ausência de emenda à petição inicial encontra-se apenas na primeira vara, conforme ilustrado na Figura 11.

Figura 11 - Taxa de deferimento segregada pela vara de tramitação do processo e pela presença ou ausência de emenda à petição inicial



Fonte: Correa (2019).

Observa-se um fenômeno similar nos casos com perícias prévias ao deferimento:

O grupo de 5 processos nos quais houve apenas perícia prévia apresentou 100% de taxa de deferimento, a mais alta observada, sendo que o grupo com 25 casos em que houve concorrência de emenda e perícia prévia apresentou taxa de 80%, a segunda mais elevada. Em terceiro lugar, com 126 casos, ficou o grupo em que ocorreu emenda, mas não perícia prévia, com taxa de deferimento de 58,7%, seguido por fim pelo grupo no qual nenhum dos dois institutos foi aplicado, com 38 casos e taxa de 31,6%²⁴⁸.

Sobre essas taxas, é importante notar que, na grande maioria dos casos estudados, a perícia prévia foi aplicada de acordo com a necessidade fática reconhecida pelo magistrado responsável.

Os resultados levantados indicam que nos processos em que se aplicou o instituto houve maior percentual de deferimentos do processamento da recuperação judicial, evidenciada pelo aumento nas taxas de deferimento em relação à média. Concluindo, os dados revelam que, contra intuitivamente, emendas à petição inicial e perícias prévias estão associadas a uma maior

²⁴⁸ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 1a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

taxa de deferimento dos pedidos de recuperação, mas esses dois resultados merecem ressalvas.

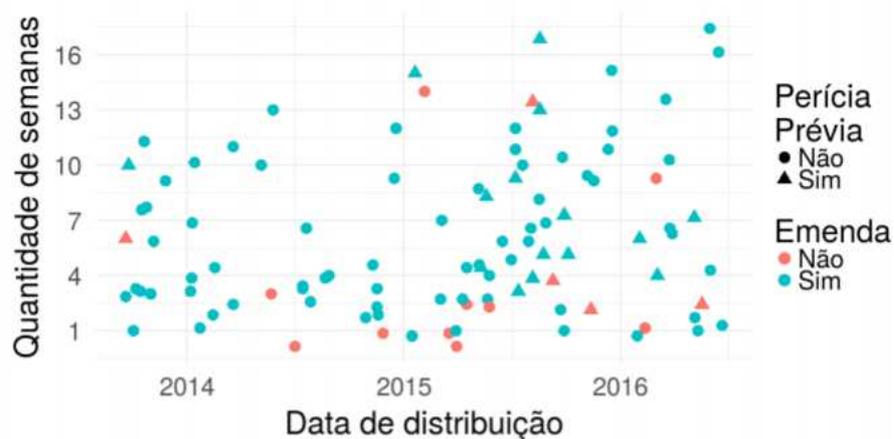
Quanto às emendas de petição inicial, conclui-se que este é um fenômeno relativamente comum nas recuperações judiciais distribuídas perante as 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, e que a determinação da emenda relaciona-se com a possibilidade de saneamento de eventuais falhas documentais do pedido, o que gera maior propensão ao deferimento; no entanto, essa relação não foi constante nas duas varas estudadas.

Quanto à perícia prévia, a mesma comparação entre a aplicação do instituto nas duas varas não foi possível, pois a aplicação é muito menos frequente na segunda vara. Entretanto, identifica-se a maior propensão ao deferimento do processamento nos casos em que o instituto da perícia prévia é aplicado, resultado contraintuitivo.

Verifica-se que a perícia prévia é variável e mais propensa ao deferimento do processamento se comparada à própria emenda à inicial isolada. Enquanto a perícia prévia acompanhada de emenda gera 80% de taxa de deferimentos da recuperação judicial, a emenda desacompanhada de perícia prévia gera apenas 58,7% de aprovação.

Encerrando a primeira fase do nosso objeto de estudos, analisamos o tempo do deferimento e sua relação com emendas à inicial e com perícias. Essa análise é apresentada no gráfico da Figura 12.

Figura 12 - Tempo total até o deferimento em quantidade de semanas separado de acordo com a data de distribuição e a presença de perícias prévias e emendas à petição inicial



Fonte: Correa (2019).

Segundo o Observatório²⁴⁹, o tempo total até o deferimento, em semanas, foi separado de acordo com a data de distribuição e a presença de perícias prévias e emendas à petição inicial.

Segundo o estudo, a média de tempo até o deferimento é de “6,02 semanas enquanto a mediana é de 4,57 semanas”²⁵⁰. A diferença se deve à existência de alguns processos com tempo de processamento elevado que pressionam a média para cima.

A relativa concentração de círculos vermelhos na base do gráfico da Figura 12 (casos em que nenhum dos fatores foi observado) era um resultado esperado pelos pesquisadores, uma vez que a ocorrência de emendas e a realização de perícias tendem a atrasar o deferimento, apesar de aumentarem a probabilidade de ocorrência.

Nesses casos sem perícias prévias e sem emendas à inicial, segundo o Observatório:

o tempo médio até o deferimento foi de 1,14 semanas (8 dias). O tempo de deferimento superior a 30 dias que foi observado deve-se, principalmente, às diligências determinadas pela justiça. As determinações de emendas à petição inicial são responsáveis por um aumento mediano de 20 dias no tempo até o deferimento, enquanto as perícias prévias são responsáveis por um aumento mediano de 25 dias. No que toca aos padrões relativos ao tempo até o deferimento, o gráfico mostra que até o 2T de 2015 todos os casos com deferimento em até 5,5 semanas não tiveram perícia prévia. A partir do 3T daquele ano aparecem casos de deferimento mais céleres com perícia. Também foi observado que a concentração de processos com perícia dentro os casos com prazo de deferimento mais longo (13 ou mais semanas) é maior: dos 10 mais demorados, quatro tiveram perícia prévia.²⁵¹

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ *Op. Cit.*

²⁵¹ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 1a Fase do Observatório de Insolvência.** Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

Finalizada a primeira fase da pesquisa, que analisou 194 processos de recuperações judiciais distribuídos perante as 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, entre 01.09.2013 e 30.06.2016, podemos chegar às seguintes conclusões preliminares sobre a influência da perícia prévia:

- a) dos 194 processos distribuídos, em apenas 15% foi determinada a realização de perícia prévia (30 processos);
- b) dos 30 processos, em 25 deles a perícia foi acompanhada de emenda à inicial e apenas cinco tiveram somente a perícia sem emenda;
- c) dos 30 processos com perícia prévia, 25 tiveram seu processamento deferido, o que revela uma taxa de 80%;
- d) a taxa de deferimento em processos em que não houve nem perícia prévia, nem emenda à inicial (38) foi de 31,1%, ou seja, uma média de 68,4% de indeferimento maior do que as outras categorias analisadas;
- e) o tempo médio de duração da perícia prévia nos 30 processos foi de sete dias;
- f) os casos que não tiveram nem perícia prévia, nem emenda à inicial (38) tiveram mais celeridade no deferimento de seu processamento, com uma média de oito dias;
- g) os casos que tiveram somente a emenda inicial levaram cerca de 33 dias para obter o deferimento do processamento da recuperação;
- h) nos casos que tiveram associadas a perícia prévia e a emenda à inicial, o prazo médio para o deferimento subiu para 58 dias;
- i) nos casos em que houve só a presença da perícia prévia (5), o tempo médio para o deferimento do processamento foi de 26 dias.

Em um primeiro momento, é nítido que nos casos em que não há perícia prévia, nem emenda à inicial, o deferimento é muito mais célere. No entanto, isso não se converte em “celeridade processual” se analisarmos o processo como um todo e não somente o tempo para seu deferimento.

Os casos (38) que foram deferidos sem emenda e sem perícia prévia tiveram um tempo médio de aprovação de 347 dias, contando como termo inicial a data da distribuição; já os processos que tiveram só emenda (25) demoraram, em média, 324

dias para obterem a aprovação do plano; e os processos que tiveram emenda associada à perícia prévia (25) levaram uma média de 295 dias.

Os processos que tiveram somente a perícia prévia (5) apresentaram o menor tempo médio entre a distribuição e a aprovação do plano, aproximadamente 291 dias, ou seja, 56 dias a menos do que os casos em que não houve perícia prévia.

Tanto nos casos em que houve a realização de perícia prévia isolada, quanto naqueles em que ela foi associada à emenda inicial, a explicação que encontramos para sua maior celeridade se dá justamente na questão da diminuição da assimetria de informação que decorre dos ajustes necessários promovidos no período em que foram submetidos os referidos procedimentos.

Da análise das primeiras conclusões, extraímos as seguintes constatações:

- a) embora os processos que não se submeteram à perícia prévia sejam os mais céleres ao ter seu processamento deferido, são os que mais demoram para terem o plano aprovado — uma diferença de quase dois meses a mais em relação aos processos que foram submetidos à perícia prévia;
- b) embora mais demorados, os processos que se submeteram ao procedimento da perícia prévia (associados ou não à emenda à inicial), foram os processos mais céleres até a aprovação do plano.

Em sua segunda etapa²⁵², o relatório investigou sistematicamente a interação entre um conjunto delimitado de desfechos das recuperações judiciais e algumas características específicas das requerentes. Em outras palavras, nossas análises buscam identificar quais são a direção e o tamanho da influência de um conjunto de características das requerentes sobre o processo de recuperação como um todo.

As variáveis escolhidas para análise do Observatório objetivaram ampliar e captar os marcos principais das recuperações judiciais. As características selecionadas representaram informações importantes, que de alguma forma poderiam impactar os desfechos da recuperação judicial. Segundo os pesquisadores:

²⁵² CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 2a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

Na análise de alguns desfechos específicos, relacionados à primeira etapa da recuperação judicial, por exemplo, outras análises foram realizadas. Os desfechos da recuperação judicial, considerados aqui como as variáveis de resposta da investigação, dividiram-se em duas categorias.

Desfechos qualitativos, tais como a extinção da recuperação judicial em virtude de falência, e desfechos quantitativos, que consistem nos tempos até a ocorrência de determinados eventos, como o deferimento da recuperação, ou as características dos planos de recuperação aprovados. No decorrer das análises, foram estudados o comportamento da resposta às seguintes questões: O processamento foi deferido? Qual foi o tempo decorrido até o deferimento ou indeferimento da recuperação? Após o deferimento, houve falência antes do final das negociações? Se sim, em qual momento? A negociação resultou exitosa? Qual foi o tempo decorrido até o término das negociações? A recuperação judicial acabou?²⁵³

Nesse ponto, fizemos um recorte na mencionada pesquisa, trazendo para o presente trabalho somente os dados pertinentes ao tema escolhido, qual seja, a perícia prévia. Nessa segunda etapa, mais processos foram analisados, e a pesquisa se estendeu às Varas não especializadas do Poder Judiciário de São Paulo, ampliando assim, os dados em relação à primeira etapa — que se limitava aos processos distribuídos perante as 1ª e 2ª Varas de Falências da Capital. Em relação à distribuição dos pedidos de recuperação judicial no tempo — antes de tratar das questões de pesquisa levantadas —, a primeira investigação disse respeito ao impacto da crise nacional de 2014 e 2015 e de outras variáveis de interesse no número de recuperações requeridas que compõem o escopo do nosso estudo. Segundo o relatório:

o crescimento tardio das recuperações no interior poderia eventualmente ser explicado pela menor especialização dos operadores locais. Há indícios de que na capital os empresários reagiram de maneira mais imediata à crise de 2008 e já ainda entre 2010 e 2012 suas distribuições superaram às do interior. Em 2013, no entanto, houve um ajuste e o interior se fixou em um patamar superior ao da capital a partir de então. Na amostra completa, 624 processos (68,9%) foram requeridos em varas comuns, sendo assim a maioria dos casos.²⁵⁴

Conforme o Observatório, “da análise dos dados, as varas comuns deferiram 445 recuperações judiciais e indeferiram 184. Nas especializadas, foram deferidas 152 recuperações judiciais e indeferidas 131. Em termos relativos, a taxa total de deferimento, considerando varas comuns e especializadas, foi de 65,45%, enquanto

²⁵³ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 2a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

²⁵⁴ *Ibidem*.

nas especializadas e nas comuns as taxas foram de 53,7% e 70,7%, respectivamente²⁵⁵ (Figura 13).

Figura 13 - Distribuição dos processos de acordo com o local de tramitação

Local de tramitação	Nº de RJs	%
Varas comuns	624	68,9 %
Varas especializadas	282	31,1 %

Fonte: Correa (2019).

O aumento do percentual de deferimentos, conforme os pesquisadores, “ocorre diante da presença de vários fatores, sendo os principais a presença de litisconsórcio, o foro no qual tramita a recuperação (especializado vs. comum) e o faturamento das requerentes. Tanto nas varas comuns quanto nas especializadas, aproximadamente 20% (724 de 906) das recuperações são requeridas por grupos de empresas, em litisconsórcio ativo. Nas varas especializadas a taxa observada foi de 19,9% (226 de 282), similar ao encontrado nas varas comuns, em que a taxa foi de 20,2% (498 de 624)”²⁵⁶.

Segundo os resultados apresentados:

Caso não haja litisconsórcio, a média de deferimentos totais da vara especializada e da comum é de 60,2% (438 processos) e de 39,8% de indeferimentos (290 processos). Se houver litisconsórcio no polo ativo, a taxa de deferimento é de 86,4% (159 processos), enquanto a taxa de indeferimento é de 13,6% (25 processos).

Pelos dados coletados, as varas especializadas determinam maior número de emendas à petição inicial. Do total de processos da especializada, 67,4% sofrem emendas à petição inicial. Na comum, esses números são de apenas 48,2%. A determinação de emendas depende pouco do faturamento. O destaque é da faixa de faturamento entre R\$ 5 e R\$ 10 milhões, onde a taxa de emendas sobe para 68,1%.²⁵⁷

²⁵⁵ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 2a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

Enquanto a presença de determinação de emenda na vara especializada majora a chance de deferimento do processamento da recuperação judicial, partindo de uma base de 50%, na vara comum a presença de emendas não majora a probabilidade de deferimento do processamento dos pedidos de recuperação judicial.

Essa situação poderá ser explicada por uma maior propensão dos magistrados das varas especializadas a indeferir imediatamente petições iniciais de requerentes em situação que não condiz com o deferimento de uma recuperação judicial, o que razoavelmente pode coincidir com documentação fora dos padrões estipulados pelo artigo 51. Seguindo essa lógica, nos processos da vara comum, as emendas seriam requeridas independentemente de outros juízos feitos sobre as petições iniciais, o que implicaria indeferimentos que acontecem apenas após todos os requisitos formais encontrarem-se contemplados.

Segundo os dados levantados:

Nas varas especializadas, a perícia prévia foi realizada em 8,8% dos processos (25 casos), enquanto nas comuns em 10,8% dos processos (68 casos). É de se observar, no entanto, que a utilização da perícia prévia só teve início em 2014 em parte das varas especializadas, então o baixo número do resultado se explica pela amostragem ter grande parte anterior a esta data. De forma geral, sem perícia prévia, a taxa de deferimento das recuperações judiciais é de 63,6% (521 processos) e 36,4% de indeferimentos (298 processos). Com perícia prévia, a taxa de deferimento dos processos é de 81,7% (76 processos) e de 18,3% de indeferimentos (17 processos). Nas varas especializadas, a realização de perícia prévia implica taxa de deferimento de 76% (19 dos 25 processos em que ela foi feita), enquanto que sem perícia prévia o deferimento foi de apenas 51,55% (133 processos de 258). Nas varas comuns, a realização de perícia prévia implicou processamento de 84,1% (57 de 68 processos), enquanto a taxa de deferimento sem perícia prévia foi de 69,9% (388 em 561).²⁵⁸

Quanto à perícia prévia, os dados identificam maior propensão ao deferimento do processamento nos casos em que o instituto é aplicado e de forma ainda mais eficiente do que a emenda aos processos isoladamente. Conforme a pesquisa:

A presença de perícia aumenta a taxa de deferimento tanto na presença quanto na ausência de emendas à petição inicial. Cabe ressaltar que o aumento é ainda maior nas varas especializadas. Enquanto nas varas comuns as perícias aumentam as taxas de deferimento de processos com e sem emenda de 73,6% e 65,8%, respectivamente, para 83,9% e 84,2%, nas varas especializadas o aumento é de 48,3% e 54,1% para 80% e 75%. Ou

²⁵⁸ CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**: 2a Fase do Observatório de Insolvência. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

seja, enquanto o aumento é de 10% a 15% nas comuns, nas especializadas esse aumento chega a ficar entre 20% e 30%.²⁵⁹

Figura 14 - Taxa de deferimento separado por localidade, presença de emenda à petição inicial e presença de perícia prévia

		Houve emenda?	Nº de RJs deferidas	Nº de RJs indeferidas	Taxa def.
Varas comuns	Sem perícia prévia	Não	215	77	73,6%
		Sim	173	90	65,8%
	Com perícia prévia	Não	26	5	83,9%
		Sim	32	6	84,2%
Varas especializadas	Sem perícia prévia	Não	42	45	48,3%
		Sim	92	78	54,1%
	Com perícia prévia	Não	4	1	80,0%
		Sim	15	5	75,0%

Fonte: Correa (2019).

Em síntese, a perícia prévia é a variável, seguida da presença de litisconsórcio, que mais se associa ao deferimento do processamento, principalmente se comparada à própria emenda à inicial isolada. A título de comparação, nas varas especializadas, enquanto a perícia prévia acompanhada de emenda gera 80% de taxa de deferimentos da recuperação judicial, a emenda desacompanhada de perícia prévia gera apenas 58,7% de aprovação. Já ao analisarmos as mesmas varas especializadas, onde não foi determinada a realização da perícia prévia, a taxa de deferimento é de 48,2% e sobe para apenas 54,1% quando existe tão somente a emenda à inicial.

Já nas varas comuns, a taxa de deferimento nos casos que tiveram perícia prévia, sem emenda, sobe para 83,9%; quando houve somente a perícia prévia com emenda a taxa se eleva para 84,2%.

Nas mesmas varas comuns, onde não se designou a perícia prévia, o índice de deferimento é de 73,6%, e quando foi determinada a emenda, a taxa de deferimento caiu para 65,8%.

²⁵⁹ *Ibidem*.

Embora o procedimento da perícia prévia atrase o deferimento do processamento, tal atraso não se demonstrou um obstáculo para o bom andamento do processo como um todo, ao contrário do que poderia, isoladamente, aparentar.

Portanto, a pesquisa empírica deixa clara a eficiência da perícia prévia dentro dos processos de recuperação judicial e falências, se revelando um instrumento de redução de assimetria de informação entre o devedor e os credores, a qual é percebida na maior velocidade de aprovação do plano.

3.2 Efeitos da perícia prévia no *stay period*

É importante destacar de início que o despacho que defere o processamento da recuperação judicial não se confunde como despacho que concede a recuperação judicial. O primeiro somente autoriza o início do processo e está previsto no art. 52 da LREF, enquanto o segundo se dá quando não houver objeções ao plano ou após sua aprovação em assembleia, e seu fundamento está nos artigos 58 § 1º e 59 § 1º da LREF:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

Fábio Ulhoa²⁶⁰ distingue os dois momentos processuais:

O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores – a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a empresa do devedor é viável e, portanto, ele tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial.

Pela regra do art. 59, § 2º,²⁶¹ o ato formal de concessão do regime de recuperação judicial será uma decisão interlocutória.

²⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

²⁶¹ § 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

Esta decisão terá eficácia *ex nunc* em relação aos créditos existentes até a data do pedido, não protegidos por nenhuma regra de exclusão, na forma do artigo 49, § 3º e 4º, além dos créditos tributários.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

A decisão, no entanto, não produz efeitos jurídicos em relação aos créditos gerados após o ajuizamento da ação recuperatória.

Tão logo publicada essa decisão, surgem alguns efeitos jurídicos dela decorrentes. O primeiro efeito da concessão do regime recuperatório, contrariando o regime anterior de concordata, é o de novação dos créditos anteriores submetidos aos efeitos jurídicos do plano. O segundo efeito está previsto no art. 59, § 1º, que é a constituição de título executivo judicial em favor daqueles cujos créditos foram alcançados pelo regime.

Mas o efeito que mais gera impacto quando deferido o pedido de processamento da recuperação judicial é a suspensão das execuções contra a recuperanda, pelo prazo de 180 dias, também conhecido como “*stay period*”.

A regra de suspensão das ações e execuções contra o devedor, prevista no art. 6.^o²⁶² da Lei 11.101/2005, é efeito tanto do processamento da recuperação judicial, quanto do decreto de falência, embora, em uma e outra hipótese, a motivação seja diferente.

²⁶² Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Fábio Ulhoa²⁶³ critica que nesse momento inicial do processo as empresas já se beneficiem dos efeitos do “*stay period*”:

A mera distribuição do pedido de recuperação judicial produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência aforados contra a devedora requerente. Verifica-se a suspensão destes, se a petição inicial de recuperação estiver instruída na forma da lei. Para mim, esse efeito do simples protocolamento do pedido de recuperação judicial é altamente criticável, por propiciar o uso indevido do instituto. Graças à sistemática engendrada pelo legislador, qualquer devedor, mesmo que não tenha ainda obtido o benefício da recuperação, consegue obstruir a regular tramitação dos pedidos de falência ajuizados por seus credores. Quando a intenção é unicamente retardar o cumprimento das obrigações passivas, a previsão legal da suspensão do pedido de falência pelo simples ajuizamento da recuperação judicial presta-se à concretização da fraude.

O fundamento do “*stay period*” é impedir que as execuções individuais, penhora de bens, atos que importem na diminuição do patrimônio ou pedidos de falência frustrem os objetivos da reestruturação, em detrimento da preservação da sociedade empresária e dos interesses da comunhão dos credores.

Fábio Ulhoa²⁶⁴ justifica o sentido da suspensão das execuções:

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores.

Por isso, a lei fixa um prazo para a suspensão das execuções individuais operada pelo despacho de processamento da recuperação judicial: 180 dias. Se, durante esse prazo, alcança-se um plano de recuperação judicial, abrem-se duas alternativas: o crédito em execução individual teve suas condições de exigibilidade alteradas ou mantidas. Nesse último caso, a execução individual prossegue.

Paulo Toledo²⁶⁵ explica que

paralelamente à suspensão do curso da prescrição, suspendem-se igualmente as ações de execução contra o devedor, tanto na falência quanto na recuperação judicial. O caráter concursal desses regimes explica a

²⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo :Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 215.

²⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo :Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 219.

²⁶⁵ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: ABRAÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F.C. Salles de (Coord). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. São Paulo, 2016. p. 72.

suspensão, uma vez que os credores de modo geral, são chamados a participar dos processos e devem ter um tratamento equânime.

O Superior Tribunal de Justiça também comunga do mesmo entendimento sobre o fundamento do *stay period*:

A razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções - *stay period* - na recuperação judicial é a de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais constrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência.²⁶⁶

A importância da proteção criada pela suspensão das execuções é muito bem ressaltada por Paulo Penalva Santos²⁶⁷:

A suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a sociedade em recuperação judicial é uma das medidas mais importantes previstas na Lei n.11.101/2005, cuja finalidade é a de preservar a empresa como unidade produtiva, até que os credores deliberem sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor. Sem essa proteção, o prosseguimento das ações individuais dos credores certamente colocaria em risco a superação da crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor.

Daniel Costa²⁶⁸ explica que, além do sentido da preservação da empresa pelo *stay period*, ele também funciona como um estímulo para que credores e devedor possam negociar:

É o *stay period* um dos principais motivos que fazem com que os credores passem a considerar a negociação como uma alternativa viável para a superação da situação de crise, já que ficam sujeitos aos efeitos do processo de recuperação judicial e não podem, de forma individual, buscar a realização de seus créditos, ao menos durante o período em que a medida estiver vigente (180 dias).

Por vezes o prazo de 180 dias se mostra insuficiente, e o Superior Tribunal de Justiça entende que, não sendo a empresa recuperanda a causadora do retardamento do processo, o prazo pode ser prorrogado:

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.374.259, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.02/06/2015.**

²⁶⁷ SANTOS, Paulo Penalva. **A prorrogação do prazo de blindagem da empresa.** In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRAÃO, Carlos (Coord). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n.147/2104. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 245.

²⁶⁸ COSTA, Daniel Carnio. **Novas teorias sobre o processo de insolvência e gestão democrática de processos.** In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1, p. 27.

(...)Recuperação judicial. Lei 11.101/2005, art. 6.º, § 4.º. Suspensão das ações e execuções. Prazo de 180 dias. Homologação do plano de recuperação. Prova do retardamento. Ausência. Flexibilização. Possibilidade. Improvimento.

I. O deferimento da recuperação judicial carrega ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.

II. A extrapolação do prazo de 180 dias previsto no art. 6.º, § 4.º, da Lei 11.101/2005 não causa o automático prosseguimento das ações e das execuções contra a empresa recuperanda, senão quando comprovado que sua desídia causou o retardamento da homologação do plano de recuperação.

III. Agravo regimental improvido."(STJ, AgRg no CComp 113001/DF (2010/0126155-9), 2.ª Seção, j. 14.03.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 21.03.2011.)

Tal entendimento foi consolidado no Enunciado 42 da I Jornada de Direito Comercial: "O prazo de suspensão previsto no art. 6.º, § 4.º, da Lei 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor".

Ana Pugliese e Paulo Toledo²⁶⁹ nos trazem uma importante lição sobre a dilação do prazo de 180 dias:

Diante dos fundamentos que ensejam a suspensão das ações na recuperação judicial, o instituto comporta exceções (a seguir analisadas) e tem prazo determinado, que a Lei 11.101/2005 diz ser 'improrrogável', de 180 dias após a decisão de concessão. A regra, porém, tem comportado flexibilização pela jurisprudência, especialmente nas hipóteses em que não se pode imputar ao devedor qualquer responsabilidade pelo retardamento das soluções do processo. Nesse mesmo sentido o Enunciado 42 da I Jornada de Direito Comercial.

A regra geral é que as ações que ficam afetadas pela suspensão, em tese, são somente das classes credoras previstas no artigo 41 da LREF.

Art. 41. A assembleia geral será composta pelas seguintes classes de credores:

I — titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;

II — titulares de créditos com garantia real;

III — titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

IV — titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

²⁶⁹ CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5). p. 103.

Conforme ensinam Ana Pugliese e Paulo Toledo²⁷⁰, existem “várias exceções à regra de suspensão das ações e execuções singulares contra o devedor”, as quais são, basicamente: “(i) demandas por quantia ilíquida; (ii) créditos trabalhistas; (iii) créditos fiscais²⁷¹; e (iv) ações ajuizadas pelos credores proprietários”.

Conforme Fábio Ulhoa²⁷², nem todas as ações e execuções movidas contra o requerente da recuperação judicial se suspendem:

Continuam, assim, a tramitar: (i) ações de qualquer natureza (cível ou trabalhista) que demandam quantias ilíquidas; (ii) reclamações trabalhistas; (iii) execuções fiscais, caso não concedido o parcelamento na forma da lei específica a ser editada nos termos do art. 155-A, §§ 3.º e 4.º, do CTN; (iv) execuções promovidas por credores absolutamente não sujeitos à recuperação judicial (isto é, pelos bancos titulares de crédito derivado de antecipação aos exportadores (ACC), proprietário fiduciário, arrendador mercantil ou o vendedor ou promitente vendedor de imóvel ou de bem com reserva de domínio).

No entanto, mesmo que a legislação seja expressa, existem casos em que dois credores em especial são excluídos dos efeitos, tanto do *stay period* quanto de suas sucessivas renovações: o fisco e o credor fiduciário.

A exclusão dos créditos fiscais está expressa tanto no § 7º do artigo 6º da LREF quanto no art. 187 do Código Tributário Nacional. Já a não submissão do credor fiduciário está prevista no § 3º do artigo 49.

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005).

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias,

²⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5). p. 105.

²⁷¹ § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

²⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo :Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 217.

ou de **proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições** contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Portanto, a importância de estudar o impacto da decisão que defere o processamento da recuperação judicial toma outro contorno ao colocarmos os credores fiduciários e os créditos fiscais sob suspensão. Daí a necessidade de desenvolver os desdobramentos do “*stay period*” nesses dois credores, que, via de regra, não deveriam ser atingidos, mas, na prática, são diretamente impactados tanto pelo deferimento do processamento da recuperação judicial quanto pelo deferimento da recuperação judicial.

Como dito antes, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial é extremamente delicada e importante. É uma das decisões fundamentais do processo, considerando que é a partir dela que entrará em vigor a proteção do “*stay period*”.

Daniel Carnio Costa²⁷³ ressalta a cautela que se deve ter ao deferir o processamento da recuperação judicial, justamente pelos efeitos causados pelo *stay period*:

Lembre-se que o simples deferimento do processamento da recuperação judicial vai deflagrar automaticamente o *stay period*, de modo que esse ato representará a imposição aos credores de grave ônus, blindando-se o patrimônio da devedora por, pelo menos, 180 dias.

Vale dizer que essa decisão impacta milhares de pessoas e o funcionamento da própria economia, visto que a partir dela os credores não poderão exercer livremente os seus direitos creditórios contra a devedora — inclusive os credores que “em tese” não deveriam se submeter aos efeitos da recuperação judicial —, como os bens gravados com alienação fiduciária (grande parte) que sempre permaneceram sob os efeitos da recuperação judicial, primeiro por serem bens de capital essenciais para a manutenção da atividade da empresa devedora, e segundo em razão das prorrogações sucessivas e intermináveis do ‘*stay period*’, que acaba por manter seus

²⁷³ COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o processo de insolvência**: revisitando as teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. In: FORGIONI, Paula A. et. al. Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito, homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo Quartier Latin, 2018. p. 831.

efeitos até o final da recuperação e não somente ao período de 180 dias. Isso gera uma insegurança jurídica aos credores e uma instabilidade no mercado de crédito.

No Brasil, historicamente, a economia sempre foi alavancada por meio das instituições financeiras, fonte principal de investimento e fomento à atividade industrial por meio de financiamentos. Com a evolução das relações entre instituições financeiras e empresas, a legislação também mudou, principalmente para garantir que as instituições pudessem oferecer crédito com taxas de juros mais baixos mediante garantias. Dessa forma, a alienação fiduciária se tornou o instrumento de maior garantia para os bancos fomentarem o meio empresarial com a menor taxa de juros em razão de o risco ficar circunscrito ao valor da garantia prestada.

A alienação fiduciária de imóveis de empresas em contratos bancários está prevista na Lei 9.514 de 1997 no caput do artigo 22, que conceitua a alienação fiduciária como sendo o “*negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*”. Também se caracteriza pela transferência da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel ou imóvel, como garantia de pagamento de um débito, na qual o devedor fica impedido de negociar o bem antes da quitação da dívida, mas lhe é permitido usufruir dele.

Neste caso, o devedor demite-se do seu direito de propriedade e cede ao credor. A propriedade só retorna quando o devedor cumprir a obrigação de pagamento que constitui o objeto do contrato. Segundo Gomes,²⁷⁴ “trata-se de um Direito real de garantia que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação”.

A alienação fiduciária está prevista na Lei 4.728/1965 (Lei de Mercado de Capitais) – art. 66 –, no Dec. Lei 911/1969 (Alienação Fiduciária em Bens Móveis), na Lei 9.514/1997 em seu artigo 22²⁷⁵ (Alienação Fiduciária em Bens imóveis) e na Lei 10.931/2004, a qual incluiu o art. 66-B,²⁷⁶ que no §3º prevê “alienação fiduciária de

10 BRASIL, Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, Diário Oficial da União (D.O.U) de 09.02.2005. Art. 1º “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

²⁷⁴GOMES, Orlando; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

²⁷⁵BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997**. Diário Oficial da União (D.O.U) 21.11.1997. Art. 22. “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

²⁷⁶BRASIL. **Lei 10.931 de 02 de Agosto de 2004**. Diário Oficial da União (D.O.U) 02.08.2004.

coisa fungível e cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como, títulos de crédito”. Além disso, inclui também no Código Civil o artigo 1368-A²⁷⁷, que fala sobre as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária.

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004). (..)§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

As operações de crédito com alienação de imóveis de empresas são realizadas geralmente por meio de uma Cédula de Crédito Bancário. Este instrumento de crédito foi instituído pela Medida Provisória nº 1.925-15/2000, que assim a definiu em seu artigo primeiro:

Art. 1º ‘A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade’.

A Lei 9.514 de 1997, no artigo 22²⁷⁸ e seguintes institui o procedimento para retomada extrajudicial do imóvel alienado: na prática a alienação fiduciária ou a trava bancária cria uma garantia para o fornecedor do crédito, dando-lhe segurança jurídica

²⁷⁷BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União (D.O.U) 11.01.2002.

²⁷⁸BRASIL. **Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997**. Diário Oficial da União (D.O.U) de 21.11.1997, Art. 22. “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.
Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

de que se o contrato não for integralmente cumprido, será ressarcido de seus prejuízos.

Ivo Waisberg²⁷⁹ sintetiza as definições de alienação fiduciária e cessão fiduciária:

(a) Alienação Fiduciária.

Por meio da constituição de uma alienação fiduciária em garantia, o garantidor transfere ao beneficiário o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, seja ela móvel ou imóvel. Nessa ocasião, o alienante tornar-se-á o possuidor direto e depositário, assumindo todos os encargos civis e penais que tal condição implica.

(...)

(b) Cessão Fiduciária.

A cessão fiduciária em garantia, conforme define o art.18 da Lei 9.514/97, “opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a quitação da dívida garantida”. Assim, a transferência de titularidade a que se refere o artigo supramencionado.

A alienação fiduciária tem previsão específica na lei de recuperação judicial, no parágrafo terceiro do artigo 49 da Lei Nº 11.101/05.

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

De forma didática, Sérgio Campinho²⁸⁰ sintetiza o conceito do instituto da alienação fiduciária e seus mecanismos:

Assim, de forma geral, podemos dizer que quando a alienação fiduciária em garantia tiver por objeto direito de crédito, passa a ser por lei denominada de cessão fiduciária, sob a qual se aplica o instituto da restituição, demonstrada a posse injusta da massa exercida sobre os títulos de propriedade do credor requerente, tendo como norma central e geral o *caput* do artigo 85 da Lei nº 11.101/2005, especificada e referendada na lei especial (Lei 9.514/97, artigo 20).

²⁷⁹ WAISBERG, Ivo. **Direito bancário**: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.121 e 125.

²⁸⁰ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 407.

Quando da promulgação da Lei, vários doutrinadores criticaram tal proteção, como Manoel Justino²⁸¹:

esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como 'lei de recuperação de empresas' e passasse a ser conhecida como 'lei de recuperação do crédito bancário', ou 'crédito financeiro', ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial. Ou seja, nenhum dos bens da empresa que for objeto de alienação fiduciária, arrendamento mercantil ou reserva de domínio estará englobado pela recuperação.

Toledo e Pugliese²⁸² também conceituam o referido propósito:

Desse modo, todos os créditos existentes (não necessariamente vencidos) na data da propositura da ação podem ser objeto de proposta no plano; assim, a contrario sensu, as obrigações não abrangidas pelo plano mantêm as condições originariamente ajustadas e ficam excluídas da recuperação judicial. Portanto, em princípio, conforme pontua o caput do art. 49 da Lei 11.101/2005, todos os credores estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Entretanto, a regra comporta exceções, quanto aos créditos abaixo comentados. Assim, por adoção de política legislativa - embora criticável, pois o ideal seria que, efetivamente, todos os credores estivessem sujeitos ao procedimento, propiciando amplo debate quanto aos meios de superação da crise - há credores que ficam excluídos das negociações. É evidente que o progresso em relação ao Dec.-lei 7.661/1945, que somente atingia aos credores quirografários pela concordata, é inquestionável. Porém, não se pode deixar de mencionar que melhor teria sido ampliar o rol de credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, sem exceção, a fim de que os objetivos perquiridos pela Lei, pudessem ser melhor alcançados; ainda que a Lei impusesse certas balizas respeitando-se a peculiaridade de certos contratos. É o caso das exceções referidas no § 3.º do referido art. 49 da Lei 11.101/2005 que correspondem aos chamados credores de domínio(...).

No mesmo entendimento de Manoel Justino, Sérgio Campinho²⁸³ destaca a situação específica da cessão fiduciária de direitos creditórios:

O nosso entendimento, entretanto, é de que a cessão fiduciária de direitos creditórios se submete aos efeitos da recuperação por não estar prevista dentre as exceções capituladas no § 3º do artigo 49, seguindo, por isso, o mesmo curso dos créditos em geral, nos termos do *caput* do indigitado preceito.

Entretanto, existem autores que entendem que a vedação é absoluta e benéfica, como Fábio Ulhoa²⁸⁴:

²⁸¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falências**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2104. p. 148.

²⁸² CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5). p.187.

²⁸³ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 154.

²⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.

(...) Ora, na cessão fiduciária de direitos creditórios, a posição do credor é a de titular de um direito pessoal e não real. Assim, como a regra do § 3º é de exceção, deve ser interpretada de forma estrita.

Contudo, a realidade é vista de forma distinta, em prejuízo do bem maior, que é função social da empresa. Conforme Manoel de Queiroz Pereira Calças²⁸⁵, “não acreditamos que os *spreads* serão reduzidos em prol do desenvolvimento econômico e social de nosso País.”

De acordo com João Pedro Scalzilli,²⁸⁶ o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis não se sujeita à recuperação judicial:

No sistema vigente, podem ser objetos de alienação fiduciária tanto bens móveis e imóveis, como máquinas, equipamentos, veículos, terrenos e prédios, quanto bens móveis incorpóreos, entre eles títulos de crédito (v.g. notas promissórias, cheques, duplicatas, CDB, VGBL) e direitos creditórios (v.g. recebíveis de cartão de crédito). Estes últimos são objetos da chamada ‘cessão fiduciária’ (conhecida pelo mercado como ‘trava bancária’).

Mesmo com a previsão legal de não sujeição do crédito garantido pela alienação fiduciária, as instituições financeiras devem seguir atentamente todas as exigências legais para a garantia se perfectibilizar.

Conforme dicção de Luiz Ayoub e Cássio Cavalli²⁸⁷, para o crédito não se sujeitar à recuperação, cumpre ao credor comprovar a existência efetiva da alienação do crédito. “Se for descaracterizada a cessão fiduciária de recebíveis, poderá eventualmente ser caracterizado o penhor sobre direitos creditícios, com o que se aplica a disciplina do art. 49, § 5º, da LREF”.

²⁸⁵ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 3, jul/set 2007. p. 44.

²⁸⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINNELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 308.

²⁸⁷ AYUOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 71.

No entendimento de Walter Fázio²⁸⁸, a vedação é relativa, pois o plano de recuperação pode alterar as condições de cumprimento de tais contratos previstos no § 3º do indigitado artigo:

Em todos esses casos, prevalecerão os direitos emergentes de tais condições, isto é, os direitos de propriedade sobre a coisa. Claro que o plano de recuperação judicial poderá prever outras condições para o cumprimento dos respectivos contratos.

Outro ponto polêmico se refere aos casos de alienação fiduciária nos recebíveis, como cartões e contratos, por meio de sistema de antecipação de créditos mediante pagamento de tarifa. A jurisprudência até pouco tempo entendia que a ausência de registro retira a condição de não sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

Recuperação judicial. Cessão fiduciária de recebíveis com existência futura. Admissibilidade. Recuperação judicial. Mútuo com garantia fiduciária de recebíveis. Contrato, entretanto, sem registro. Propriedade fiduciária não constituída. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação. Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo.

Recuperação judicial. Cessão fiduciária de créditos. Necessidade de registro. Súmula 60 deste Tribunal. Registro, no caso, ausente. Agravante que se limitou a contestar o valor do seu crédito tal como apresentado pelo administrador judicial, sem apontar, porém, o alegado erro nos cálculos. Documentos juntados que não são suficientes para embasar o valor que se sustenta como correto. Decisão mantida. Agravo desprovido²⁸⁹.

Outro cuidado importante é que o registro seja efetuado antes do pedido de recuperação judicial, uma vez que o entendimento jurisprudencial não admite sua eficácia se realizado posteriormente ao pedido de recuperação judicial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Cédula de crédito bancário com cessão fiduciária de direitos – Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos – Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil – Registro realizado em data posterior ao pedido de recuperação judicial – A liquidação antecipada dos contratos afeta a recuperação judicial e o credor deve sujeitar-se à classificação quirografária do seu crédito decorrente da inércia em proceder ao registro de suas garantias – Decisão Mantida – Agravo improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Cédula de crédito bancário – Instrumento de cessão fiduciária de títulos de crédito em garantia – Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos – Inteligência do art. 1.361, § 1º, do

²⁸⁸ FÁZZIO JÚNIOR, Walter. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.136.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2124583-38.2014.8.26.0000**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Araldo Telles, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P).

Código Civil - *Súmula n° 60 do E. TJSP* – Inexistência de registro anterior ao pedido de recuperação judicial – Recurso não provido.²⁹⁰

Os tribunais também não admitem tão somente o registro do contrato de mútuo, fazendo-se necessário o registro da garantia:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Impugnação de Crédito. Crédito garantido por alienação fiduciária em garantia. Registro, apenas, do contrato de mútuo. Propriedade fiduciária que se constitui pelo registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Artigo 1.361, § 1º, do Código Civil. Registro efetivado depois do pedido de recuperação judicial. Crédito que deve ser incluído na classe dos quirografários. Súmula n.º 60 do E. TJSP. Provimento em parte, para este fim.²⁹¹

Outro ponto de atenção é que o registro do contrato deve ser efetivado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, órgão competente para tal:

Agravo. Recuperação judicial. Decisão que inclui no quadro-geral crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Cessão fiduciária de crédito tem a mesma natureza de alienação fiduciária de bens móveis e configura propriedade fiduciária. Imprescindibilidade do registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Interpretação do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Natureza constitutiva do registro. Registro na CETIP que não supre o requisito legal. Ausência do registro implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, como quirografário. Inexistência de documentos que comprovem que o valor do crédito deva ser majorado. Agravo provido, com determinação.²⁹²

Mais uma polêmica é a necessidade de discriminação pormenorizada da garantia exigida pelo Código Civil Brasileiro:²⁹³

Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:
(...)
IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Quando não é atendida a exigência da discriminação pormenorizada da garantia, a jurisprudência também inclui tais créditos como quirografários:

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento n° 2124583-38.2014.8.26.0000**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Araldo Telles, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P).

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento n° 0294738-16.2011.8.26.0000**. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Des. Rel. Pereira Calças, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P) 03.07.12.

²⁹³ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União (D.O.U) 11.01.2002.

Recuperação judicial. Classificação do crédito. Cessão fiduciária de direitos creditórios. Depósitos em conta vinculada. Ausência de qualquer identificação da origem dos valores a depositar. Créditos objeto da garantia nunca foram minimamente especificados. Ausência, ademais, de saldos nas contas. Titularidade fiduciária não aperfeiçoada. Inclusão como quirografário. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido.²⁹⁴

No entanto, mesmo atendendo a todas as exigências legais, a Lei 11.101/05 protege o bem essencial:

Art. 49. “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça,²⁹⁵ em 2017, pacificou o entendimento de que o não registro da alienação fiduciária sobre o direito creditório não descaracteriza sua constituição ou exigibilidade, por ser mera formalidade:

A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.(...) Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado “inclusive contra o próprio cedente”; o direito de “receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente”, a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

²⁹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2227540-20.2014.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Claudio Godoy, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P) 24.06.15.

²⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.559.457/MT**, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12.12.2017.

A Doutrina, por meio de Ayoub,²⁹⁶ também entende que “Até mesmo créditos não sujeitos à recuperação podem ter as suas ações e execuções suspensas durante o ‘*stay period*’, contanto que versem sobre bens de capital essenciais à atividade da empresa devedora (...)”. Toledo e Pugliese²⁹⁷ justificam a necessidade e o sentido do “*stay period*”: “A solução justifica-se, pois uma das principais finalidades do *stay period* é exatamente a de proporcionar ao devedor um prazo de ‘respiro’ em que possa concentrar seus esforços na reorganização do passivo, em vez de defender-se (...)”.

Quando comprovado que a garantia fiduciária é essencial às atividades da recuperanda, a jurisprudência também protege esse ativo:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Bloqueio de veículos. Prazo de 180 dias do art. 6º, parágrafo 4º da LREF prorrogado por decisão judicial e ainda não esgotado. Essencialidade dos veículos utilizados em unidade produtiva que pode comprometer ou inviabilizar a atividade da devedora. Cabimento da suspensão do bloqueio e autorização de circulação, evitando prejuízos à cadeia produtiva da recorrente. Agravante que não pode alienar nenhum bem sem a autorização previa do D. Juízo Recuperacional, uma vez que foi feito inventário de todos os veículos e depositado em Cartório, minimizando os riscos de dissipação patrimonial. Assembleia Geral de Credores já realizada, pendendo apenas de homologação judicial Recurso provido²⁹⁸.

A previsão legal da não sujeição de determinados créditos ao plano de recuperação judicial passou a ser conhecida como “trava bancária”, devido ao fato de inviabilizar a recuperação da sociedade empresária, “travando” o procedimento e o fiel cumprimento do plano de recuperação da sociedade.

Via de regra, as instituições financeiras são, na grande maioria dos casos, os principais credores das quantias elencadas como garantias nos parágrafos 3º, 4º, e 5º do artigo 49 da Lei 11.101/05, fato que permitiu aos doutrinadores e estudiosos do tema ampliarem o conceito do “travamento” puro e simples para a ideia de “travas bancárias” em vista a resguardar a satisfação dos créditos daqueles que, em tese, são os principais credores das sociedades em crise: as instituições financeiras.

Quem defende as “travas bancárias” justifica a necessidade de se conceder uma garantia mais tangível e segura às sociedades e instituições responsáveis pelo financiamento de crédito no mercado empresarial, em razão do risco de inadimplência.

²⁹⁶ AYUOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 134.

²⁹⁷ CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5). p. 187.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2186310-95.2014.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Francisco Loureiro, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P.) 11.03.15.

Também argumentam que as “travas bancárias” são o instrumento legal de caráter econômico-financeiro mais eficaz à concessão da garantia ao adimplemento das obrigações contraídas pela sociedade em crise perante os fomentadores e financiadores da atividade empresarial no país.

Outro argumento fortemente utilizado por quem defende as travas bancárias é o princípio da obrigatoriedade dos contratos, ou da força vinculante das convenções, representado pela máxima *pacta sunt servanda*. O princípio ora enunciado consagra a ideia segundo a qual o contrato, obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, dele não se podendo desligar, a não ser por outra avença. Ou seja, o contrato constitui uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo.

Os defensores do posicionamento das “travas bancárias” justificam que somente com uma melhor e mais eficaz garantia de satisfação de seus créditos, por consequência, poder-se-ia ter a diminuição do *spread* bancário, o que resultaria na diminuição dos riscos inerentes às atividades de financiamento e à concessão de créditos pelas instituições financeiras no Brasil.

Atualmente o posicionamento em defesa das “travas bancárias” é alvo de inúmeros debates pelos juristas e tribunais brasileiros. Um dos principais motivos dessas discussões reside na prática adotada pelas instituições financeiras do repasse das altas taxas de juros aos consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas. É público e notório que mesmo com a garantia que as financiadoras obtêm contra a inadimplência no momento da concessão do crédito, o *spread* bancário brasileiro ainda é considerado um dos mais elevados do mercado financeiro mundial.

Até o ano de 2015 a jurisprudência era pacífica de que os créditos das travas bancárias não se sujeitavam aos efeitos da recuperação judicial; entretanto, decisão inédita proferida em 14/07/15 — Autos da RJ n° 0823725-50.2015.8.12.0001 — Vara de Falências de Campo Grande, em favor da recuperanda, Grupo Pinesso, questionou a constitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005:

[...]Diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em desacordo com as normas e princípios constitucionais (artigos 170 e 1º, I da CF), principalmente os que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos

parágrafos referidos, 'credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; bem como Adiantamento de Contrato de Câmbio", estão sujeitos à recuperação judicial."

(..)Assim sendo, a adoção do princípio da preservação da empresa pelo legislador de 2005 prestigiou este novo paradigma, haja vista que pelo referido princípio temos que, na solução da crise econômico-financeira da empresa, devem ser considerados primordialmente os interesses da coletividade, que em geral, correspondem à preservação da empresa. Diante desta colocação, pode surgir o seguinte questionamento: Mas qual a importância para a coletividade da preservação da empresa? Ora, a resposta é muito simples. A empresa representa hoje um dos principais pilares da economia moderna, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho; de rendas tributárias; de fornecimento de produtos e serviços em geral; além de ser o motor do sistema da livre concorrência; dentre muitas outras funções(...)."

A decisão de primeira instância foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, por outros argumentos, criando uma grande insatisfação e apreensão às instituições financeiras. Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça, que já tinha posição firmada em favor das travas bancárias, em setembro de 2016, por meio do julgamento do RESP N° 1.532.943 — MT (2015/0116344-4) proferido pelo eminente Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, seguido pela maioria da 3ª Turma julgadora do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), deixou patente que, na recuperação judicial, o plano aprovado em assembleia geral de credores vale para todos, dando a entender que havia derrubado a trava bancária, causando quase pânico às instituições financeiras:

RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. POSSIBILIDADE, EM TESE. PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS FIDEJUSSÓRIAS E REAIS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. VINCULAÇÃO, POR CONSEQUENTE, DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDITORES, INDISTINTAMENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.²⁹⁹

Desta forma, momentaneamente, o Superior Tribunal de Justiça gerou interpretação que alterou seu entendimento sobre o tema, se posicionando a favor do princípio da preservação da empresa e da atividade econômica e contra a segurança jurídica dos credores. As interpretações por juristas renomados foram as mais

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.532.943, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze**. Diário Oficial da União (D.O.U) 13.09.2016.

diversas e contraditórias. Posteriormente, em 18 de abril de 2017, a 3ª Turma do STJ julgou os embargos de declaração, com publicação do respectivo Acórdão em 02 de junho de 2017, esclarecendo o Ministro Relator Marco Aurélio Belizze o entendimento por maioria, cujo voto se ora transcreve:

Desse modo, considerando-se: i) que a regra geral da LREF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores; ii) que a lei falimentar permite ampla possibilidade de credor e devedor negociarem os termos do plano de recuperação judicial, de forma a permitir a melhor adequação do interesse de ambas as partes; iii) que a cláusula prevista em plano de recuperação judicial que exclui as garantias trata de direito patrimonial disponível (renúncia ao direito de cobrança da dívida dos garantidores), a conclusão que melhor equaciona o binômio "*preservação da empresa viável x preservação das garantias*" é a de que a *cláusula seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva*, não sendo eficaz, portanto, aos credores que não se fizeram presentes por ocasião da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição. Solução em sentido contrário, ou seja, a *submissão ao plano de recuperação de credores que votaram contra a cláusula que prevê a exclusão de garantias, importa em verdadeira afronta à segurança jurídica e seus consectários*, na medida em que um credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação ou falência, na forma como prevista na Lei nº 11.101/2005.

Por outro lado, para os credores que aprovaram o plano de recuperação judicial sem nenhuma ressalva, a cláusula que exclui a garantia é plenamente eficaz, por versar a respeito de um direito disponível, que está, por isso, inserido no âmbito da autonomia da vontade do próprio credor. E, na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005).³⁰⁰

O entendimento voltou a ser o anterior, ou seja, a manutenção das garantias, nas palavras de Ricardo Limiro:

Conclui-se, portanto, que nesta decisão nada há de inédito ou inovação, e muito menos a histórica modificação do STJ que, alterando sua jurisprudência anterior, entendeu que a assembleia geral de credores pode liberar coobrigados na recuperação judicial, mas somente o estrito cumprimento da lei (art. 45 e § 2 do art. 49 da lei 11.101/05), respeitando-se a vontade da maioria em todas as classes de credores existentes no caso e que entenderam pela modificação do pactuado originalmente, bem como respeitando o enunciado da Súmula 581 do STJ, vez que o acordo efetuado só vinculava as respectivas partes – devedor em recuperação judicial e credores –, e não terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.³⁰¹

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.532.943, 3ª Turma**. Diário Oficial da União (D.O.U) 02.06.2017.

³⁰¹LIMIRO, Renaldo. **Sobre a recuperação judicial e o Resp 1.532.943 – MT (plano aprovado em assembleia vale para todos)**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262383,91041->

Como visto, o julgado acabou por manter a segurança jurídica e por prevalecer a aplicação da Lei 11.101/05. Neste sentido, assevera Frederico Augusto Monte Simionato³⁰²:

[...] não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação.

A decisão proferida pelo STJ deveria ter colocado um fim ao cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias, fato que, se fosse confirmado, seria ruim para a economia do país, pois geraria o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, além de ser expressamente conflitante com o espírito da Lei nº 11.101/2005. No entanto, a discussão segue existindo tanto nos Tribunais, quanto na doutrina e principalmente nos juízes de primeira instância, pois não existe um consenso.

Quando falamos sobre a discussão a respeito das “travas bancárias”, ninguém melhor do que Manoel Justino e Adriana Pugliese para desenvolverem seus pontos de vista antagônicos com tanta didática.

Pugliese³⁰³ inicia a fundamentação de sua posição de que o credor fiduciário não se submete aos efeitos da recuperação judicial com base em uma análise sistemática:

Desse modo, a interpretação sistemática até aqui realizada leva às seguintes conclusões inafastáveis: (1º) A garantia por alienação fiduciária sobre bens móveis infungíveis é regulada pelo Código Civil, conforme letra do art. 1.361; (2º) A disciplina do Código Civil não rege as demais hipóteses de garantia fiduciária previstas em Lei Especial (Leis 4.728/65 e 9.514/97), e sua

Sobre+a+recuperacao+judicial+e+o+Resp+1532943+MT+plano+aprovado+em>. Acesso em: ago. 2019.

³⁰² SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 201.

³⁰³ PUGLIESI, Adriana Valéria. **A cessão fiduciária de créditos – ou trava bancária – está excluída dos efeitos da recuperação judicial**: interpretação sistemática do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, LREF In: *Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 586.

aplicação subsidiária somente pode ser invocada na omissão destas e desde que não importe conflito sistemático; (3º) A alienação fiduciária é gênero, de que são espécies a garantia instituída sobre bens móveis fungíveis e sobre direitos creditórios, tal como previsto no art. 66-B, disciplinados na “Seção XIV” da Lei 4.728/65, sob o título “Alienação fiduciária em garantia”.

Assim, a constituição da alienação fiduciária sobre coisas móveis fungíveis, como ocorre com o crédito (ao lado do dinheiro, bem fungível por excelência), não exige registro, pois desde o momento da contratação o credor tem a posse direta sobre o direito de crédito objeto do negócio, como textualmente se lê do § 3º do art. 66-B da Lei 4.728/65: “a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor”.

Mais adiante a autora arremata seu entendimento, esposado na orientação pacificada pelo STJ no julgamento do REsp 1.412.529/SP e do REsp 1.549.529/SP:

4. Conclusão

A orientação pacificada do STJ quanto à matéria é a de que a cessão fiduciária de direitos, espécie de alienação fiduciária como acima demonstrado, está excluída dos efeitos da recuperação judicial, em interpretação lógica e sistemática das normas aplicáveis.

A questão está pacificada, após longos debates sobre a matéria que conduziram à sistematização atualmente acolhida pelo STJ: a cessão fiduciária de créditos está excluída dos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05.

Manoel Justino³⁰⁴ discorda de Pugliese,; para ele, o marco, por ora ainda determinante, relativamente ao entendimento do STJ, pode ser fixado no julgamento do famoso REsp 1.263.500/ES, de 05.02.2013, da relatora Min. Maria Isabel Gallotti, assim ementado, na parte que interessa: “Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

Justino aponta incongruência no entendimento da tese que se sagrou vencedora:

5.3. O voto do Min. Salomão aponta uma incongruência no entendimento que acabou sendo vitorioso, segundo o qual o cessionário fiduciário pode receber diretamente do devedor dos recebíveis e creditar-se imediatamente, sem qualquer interferência do juízo recursal. Diz o Min. Salomão, com lógica irrepreensível:

Assim – e com a devida vênia de entendimento contrário –, percebe-se que a pretensão recursal tem a virtualidade de colocar o credor por cessão fiduciária em posição não alcançada por nenhum outro, esteja ou não

³⁰⁴ BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **A cessão fiduciária de créditos está sob os efeitos da recuperação judicial**. In: Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 599-600.

submetido ao Plano de Recuperação, como é o caso do proprietário fiduciário de coisa móvel ou imóvel corpórea ou a Fazenda Pública.

Com efeito e, repita-se, com lógica irrepreensível, não se pode dar ao cessionário fiduciário um benefício que não é concedido sequer ao proprietário fiduciário, ao qual foi equiparado no julgado. Se o próprio “proprietário” tem que aguardar 180 dias para buscar e apreender, não há razão que possa permitir ao “cessionário” creditar-se imediatamente, sem qualquer interferência do juízo da recuperação, como acabou sendo admitido no julgado em questão.

6. Conclusão

Assim, lembrando que estou aqui a reiterar o entendimento que já exarei em ocasiões anteriores, condensado em artigo sintético que foi publicado no “Valor Econômico”, de 28.07.2017, concluo que os créditos objeto de cessão fiduciária estão submetidos à recuperação judicial, sempre tributando o costumeiro respeito à corrente contrária, aliás a vencedora por ora.

Embora exista uma orientação do STJ exposta nos Recursos Especiais 1.412.529/SP e 1.559.457-MT, tanto no sentido de que a sessão de créditos fiduciários não se submete ao processo de recuperação judicial quanto no sentido de que o registro da alienação fiduciária sobre direito creditório não é formalidade necessária de constituição ou exigibilidade, importantes varas empresariais do País, que julgam o tema, aplicam decisões em sentido diferente.

Daniel Carnio Costa³⁰⁵ e João de Oliveira Rodrigues Filho, juiz de direito auxiliar, em exercício na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Pulo/SP, se baseiam no princípio da isonomia ao analisar cada caso concreto:

No modelo abaixo transcrito, ousamos discordar do posicionamento manifestado nos recursos especiais acima mencionados, propondo uma análise mais percuciente sobre o tema, ressaltando a necessidade do registro para oponibilidade a terceiros do direito de propriedade, diante das demais normas atinentes sobre o tema e para proporcionar maior segurança jurídica aos credores da recuperanda, acerca da real esfera patrimonial de sua titularidade.

Outro ponto que merece destaque, para fins de análise de possibilidade ou não de incidência das travas bancárias no caso concreto é a aplicação do princípio da isonomia na interpretação do conceito de bens de capital, para fins de proporcionar sua abrangência ao bem móvel dinheiro.

(...)

A grande questão instalada na doutrina e na jurisprudência é a delimitação do conceito de bens de capital para fins de aplicação do dispositivo legal.

Recentemente o STJ tem sinalizado por uma interpretação restritiva sobre o conceito de bens de capital. No REsp. 1.758.746 o Ministro Marco Aurélio, em seu voto condutor, entendeu que o bem de capital necessita ser corpóreo (móvel ou imóvel), deve ser utilizado no processo produtivo e deve se encontrar na posse da empresa.

Entretanto, com as devidas vênias ao entendimento manifestado no recurso especial acima mencionado, é importante ressaltar que muitas atividades possuem apenas seus recebíveis como instrumento necessário à aquisição

³⁰⁵ COSTA, Daniel Carnio. **Prática de insolvência empresarial**: decisões judiciais em recuperação judicial e falências. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71-73.

de insumos de sua cadeia produtiva e que as circunstâncias de mercado jamais poderão permitir que tais recursos estejam na posse da devedora. Também outras atividades estão atreladas a bens de produção em ambientes virtuais, de modo a se encontrar dificuldades para inserção de tais bens na categoria de bens corpóreos.

(...)

Neste ponto, a aplicação do princípio da isonomia é medida de rigor pois permitiria estender a proteção conferida a todas as espécies de atividades existentes(...)

Portanto, a identificação inicial da real condição da empresa em crise é essencial para a correta aplicação do remédio legal. Vale dizer que, ao deferir um processamento de uma recuperação judicial para uma empresa absolutamente inviável, tal decisão acarreta, na prática, a supressão de direito dos credores fiduciários pelo menos por 180 dias, podendo este prazo ser renovado. Como já vimos antes, foi justamente a alteração da legislação da alienação fiduciária somada à nova LREF que trouxe mais segurança ao sistema financeiro e gerou maior oferta de crédito em razão do risco baixo que a operação ganhou. Na prática, um processamento deferido sem o devido cuidado impacta diretamente nessa modalidade de crédito, tida como a mais segura e de risco mais baixo, além de gerar ações de buscas e apreensões que ficarão sobrestadas até o deslinde da recuperação judicial, sobrecarregando mais o Poder Judiciário.

Outro reflexo importante do *stay period* que estudaremos reflete nos créditos tributários. Não se pode discutir a importância da arrecadação tributária, pois são os tributos pagos pela população e pelas empresas que geram condições para o governo realizar as políticas públicas, isto é, manter os serviços públicos como saúde, educação, segurança, fazer investimentos em urbanização, calçamento, saneamento básico, habitação popular e manter o alto custo da máquina pública.

Muito embora Marlon Tomazzete³⁰⁶ explique que tais créditos não se submetem ao processo de recuperação judicial, na prática não é o que vem ocorrendo:

Inicialmente, cumpre destacar que os credores fiscais não participam do processo de recuperação judicial e, conseqüentemente, do procedimento de verificação de créditos, por quanto não há possibilidade de negociação sobre seus créditos. Restou prevista apenas a possibilidade de um parcelamento especial para os empresários em recuperação judicial, a depender de lei especial nesse sentido.

³⁰⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3 p. 205.

Os tributos possuem três objetivos bem definidos: fiscal, extrafiscal e parafiscal. Fiscal é quando sua única intenção é arrecadar recursos ao Estado; extrafiscal é quando busca a interferência no domínio econômico (por exemplo, elevar o IPI sobre o cigarro para diminuir seu consumo ou diminuir o IPI sobre veículos para estimular a indústria automobilística), buscando um efeito diverso da simples arrecadação; e parafiscal é quando objetiva a arrecadação de recursos para custear atividades que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve por meio de entidades específicas.

O sistema tributário nacional é o conjunto de normas e instituições que têm como finalidade instituir e arrecadar os tributos de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A definição de “tributo” está estabelecida no artigo 3º do Código Tributário Nacional, como:

Tributo é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Segundo Hugo de Brito Machado,³⁰⁷ o tributo tem as seguintes funções:

O objetivo do tributo sempre foi arrecadar recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado como forma de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos, ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente os efeitos mais diversos na economia.

O sistema tributário brasileiro é um dos mais complexos do mundo. Sua estrutura é mundialmente conhecida por ser extensa e complicada, tanto na apuração dos tributos como em sua carga tributária.

Conforme nos ensina Cristiano Carvalho:

(...) é imprescindível que a legislação seja mais clara e inteligível possível. Quanto mais obscura, complexa e confusa for, mais custo terá o cidadão para compreendê-la e, conseqüentemente, cumpri-la.

Ocorre que a legislação fiscal brasileira, como em muitos países do mundo, é prolixa, complexa e muitas vezes, ambígua. A imensa quantidade de atos normativos emanados dos poderes legislativos e executivos dos entes federativos, acrescidos de normas judiciais estaduais e federais, torna o sistema tributário tão intrincado que simplesmente é impossível a um cidadão, mesmo com formação técnica na área, conhecer todas as regras que o perfazem.

A dificuldade na compreensão e cumprimento da legislação fiscal acarreta os chamados *custos de conformidade*, que implicam, por sua vez, *custos de*

³⁰⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 61

transação. Estes são aqueles custos que as partes incorrem ao efetivar uma negociação, e significam custos de procura e de informação do produto ou negócio (ou da legislação), de barganha e de cumprimento das obrigações nas relações jurídicas.³⁰⁸

O PIB é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, estado ou cidade, geralmente em um ano. Todos os países calculam o seu PIB nas suas respectivas moedas. O PIB nos ajuda a avaliar se a economia está crescendo e se o padrão de vida está melhorando ou piorando.

O ano de 2018 foi marcado por uma recuperação lenta da economia brasileira, pelo desemprego ainda elevado e pelo crescimento da informalidade, sendo estes alguns dos fatores que motivaram a greve dos caminhoneiros, que paralisou o país por 11 dias no final de maio, afetando a produção, o consumo e o PIB de 2018.

Segundo o IBGE,³⁰⁹ o PIB cresceu 1,1% em 2018 e fechou o ano em R\$ 6,8 trilhões, crescendo 1,1% em relação a 2017, ano que também teve alta de 1,1%, após retrações de 3,5% em 2015 e 3,3% em 2016. Houve altas nos setores da Agropecuária (0,1%), da Indústria (0,6%) e dos Serviços (1,3%). No entanto, segundo matéria publicada em 19 de março de 2019 pela Agência Brasil³¹⁰, “o peso dos tributos sobre a economia subiu no ano passado. Em 2018, a carga tributária equivaleu a 33,58% do PIB, segundo estimativa divulgada pelo Tesouro Nacional. Em 2017, a carga tributária, conforme a metodologia usada pelo Tesouro, ficou em 32,62%”.

Ao mesmo tempo em que a carga tributária não para de crescer, aumenta o número de pedidos de recuperações judiciais e o de falências nos mesmos períodos junto ao Poder Judiciário. Como dito anteriormente, de junho de 2005, quando a LREF entrou em vigor, até maio de 2018, o Brasil registrou 10.286 pedidos de recuperação e outros 31.128 de falência, segundo dados do Serasa Experian³¹¹. Nesse mesmo período, 8.159 pedidos de recuperação foram deferidos e 13.327 falências foram

³⁰⁸ CARVALHO, Cristiano. **Análise econômica da tributação**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia do Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁰⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PIB cresce 1,1% em 2018 e fecha ano em R\$ 6,8 trilhões**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23886-pib-cresce-1-1-em-2018-e-fecha-ano-em-r-6-8-trilhoes>>. Acesso em: ago. 2019.

³¹⁰ MAXIMO, Wellton. **Carga tributária sobe em 2018 e atinge 33,58% do PIB estima tesouro**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/carga-tributaria-sobe-em-2018-e-atinge-3358-do-pib-estima-tesouro>>. Acesso em: ago. 2019.

³¹¹ EXPERIAN, Serasa. **Pedidos de recuperação judicial de micro e pequenas empresas crescem 131% em um ano, revela Serasa Experian**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/pedidos-de-recuperacao-judicial-de-micro-e-pequenas-empresas-crescem-131-em-um-ano-revela-serasa-experian>>. Acesso em: jun. 2019.

decretadas. Ou seja, para cada pedido de recuperação judicial existem três pedidos de falência.

Em junho de 2019, os pedidos de recuperação judicial cresceram 89,7% em comparação com o mesmo mês de 2018. Portanto, é fácil visualizar que existe uma relação direta do aumento da carga tributária com o aumento dos pedidos de recuperação judicial e de falência das empresas.

É sabido que em momentos de falta de caixa as empresas deixam de recolher impostos, priorizando o pagamento da folha de funcionários, de fornecedores de matéria-prima, da conta de luz elétrica e de seus financiamentos bancários para que se mantenham suas linhas de crédito. Portanto, o primeiro sinal de crise de uma empresa sempre será o inadimplemento tributário.

Como dito, o primeiro sinal em tempos de crise é a suspensão do pagamento de tributos, pois “permite a sobrevivência da sociedade empresária por mais tempo. Tendo em vista que a carga tributária atingiu patamares que desestimulam o investimento de risco e várias atividades produtivas.”³¹²

Quando se trata de cobrança dos tributos inadimplidos, inscritos ou não na dívida ativa, existem meios legais para sua cobrança, com regras e leis determinando seus procedimentos e limites; no entanto, tem sido cada vez mais comum o emprego de mecanismos não convencionais e coercitivos visando a arrecadação.

O título executivo atribuído à Fazenda Pública é a certidão de dívida ativa (art. 784, IX, do NCPC)³¹³. Este documento representa os créditos inscritos em conformidade ao art. 2º da Lei 6.830/1980³¹⁴. A dívida ativa tributária tem sua origem, a teor do art. 201 do CTN³¹⁵, de “crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”. Compreendem-se impostos, taxas e contribuições de melhoria, empréstimos

³¹² SALOMÃO, Luís Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 246.

³¹³ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

³¹⁴ Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

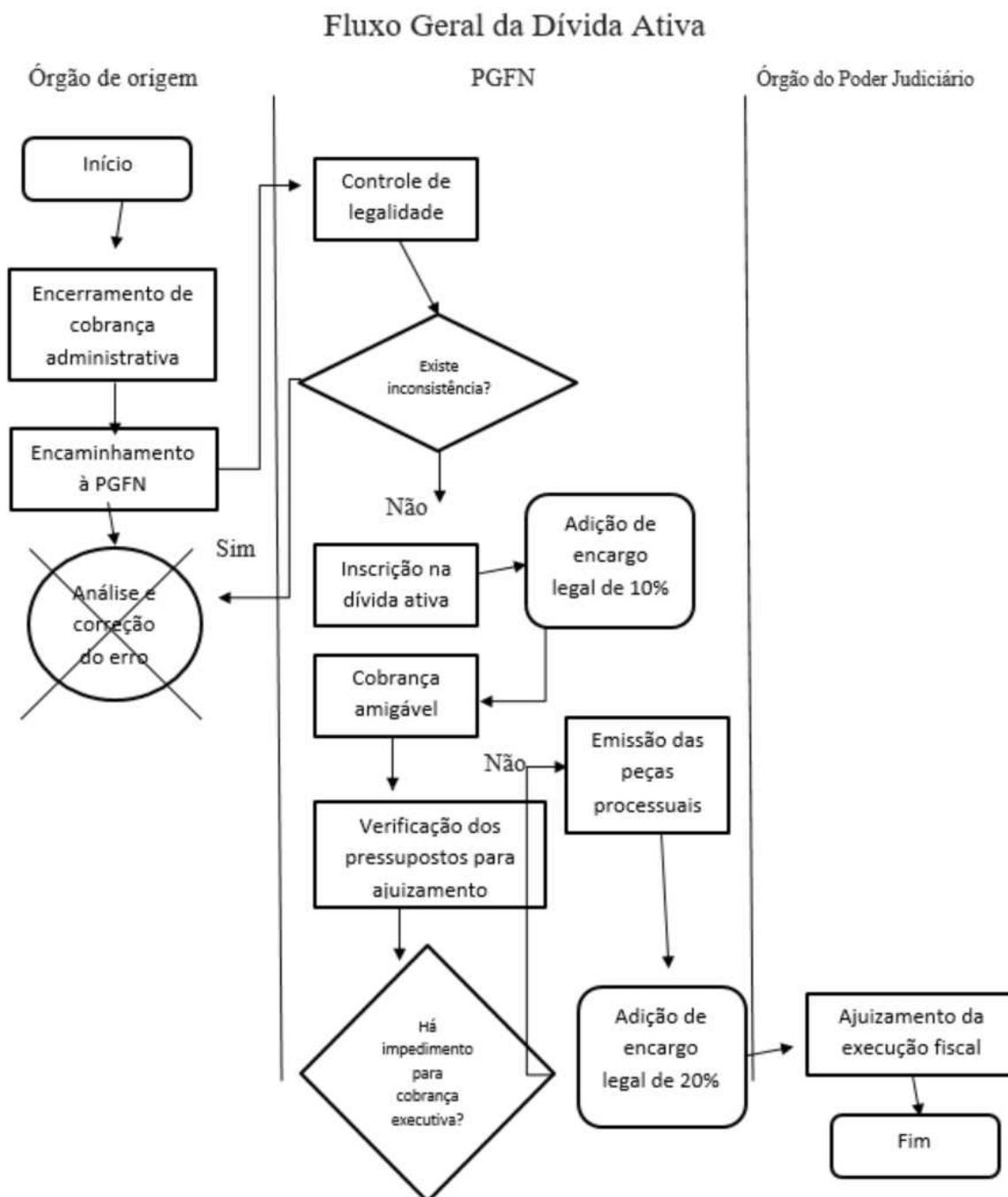
³¹⁵ Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

compulsórios, contribuições sociais, multas tributárias, moratórias ou penais, e os juros moratórios.

A sistemática de cobrança de tributos deve seguir regras rígidas e restritas desde a constituição do crédito tributário até sua cobrança que segue as regras da Lei da Execução Fiscal (lei nº 6.830/1980), conforme mostraremos na Figura 15³¹⁶:

Figura 15 - Fluxograma da PGFN do procedimento de cobrança da dívida ativa até o ajuizamento da execução fiscal

³¹⁶ BRASIL. Procuradoria Nacional da Fazenda. **Dívida Ativa da União**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/divida-ativa-da-uniao>>. Acesso em: jul. 2019.



Fonte: Brasil. Procuradoria Nacional da Fazenda (2019).

A lei da execução fiscal foi criada para estabelecer um procedimento padronizado para ações de execução de valores devidos ao Estado em todas as esferas de governo, sejam tributos (impostos, taxas) ou não tributos (multas, rompimento de contratos). Essa lei estipula os termos sob os quais um bem pode ser tomado de um contribuinte e estabelece a ordem que a penhora vai obedecer ao ir atrás de bens do devedor.

Portanto, a Fazenda Pública deve efetuar o exame de legalidade, regularidade, certeza e liquidez, e, após a inscrição em dívida ativa, o débito passa a gozar da presunção de liquidez e certeza, que somente poderá ser afastada por meio de prova inequívoca em sentido contrário.

Após a inscrição em dívida ativa, incide sobre o débito o encargo legal, por força do Decreto-Lei n° 1.025, de 21 de outubro de 1969, no valor de 20% (vinte por cento) do valor principal. Caso o pagamento seja efetuado pelo contribuinte antes do encaminhamento para ajuizamento da ação de execução fiscal, é aplicado um desconto no encargo legal, que passa a ter o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida, conforme disposto no art. 3° do Decreto-Lei n° 1.569, de 08 de agosto de 1977. No entanto, existe uma grande reclamação por parte da Fazenda Nacional sobre a ineficiência da lei da execução fiscal quando se fala em recuperar créditos tributários.

A pesquisa demonstrou que 27,7% das execuções são extintas por prescrição ou decadência. Em 17% dos casos, a execução é extinta pelo cancelamento da CDA e em 11,5% das execuções há extinção sem o julgamento do mérito. Em suma, os casos apontam falhas na atividade de exigir o crédito, demonstrando que em alguns casos descumram-se prazos, em outros equivocou-se na constituição do crédito ou ainda, extinguiu-se por vício processual ocorrido a partir do ajuizamento.

Mesmo com toda a insatisfação manifestada pela Fazenda Pública com a suposta ineficiência da Lei de execuções fiscais, Araken de Assis³¹⁷ tece fortes críticas sobre tal instrumento processual:

Anima o Estado brasileiro, às vezes, um profundo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda. Investiu-se o Estado, na primeira hipótese, de procedimento especial dotado de inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito, princípio comum a toda execução (retro, 12), se mesclam a privilégios descabidos.

Mostra-se acertada a crítica clara, honesta e transparente contra a Lei 6.830, de 22.09.1980. Ela padece de tantos defeitos que chega a “repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional”, assevera o acatado processualista. É impossível deixar de aplaudir, outrossim, outra aguda e séria observação da mesma conspícua fonte: as alterações procedimentais que, efetivamente, tornaram-no mais expedito e eficiente, ao invés de se esconderem na lei especial, ganhariam destino mais glorioso se aditadas ao rito comum da expropriação. E não parece razoável privilegiar a atividade executiva baseada em título extrajudicial. São os provimentos judiciais que

³¹⁷ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1418.

reclamam maior efetividade. Se isto não ocorre, debita-se à técnica processual. Espelha a lei processual, sobretudo, as opções valorativas do Estado, e a Lei 6.830/1980 exemplifica as distorções neste terreno, operadas pelo aparelho estatal.

Embora a legislação tributária delimite quais os instrumentos que podem ser utilizados pelos fiscos, para fins da cobrança, é histórica e crescente a invenção de outros meios de forçar o contribuinte a adimplir seus tributos.

A Fazenda já efetuou bloqueio dos sistemas de emissão de notas fiscais, cerceamento do direito de certidões, apreensão de veículos e mercadorias, interdição de estabelecimentos empresariais, não expedição de alvarás ou licenças para se estabelecer e funcionar, protesto de CDA³¹⁸, inscrição no CADIN³¹⁹, sendo as duas últimas canceladas como legais pela nova composição do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o mesmo Supremo (em suas composições anteriores) já esbarrou tentativas anteriores do fisco de coagir o contribuinte ao adimplemento do tributo por método coercitivo, por meio das Súmulas 70³²⁰, 323³²¹ e 547³²².

Em 2005, a Lei complementar 118/2005 inseriu o artigo 185-A no CTN, que passou a permitir à Fazenda Pública efetuar constrição de bens dos devedores por meio eletrônico, por meio da penhora *on-line*, dando mais efetividade ao processo de execução fiscal e, ao mesmo tempo, dificultando muito a vida das empresas que, sem qualquer aviso, começaram a ter suas contas bancárias bloqueadas. A constrição por meio eletrônico foi “posteriormente positivada pelo CPC, em seu artigo 655-A, inserido pela Lei 11.232/2006”³²³.

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo

³¹⁸ O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política. [Tese definida na ADI 5.135, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 9-11-2016, DJE 22 de 7-2-2018.]

³¹⁹ Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs.

[BRASIL, STF, ADI 5.135, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 9-11-2016, DJE 22 de 7-2-2018.]

³²⁰ É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

³²¹ É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

³²² Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

³²³ LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas**: análise econômica e tributária. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016. p. 130.

no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acabou se tornando um “órgão legisladorembriónario”, que em 2018 criou novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, que abrange um novo fluxo de inscrição e cobrança da dívida ativa, regulamentado pela Portaria PGFN nº 33, de 2018.

A Portaria PGFN nº 33/2018 disciplina as atividades de cobrança da PGFN desde o momento do recebimento dos débitos para inscrição em dívida ativa, passando pelo procedimento administrativo de primeira cobrança e as estratégias de cobrança judicial, evidenciando todo o fluxo de trabalho no qual se inserem os novos institutos da averbação pré-executória (sem processo judicial) e do ajuizamento seletivo, sendo autorizada a inclusão de corresponsável na CDA, procedimento em que a PGFN identifica e responsabiliza terceiros por débitos de outras pessoas físicas ou jurídicas que já estão inscritas em dívida ativa.

É importante salientar que a referida Portaria excluiu expressamente no inciso II do artigo 23³²⁴ a possibilidade de averbamento de empresas que tenham tido decretada sua falência ou deferida sua recuperação judicial; no entanto, deixa uma porta de interpretação obscura quando determina: “*sem prejuízo da averbação em face dos eventuais responsáveis*”. Portanto, no início de 2018, a Lei Federal 13.606 instituiu mais uma ferramenta para a cobrança do crédito tributário federal ao inserir na Lei 10.522/2002 os artigos 20-B e 20-E.

Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados:
(...)

§ 3º Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:

(...)

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

(...)

³²⁴ Art. 23. Não estão sujeitos à averbação pré-executória os bens e direitos:

I - da Fazenda federal, estadual, municipal e do Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas; e II - de empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida, sem prejuízo da averbação em face dos eventuais responsáveis. (BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº. 33/2018**. Disponível em: <<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em: ago. 2019.

Art. 20-E. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts. 20-B, 20-C e 20-D desta Lei. (BRASIL, 2012).

Em 20 de março de 2019, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.646/2019³²⁵, que estabelece medidas de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa.

De acordo com a proposta, pessoas físicas ou jurídicas com débitos acima de R\$ 15 milhões e que praticarem fraudes fiscais poderão ser consideradas devedores contumazes, após procedimento administrativo em que lhes será assegurado o contraditório e a ampla defesa. Dentre as penalidades que podem ser aplicadas ao devedor contumaz estão o cancelamento do seu CNPJ e o impedimento de fruição de qualquer benefício fiscal pelo prazo de 10 anos, inclusive parcelamentos e perdão de dívidas.

Como dito anteriormente, a exclusão dos créditos fiscais está expressa tanto no § 7º do artigo 6º da LREF quanto no art. 187 do Código Tributário Nacional e no art. Art. 29 da Lei 6830/1980.

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005).

Art. 29. A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Ressalva é feita na parte final do mencionado § 7º do artigo 6º da LREF: “ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”.

³²⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1646/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>>. Acesso em: ago. 2019.

Macedo³²⁶ entende que o crédito da Fazenda é privilegiado nos moldes do art.187 do CTN e não deve se submeter a concurso de credores:

Eis aí saltado o privilégio do crédito tributário, na medida em que sua cobrança, em executivo fiscal, abstrai a existência simultânea de outros credores também pendentes de sua satisfação de seus direitos. Ela começa (e segue “atropelando” concurso de credores, falência, concordata, inventário ou arrolamento) no juízo especializado da Fazenda Pública, ainda que procedimentos judiciais dessas espécies se tenham iniciado (ou extinto), relativamente ao saldo devedor.

(...)

A “recuperação judicial”, prevista na nova lei de falência, foi incluída no rol das situações em que há privilégio para o crédito tributário, tocante a não sujeição a concurso de credores ou habilitação.

No mesmo sentido, Assis³²⁷ justifica:

Do problema não se livrou, salvo engano, a Lei 11.101/2005, nada obstante o crédito fiscal se classifique em terceiro lugar na falência (art. 83, III, da Lei 11.101/2005): a recuperação judicial não suspende a execução fiscal, que prosseguirá normalmente, até a satisfação do respectivo crédito, ressalvada a possibilidade de parcelamento (art. 6.º, § 7.º, c/c art. 54 da Lei 11.101/2005).

Como a concessão de recuperação judicial não tem o condão de sobrestar o andamento das execuções fiscais propostas em face do executado, mas o prosseguimento das execuções fiscais poderia inviabilizar o processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ (AgRg no CC 87.263/RJ – rel. Min. Marco Buzzi – DJe 19.08.2014) entende que não podem ser realizados atos que importem em redução do patrimônio da empresa, de modo que os atos de execução devam ser submetidos ao juízo universal.

BRASIL, TRF da 3.ª Região – AI 201103000131941 – rel. Juiz José Lunardelli – DJF3 CJ1 16.09.2011, p. 437. No mesmo sentido: TRF da 3.ª Região – AI 201003000070339 – rel. Juiz Johansom Di Salvo – DJF3 CJ1 09.09.2011, p. 195; TRF da 3.ª Região – AI 201103000150868 – rel. Juíza Cecília Marcondes – DJF3 CJ1 29.07.2011, p. 187. Processual. Agravo. Art. 557, § 1.º, CPC [1973]. Execução fiscal. Recuperação judicial. Suspensão da execução fiscal e de atos constitutivos. Impossibilidade. Recurso desprovido. 1. A agravante alega que está em recuperação judicial, sendo necessário suspender o curso da execução fiscal enquanto durar a recuperação judicial, evitando que seus bens sejam constritos. 2. A circunstância de a agravante encontrar-se em recuperação judicial não se afigura, por si só, como impedimento ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal, nos termos do art. 6.º, § 7.º, da Lei 11.101/2005 c/c art. 187 do CTN. 3. Agravo a que se nega provimento.

³²⁶ OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. **Código Tributário Nacional**: comentários, doutrina, jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 694.

³²⁷ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1418.

Agravo regimental no conflito positivo de competência – Recuperação judicial – Execução fiscal – Competência do juízo falimentar – Precedentes do STJ – Agravo regimental desprovido. 1. O Juízo universal é o competente para a execução dos créditos apurados nas ações trabalhistas propostas em face da Varig S/A e da VRG Linhas Aéreas S/A (arrematante da UPV), sobretudo porque, no que se refere à arrematação judicial da UPV, ficou consignado em edital, nos termos da Lei 11.101/2005, que sua transmissão não acarretaria a assunção de seu passivo. 2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, devem ser obstados os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto mantida essa condição. Precedentes: CC 119.970/RS, rel. min. Nancy Andrighi (DJe 20.11.2012); CC 107.448/DF, 2.^a Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.10.2009. 3. É vedado a este Tribunal apreciar violação de dispositivo constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. 4. Agravo regimental desprovido.

Nesse sentido, acompanhamos as lições de Conrado³²⁸:

O deferimento da **recuperação judicial** não constitui fato implicativo da suspensão do curso da execução fiscal.

Embora **processualmente** o crédito fiscal não se submeta ao juízo da recuperação judicial, materialmente falando, sua satisfação deve ser harmonizada ao direito de que é titular a empresa executada de permanecer desenvolvendo suas atividades e, com isso, o plano de recuperação judicial respectivo.

Essa conclusão se opera pelo fato de que ocorreriam penhoras de bens, para a satisfação do crédito tributário, sujeitos ao plano de recuperação, cujo resultado seria a impossibilidade física de cumprir os ditames arrolados pelo devedor e aprovado pelos credores. Em função disso, o legislador estabeleceu, no art. 68³²⁹ da Lei nº 11.101/05, a possibilidade de um parcelamento especial para os empresários em recuperação judicial, de acordo com o art. 155-A³³⁰ do CTN, como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, VI³³¹, do CTN. Portanto, a LREF prevê um parcelamento especial destinado às empresas em regime de recuperação judicial, objetivando viabilizar a sua reestruturação.

³²⁸ CONRADO, Paulo César. **Execução fiscal**. São Paulo: Noeses, 2013. p. 272.

³²⁹ Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional

³³⁰ Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3 Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 4 A inexistência da lei específica a que se refere o § 3º deste artigo importa na aplicação das leis gerais de parcelamento do ente da Federação ao devedor em recuperação judicial, não podendo, neste caso, ser o prazo de parcelamento inferior ao concedido pela lei federal específica. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

³³¹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(..)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

No entanto, de 2005 até 2014, ante a ausência de lei específica para o parcelamento de empresas em recuperação judicial, gerou-se uma jurisprudência pró-recuperanda, em razão de o art. 68 da LREF prever a necessidade de parcelamento especial para empresas em recuperação judicial e o legislador não o ter feito, não podendo as empresas em recuperação judicial sair prejudicadas pela inércia do legislador.

Entretanto, em 2014 o Legislador inseriu o art. 10-A na Lei nº 10.522 de 19 de Julho de 2002 (que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais), criando o parcelamento de débitos tributários em 84 parcelas para as empresas em recuperação judicial.

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

(...)

§2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

A partir da introdução do parcelamento especial em questão, o STJ começou a se posicionar de forma contrária aos contribuintes que não parcelaram seus débitos tributários conforme a lei específica, conforme o REsp. 1.383.982 – PR, DJ 05/03/2018.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARCELAMENTO DE CRÉDITO. LEI ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. LEI GERAL. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO E DA RECUPERAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. OFENSA. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 11.101/2005 previu que ao devedor em recuperação judicial as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social poderão deferir parcelamento de seus créditos, nos termos de legislação específica editada em conformidade com o Código Tributário Nacional (art. 68). 2. A LC n. 118/2005 alterou o CTN, para introduzir o art. 155-A, §§ 3º e 4º, e estabelecer que lei específica disporá sobre o parcelamento dos créditos tributários de devedor em recuperação judicial e que a falta dessa lei (situação existente à época da demanda) autoriza a aplicação da lei geral de parcelamento existente na unidade da Federação do devedor – na hipótese, a Lei n. 10.522/2002. 3. A legislação confere à empresa “em recuperação judicial” tratamento diferenciado, mas não a exime de se submeter à disciplina legal do parcelamento nem permite a extensão de benefícios a hipóteses nela não contempladas, não sendo assegurada à

aludida contribuinte a escolha, por combinação de leis, de um terceiro programa de parcelamento, com o objetivo de parcelar débitos tributários vencidos a qualquer tempo, como garantido pelo regulamento geral da Lei n. 10.522/2002, consoante as regras do programa especial da Lei n. 11.941/2009. 4. Os princípios da preservação e da recuperação econômica da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/2005) não garantem excepcional afastamento dos princípios da isonomia e da legalidade tributária (art. 97, VI, do CTN) nem do disposto no art. 111, I, do CTN, que veda interpretação extensiva da legislação que dispõe sobre a suspensão do crédito tributário, modalidade na qual o parcelamento se enquadra (art. 151, VI, do CTN). 5. Recurso especial desprovido. REsp 1.383.982 – PR, DJ 05/03/2018)

Entretanto, com um argumento inovador, dia 28 de abril de 2018, Daniel Carnio Costa Juiz da, então, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, no julgamento do Processo nº 0088007-66.2017.8.26.0100, entendeu que a Lei 13.043/14 carecia de constitucionalidade:

Nenhuma lei pode restringir o acesso à Justiça, como faz a norma que criou o 'Refis da Crise' ao exigir que empresas em recuperação judicial desistam de quaisquer ações ou recursos contestando o valor de suas dívidas com a Fazenda Nacional, para que possam parcelar o valor devido.

“É certo que a LREF estabeleceu como condição para concessão da recuperação judicial a apresentação pela devedora de certidão fiscal negativa ou de adesão à parcelamento especialmente criado para empresas nessa situação. Entretanto, até 2014 não havia qualquer lei que criasse parcelamento especial para empresas em recuperação judicial e, por essa razão, a jurisprudência dos Tribunais acabou por decidir pela concessão das recuperações independentemente da apresentação da certidão de parcelamento (visto que inexistia parcelamento especial para essa finalidade). A Lei nº 13.043/14 criou o parcelamento fiscal especial para empresas em recuperação judicial. Entretanto, a lei contém ao menos duas inconstitucionalidades patentes, que impedem a sua aplicação. Inicialmente, observa-se que as condições criadas pela Lei nº 13.043/14 são mais gravosas do que as condições estabelecidas para empresas que não estão em recuperação judicial, em REFIS regulares. Ora, tal disposição viola o princípio da isonomia, considerando que a lei confere tratamento mais gravoso para empresas que estão em situação de maior crise em comparação com outros devedores que não estão em recuperação judicial. E mais. Quando a LREF determinou a criação de parcelamento especial para empresas em recuperação, o fez com o evidente propósito de que fossem criadas condições mais favoráveis para o parcelamento fiscal de empresas em crise do que as condições regulares de REFIS convencional, acessível por qualquer empresa.

Deve-se considerar também que viola o princípio do acesso à Justiça a exigência de que a empresa aderente tenha que desistir e/ou renunciar à qualquer possibilidade de contestação judicial dos tributos.

A essência de tal decisão também reside no interesse maior de atender a ordem econômica da empresa que carrega consigo uma utilidade social indiscutível. Torna-se claro o dever do Estado “de contribuir para a recuperação da empresa em crise,

não se justificando, portanto, sob nenhum aspecto, que a existência de dívidas tributárias possa constituir impedimento a que tal recuperação se realize.”³³²

Portanto, ainda pairam sérias dúvidas sobre as condições impostas no art. 10-A inserido na Lei nº 10.522 de 19 de Julho de 2002, pois é claro que ela não trouxe uma solução viável para equacionar os passivos fiscais das empresas em recuperação judicial, uma vez que 84 parcelas se demonstram insuficientes para empresas em tais condições.

Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

(...)

§2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014).

Sabe-se que o substitutivo do Projeto de Lei 10.220/2018 (que propõe alterações na LREF) prevê o parcelamento de débitos tributários em 120 parcelas ou até mesmo a sua redução em 50% em negociações com a PGFN (ANEXO II).

Humberto Theodoro³³³ explica a prevalência do princípio da preservação da empresa contra os atos expropriatórios da Fazenda:

O Regime da recuperação judicial de empresas, previsto na Lei n. 11.101/2005, não acarreta suspensão das execuções fiscais em curso contra o devedor da Fazenda Pública. Nem mesmo ocorre a *vis attractiva* dessas ações para o juízo universal por onde se processa a recuperação judicial. Continuarão a correr normalmente no juízo de origem.

Contudo, não é admissível que a expropriação dos bens da empresa seja processado fora do controle do juízo que preside o processo de recuperação judicial em curso, relativo ao mesmo devedor. É que, segundo entendimento jurisprudencial dominante, “apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º §7º, da LF nº 11.101/05. Art.187 do CTN e art. 187 do CTN e art. 29 da LF nº 6.830/80) submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa(...)”.

³³² MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 120, 2005. p. 71.

³³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 322.

A principal discussão entre a perseguição pela Fazenda Pública do crédito tributário e a recuperação judicial, pelas consequências nefastas, é se a execução fiscal poderia prosseguir e expropriar bens da empresa ou se ela deveria prosseguir somente até o ato de constrição patrimonial. O conflito de competência travado entre o juízo universal onde se processa a recuperação judicial e o juízo onde correm as execuções fiscais sempre foi um dos temas mais controversos no conflito entre o direito tributário e a recuperação judicial. “As opiniões e decisões são bem variadas, inexistindo ainda uma interpretação consagrada e pacificada para o tema”³³⁴.

Nesse sentido se gerou um dilema entre a Primeira e a Segunda Seção do Superior de Justiça, pelo fato de proferirem decisões com posicionamentos antagônicos expressados nos REsp nº 1.658.042 e REsp nº 1.592.455.

A concessão de recuperação judicial não tem o condão de sobrestar o andamento das execuções fiscais propostas em face do executado. Trata-se de previsão expressa contida no art. 6.º, § 7.º, da Lei 11.101/2005, *verbis*: As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.” No mesmo sentido, de que o deferimento da recuperação judicial não obsta o prosseguimento das execuções fiscais: Processual. Agravo. Art. 557, § 1.º, CPC [1973]. Execução fiscal. Recuperação judicial. Suspensão da execução fiscal e de atos constritivos. Impossibilidade. Recurso desprovido. 1. A agravante alega que está em recuperação judicial, sendo necessário suspender o curso da execução fiscal enquanto durar a recuperação judicial, evitando que seus bens sejam constritivos. 2. A circunstância de a agravante encontrar-se em recuperação judicial não se afigura, por si só, como impedimento ao prosseguimento de atos de constrição em sede de execução fiscal, nos termos do art. 6.º, § 7.º, da Lei 11.101/2005 c/c art. 187 do CTN. 3. Agravo a que se nega provimento.

A jurisprudência desta corte superior firmou entendimento de que não são adequados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento do crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo, assim, prejuízo à Fazenda Pública.

Tendo em vista a multiplicidade de recursos, os ministros da Primeira Seção do STJ afetaram em fevereiro de 2018 o seguinte tema para julgamento sob o rito dos repetitivos: possibilidade da prática de atos constritivos em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal (Tema 987).

³³⁴ VITÓRIA, Flávio Machado. **Fazenda Pública nas recuperações judiciais e nas falências**. Olinda/PE: Livro Rápido, 2016. p. 73.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.712.484 - SP (2017/0158996-9)
PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA
PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PROPOSTA DE
AFETAÇÃO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO
FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS
CONSTRITIVOS.

1. Questão jurídica central: "Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal". 2. Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos (afetação conjunta: REsp 1.694.261/SP, REsp 1.694.316 e REsp 1.712.484/SP).

É equivocado o pensamento de que o interesse público deva se sobrepor ao interesse do particular a qualquer custo; ambos devem ser preservados e interpretados de forma harmônica, pois é a iniciativa privada que investe, gera empregos e riqueza ao país. Este é o conflito existente entre a LREF e a satisfação do crédito tributário; no entanto, empresas que já se encontram em situação pré-falimentar não podem se beneficiar da LREF para blindar seu patrimônio do fisco. É por isso que a análise criteriosa e substancial da situação da empresa quando requerer o deferimento do processamento da recuperação judicial é tão importante, tanto para evitar a frustração da cobrança do crédito tributário quando cabível, quanto para impedir que o fisco leve à falência uma empresa que possui condições de se recuperar.

Tal análise é tão relevante que já atingiria a nova Portaria 33/2018 da PGFN, a qual prevê, em seu artigo 23,³³⁵ que não serão atingidas “empresas com recuperação judicial deferida”. Embora o termo seja “recuperação judicial deferida”, entendemos que o correto seja “com deferimento do processamento da recuperação judicial”, visto que a proteção se dá no momento do deferimento do processamento e não no deferimento da recuperação, o qual ocorre somente após a aprovação do plano.

Outro tema polêmico envolvendo a Fazenda Pública e as empresas, a respeito da satisfação dos créditos tributários, se refere à legitimidade ou não do pedido, pela Fazenda, de falência das empresas devedoras e insolventes perante o fisco.

A discussão gerou posições contrárias de grandes doutrinadores; no entanto, com o passar do tempo, muitos mudaram seus entendimentos — é o caso de Fázio Júnior, que diz: “filiávamos-nos ao entendimento oposto, entendendo que a fazenda

³³⁵ Art. 23. Não estão sujeitos à averbação pré-executória os bens e direitos:

(..)

II - de empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida, sem prejuízo da averbação em face dos eventuais responsáveis.

pública podia requerer a falência do devedor comerciante. Com a LREF, o cenário é outro; outra é a solução”³³⁶.

O autor justifica sua mudança de pensamento:

O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

Nesse caso o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois, o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causada a partir da geração de empregos.

À Fazenda Pública carece “legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor. A ação pretendida pela Fazenda tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes”³³⁷.

Salomão entende que o ato da Fazenda Pública requerer a falência de empresa devedora ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e caracteriza abuso de direito: “a impossibilidade de a Fazenda Pública requerer a falência é de natureza constitucional. Em decorrência da supremacia das normas constitucionais, nenhum ato jurídico será válido se for contrário à Constituição”³³⁸.

O artigo 38 da Lei n° 6.830/80 determina que “a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução fiscal na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito tributário ou ação anulatória de ato declarativo de dívida.”³³⁹

Bráulio Lisboa afirma que a Lei de Execução Fiscal é o único meio processualmente legítimo que a Fazenda dispõe para cobrar a dívida ativa. A execução fiscal, juntamente com “as inúmeras garantias e privilégios de que dispõe,

³³⁶ FÁZZIO JÚNIOR, Walter. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 262.

³³⁷ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 300.

³³⁸ SALOMÃO, Luís Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 274.

³³⁹ Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos. Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

se a Fazenda fizer o pedido de falência, além de desvirtuar o instituto, claramente estará utilizando-o como nítida forma de coação.”³⁴⁰

Rackchel Sztjan e Vera Mello também entendem que o fisco não teria legitimidade para pedir a falência do devedor, uma vez que o instrumento legal para a satisfação do crédito da Fazenda é a execução fiscal: “Por tal razão carece o fisco de interesse processual para requerer a falência do devedor inadimplente.”³⁴¹

Seguindo o mesmo raciocínio, a primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovou o Enunciado nº 56: “A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário”.

Em sentido contrário, Fábio Comparato entende necessária a utilização do pedido de falência como uma espécie de reforço da cobrança, não existindo qualquer abusividade ou norma restritiva e impeditiva de que a Fazenda Pública o faça:

[...] a teimosia dos fatos vem patenteando, quotidianamente, que a perspectiva do imediato desapossamento e da indisponibilidade global do seu patrimônio, combinada com a ameaça de um inquérito judicial sobre sua atividade pregressa, como preliminar de ação penal por crime falimentar, representa formidável constrição à vontade do devedor inadimplente, malgrado o fato de se dizer e repetir – a meu ver irrefletidamente [...] – que a falência não é meio de cobra.³⁴²

Max Möller, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, defendeu em 2016 sua tese “Ainda Sobre o Requerimento de Falência pela Fazenda Pública” no XLI Congresso Nacional de Procuradores de Estado³⁴³:

6. Houve, também, no período, considerável modificação legislativa. A partir da Lei n. 11.101/2005 a falência deixa de ser decretada por mero requisito formal (ausência do depósito elisivo). Surge ao feito falimentar a clara possibilidade de recuperação de empresas viáveis – inclusive como alegação de defesa – através da recuperação judicial e o amplo aparato disponibilizado ao empresário em dificuldades. Entretanto, vem como corolário da mesma lei, a necessidade de eliminação da empresa inviável, que apenas gera danos sociais em seu processo de quebra e afeta claramente a concorrência. Altera, outrossim, a legitimidade para o pedido de falência, eliminando qualquer

³⁴⁰ LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas**: análise econômica e tributária. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2016. p. 127.

³⁴¹ FANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**: comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25.

³⁴² COMPARATO, Fábio Konder. Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 442, 1972. p. 54

³⁴³ MÖLLER, Max. **Ainda sobre o requerimento de falência pela fazenda pública**. In: Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 41. Disponível em: <<http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2016/04/Max-Moller.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

requisito ao credor, além da materialidade econômica que deverá ser demonstrada.

7. Na questão da preservação da concorrência e na preservação do patrimônio público, surge a falência como medida absolutamente coerente com o dever de cobrar tributos, preservando as empresas que cumprem suas obrigações e evitando graves danos ao erário com a acumulação de vultosos passivos tributários durante o período de quebra.

8. Há clara evolução da jurisprudência no sentido de permitir ao crédito público contar com a eficiência de meios privados, como no caso do protesto. Com mais argumentos na legitimação à falência, onde os argumentos vão muito além do critério de cobrança, mas na preservação do dano fiscal e da concorrência.

9. Abundam no ordenamento os critérios viáveis para serem utilizados pela Fazenda Pública, tais como os casos de permanência por período longo em Regime Especial de Fiscalização ou o descumprimento do próprio plano de Recuperação Judicial no âmbito tributário, sempre com clara demonstração de inviabilidade econômica da empresa.

10. É mais que chegada a hora de evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a legitimidade da Fazenda Pública ao requerimento de falência, inclusive como forma de coerência aos recentes julgados aqui trazidos.

Compartilhando o entendimento de Max Möller, os Procuradores da Fazenda Nacional Tayana Felix e Thiago Cioccarri Brigido³⁴⁴ concordam que a Fazenda Pública não poderia pedir falência da empresa pela mera impontualidade, uma vez que possui meios próprios como a execução fiscal para satisfazer seu crédito.

No entanto, os procuradores defendem que a Fazenda possui legitimidade para requerer a falência em caso de execução fiscal frustrada, já que a empresa não estaria mais exercendo sua função social:

A decretação da falência de sociedade empresária insolvente, que não tenha condições de continuar exercendo sua função social, é meio coercitivo e medida necessária à manutenção da ordem econômica do país. A função social da empresa passa, necessariamente, pelo pagamento de tributos. Desse modo, não pode ser cerceado ao Estado o direito de inaugurar o par *conditio creditorium*, e fazer aplicar os severos preceitos da Lei 11.101/2005, caso esteja diante da insolvência de empresa irrecuperável.

(...)

Por tais motivos, necessária a alteração jurisprudencial para, mediante a interpretação da Lei 11.101/2005 conforme os valores e princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, reconhecer a legitimidade ativa da Fazenda Pública para o pedido de decretação de falência das empresas que não podem cumprir com sua função social.

Os mencionados Procuradores resumem as suas razões no mencionado artigo:

³⁴⁴ MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. **Legitimidade da Fazenda Pública para postular a falência do devedor tributário**: a função social da empresa e o interesse jurídico no par *conditio creditorium*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.pdf>>. Acesso em: jul. 2019.

A favor da possibilidade de a Fazenda Pública postular a falência do devedor tributário, com base no artigo 94, II e III da Lei 11.101/2005, pode-se elencar diversos argumentos que serão esmiuçados nos tópicos seguintes, tais como: (i) não há qualquer vedação legal expressa ou implícita à legitimidade Fazendária; (ii) a manutenção de sociedade empresária devedora de tributos viola a função social da propriedade, o dever fundamental de pagar tributos e a ordem econômica, em especial a livre concorrência; (iii) não há qualquer incompatibilidade de procedimentos entre a Execução Fiscal e o processo falimentar; (iv) viola a isonomia entre os credores negar à Fazenda Pública o pedido de falência; (v) a Fazenda Pública está sujeita materialmente a um concurso de credores; (vi) há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o *par conditio creditorum*.

No entanto, a posição é bem pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Fazenda não tem legitimidade para pedir falência, e tal pedido caracteriza abuso de direito, conforme já julgado nos seguintes — REsp. nº 164.389/MG em 16.08.2004, de relatoria do Ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. I – Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal. II – Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos. (STJ – REsp: 164389 MG 1998/0010726-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 13/08/2003, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16/08/2004 p. 130).

REsp nº 287.824/MG, julgado em 20.10.2005, no qual foi relator o Ministro Francisco Falcão:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROTESTO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 204 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A FALÊNCIA DO COMERCIANTE CONTRIBUINTE. MEIO PRÓPRIO PARA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO REGIME DE CONCURSO UNIVERSAL PRÓPRIO DA FALÊNCIA. ARTS. 186 E 187 DO CTN. I – A Certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário. II – A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80. III – Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública. IV – Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário. V – Ademais,

revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN. VI – O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência. VII – Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 287824 MG 2000/0119099-7, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 20/10/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/02/2006 p. 205RDDT vol. 128 p. 147).

E no REsp nº 363.206/MG, julgado em 04.05.2010, de relatório do Ministro Humberto Martins:

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – FAZENDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA. 1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa. 2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa. 3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial. 4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante. 5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos. 6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar. Recurso especial improvido. (STJ-REsp: 363206 MG 2001/0148271-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 04/05/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2010)

Como visto, pelo fato de a Fazenda Pública, em tese, não poder pedir a falência de uma empresa com débitos tributários, o instrumento legal que resta é a execução fiscal, que representa um terço de todas as ações no Poder Judiciário e possui baixa eficácia. Devemos lembrar que, em média, uma execução fiscal dura nove anos, segundo os dados da própria PGFN.

Portanto, a identificação inicial da real condição da empresa em crise é essencial para deferimento correto ou não do processamento de recuperação judicial de uma empresa que pode ser absolutamente inviável e uma análise meramente formal dos documentos é incapaz de identificar. Tal decisão acarreta, na prática, a supressão dos direitos da Fazenda, suspendendo a ação que mais sobrecarrega o Poder Judiciário. Nestes casos, a perícia prévia é fundamental para impedir que aquelas empresas que apenas visem blindar seu patrimônio das execuções fiscais usufruam indevidamente de uma benesse legal que não lhes cabe e frustram a efetivação da recuperação do crédito tributário.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa dedicou-se a responder às seguintes questões: O instituto da perícia prévia aumenta ou não a eficiência da LREF? Em caso positivo, como? Quais são seus reflexos frente aos credores fiduciários e fiscais? A perícia prévia possui base legal ou não?

A busca pela resposta iniciou no capítulo dois, ao falarmos sobre crise empresarial, fatores que a ocasionam, seus estágios e ferramentas para superá-la, como o *turnaround*. Fizemos uma digressão histórica sobre a legislação falimentar no mundo até chegarmos à LREF atual; abordamos sua importância no cenário econômico nacional frente às grandes recuperações judiciais em andamento, face o volume de créditos envolvidos, o número de credores e o grau de complexidade, sempre sob a ótica de que o princípio da preservação da empresa somente é aplicável às empresas viáveis.

Em um segundo momento, apresentamos e repassamos todo o procedimento da recuperação judicial, buscando, de forma resumida, discorrer sobre os principais dispositivos legais, desde a distribuição do pedido de recuperação judicial até seu encerramento. Além disso, elucidamos alguns temas controversos — como a não aplicação da LREF às cooperativas e a discussão de sua aplicabilidade ou não aos produtores rurais, em razão do impacto social e econômico gerado por suas quebras — apenas como crítica construtiva e reflexiva sobre a possibilidade de aplicação da LREF àqueles institutos.

No item 2.2 ingressamos no instituto da perícia prévia em si, desde seu surgimento, nos casos da Varig e da Vasp, em 2005, quando se limitava às questões formais, até seu novo conceito e forma de aplicação, desenvolvidos por Daniel Carnio Costa ao final de 2011, baseados na verdade substancial. Explicamos seu conceito, a origem, seus motivos e suas justificativas. A partir daí, analisamos a base legal utilizada, a jurisprudência sobre sua aplicação até a edição do Enunciado n° 7 do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado em 23 de agosto de 2019. Apresentamos os argumentos da corrente doutrinária favorável à aplicação do instituto da perícia prévia, resumidos nos seguintes fundamentos: (a) sua legalidade; (b) a necessidade de buscar a verdade substancial sobre os documentos arrolados no art. 51 da LREF; (c) o fato de a viabilidade econômica da empresa, além de pressuposto lógico, ser condição da ação;

(d) a necessidade de identificar as empresas absolutamente inviáveis a fim de evitar gastos públicos com a tramitação de processos de recuperação judicial desnecessários; (e) a prevenção de fraudes contra credores; (f) o fato de que a LREF não visa somente à proteção do devedor e dos credores que se submetem ao processo, como também ao interesse público, social e de demais credores que não fazem parte do processo e são afetados.

Ao analisar a fundamentação legal utilizada por Costa para aplicação da perícia prévia, identificamos um pequeno equívoco na nomenclatura utilizada: o termo “perícia prévia” acaba por gerar interpretação errônea, por isso sugerimos a utilização de “constatação prévia” ou “procedimento prévio”, pelo fato de o instituto ser uma conjunção de dois procedimentos previstos no CPC: a perícia técnica simplificada e a inspeção judicial indireta.

Ainda dentro do item 2.2, fizemos um contraponto à corrente favorável à aplicação da perícia prévia, apresentando toda a corrente doutrinária e jurisprudencial contrária à utilização de tal instrumento dentro da recuperação judicial, incluindo o Enunciado 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial, resumindo seus argumentos nas seguintes fundamentações: (a) falta de previsão legal; (b) violação ao princípio da celeridade; (c) análise formal dos documentos do art. 51 da LREF; (d) urgência no despacho de processamento, sob pena de prejudicar e inviabilizar a recuperação judicial; (e) delegação ao perito da base da decisão importante; (f) o fato de a análise de viabilidade econômica não caber na fase postulatória; e (g) impunidade ao crime falimentar.

Como sequência, no capítulo terceiro, foi dado destaque aos efeitos da perícia prévia, que podem ou não desencadear o *stay period* e seus reflexos nos credores fiduciários e fiscais. Para justificar a importância de tais credores que, em tese, não se submeteriam à recuperação judicial, levando-se em consideração a racionalidade da aplicação processual da LREF, trouxemos dados do CNJ que revelaram o alto grau de congestionamento do Poder Judiciário, seu alto custo e a ineficiência. Além disso, os dados também revelam que a Justiça Estadual (onde tramitam os pedidos de recuperação judicial e falências) é a mais cara, sendo responsável por 57,1% do custo total do Poder Judiciário, e a mais congestionada. Ainda, o mesmo estudo aponta que um terço de todas as ações que tramitam no Poder Judiciário é de execuções fiscais. No mesmo capítulo foram apresentados estudos do IPEA e do BANCEN, os quais justificaram que o aumento da oferta de crédito a partir de 2005 se deu pela conjunção

de dois fatores: alteração da lei da alienação fiduciária associada à LREF. Em tese, isso trouxe mais garantia ao credor, tanto pela agilidade na retomada (consolidação da propriedade) do bem ou garantia, como pela previsão expressa na LREF de que tal crédito não se submeteria ao procedimento da recuperação judicial.

No item 3.1 trouxemos e analisamos os resultados da pesquisa desenvolvida pela equipe da Associação Brasileira de Jurimetria em conjunto com o Observatório da Insolvência (Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência - NEPI da PUCSP), em que foi utilizada a jurimetria para analisar as variáveis na decisão que defere o processamento da recuperação judicial até a votação do plano de recuperação, dentre elas a influência da perícia prévia.

Na primeira etapa, a pesquisa foi realizada somente perante as 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP, entre 01.09.2013 e 30.06.2016. Na segunda, a pesquisa foi estendida a 906 pedidos de recuperação judicial, não se limitando às varas especializadas, incluindo todas as demais. Os resultados extraídos das duas etapas demonstraram claramente a eficiência da aplicação da perícia prévia nos processos de recuperação judicial, inclusive na taxa de conversão de deferimento de processamento que, nas varas comuns, varia entre 83,9% e 84,2%, e nas varas especializadas chega a 80%. Outro resultado interessante foi a celeridade processual que a perícia prévia gera nos processos em que foi aplicada - em média, o plano foi aprovado em assembleia geral de credores 60 dias antes do que os planos dos processos que não tiveram a aplicação da perícia prévia.

Já no item 3.2, o foco de análise foi o efeito do deferimento da recuperação judicial aos credores fiduciários e fiscais que, como dito, em tese não se submeteriam aos efeitos da recuperação judicial, mas na prática são os dois mais afetados. Trouxemos a discussão que é gerada em todas as instâncias do Poder Judiciário sobre a submissão ou não do credor fiduciário, colacionando os argumentos e fundamentos daqueles que entendem que tais créditos se submetem e os daqueles que entendem que não se submetem aos efeitos do deferimento do processamento e da recuperação judicial. O que vimos na prática é que acabam se submetendo no mínimo por 180 dias (*stay period*), prazo que pode ser prorrogado de forma automática se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor. Se o bem dado em garantia for essencial ao funcionamento da empresa ou ao cumprimento do plano, fica preso até o final da recuperação ou sua convolação em falência.

Quanto ao credor fiscal, apresentamos os argumentos da PGFN sobre o tempo de duração e a ineficiência da execução fiscal, que só atinge seu objetivo quando ocorre a expropriação; no entanto, em relação às empresas que estão em recuperação judicial, a possibilidade de expropriação está suspensa em virtude de o tema estar sob afetação no STJ (Tema 987), ou seja, na prática a execução fiscal fica suspensa até o fim da recuperação judicial, e, em tese, a Fazenda não pode pedir a falência da empresa como forma de cobrar tributo, nem de retirá-la do mercado.

A partir da análise de todas as situações apresentadas e do conjunto de elementos consultados, concluímos que a hipótese inicialmente trabalhada para responder ao primeiro questionamento que norteou a presente pesquisa se confirmou, sendo favorável ao resultado final obtido, uma vez que a conclusão havida é de que sim, a perícia prévia é um instrumento eficiente e dentro da recuperação judicial.

O estudo feito pela ABJ demonstrou que a prática aumenta as chances de um processo de recuperação ser aceito pelo juiz. Nos casos sem verificação prévia, o número de deferimentos foi de 63%, frente aos 81,7% de processos em que a prática foi adotada.

Os estudos do NEPI da PUCSP e da ABJ confirmaram a eficiência da aplicação do instituto da perícia prévia nos casos de recuperação judicial em termos de aumento na celeridade dos procedimentos e diminuição de casos de indeferimento do processamento.

Por consequência, a perícia prévia evita a aplicação do *stay period* às empresas inviáveis, devedoras do fisco e de credores fiduciários, retirando qualquer óbice existente na LREF que impeça tais credores de exercerem seus direitos de penhora, leilão, expropriação, reintegração de posse imediata e retomada de garantias, gerando mais segurança jurídica aos credores. Estes, que por determinação legal expressa não se submeteriam aos efeitos da recuperação judicial e que por ventura sem a perícia prévia para averiguar as condições da ação, poderiam ter sido submetidos aos efeitos do processo de recuperação judicial, reduzindo, assim, custos de transação desnecessários e a taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

A perícia prévia diminui a assimetria de informação tanto para o juiz quanto para os credores, gerando reflexos positivos nas recuperações judiciais a que foi submetida, os quais são medidos na diminuição do tempo de aprovação do plano apresentado.

O instituto em estudo se demonstrou uma ferramenta útil que contribui para tornar a atividade jurisdicional mais eficiente, reduzindo despesas de recursos públicos e racionalizando sua utilização para o Poder Judiciário oferecer melhores condições de atendimento aos processos de recuperação de empresas viáveis.

A relevância da realização da perícia prévia no processamento dos processos de recuperação judicial foi reconhecida tanto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do Enunciado 7º do Grupo Reservado de Direito Empresarial, quanto pelo CNJ, que, inclusive, recomenda sua aplicação e regulamenta suas regras de aplicação e funcionamento, conforme demonstrado no ANEXO I.

Além disso, no Poder Legislativo, o Grupo de Trabalho do CNJ e a Comissão de Juristas criada pelo Ministério da Fazenda, criados para sugerir medidas voltadas à modernização e à efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de Recuperação Judicial e Falências, apresentaram como sugestão a positivação e a regulamentação da perícia prévia, que foi aceita, conforme pode ser visto no substitutivo do Projeto de Lei 10.220/2018 de reforma da Lei de Falências e Recuperação Judicial.

Os argumentos utilizados pelos autores que são adeptos à corrente doutrinária contrária à utilização da perícia prévia não se sustentam pelos argumentos já desenvolvidos anteriormente, sendo cabalmente derrubados pelos fundamentos dos autores favoráveis, os quais foram confirmados pelo resultado do estudo do NEPI e da ABJ e cancelados pelo Enunciado 7º do Grupo Reservado de Direito Empresarial do TJSP, pela recomendação do CNJ e finalmente pelo substitutivo do PL 10.220/2018, que recomenda a positivação de tal medida no artigo 51-A.

No entanto, o argumento de que existe uma necessidade de celeridade ao dar o provimento do processamento da recuperação aplicando seus efeitos imediatos às empresas que forem submetidas ao procedimento da perícia prévia tem fundamento. Por mais que o procedimento adotado e regulado tanto na recomendação do CNJ quanto no substitutivo do PL 10.220/2018 tenha previsto o prazo de cinco dias para a realização e a conclusão da perícia prévia, por vezes, por mais curto que pareça ser o prazo, pode ser vital para uma empresa em crise e que posteriormente se constate ser viável e merecedora das benesses da LREF. Levando-se em consideração os resultados analisados pela pesquisa da ABJ, nos casos em que houve só a presença da perícia prévia, o tempo médio para o deferimento do processamento foi de 26 dias, sendo que nos casos em que à perícia prévia foi associada à emenda a inicial, o prazo

médio para o deferimento foi de 58 dias. Segundo a mesma pesquisa, nos casos em que não houve perícia prévia, o prazo médio para o deferimento do processamento foi de sete dias.

Dessa forma, mesmo reconhecendo a inegável eficiência da perícia prévia, ousamos sugerir uma pequena adequação que, além de derrubar o restante da corrente doutrinária que segue pendurada nesse argumento, primaria pelo princípio da isonomia, previsto no artigo 7º do CPC, contendo a previsão legal de que: “quando o juiz reputar necessária a realização da perícia prévia, automaticamente antecipe os efeitos da tutela previstos no art. 52, III da LREF até a conclusão da perícia”, momento em que se confirmaria ou não a inviabilidade patente ou fraude da requerente.

Tal sugestão tem como base o artigo 300 do CPC, que autoriza o juiz, ao receber uma petição inicial, entendendo que existe risco ao resultado útil do processo, a deferir tutela provisória em conjunto com o artigo 298 do CPC, que faculta o juiz, *ex officio*, com base em convicção sumária, a decretar tutela de urgência cautelar, embora o pedido de recuperação judicial já contemple a aplicação do *stay period*.

Outra pergunta que o presente trabalho buscou responder refere-se à legalidade ou não de tal procedimento. A nossa conclusão foi o reconhecimento de sua absoluta legalidade. Tal afirmação se revela assertiva começando pela leitura do artigo 189 da LREF, o qual dispõe que se aplica o CPC, no que couber aos procedimentos previstos na LREF, combinado com os seguintes artigos do CPC: art. 319, III, art. 320, art. 156, art. 464, art. 481 e art. 370, que sustentam a legitimidade e a legalidade da determinação da perícia prévia, sempre que houver dúvidas ou indício de uma das quatro situações, quais sejam: incompletude ou inconsistência da documentação, inexistência de atividade empresarial, fraude e incompetência do juízo.

Pontua-se, por oportuno, que o tema aqui abordado ainda abre espaço para desenvolvimento de outra conclusão, que inicialmente não fazia parte da pesquisa: nos questionamos se realmente a Fazenda Pública não pode pedir falência de empresas absolutamente inviáveis. Discorremos sobre o conflito do interesse público, quando a Fazenda busca a satisfação de seu crédito pela execução fiscal e esbarra em empresas que estão em recuperação judicial, amparadas no princípio da preservação da empresa. Nestes casos, quando as empresas são viáveis, não nos restam dúvidas acerca da impossibilidade de a Fazenda Pública pedir falência em

razão da mera inadimplência. No entanto, nos chamou a atenção dentro da pesquisa que a conjunção de dois fatores, quais sejam, a constatação de fraude ou de inviabilidade patente resultante de perícia prévia associada aos casos de execução frustrada, no nosso entendimento, daria legitimidade para a Fazenda Pública pedir a falência de tais empresas, como mecanismo de sua retirada do mercado, pela conclusão lógica de que não existe mais atividade empresarial a ser preservada.

REFERÊNCIAS

- ABRAÃO, Carlos Henrique. **O papel do Judiciário na Lei 11.101/05**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. **ANS decreta liquidação extrajudicial da Unimed Paulista**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticiasans/consumidor/3181-ans-decreta-liquidacao-extraordinaria-da-unimed-paulistana>>. Acesso em: ago. 2019.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processos de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- ARAUJO, A.; FUNCHAL, B. A nova Lei de Falências e seus efeitos sobre o desenvolvimento do mercado de crédito. **Pesquisa e planejamento econômico**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 2, 2006.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- AYUOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.
- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BARICHELO, Stefania Eugênia. **A importância da análise econômica na nova lei de recuperação de empresa e falências**. In: SANTOS, Elenise Peruzzo dos; BATELLO, Silvio Javier (Org.). Principais controvérsias na nova lei de falências. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- BARIFALDI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial**: estrutura e aplicação de seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- BENEDUZI, Renato. **Comentários ao código de processo civil**: (arts. 70 ao 187). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção comentários ao código de processo civil, v. II).
- BENETTI, Maria Domingues. **Origem e formação do cooperativismo empresarial no Rio Grande do Sul**: uma análise do desenvolvimento da COTRIJUÍ, COTRISA e FECOTRIGO 1957/1980. Porto Alegre: Secretaria do Planejamento e da Administração, 1992. Disponível em: <http://cdn.fee.tche.br/teses/digitalizacao/teses_5.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falências**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2104.

BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência**. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.

BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **A cessão fiduciária de créditos está sob os efeitos da recuperação judicial**. In: Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falências: comentada artigo por artigo**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BEZZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação judicial e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação Judicial: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de Novembro de 1997**. Diário Oficial da União (D.O.U)21.11.1997.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União (D.O.U) 11.01.2002.

BRASIL. **Lei 10.931 de 02 de Agosto de 2004**. Diário Oficial da União (D.O.U) 02.08.2004.

BRASIL. **Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Diário Oficial da União (D.O.U) de 09.02.2005.

BRASIL. **Lei N 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/ acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portaria-ndeg-467-de-16-de-dezembro-de-2016>>. Acesso em: jul. 2019.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº. 33/2018**. Disponível em: <<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1646/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. **Processo nº 000798-48.2016.403.6100**. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisooes/2016/2016-02-03-.unimed.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo nº 0043599-63.2012.8.26.0100 da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – 29.08.2012**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo o nº 000.05070715-9 – Juiz. Alexandre Lazzarini-j. em 04.07.2005**.

BRASIL. **Lei Nº 5.764, de 16 de Dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento 0194436-42.2012.8.26.0000 – Re. Teixeira Leite-j. em 02.10.2012**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 0294738-16.2011.8.26.0000**. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Des. Rel. Pereira Calças, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P) 03.07.12.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Enunciados do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>>. Acesso em: set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2186310-95.2014.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Francisco Loureiro, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P.) 11.03.15.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2227540-20.2014.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Claudio Godoy, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P) 24.06.15.

BRASIL. Ministério da Economia. Fazenda. **Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portaria-ndeg-467-de-16-de-dezembro-de-2016>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Nº 162 de 19/12/2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3674>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.374.259, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.02/06/2015**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.532.943, 3ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze**. Diário Oficial da União (D.O.U) 13.09.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.532.943, 3ª Turma**. Diário Oficial da União (D.O.U) 02.06.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.559.457/MT, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12.12.2017**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.532.943, 3ª Turma**. Diário Oficial da União (D.O.U) 02.06.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 540179-SP, j. 16.12.2003**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agint no pedido de tutela provisória nº 1.920 - MT (2019/0046844-3) j, em 19.05.2019**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.135, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 9-11-2016, DJE 22 de 7-2-2018**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2124583-38.2014.8.26.0000**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Des. Rel. Araldo Telles, Diário Oficial do Estado de São Paulo (D.O.E.S.P).

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2235856-43.2016.8.26.000,j.em 03.08.2017**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2184085-34.2016.8.26.0000,j.em 07.11.2016**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2257174-22.2018.8.26.0000,j.em 11.03.2019**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2129485-92.2018.8.26.0000,j.em 24.06.2019**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2105167-84.2014.8.26.0000,j.em 25.09.2014**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Agravo de Instrumento nº 2217519-77.2017.8.26.0000,j,em 10.05.2018**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo 1068277-81.2019.8.26.0100,j em 18.07.2019**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. **Processo 1057756-77.2019.8.26.0100**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RJ. **Processo nº 2005.001.072887-7– Juiz. Alexander dos Santos Macedo-j. em 10.07.2005**.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. **Processo nº 5000461-37.2019.8.21.0008/RS, j em 21.05.2019.**

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. **Processo n. 016/1.18.0000125-6 do TJRS.**

BRASIL. Comissão Nacional de Justiça. **Portaria Nº 162 de 19/12/2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3674>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PIB cresce 1,1% em 2018 e fecha ano em R\$ 6,8 trilhões.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23886-pib-cresce-1-1-em-2018-e-fecha-ano-em-r-6-8-trilhoes>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Procuradoria Nacional da Fazenda. **Dívida Ativa da União.** Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/divida-ativa-da-uniao>>. Acesso em: jul. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Comunicado do IPEA.** Edição 127. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicad oipea127.pdf>. Acesso em: set. 2019.

BRASIL. TRF da 3.^a Região. **AI 201103000131941 – rel. Juiz José Lunardelli – DJF3 CJ1 16.09.2011.**

CAGNIN, R. F. A evolução do financiamento habitacional no Brasil entre 2005 e 2011 e o desempenho dos novos instrumentos financeiros. **Boletim de economia da FUNDAP**, n. 11, jan. 2012.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 3, jul/set 2007.

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

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CANOTTI, Angelo Solano; GOMES, Estela. **A recuperação judicial de empresas e o atendimento aos princípios da duração razoável do processo e da função social da empresa:** a inconstitucionalidade do art. 61 da Lei Nº 11.101/2005. In: LAMY, Anna Carolina Faraco; CANOTTI, Angelo Solano; CASCAES NETO, Pedro. **Recuperação de Empresas e Falências - Coletânea de artigos da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CARVALHO, Cristiano. **Análise econômica da tributação.** In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Willian Eustáquio de. **Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa**. In: MOEMA, A.S. de Castro; CARVALHO, Willian Eustáquio de (Coord.). Direito falimentar contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5).

CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Recuperação empresarial e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (Coleção tratado de direito empresarial, v. 5).

CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAVALLI, Cássio. **Reflexão sobre a recuperação judicial**: uma análise da aferição da viabilidade econômica como pressuposto para o deferimento do processamento da recuperação judicial. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**: o princípio da preservação de empresas na lei de recuperação e falências. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial**: sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: Ltr, 2009.

CLARO, Carlos Roberto. **Temas de recuperação empresarial e falência**. Curitiba: Íthala, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito da empresa. 30. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

COLLINS, Jim. **Como as gigantes caem**: e porque algumas empresas jamais desistem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

COLUSSI, Joana. **Cotrijui**: de ícone do agronegócio à liquidação judicial. 2018. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2018/02/cotrijui-de-icone-do-agronegocio-a-liquidacao-judicial-cjd67aq3n06i601phrz7aakzv.html>>. Acesso em: ago. 2019.

CONRADO, Paulo César. **Execução fiscal**. São Paulo: Noeses, 2013.

COMO criar oportunidades de forma segura. **[Discurso]** do Diretor Anthero no Seminário de Expansão do Crédito no Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Expansao_do_credito_no_Brasil_h.pdf>. Acesso em: jul. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Falência: legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 442, 1972.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social de propriedade dos bens de produção**. In: COELHO, Fábio Ulhôa (Coord.). Tratado de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

CONRADO, Paulo César. **Execução Fiscal**. São Paulo: Noeses, 2013.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Atos normativos**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: jul. 2019.

COOTER, Robert; SCHAEFER, Hand-Bernd. **O Nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba, PR: CRV, 2017.

CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 1a Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

CORREA, Fernando et. al. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo: 2a Fase do Observatório de Insolvência**. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Recuperacao_Judicial_no_Estado_de_Sao_Pa.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. **A importância da recuperação de empresas**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6386119/importancia-da-recuperacao-de-empresas>>. Acesso em: jul. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. **A perícia prévia em recuperação judicial de empresas: fundamentos e aplicação prática**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI277594,41046-A+pericia+previa+em+recuperacao+judicial+de+empresas+Fundamentos+e>>. Acesso em: jul. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. **A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa**. In: LUCÇA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (Coord). Falência, insolvência e recuperação de empresas estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação judicial de empresas: as novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular**. 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/>. Acesso em: jun. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. Teoria da Distribuição Equilibrada do ônus na Recuperação Judicial da Empresa. São Paulo, **Carta Forense**, p.B18-b.18, 07 nov. 2013.

COSTA, Daniel Carnio. **Novas teorias sobre o processo de insolvência e gestão democrática de processos**. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências. Curitiba: Juruá, 2015. v. 1.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o processo de insolvência**: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processo. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 39, p. 63, Jan./Mar. de 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre o processo de insolvência**: revisitando as teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. In: FORGIONI, Paula A. et. al. Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito, homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo Quartier Latin, 2018.

COSTA, Daniel Carnio. **Prática de insolvência empresarial**: decisões judiciais em recuperação judicial e falências. Curitiba: Juruá, 2019.

DEZEM, Renata Maria Mota Maciel Madeira. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DOMINGUES, Alessandra Azevedo de. **Da função social da empresa à responsabilidade social**. In: FORGIONI, Paula A. et al. Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e Outros Desafios do Direito, Homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

EXPERIAN, Serasa. **Pedidos de recuperação judicial de micro e pequenas empresas crescem 131% em um ano, revela Serasa Experian**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/pedidos-de-recuperacao-judicial-de-micro-e-pequenas-empresas-crescem-131-em-um-ano-revela-serasa-experian>>. Acesso em: jun. 2019.

EXPERIAN, Serasa. **Indicadores econômicos**. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>>. Acesso em: ago. 2019.

FANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**: comparação com as posições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FÁZZIO JÚNIOR, Walter. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito empresarial**: recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção doutrina, processos e procedimentos). v. 3.

FLORIANO NETO, Alex. **Atuação do juiz na recuperação judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FORTI, Fábio. **A interdisciplinaridade da Recuperação Judicial e a importância do *timing* do seu pedido em juízo**. In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (Org.); NEPOMUCENO, Vitor Teixeira; FORTI, Fábio (Coord.). Recuperação Judicial: da necessidade à oportunidade. São Paulo: LTr, 2013.

FURTADO, Paulo. **Perícia prévia na recuperação judicial**: a exceção que virou regra? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI279351,71043-Pericia+previa+na+recuperacao+judicial+a+excecao+que+virou+regra>>. Acesso em: ago. 2019.

G1. **Conheça mais sobre a história da Varig**. Março 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL15310-9356,00-CONHECA+MAIS+SOBRE+A+HISTORIA+DA+VARIG.html>. Acesso em: ago. 2019.

G1. **Unimed Paulistana**: entenda a crise e como fica a situação dos clientes. Set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/entenda-crise-na-unimed-paulistana-e-como-fica-situacao-dos-clientes.html>>. Acesso em: ago. 2019.

G1. **Dólar a R\$ 4**: como o Brasil era em 2002 e como está hoje. Set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/09/dolar-r-4-como-o-brasil-era-em-2002-e-como-esta-hoje.html>>. Acesso em: ago. 2019.

GANGANA, Maria C. V. Hiss Dias do Vale. **A atuação do juiz na recuperação judicial à luz do novo código de processo civil**. In: GOMES, Camila Abud et al. (Coord). Recuperação Judicial, falência e administração judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GOMES, Orlando; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

GRILLO, Breno. **TJ-SP divulga três novos enunciados sobre Direito Empresarial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-19/pericia-previa-juiz-reduz-recuperacoes-judiciais-30>>. Acesso em: fev. 2019.

GUIMARÃES, Maria Celeste. **Artigo do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na Nova Lei N. 11.101/2005**. Cabe Recurso? Disponível em: <<http://mariacelesteadv.com.br/do-despacho-de-processamento-da-recuperacao-judicial-de-empresas-na-nova-lei-n-11-1012005-cabe-recurso/>>. Acesso em: ago. 2019.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **A recuperação judicial de empresas e a exclusão dos créditos do parágrafo 3º do art 49 do processo recuperatório: eficácia da superação da crise econômica da empresa**. In: SEVERO, Simone Letícia Souza (Coord.). Estudo em homenagem à Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

INSTITUTO de Estudos Avançados em Direito. **Recuperação judicial: como proceder com produtor rural pessoa física**. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/recuperacao-judicial-produtor-rural-pessoa-fisica/>>. Acesso em: ago. 2019.

JORNADA de Direito Comercial, 1, 23-24 de outubro de 2012, Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>>. Acesso em: ago. 2019.

LEMOS, Eduardo. **Desafio da Medicina do Turnaroun Management**. In: FELSBERG, Thomas (Org.). Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance. Capítulos Exclusivos da edição brasileira. São Paulo: Atlas, 2009.

LEMOS, Eduardo. **Análise da empresa em crise: uma visão não jurídica**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; ANTÔNIO, Nilva M. Leonardi (Coord). Direito recuperacional II: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LEMOS, Eduardo. **Viabilizando a recuperação sem ou além da lei**. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (Coord.). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LIMA, Renata Albuquerque. **A atuação do Estado brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei da falência e de recuperação de empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMIRO, Renaldo. **Sobre a recuperação judicial e o Resp 1.532.943 – MT (plano aprovado em assembleia vale para todos)**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262383,91041-Sobre+a+recuperacao+judicial+e+o+Resp+1532943+MT+plano+aprovado+em>>. Acesso em: ago. 2019.

LINS, Ricardo Azanha. **Perícia prévia**. In: COSTA, Daniel Carnio Costa (Coord.) *Insolvência empresarial: temas essenciais*. Curitiba: Juruá, 2019.

LISBOA, Marcos de Barros. **A racionalidade econômica da nova lei de falência e de recuperação de empresas**. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade, função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Falência e recuperação de empresas: análise econômica e tributária**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Dívida tributária e recuperação judicial da empresa. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 120, 2005.

MAFFIOLLETI, Emanuelle Urbano. **As sociedades cooperativas e o regime concursal a recuperação judicial de empresas e falências, insolvência civil e liquidação judicial e a empresa**. São Paulo: Almedina, 2015.

MAMED, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARZAGÃO, Lídia Valério. **A recuperação judicial**. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMO, Wellton. **Carga tributária sobe em 2018 e atinge 33,58% do PIB estima tesouro**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/carga-tributaria-sobe-em-2018-e-atinge-3358-do-pib-estima-tesouro>>. Acesso em: ago. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. Exposição das razões da crise econômico-financeira e

demonstração perfunctória da viabilidade econômica. São Paulo, **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, Ed. RT, v. 63, jan. 2014.

MENDES, Thayana Felix; BRIGIDO, Thiago Cioccarri. **Legitimidade da Fazenda Pública para postular a falência do devedor tributário**: a função social da empresa e o interesse jurídico no par *conditio creditorium*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/O%2036%20ARTIGO%20-%20LEGITIMIDADE%20FP%20FALENCIA.pdf>>. Acesso em: jul. 2019.

MÖLLER, Max. **Ainda sobre o requerimento de falência pela fazenda pública**. In: Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 41. Disponível em: <<http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2016/04/Max-Moller.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

MORA, Mônica. **TD 2022**: a evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24295>. Acesso em: jun. 2019.

MORELLI, Thiago Rodrigues de Souza. **Recuperações judiciais, Fazenda Pública e blindagem patrimonial**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/recuperacoes-judiciais-fazenda-publica-e-blindagem-patrimonial-22072019>>. Acesso em: ago. 2019.

MILANESE, Salvatore. **Reestruturação de empresas**: como recuperar e reerguer negócios. São Paulo: Matrix, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresas**: recuperação de empresas, falências e procedimentos concursais administrativos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios no processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. **Código Tributário Nacional**: comentários, doutrina, jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Indevida perícia prévia na recuperação judicial**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5552687/indevida-pericia-previa-na-recuperacao-judicial>>. Acesso em: set. 2019.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro**. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord). Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudo sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2005.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

PERÍN JÚNIOR, Écio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas**. In: WALD, Arnaldo (Org.). Direito empresarial: falimentar e recuperação de empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais, v. 6).

PORTO, Éderson Garin. **Manual da execução fiscal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

PUGLIESE, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **A cessão fiduciária de créditos – ou trava bancária – está excluída dos efeitos da recuperação judicial**: interpretação sistemática do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, LREF In: Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALOMÃO, Luís Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINNELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINNELLI, Luiz Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. Ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RÁDIO Cidade. **Mais de 20 mil associados podem perder propriedades se Cotrijuí for liquidada**. 2019. Disponível em:

<<https://www.radiocidadesa.com.br/mais-de-20-mil-associados-podem-perder-propriedades-se-cotrijui-for-liquidada/>>. Acesso em: ago. 2019.

SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
SANTOS, Paulo Penalva. **A prorrogação do prazo de blindagem da empresa**. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRAÃO, Carlos (Coord). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n.147/2104. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALZILLI, et al. **História do direito falimentar**: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Falências e recuperação judicial**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVEIRA, João José Custódio da. **O juiz e a condução equilibrada do processo**. São Paulo: Saraviva, 2012. (Coleção Theotônio Negrão).

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SIMÃO FILHO, Adalberto. **A função social da empresa**: o capitalismo humanista e a eticidade na busca da justiça social. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM Disponível em: <www.ufsm.br/revistadireito v. 12, n. 3 / 2017 p.990-1021>. Acesso em: jun. 2019.

SOUZA, Marcos Andrey de. **Comentários aos artigos 51 a 54**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moreaes. **Comentário à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2006.

STRECK, Lênio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: ago. 2019.

SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência – Lei 11.101/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TAJRA, Alexandre; GIANANTE, David C. **O Caso da recuperação judicial da VASP (Viação Aérea São Paulo S.A)**. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: ABRAÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F.C. Salles de (Coord). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

VAZ, Janaína Campos Mesquita. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. São Paulo: Almedina, 2018.

VIAPIANA, Tábata. **TJ-SP divulga três novos enunciados sobre Direito Empresarial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/tj-sp-divulga-tres-novos-enunciados-direito-empresarial>>. Acesso em: ago. 2019.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Estudos Sobre a Lei n 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VITÓRIA, Flávio Machado. **Fazenda Pública nas recuperações judiciais e nas falências**. Olinda/PE: Livro Rápido, 2016.

WAISBERG, Ivo. **Direito bancário**: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAISBERG, Ivo. **10 anos da recuperação judicial**: sugestões para reforma legislativa. In: SZTAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida; TEIXEIRA, Tarciso (Coord.). Direito empresarial: estudos em homenagem ao professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: IASP, 2015.

WAISBERG, Ivo. **Direito bancário**: contratos e operações bancárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAISBERG, Ivo. **Empresário Rural**: conceito de regularidade da atividade e o requisito do artigo 48 da Lei 11.101/2005. In: GOMES, Camila Aboud et al. (Coord.). Recuperação Judicial, falência e administração judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **A análise econômica do processo civil**: como a economia e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.