



## CONSTATAÇÃO PRÉVIA EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E COMPROMISSO COM O RESULTADO ÚTIL DO SISTEMA BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

FREDERICO SANCHES DE MAURO SHIGAKI<sup>1</sup>

### RESUMO:

A constatação prévia é instituto que, assim como diversas outras instituições do direito concursal, teve origem na prática jurisdicional, o que a levou a suscitar intenso debate no meio acadêmico e na prática forense, até a sua positivação, por meio da Lei nº 14.112/20. Tendo por pressuposto a capacidade de o empresário em crise gerar benefícios econômicos e sociais no exercício de sua atividade empresarial, a constatação prévia tem compromisso com o resultado útil do sistema de insolvência empresarial brasileiro, e consequências práticas relevantes para empresas em crise, a justificar seu estudo acadêmico. Por meio da revisão da literatura, este artigo se propõe ao estudo das bases jurídicas que justificam a constatação prévia, e com base na análise das pesquisas realizadas pelo Observatório da Insolvência, desenvolvido pelo Núcleo de Estudos de Processo de Insolvência – NEPI, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e pela Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, indicar de que forma a sua utilização pelo judiciário impacta no deferimento do processamento dos pedidos de recuperação judicial. Ao final, serão apresentados elementos que conduzem à conclusão de que a constatação prévia é instituto necessário ao sistema de insolvência brasileiro, pois importa em ferramenta útil e eficaz para o sucesso dos processos de recuperação judicial.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Constatação Prévia. Perícia Prévia. Insolvência.

**ABSTRACT:** The Prior Expert Examination is an institute that, as well as several other institutions of bankruptcy law, originated in jurisdictional practice, which led to intense debate in academia and in forensic practice, until its affirmation, through Law No. 14,112, of

---

<sup>1</sup> Advogado formado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, atuante na área empresarial, com foco em disputas empresariais, reestruturação e insolvência. Especializando em Direito Empresarial, e com cursos de extensão em Arbitragem, Falências e Recuperações de Empresas, pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE/PUC.

December 24, 2020. Assuming the ability of the company in crisis to generate economic and social benefits in the exercise of its business activity, the Prior Expert Examination is committed to the useful result of the Brazilian insolvency system, and relevant practical consequences for companies in crisis, justifying their academic study. Through a review of the literature, this article proposes to study the legal bases that justify the Prior Expert Examination, and based on the analysis of research carried out by the Insolvency Observatory, developed by the Núcleo de Estudos de Processo de Insolvência – NEPI, of the Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP and by the Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, indicate how its use by the judiciary impacts the approval of the processing of requests for judicial reorganization. At the end, elements will be presented that lead to the conclusion that Prior Expert Examination is a necessary institute for the Brazilian insolvency system, as it is a useful and effective tool for the success of judicial reorganization processes.

**Key words:** Judicial Reorganization. Prior Expert Examination. Insolvency.

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema de insolvência empresarial brasileiro, norteador pelo modelo estadunidense contido no *Bankruptcy Code*, adotou um sistema de insolvência voltado para a realização dos objetivos desse sistema em vez dos interesses dos credores ou do devedor, buscando, desse modo, romper com o que denominou como dualismo pendular.

Nesse sistema, não mais se buscou realizar os interesses dos credores em prejuízo do devedor, ou vice-versa, mas viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção dos benefícios econômicos e sociais advindos dessa atividade empresarial; fim, esse, positivado no artigo 47 da Lei nº 11.101/05.

Decorre desse novo modelo legislativo, então, a necessária divisão do ônus entre credores e devedor na recuperação judicial, e a busca por soluções práticas que visem atingir o fim maior da Lei, deixando-se de lado interpretações restritivas, e interpretando-se a Lei de forma teleológica.

É nesse contexto que a constatação prévia, outrora denominada como perícia prévia, surge nas varas especializadas da Comarca de São Paulo como ferramenta hábil a garantia de acesso à ordem jurídica justa, traduzido não apenas no direito de ajuizar um pedido de recuperação judicial, mas sim na garantia do resultado útil desse processo. As empresas em crise, mas

viáveis, devem ter garantido o direito ao resultado útil do processo de recuperação judicial, com a manutenção da fonte produtora e de todos os benefícios econômicos e sociais daí advindos.

Neste artigo, serão analisadas as bases jurídicas que justificam o surgimento da constatação prévia nos Tribunais brasileiros, a forma pela qual esse instituto foi, pouco a pouco, introduzido nos processos de recuperação judicial, ainda que ausente de previsão legal, e os resultados de pesquisas que justificaram a sua positivação por meio da Lei nº 14.112/20, que promoveu uma série de mudanças na Lei nº 11.101/05. Os tópicos a seguir serão dedicados ao estudo da constatação prévia à luz do texto legal, do arcabouço teórico e das principais controvérsias, buscando pavimentar um caminho interpretativo que seja seguro e consentâneo com as finalidades e princípios que foram traçados pelo legislados.

## **2. OS SISTEMAS JURÍDICOS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL E A SUPERAÇÃO DO DUALISMO PENDULAR**

A recuperação judicial insere-se num contexto de crise empresarial. E a forma pela qual os países tratam essa questão diz muito sobre suas posições sociais, políticas e econômicas no que diz respeito à atividade empresarial.

Quando se analisa os sistemas de insolvência empresarial ao redor do mundo, constata-se que até o final do século passado 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 orientado para a tutela dos interesses do devedor, ao passo que nos modelos de origem anglo-saxã, o foco está orientado para a tutela dos interesses dos credores (COSTA, 2015, p. 18/19).

Essa oscilação finalística dos modelos de insolvência, que ora buscou assegurar mais os interesses dos credores, ora buscou assegurar mais os interesses do devedor, implicou na conceituação do que Fábio Konder Komparato denominou como “dualismo pendular” (KOMPARATO, 1970, p. 98): “Em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternativamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento.”

Rompendo com o que a ideia do dualismo pendular, ao reformarem sua legislação falimentar na década de 1980, os Estados Unidos da América criaram um modelo próprio, baseado na divisão do ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se

pudesse atingir a recuperação da empresa em crise, prestigiando os benefícios econômicos e sociais por ela proporcionados no médio e longo prazo.

Segundo esse novo modelo, a recuperação judicial dos empresários em crise não existe para a tutela dos interesses dos credores ou devedor, mas para a preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial, como a geração de empregos, a circulação de bens e riquezas, e o recolhimento de tributos.

O fim desse novo modelo que rompe com o dualismo pendular é, portanto, a preservação dos benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial. Nesse sentido, Daniel Carnio Costa:

Assim, a interpretação correta, quando se trata de recuperação de empresas, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isso se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores. Como já visto acima, os credores e a empresa devedora devem assumir os ônus para que prevaleça a finalidade maior da lei que vem a ser a consecução de todos os benefícios sociais relevantes já mencionados. É fácil notar que se nossos Tribunais aplicarem a lei para prestigiar o interesse de alguns setores econômicos ou de classes de credores ou mesmo da própria devedora, correrão o risco de ferir de morte o instituto da recuperação judicial de empresas. Nesse diapasão, é importante observar que a recuperação da empresa devedora não é princípio absoluto e somente deve ser feita em função dos benefícios sociais relevantes que serão produzidos em razão da preservação e recuperação da atividade produtiva. Supera-se, assim, o dualismo pendular em busca da preservação do sistema legal. (COSTA, 2015, p. 33/35)

O Brasil foi fortemente influenciado por esse novo modelo de insolvência estadunidense quando editou a Lei nº 11.101/05, fundada nas mesmas premissas do *Bankruptcy Code*, adotando um sistema de insolvência que prestigie a realização dos objetivos do sistema em vez

dos interesses dos credores ou do devedor, os quais, por sua vez, deverão suportar uma divisão equilibrada do ônus entre si.<sup>2</sup>

Por meio do artigo 47 da Lei 11.101/05, afastou-se o pêndulo de seu movimento viciado, para tratar, de forma inovadora, da proteção da empresa e do amplo espectro de interesses por ela abrangidos (CEREZETTI, 2012, p. 81).

Portanto, é importante destacar que o modelo de insolvência brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre credores e devedor, e por meio da superação do dualismo pendular, buscará atingir a finalidade desse sistema em relação a um dos polos da relação de direito material envolvidos no processo de recuperação judicial.

### **3. A CAPACIDADE DA EMPRESA EM CRISE GERAR BENEFÍCIOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E O INTERESSE PROCESSUAL PARA A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

O processo de recuperação judicial é uma das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial brasileiro, cujo objetivo é tutelar os interesses do empresário economicamente viável, mas em crise circunstancial, a possibilitar a manutenção da atividade empresarial e todos os benefícios socioeconômicos que decorrem dessa atividade (WARREN, 1993, p. 336).

A capacidade de o empresário em crise gerar os benefícios econômicos e sociais que são esperados com a manutenção da empresa é, portanto, pressuposto lógico da recuperação

---

<sup>2</sup> Confira-se: No sistema norte-americano de recuperação judicial de empresas (Bankruptcy Code – 11 USC, Chapter 11), cuja filosofia confessadamente influenciou a formação do modelo brasileiro, a confirmação ou homologação do plano de recuperação judicial depende da verificação judicial da existência de alguns requisitos ou standarts que garantem que os ônus da recuperação empresarial estejam divididos de maneira equilibrada entre credores e devedora. Mesmo que se trate de plano de recuperação judicial aprovado por todas as classes de credores (plans accepted by every class), a Section 1129(a) do Bankruptcy Code estabelece 16 requisitos que devem ser preenchidos como condição para homologação do plano apresentado pela devedora (ou pelos próprios credores, já que isso também é possível no sistema norte-americano). [...] Muito embora a lei brasileira seja silente quanto ao controle judicial desse equilíbrio de ônus, sua realização é imprescindível para garantir o resultado útil da recuperação de empresas e se trata, por óbvio, de uma decorrência necessária do sistema. (COSTA, 2015, p. 46)

judicial. O sistema de insolvência empresarial objetiva, desse modo, a realização dos valores previstos no artigo 47, da Lei nº 11.101/05.<sup>3</sup>

O processo de recuperação judicial de empresas existe para viabilizar a superação da crise a fim de manter a atividade produtora<sup>4</sup>, garantir o emprego dos trabalhadores, manter a circulação de riquezas por meio da circulação de bens ou serviços e a arrecadação de tributos, isso tudo, sem olvidar dos interesses dos credores (TELLECHEA, 2018, p. 216). Daí que se pode afirmar que constatada a capacidade de o empresário produzir tais benefícios, a ferramenta legal adequada será a recuperação judicial, ao passo que não constatada essa capacidade, ao empresário se deve aplicar a outra ferramenta legal desse sistema, a falência.

A identificação da real condição do empresário em crise é essencial para a correta aplicação do remédio legal. Afinal, não se deve aplicar recuperação judicial para empresas 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 viabilidade do empresário em crise, então, é estreitamente ligada ao interesse processual, na modalidade adequação (COSTA, 2019, p. 22). Esse interesse processual pode ser conceituado como a necessidade de a parte ir a juízo para tutelar sua pretensão de direito material, utilizando-se das vias processuais adequadas.

Evidente, portanto, que a capacidade de gerar benefícios econômicos e sociais se identifique com o interesse processual, na modalidade adequação. Se o empresário em crise

---

<sup>3</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da 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.

<sup>4</sup> Sobre o tema, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo aponta que a preservação da empresa praticamente se confunde com a primeira das finalidades mencionadas no artigo 47 da Lei 11.101/05 – qual seja, a manutenção da fonte produtora. O jurista cita que o legislador, ao tratar da empresa, talvez estivesse se referindo à empresa sob o sentido funcional – ou seja, a empresa enquanto atividade. Disso decorreria a interpretação segundo a qual o objetivo a ser alcançado diz respeito à preservação da atividade empresarial, e não à preservação da própria sociedade empresária em questão. (Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas – LRE”, cit., Revista do Advogado 83 (2005), Ano XXV, p. 102/103)

possui tal capacidade, a recuperação judicial será necessária e adequada. Se não a possui, a recuperação judicial não será adequada, não havendo se falar em interesse processual.

Especificamente com relação ao interesse processual, ou a sua falta, se destaca que constatada de plano a ausência dessa capacidade do empresário em crise, a petição inicial da recuperação judicial deve ser indeferida, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 330, inciso III, do Código de Processo Civil. O mesmo deve ser aplicado para as hipóteses em que a recuperação judicial é utilizada como meio de fraudar credores. Nesse sentido, Daniel Carnio Costa:

[...] quando se percebe desde logo que a utilização da ação de recuperação judicial não tem relação com a existência de crise superável da empresa, mas se trata de tentativa de utilizar a jurisdição para fraudar credores, também deverá a petição inicial ser indeferida de plano, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito. É evidente que, nesse caso, além de indeferir a petição inicial, deverá o juiz encaminhar a notícia às autoridades competentes para a investigação e persecução penal, tendo em vista que o ajuizamento fraudulento da ação pode representar *iter criminis* ou parte de uma conduta criminalmente punível. (COSTA, 2019, p. 25)

De toda forma, é importante notar que a ausência do interesse processual, em qualquer de suas formas, sempre vai gerar, como consequência, a extinção do processo sem resolução de mérito. Daniel Carnio Costa ainda destaca que em se tratando de ação de recuperação judicial, a falta do interesse processual deve gerar o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo sem resolução de mérito, mas nunca a decretação da falência (COSTA, 2019, p. 26).

É nesse contexto, portanto, que se insere a prática da constatação prévia ou perícia prévia. Há necessidade de se identificar, com segurança, se o empresário requerente possui interesse processual na recuperação judicial, sob o risco de se dispender esforço judicial e social em vão.

#### **4. CONSTATAÇÃO PRÉVIA: HISTÓRICO E ANÁLISE HERMENÊUTICA**

O processo de recuperação judicial traz impactos extremamente relevantes para a economia e, de modo geral, para a sociedade na qual inserido o empresário em crise. É a partir da decisão que defere o processamento da recuperação judicial que esses impactos começam a

afetar a sociedade, uma vez que deferido o processamento, entram em vigor todas as medidas previstas no artigo 52 da Lei nº 11.101/05.

É a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial que entra em vigor o *stay period*, ou seja, é a partir desse momento que o juiz responsável pela recuperação judicial ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, na forma do artigo 6º da Lei, ressalvadas as exceções previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do artigo 6º, e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei.

Além disso, os credores serão convocados a negociar com o empresário um plano de recuperação que, de modo geral, implica na modificação, para pior, das condições originais de seus créditos.

Percebe-se, assim, que o deferimento do processamento da recuperação judicial é uma das mais importantes decisões a ser proferida no processo de recuperação judicial (AYOUB e CAVALLI, 2017, p. 119).

Não por outra razão é que o artigo 51 da Lei exige uma série de documentos contábeis, fiscais e econômicos que se destinam a fornecer ao juízo e aos credores um conhecimento mínimo da situação de crise do empresário, como condição para o deferimento do processamento da recuperação judicial. Nesse sentido, o artigo 52, *caput*, da Lei, dispõe que “estando em termos a documentação exigida no art. 51 [...], o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial”.

Baseado numa interpretação literal da Lei, bastaria ao juízo apurar se a documentação exigida pela Lei está em termos para, então, deferir o processamento da recuperação judicial do empresário em crise. Essa percepção literal da Lei, e a falta de correspondência entre o vasto rol de documentos exigidos ao empresário em crise e a real situação de crise enfrentada é que motivou uma série de discussões acerca do comprometimento com o resultado útil do processo de recuperação judicial.

Afinal, a falta de correspondência entre a documentação do empresário e a real situação da crise por ele enfrentada deveria, de fato, ser apreciada em um momento tão inicial da recuperação judicial, ou essa constatação deveria ocorrer durante o desenvolvimento do processo pelo administrador judicial nomeado? Qual seria a melhor interpretação para o artigo 52, *caput*, da Lei?

Para Marcelo Barbosa Sacramone, a melhor interpretação do artigo 52 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 é a literal, segundo a qual compete ao juízo simplesmente a verificação

formal dos preenchimentos dos requisitos do pedido, entre os quais, a apresentação da documentação contábil (SACRAMONE, 2018, p. 240).

Sacramone ainda destaca:

A falta de veracidade das informações apresentadas, ou seja, a análise do mérito da documentação, deverá ser apurada durante o desenvolvimento da recuperação judicial pelo administrador judicial nomeado, pois é condição para que os credores possam analisar a viabilidade econômica do plano, mas não de processamento da recuperação judicial. A demonstração de sua falsidade poderá implicar a destituição dos administradores da devedora (art. 64), mas assegura que os credores, os maiores interessados, possam decidir sobre o destino da empresa. Outrossim, a manutenção da atividade empresarial não é condição necessária para que a recuperação judicial possa se processar. A recuperação judicial pretende, sem dúvida, a manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho. Nada impede, entretanto, que a suspensão provisória das atividades possa ser revertida por meio de uma reestruturação de sua dívida, a ponto de permitir que o empresário se reestabeleça. É do intuito da Lei conferir ao empresário essa possibilidade, o que, ademais, permitiria que ele voltasse a criar postos de trabalho e reestabelecesse sua fonte produtiva.

Conclui ainda que um indeferimento de 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 a 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 não tenha condição de continuar a desenvolver regularmente sua atividade (SACRAMONE, 2018, p. 241).

No mesmo sentido, Luis Felipe Spinelli, João Pedro Scalzilli e Rodrigo Tellechea:

O processamento da recuperação judicial é determinado tão só pelo cumprimento dos requisitos formais para tanto previstos em lei (LREF, arts. 48 e 51), sem apreciação do eventual direito da devedora ao benefício pleiteado. Em outras palavras, nesse primeiro estágio, a análise do magistrado é meramente formal, não cabe ao juiz, por exemplo, investigar a realidade das 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. (SPINELLI, SCALZILLI E TELLECHEA, 218, p. 268)

Esse entendimento, segundo o qual a melhor interpretação do artigo 52, *caput*, da Lei seria a literal, bastando ao juízo que fizesse uma espécie de *checklist* meramente formal, como pressuposto do deferimento do processamento da recuperação judicial possui o respaldo de parcela das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as quais consideram que o deferimento do processamento da recuperação judicial deve estar condicionado a uma interpretação literal da Lei, baseada, única e exclusivamente, na análise da legitimidade e preenchimento dos requisitos formais previstos no artigo 51.<sup>5</sup>

Contrário à interpretação literal da Lei, Daniel Carnio Costa entende que a interpretação mais adequada a ser aplicada ao artigo 52, *caput*, da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, deve ser a interpretação sistemática, mais comprometida com o resultado útil do sistema, de modo que deve o magistrado conferir se os documentos exigidos pelo artigo 51 estão não apenas juntados aos autos, mas também adequados, em ordem e refletindo a real situação do empresário (COSTA, 2019, p. 29).

Costa destaca:

[...] a interpretação da lei deve superar a dicotomia credor/devedor, buscando sempre uma interpretação que viabilize atingir os objetivos buscados pelo sistema dentro do qual se insere aquela relação jurídica. A preservação da eficiência do sistema deve ser o limite ao exercício da interpretação da lei. Assim, a interpretação correta, quanto se trata de recuperação de empresas, será sempre aquela que prestigiar a recuperação da atividade empresarial em

---

<sup>5</sup> Nesse sentido: Recuperação judicial. Decisão que deferiu o processamento da reestruturação, nos termos do art. 52 da Lei 11.101/2005. Agravo de instrumento de credora. Deferimento do processamento que depende apenas da análise da legitimidade do devedor para a postulação e do cumprimento dos requisitos formais enumerados no art. 51 da Lei de Recuperações e Falências. Objeções de ordem econômica e contábil que devem ser deduzidas no momento apropriado, nos termos dos arts. 55 e 56 do mesmo diploma legal. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2010016-86.2017, rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 2-8-2017. Grifou-se.)

função dos benefícios sociais relevantes que dela resultam. Deve-se buscar sempre a realização do emprego, do recolhimento de tributos, do aquecimento da atividade econômica, da renda, do salário, da circulação de bens e riquezas, mesmo que isso se dê em prejuízo do interesse imediato da própria devedora ou dos credores.

Esse entendimento doutrinário considera que a melhor interpretação é aquela que exige a verificação pelo magistrado da regularidade da documentação juntada aos autos, não apenas do ponto de vista formal, mas substancial; entendimento esse, com o qual esse autor compartilha simpatia.

Desse modo, o padrão de análise da documentação exigida pelo artigo 51 da Lei deve ser substancial. Em outras palavras, cabe ao juízo conferir se a documentação exigida está formalmente em ordem e, também, se reflete de maneira fiel a real situação do empresário em crise. Isso porque é justamente essa documentação que demonstrará se está presente o interesse processual para a recuperação judicial.

Ocorre que a documentação exigida para a apuração do interesse processual se relaciona com áreas do saber que fogem à competência do juízo, uma vez que trata de documentos de natureza contábil, fiscal e econômica, circunstância que demanda a análise por um *expert* a ser nomeado pelo juízo, responsável pela constatação prévia dessa documentação.

Nesse contexto é que a então denominada perícia prévia começou a ser utilizada em meados de 2011, em processos de recuperação judicial na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

Segundo o magistrado precursor na sua utilização, a experiência prática demonstrou que a constatação prévia poderia revelar quatro situações distintas, quais sejam: “a) a inexistência de qualquer atividade empresarial; b) a irregularidade ou incompletude documental; c) fraudes, e; d) incompetência funcional do juízo” (COSTA, MELO, 2021, p. 160/161).

O principal fundamento para justificar a sua aplicação consistiu, portanto, na interpretação da expressão “estando em termos” contida no artigo 52 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, pois haveria uma exigência dirigida ao juiz para a verificação da consistência dos documentos e sua correspondência com a realidade fática da empresa, e o magistrado, por sua vez, não deteria o conhecimento técnico necessário para análise do conteúdo dos documentos apresentados (COSTA, 2018).

Além disso, a constatação prévia seria capaz de detectar o interesse processual existente apenas para as hipóteses de pedidos de recuperação de empresas viáveis, em decorrência de sua função social (COSTA, MELO, 2021, p. 161).

Encontraria fundamento, ainda, nos artigos 156, 370 e 481 do Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente à Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e que dispõem sobre a possibilidade de o juiz ser assistido por perito e determinar a realização, ainda que de ofício, das provas necessárias ao julgamento do mérito. Esse entendimento foi, e continua a ser acompanhado por parcela das Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>6</sup>

Eis, então, a origem da constatação prévia, um mecanismo de verificação prévia da documentação técnica e das reais condições de funcionamento do empresário em crise que busca o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, que busca mitigar o risco de após o deferimento do processamento da recuperação judicial, se constatar que o empresário em crise não tinha mais qualquer atividade ou condições de gerar os benefícios dele esperados com a sua atividade empresarial.

De acordo com essa construção doutrinária, as premissas de sua criação a idealizaram como ferramenta importante para coibir o uso abusivo da recuperação judicial, sobretudo com finalidade fraudulenta, quando existente fundada suspeita de presença dessas circunstâncias.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido: 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 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 integralmente mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recuso desprovido. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI 2058626-90.2014, rel. Des. Teixeira Leite. J. 3-7-2014. Grifou-se)

Sua origem não decorre de lei, pois até a promulgação e sanção da Lei nº 14.112/20, que promoveu uma série de mudanças na Lei nº 11.101/05, não havia expressa previsão legal que autorizasse a constatação prévia. De fato, sua origem decorre da análise hermenêutica da superação do dualismo pendular, conferindo interpretação ampliada dos artigos 47 e 52 da Lei nº 11.101/05.

A origem da constatação prévia na prática jurisdicional ainda culminou na Recomendação nº 57, de 22 de outubro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, responsável por regular o procedimento da constatação prévia até a sua positivação por meio da Lei nº 14.112/20. Em sua justificativa, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu o instituto como “uma boa prática para garantir a aplicação regular e efetiva da recuperação empresarial em defesa da preservação dos interesses público, social e dos credores”.

O passo seguinte à Recomendação nº 57 do Conselho Nacional de Justiça foi a promulgação da Lei 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que promoveu uma série de mudanças na Lei nº 11.101/05, e deu origem à positivação do instituto por meio do atual artigo 51-A.

## **5. A CONSTATAÇÃO PRÉVIA REGULADA EM LEI**

Da leitura do artigo 51-A denota-se que a constatação prévia não é a regra nos procedimentos de recuperação judicial; ela deverá ocorrer apenas nas hipóteses em que o magistrado assim entenda necessário e tem escopo restringido pela lei.

O objeto da prática ora positivada é constatar as “reais condições de funcionamento da devedora” e a regularidade e completude da documentação apresentada com a petição inicial. Tais finalidades encontram-se previstas no *caput* do dispositivo legal e também no seu § 5º, que, aliás, veda expressamente o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise da viabilidade econômica da devedora.

A reforma da lei impôs celeridade ao instituto: a constatação prévia, quando reputada necessária, será determinada sem prévia ciência da devedora quando o juiz entender que esta poderá “frustrar seus objetivos”, sem oitiva de eventuais credores já representados no processo, e sem apresentação de quesitos (§3º). O profissional nomeado para realizar a constatação prévia deverá apresentar o respectivo laudo no prazo máximo de cinco dias (§2º) e terá sua remuneração arbitrada apenas após a apresentação de seu trabalho (1º).

Munido do laudo de constatação prévia, o juiz proferirá decisão de deferimento ou indeferimento do processamento da recuperação judicial ou determinará a emenda da petição

inicial, ocasião em que o devedor será intimado também do resultado da perícia (§4º). Caso o laudo constate a incompetência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos com urgência ao juízo competente (§7º).

O artigo 51-A não impõe restrições no que concerne à escolha e nomeação do perito, apenas determina que ele seja profissional de confiança do juiz, “com capacidade técnica e idoneidade”.

Na prática, o perito geralmente é aquele que, caso seja deferido o processamento da recuperação judicial, será o administrador judicial nomeado para atuar no processo. Tal situação também provoca críticas da doutrina voltadas à eventual imparcialidade desse profissional, além de implicar mais um custo à devedora, que já passa por dificuldades financeiras.<sup>7</sup>

As justificativas giram em torno de o perito nomeado, movido pela expectativa de ser administrador judicial no mesmo caso, extrapolar o escopo da perícia para buscar decisão judicial favorável à devedora, ainda que verifique inconsistências na instrução da petição inicial e, para tanto, “não hesitaria em atender ao pedido do devedor de auxiliá-lo na correção” (COELHO, 2021, p. 63).

Crítico à prática, Coelho ainda destaca:

Enquanto era apenas uma prática de alguns juízos ou mesmo apenas Recomendação do CNJ, a “constatação prévia” não se compatibilizava com a distribuição de competências estabelecida na LF. Afinal, a existência ou não de condições econômicas para a superação da crise não é matéria a ser decidida pelo juiz, mas, sim, pelos credores reunidos em assembleia. Além dessa incongruência com o sistema legal de distribuição de competência entre os órgãos recuperacionais, a “constatação prévia” não atingiu o objetivo de encerrar, no nascedouro, recuperações judiciais fadadas ao insucesso. Os números mostram haver muito mais indeferimentos de petição inicial nos casos em que não se adotar a medida (cerca de 50% a mais). Atribuo isso à expectativa do profissional de confiança do juiz, encarregado da tarefa, de vir a servir como administrador judicial, caso deferido o processamento da recuperação. Com essa motivação, ele exorbita um pouco de suas funções para

---

<sup>7</sup> “A majoração dos custos da medida judicial é particularmente negativa porque o profissional da constatação prévia será pago pelo requerente, que está pedindo a recuperação judicial exatamente por atravessar dificuldades de ordem econômica e financeira. Gastará inevitavelmente com advogados e administrador judicial e, talvez, com consultores financeiros. Não se justifica impor mais esse custo a quem está sem liquidez e vendo os negócios retraírem” (COELHO, 2021, posição 63.2).

auxiliar o requerente a aprimorar a instrução do pedido inicial. Sem a constatação prévia, há um só interessado no deferimento do processamento da recuperação judicial, que é o devedor; com a constatação prévia, os interessados passam a ser dois: o devedor e o profissional encarregado de a realizar. Apesar de incoerente com o sistema da LE e ineficiente em seus objetivos, a constatação prévia ganha fundamento legal com a Reforma de 2020

Em que pese críticas em sentido contrário, as características muito próprias que conduzem o juízo à nomeação de um profissional para o cargo de administrador judicial eliminam o risco de parcialidade (BERNIER, 2021, p. 105). Caso existente esse risco, não terá havido o preenchimento dos requisitos necessários à nomeação em si, pois ausente o grau de confiança indispensável nessa relação e/ou idoneidade necessária para a atuação.

Por outro lado, de fato, caberá à devedora, já em situação de crise, arcar com os honorários do profissional que realizar a constatação prévia. No entanto, é de praxe que, esse valor seja “incorporado” ao montante a ser pago como honorários do administrador judicial no curso da recuperação.

Ainda que o artigo 51-A tenha restringido a finalidade da constatação prévia e vedado expressamente a análise da viabilidade econômica da devedora, a sua utilidade continua sendo objeto de debates na doutrina.

Embora seus defensores defendam que a constatação prévia dá suporte ao juízo para conferência da documentação técnica que instrui o pedido de recuperação judicial, para a doutrina e jurisprudência contrárias, a análise da petição inicial deve ser sumária e requer o mero confronto da documentação apresentada com a previsão do artigo 51 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, sob pena de se atrasar de forma injustificada o seu processamento, (SACRAMONE, 2021, p. 305/306).

A constatação prévia para averiguar a existência ou não de atividade empresarial também encontra reservas na doutrina. De fato, a ausência de atividade momentânea, por si só, não implica na impossibilidade de superação da crise, ainda mais em tempos de pandemia, sendo plenamente possível a viabilidade econômica de uma empresa com as atividades temporariamente paralisadas, circunstância que, por sinal, pode até constituir parte de sua estratégia de soerguimento (BERNIER, 2021, p. 106).

A propósito, há críticas que apontam a inocuidade dessa providência, já que o pedido de recuperação judicial não poderá ter o processamento indeferido quaisquer que sejam as

conclusões do profissional encarregado da tarefa, de acordo com o que preveem a parte final do § 5º e o § 6º do artigo 51-A: “é vedada a análise da viabilidade econômica da devedora e o indeferimento da petição inicial está autorizado somente caso detectados indícios contundentes de utilização fraudulenta do instituto” (COELHO, 202, p. 63).

Fato é que a constatação prévia está longe de ser um consenso entre os acadêmicos e Tribunais, mas a coleta de dados por meio do Observatório da Insolvência, desenvolvido pelo Núcleo de Estudos de Processo de Insolvência – NEPI, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e pela Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, ao menos nos indicam quais os pontos de desenvolvimento do instituto, agora positivado, afim de que se atinja aquele que é o fim do sistema de insolvência empresarial brasileiro.

## **6. OS RESULTADOS OBTIDOS PELO OBSERVATÓRIO DE INSOLVÊNCIA DO NÚCLEO DE PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA – NEPI E DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA – ABJ**

Os dados apresentados pela Segunda Fase do Observatório da Insolvência, desenvolvido pelo Núcleo de Estudos de Processo de Insolvência – NEPI, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e pela Associação Brasileira de Jurimetria – ABJ, foram obtidos através da análise de informações referentes a 1.194 processos de recuperação, distribuídas entre janeiro de 2010 e julho de 2017.

Destaca-se que quando a pesquisa foi realizada a constatação prévia ainda não havia sido positivada por meio da Lei nº 14.112/20, e nem mesmo sido objeto da Recomendação nº 57, de 22 de outubro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, muito embora os dados dos processos com planos aprovados tenham sido atualizados entre outubro e dezembro de 2019, e revisados entre maio e setembro de 2020.

De acordo com o Anexo I, que corresponde ao relatório final apresentado pelo Observatório de Insolvência, do total de 1.194 processos, 145 (12,1%) recuperações judiciais foram requeridas exclusivamente por Microempresas (ME), 148 (12,4%) recuperações judiciais foram requeridas exclusivamente por Empresas de Pequeno Porte (EPP), 270 (22,6%) por grupos societários, ainda que envolvessem EPP e ME, e 629 (52,7%) exclusivamente por sociedades isoladas não classificadas como EPP ou ME. Também foram encontrados 2 casos envolvendo produtores rurais que acabaram não formando uma empresa e, por isso não puderam ser classificados em nenhuma categoria.

Da análise dos dados, as varas comuns deferiram 626 recuperações judiciais e indeferiram 210. Nas especializadas, foram deferidas 196 recuperações judiciais e indeferidas 162. Em termos relativos, a taxa total de deferimento, considerando varas comuns e especializadas, foi de 68,8%, enquanto nas especializadas e nas comuns as taxas foram de 74,9% e 54,7%, respectivamente.

Pelos dados coletados, as varas especializadas determinam maior número de emendas à petição inicial. Do total de processos da especializada, 69,8% sofrem emendas à petição inicial. Na comum, esses números são de apenas 52,3%, conforme Tabela 1, extraída do relatório do Observatório de Insolvência:

<b>Especializada?</b>	<b>Nº de emendas requeridas</b>	<b>Nº de Pis sem emenda</b>	<b>Taxa emenda</b>
Não	437	399	52,3%
Sim	250	108	69,8%

Tabela 1: Presença de emenda à inicial na vara especializada e na comum.

Nas varas especializadas, a presença de determinação de emenda está associada a uma maior probabilidade de deferimento da recuperação judicial. Nas varas comuns, a presença de emendas possui o efeito é contrário.

Essa situação pode ser explicada, segundo o relatório apresentado, 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.

No que tange à constatação prévia, nas varas especializadas, ela foi realizada em 12% dos processos (43 casos), enquanto nas comuns em 9,4% dos processos (79 casos). Observa-se, no entanto, que a utilização da constatação 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 constatação prévia, a taxa de deferimento das recuperações judiciais é de 67,3% (721 processos) e 32,7% de indeferimentos (351 processos). Com perícia prévia, a

taxa de deferimento dos processos é de 82,8% (101 processos) e de 17,2% de indeferimentos (21 processos).

Nas varas especializadas, a realização de constatação prévia implica taxa de deferimento de 79,1% (34 dos 43 processos em que ela foi feita), enquanto sem perícia prévia o deferimento foi de apenas 51,4% (162 processos de 315). Nas varas comuns, a realização de perícia prévia implicou processamento de 84,8% (67 de 79 processos), enquanto a taxa de deferimento sem perícia prévia foi de 73,8% (559 de 757).

A tabela 2, extraída do relatório final do Observatório de Insolvência torna claro o panorama verificado:

<b>Tipo de vara</b>	<b>Houve perícia prévia?</b>	<b>Nº de RJs deferidas</b>	<b>Nº de RJs indeferidas</b>	<b>Taxa def.</b>
Varas comuns	Não	559	198	73,8%
Varas comuns	Sim	67	12	84,8%
Varas especializadas	Não	162	153	51,4%
Varas especializadas	Sim	34	9	79,1%

Tabela 2: Taxa de deferimento separada por presença de perícia prévia e pela localidade de tramitação.

Quanto à aplicação da constatação prévia, identifica-se 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.

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 constatações aumentam as taxas de deferimento de processos com e sem emenda de 65,4% e 82,8%, respectivamente, para 87,2% e 81,2%, nas varas especializadas o aumento é de 52,6% e 49% para 80% e 75%. Ou seja, enquanto o aumento pequeno ou inexistente nas comuns, nas especializadas esse aumento é significativo.

Tipo de vara	Houve perícia prévia?	Houve emenda?	Nº de RJs deferidas	Nº de RJs indeferidas	Taxa def.
Varas comuns	Sem perícia prévia	Não	304	63	82,8%
Varas comuns	Sem perícia prévia	Sim	255	135	65,4%
Varas comuns	Com perícia prévia	Não	26	6	81,2%
Varas comuns	Com perícia prévia	Sim	41	6	87,2%
Varas especializadas	Sem perícia prévia	Não	49	51	49,0%
Varas especializadas	Sem perícia prévia	Sim	113	102	52,6%
Varas especializadas	Com perícia prévia	Não	6	2	75,0%
Varas especializadas	Com perícia prévia	Sim	28	7	80,0%

Tabela 3: Taxa de deferimento separado por localidade, presença de emenda à petição inicial e presença de perícia prévia.

Em síntese, a constatação prévia é a variável que mais se associa ao deferimento do processamento, principalmente se comparada à própria emenda à inicial isolada. A título de comparação, enquanto a perícia prévia acompanhada de emenda gera 84,1% de taxa de deferimentos da recuperação judicial, a emenda desacompanhada de perícia prévia gera apenas 60,8% de aprovação.

Em linhas gerais, portanto, de acordo com o relatório apresentado ao final da segunda fase do Observatório de Insolvência, é possível concluir que a presença da constatação prévia nos processos de recuperação judicial aumenta, em média, 21% da taxa de deferimento do processamento dessas recuperações, independentemente do processamento das recuperações em varas especializadas e varas comuns (diferença de apenas 0,3%).

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo apresentou as bases jurídicas que justificaram o surgimento da constatação prévia nos Tribunais brasileiros, a forma pela qual esse instituto foi introduzido nos processos de recuperação judicial, ainda que ausente de previsão legal, e os resultados práticos de sua aplicação pelas varas especializadas e comuns do Estado de São Paulo.

Esclareceu-se que a constatação prévia encontra fundamento na garantia de acesso à ordem jurídica justa, na medida em que consiste em ferramenta hábil para que empresas em crise, mas viáveis, tenham garantido o direito ao resultado útil do processo de recuperação judicial, com a preservação da atividade e de todos os seus benefícios econômicos e sociais.

Tanto é assim, que os índices apresentados pelo Observatório de Insolvência na segunda fase do estudo realizado indicam, em síntese, que a constatação prévia é a variável que mais se associa ao deferimento do processamento de pedidos de recuperação judicial.

Esse resultado se afigura, em princípio, contraintuitivo pois pode-se pensar que a constatação prévia deveria proporcionar um maior índice de indeferimento de petições iniciais. Porém, esses índices explicam-se pelo fato de que grande parte dos indeferimentos de petições iniciais em casos de recuperação de empresas se devem à incompletude ou à falha dos documentos que instruem o pedido.

Nos casos em que realizada a constatação prévia, há uma indicação exata de quais são os documentos faltantes ou de quais são as irregularidades a serem sanadas. Por outro lado, nos casos em que não realizada a constatação prévia, devedora encontra maiores dificuldades em suprir falhas documentais diante da ausência de qualquer auxílio e de uma indicação mais detalhada das providências de regularização documental.

Conclui-se, desse modo, que sua positivação pelo artigo 51-A preserva a premissa de que sua utilização deve respeitar a essência da recuperação judicial, do que resulta a conclusão de que se trata de medida excepcional, que não deve ser aplicada como regra condicionante ao deferimento do processamento da recuperação judicial, mas em casos em que se torne necessária para evitar o uso fraudulento do instituto.

## REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BERNIER, Joice Ruiz. **Constatação prévia: a positivação da perícia prévia na Lei nº 14.112/2020**. São Paulo, 2021.

CEREZETTI, Sheila Neder Christina. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro – Empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Daniel Carnio. **Novas teorias sobre processos de insolvência e gestão democrática de processos. Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Daniel Carnio Costa (coord). Curitiba: Juruá. 2015. Volume 1.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 2 ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**. 3ª ed. Scalzilli, João Pedro; Spinelli, Luis Felipe; Tellechea, Rodrigo. São Paulo: Almedina. 2018.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **História do direito falimentar – da execução pessoal à preservação da empresa**. São Paulo: Almedina, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A Empresa em Crise no Direito Frances e Americano**. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1987.

WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World*. Michigan Law Review, v. 92, 1993. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol92/iss2/4>