

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

EMMANUEL SANTIAGO MONTEIRO INTRA

**O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E SUA VERIFICAÇÃO PELA TÉCNICA DA
CONSTATAÇÃO PRÉVIA**

VITÓRIA - ES

2022

EMMANUEL SANTIAGO MONTEIRO INTRA

**O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA
VERIFICAÇÃO PELA TÉCNICA DA CONSTATAÇÃO PRÉVIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como parte das exigências para a obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves.

VITÓRIA - ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

M772i Monteiro Intra, Emmanuel Santiago, 1991-
O interesse de agir no processo de recuperação judicial e sua verificação pela técnica da constatação prévia / Emmanuel Santiago Monteiro Intra. - 2022.
150 f.

Orientador: Tiago Figueiredo Gonçalves.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo Civil. 2. Interesse de agir (Direito). 3. Direito empresarial. I. Gonçalves, Tiago Figueiredo. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

EMMANUEL SANTIAGO MONTEIRO INTRA

**O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA
VERIFICAÇÃO PELA TÉCNICA DA CONSTATAÇÃO PRÉVIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como parte das exigências para a obtenção do grau de Mestre em Direito Processual.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Daniel Carnio Costa
Universidade Nove de Julho - UNINOVE
Membro Externo

Vitória (ES), 18 de abril de 2022

AGRADECIMENTOS

A finalização deste trabalho inunda meu coração com o sentimento de gratidão. Em uma breve retrospectiva, a oportunidade de desenvolver essa pesquisa trouxe experiências e pessoas incríveis cuja participação, direta ou indiretamente, foram fundamentais à sua conclusão.

Apesar dos momentos solitários de reclusão, escrita e leitura, nada teria sido possível sem o auxílio daqueles que me cercam, e que durante os anos de desenvolvimento do trabalho me apoiaram e estiveram ao meu lado.

Assim, agradeço primeiramente ao meu Orientador, querido e ilustre Professor Tiago Figueiredo Gonçalves, que aceitou embarcar comigo nos temas desenvolvidos, e me abriu as portas da Universidade Federal do Espírito Santo. Sou eternamente grato pelo voto de confiança depositado em todos os momentos, por ter sido presente sempre que necessitei, e pelos inúmeros ensinamentos, reflexões e parcerias. Sem dúvidas, hoje enxergo o Processo Civil com um olhar muito mais maduro e crítico por sua influência. Pelo exemplo no magistério e por ter sido essa grande referência, registro meu mais sincero agradecimento.

Além do meu orientador, agradeço imensamente ao Professor Rodrigo Reis Mazzei, que também esteve presente desde os primeiros momentos desta jornada. No início, com a avaliação e seleção dos candidatos, passando à condução de disciplinas e dos profundos e modernos debates sobre o Processo Civil, até o seu desfecho, nas bancas de qualificação e de defesa. Durante todos esses momentos, foram fundamentais os seus conselhos, orientações e ensinamentos, que nortearam e aperfeiçoaram esse trabalho.

Ao Professor Daniel Carnio Costa, que por todas as suas obras e contribuições ao estudo e desenvolvimento da recuperação judicial no Brasil foi uma grande referência para as ideias desenvolvidas nesta pesquisa. E que, ao final, muito honrou e qualificou o presente trabalho com sua análise, bem como com a participação atenta, comprometida e incentivadora na banca de defesa desta dissertação, que abrilhantou de forma única e especial o momento mais esperado pelo aluno de mestrado.

Agradeço também ao Professor Daniele Vattermoli, cujas obras sobre a temática de crise empresarial superam o continente europeu e ressoam internacionalmente, sendo a maior influência para a análise comparativa feita neste trabalho. A forma como prontamente aceitou a proposta de supervisionar a pesquisa realizada na Università Sapienza di Roma, me abrindo as portas de uma Instituição com mais de 700 anos de história jamais será esquecida.

No mesmo sentido, agradeço à Diretora do Departamento de *Diritto ed Economia delle attività produttive* da Sapienza, Professora Paola Ferrari, e à Diretora da Biblioteca do Departamento, Dott.ssa Elisabetta Bonocore, pela oportunidade única de conviver e pesquisar nas dependências da Universidade, em meio a tantas obras históricas, e com isso proporcionar os momentos mais prazerosos deste trabalho, na cidade de Roma.

De igual maneira, agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), pelo protagonismo e compromisso no fomento à ciência capixaba, e pelo auxílio que possibilitou a pesquisa realizada no exterior.

Agradeço ainda aos Professores Thiago Siqueira e Eduardo Bitti, pelo auxílio e contribuições na banca de qualificação, bem como aos Professores Hermes Zaneti Jr., Tárek Moussallem e Gilberto Fachetti pelas disciplinas lecionadas e pelo enorme conhecimento transmitido.

Estendo também os agradecimentos aos demais colegas de mestrado, que compartilharam dos mesmos anseios, dificuldades e superações exigidas nessa caminhada, bem como aos servidores da Universidade Federal do Espírito Santo e do Programa de Pós Graduação em Direito Processual, em nome de Fernando Luiz do Nascimento e Adriele Coelho, pelo enorme esforço e prestatividade em prol dos alunos do mestrado.

Agradeço a Deus, por me permitir realizar tantos sonhos nesta existência, a meus pais, pelo dom da vida e pela dedicação comigo, ao meu irmão Miguel, pelo enorme companheirismo e por compartilhar diariamente nossas lutas, e aos meus irmãos João e Maria, por serem a esperança e a razão da construção de um mundo melhor.

Agradeço ainda a todos familiares e amigos que sempre estiveram ao meu lado, à Manuela pelo carinho e cuidado nos momentos finais e mais delicados dessa pesquisa, e à minha saudosa tia-avó Alcinda de Oliveira Orsini, pelo exemplo de mulher e professora universitária, que nos deixou em meio à elaboração deste trabalho

Por fim, a todos os profissionais de saúde e à ciência, que nos permitiram a esperança e a realização da superação de uma pandemia global sem precedentes, possibilitando inclusive a elaboração desse trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa trata do processo de recuperação judicial e da verificação do interesse de agir como requisito de admissibilidade da demanda, a partir da técnica da constatação prévia, introduzida no artigo 51-A da Lei 11.101/05. Busca-se demonstrar a relevância do estudo dos aspectos processuais do instituto, comprovando que os mecanismos processuais podem e devem se traduzir em ferramentas, tanto para a obtenção de uma maior efetividade e sucesso das recuperações judiciais no Brasil quanto para uma linearidade no conhecimento sobre os procedimentos judiciais relativos à crise empresarial. Assim, são analisadas as características específicas do processo de recuperação judicial – classificado como coletivo e estrutural. Analisa-se, também, o conceito de juízo de admissibilidade, condições da ação e interesse de agir, perquirindo a caracterização deste último dentro do processo de recuperação judicial. Desta forma, verifica-se a exigência da capacidade da requerente gerar benefícios econômicos e sociais pela preservação de suas atividades como integrante do interesse de agir no processo de recuperação judicial. Realiza-se, após, uma abordagem sobre a técnica da constatação prévia, mecanismo processual utilizado para averiguação deste requisito de admissibilidade ao deferimento do processamento da recuperação judicial. Compara-se a constatação prévia com a técnica utilizada no direito italiano, antes do processamento do *concordato preventivo*, para que seja verificado se a empresa possui capacidade de atingir os objetivos da legislação italiana e como suas especificidades podem contribuir para uma melhor técnica processual no sistema jurídico brasileiro. Por fim, são feitas reflexões sobre a possibilidade de averiguação do interesse de agir com a utilização de atividade probatória em momento anterior ao juízo de admissibilidade, sob a ótica da produção probatória como um módulo flutuante, a partir da interpretação do artigo 381 do Código de Processo Civil e da possibilidade de flexibilização do procedimento recuperacional nesse sentido.

Palavras-chave: Processo de Recuperação Judicial; Processo Coletivo; Processo Estrutural; Juízo de Admissibilidade; Interesse de Agir; Constatação Prévia.

ABSTRACT

The present study targets the judicial recovery process, and the act in the best interest validation as admissibility requirements of action, by analyzing the prior finding technique, listed in the 51-A article, 11.101/05 Law. Aims demonstrate the relevance of the study of the institute's procedural aspects, confirming that the procedural devices can and should focus on mechanisms of achieving effectiveness and success of the judicial recoveries in Brazil, as well as allowing straightness on the knowledge regarding judicial procedures related to the corporate crisis. Thus, will be analyzed the specific attributes of the judicial recovery process, labeling it as a structural and collective process. In addition, it is analyzed the judgment admissibility definition, the condition of action, and action in the best interest, seeking its description on the judicial recovery process. This way verifies the applicant's requirement sets in creating economic and social benefits by preserving its activities as part of the action in the best interest of the judicial recovery process. After a technical approach of the prior finding technique, the procedural method was used to verify this requirement of the admissibility on the judicial recovery process' approval. It compares the prior finding technique to the one used in the Italian Law, before the preventive arrangement process, to verify if the company has the capability to achieve the Italian legal objectives, and as its particularities can contribute to a better procedural technique in the Brazilian legal system. Finally, discussions are made regarding the possibility of the investigation of the best interest, using the evidence activity before the admissibility judgment, from the provision of evidence as a floating module, interpreting the article 381 of the CPC, and the possibility of making the recovery procedure more flexible.

Keywords: Judicial Recovery Procedure; Collective Process; Structural Process; Judgement Admissibility; Interest to Act; Prior Finding.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	14
2.1. CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	14
2.2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PROCESSO CIVIL	18
2.3. NATUREZA PROCESSUAL OU CONTRATUAL	28
2.4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL ...	31
2.4.1. Conceito de processo coletivo	32
2.4.2. Conceito de processo estrutural	35
2.4.3. Recuperação judicial como processo coletivo	41
2.4.4. Recuperação judicial como processo estrutural	46
2.5. O PROCEDIMENTO E AS FASES DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	52
3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	56
3.1. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE	56
3.2. CONCEITO DE CONDIÇÕES DA AÇÃO E SUA ABORDAGEM NO CPC/15.....	61
3.3. O INTERESSE DE AGIR.....	70
3.4. A CAPACIDADE DE GERAR BENEFÍCIOS SOCIAIS E ECONÔMICOS COMO INTERESSE DE AGIR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	74
3.5. A DECISÃO QUE DEFERE O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.....	85
4. A TÉCNICA DA CONSTATAÇÃO PREVIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	94
4.1. A CONSTATAÇÃO PRÉVIA.....	94
4.2. A TÉCNICA ITALIANA: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO	111
4.2.1. Primeira parte: procedimento de concordato preventivo italiano – aspectos gerais	111
4.2.2. <i>Relazione del professionista</i> e a aproximação com a constatação prévia	121
4.3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	128
5. CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	138

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise do interesse de agir no processo de recuperação judicial, e a forma de sua verificação no momento do juízo de admissibilidade, através da decisão de deferimento do processamento. É feito um estudo sobre a capacidade da empresa de gerar benefícios econômicos e sociais, isto é, de alcançar a finalidade do processo de recuperação judicial, ser tratada como requisito ao deferimento do processamento da recuperação judicial, relativo ao interesse de agir na modalidade da adequação do procedimento, e a utilização da técnica da constatação prévia como mecanismo para realizar essa averiguação.

Para tanto, inicia-se a pesquisa com uma breve abordagem histórica do surgimento do processo de recuperação judicial, sua conceituação, características, premissas e objetivos. Ainda, apresenta-se a abordagem processual da recuperação judicial, refletindo acerca da necessidade de estudos e análises processuais sobre este procedimento, majoritariamente estudado sob o ponto de vista do direito material, e como a organização e adequação processual deste procedimento especial convém e auxilia na consecução dos objetivos da Lei 11.101/05.

Indo além, aborda-se a temática referente à natureza processual e contratual do processo de recuperação judicial, indicando a existência de literatura que reconhece a recuperação judicial somente como um acordo de vontades, de natureza contratual, e buscando afastar qualquer visão processual sobre o tema, porque, com isso, se inviabilizaria teoricamente os objetivos da reorganização econômica da empresa.

Reflete-se, contudo, nos fundamentos que justificam uma preocupação com o estudo dos aspectos processuais da recuperação judicial, ressaltando-se a importância do estudo do instituto em seu viés processual, e, tendo em vista que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/05) possui normas de ordem processual e material, as disposições de cada uma delas se relacionam reciprocamente e se completam, harmonizando-se dentro do sistema de direito positivo brasileiro.

Isto é, a Lei nº 11.101/05, tida como microssistema jurídico de tutela da empresa em crise, traz em seu bojo normas de conteúdo material e processual. Entretanto, por não estar isolada no ordenamento jurídico, deve ser interpretada em consonância com o sistema jurídico pátrio como um todo.¹

¹ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

Assim, apresenta-se que a recuperação judicial se desenvolve mediante uma relação jurídica processual, formada pelo empresário devedor, que submete à jurisdição estatal sua pretensão de alterar suas obrigações com os credores, em razão de crise econômico-financeira, através da apresentação de um plano de reestruturação viável a ser negociado com os credores, e sujeito à homologação do Estado-juiz.

Demonstra-se, pois, a relevância da análise da concretização do direito à recuperação judicial pelo processo, o que justifica uma análise processual do instituto, no intuito de fornecer melhor compreensão no tratamento deste procedimento especial, e de buscar atingir, de forma mais eficiente, os objetivos e princípios da recuperação judicial.

Destarte, busca-se identificar quais seriam as finalidades e objetivos da legislação de insolvência (Lei 11.101/05), verificando-se que a Legislação referida busca disciplinar uma situação de crise econômico-financeira do empresário devedor, que não possui condições de adimplir com todas as suas obrigações e a necessidade de se interromper o sistema de execuções individuais pelos credores para que sejam negociadas de forma geral a modificação dessas obrigações.

Em análise ao artigo 47 da Lei 11.101/05, que aponta o objetivo da recuperação judicial, temos a seguinte previsão:

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.

A superação da crise econômico-financeira do devedor, com a preservação da empresa e dos benefícios econômicos e sociais dela decorrentes, exemplificados na norma supramencionada, portanto, interessa não somente ao empresário, mas também a toda coletividade, credores, empregados, fisco, dentre outros, razão pela qual atribui-se como objetivo precípua da recuperação judicial a manutenção da atividade empresarial, resguardando-se, dessa maneira, a fonte produtora, pois todos os interesses envolvidos circundam ao redor e são consequências deste objetivo principal.

Adentra-se, então, na esfera de conceituação dos processos coletivos, analisando-se os direitos de ordem coletiva, e apontando-se o núcleo conceitual do processo coletivo no seu objeto litigioso e na tutela do grupo, isto é, entende-se por processo coletivo aquele que tem

por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva, ativa ou passiva, de titularidade de um grupo de pessoas.²

De igual maneira, apresenta-se a temática relativa aos processos estruturais, marcado pelo objetivo imediato de alcançar um estado ideal de coisas diante de uma situação de desconformidade estrutural, adotando-se a conceituação que aponta como processo estrutural “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.”³ Indo além, aborda-se as características essenciais e típicas dos processos estruturais.

Nessa lógica, por tutelar direitos de uma coletividade, passamos à caracterização do processo de recuperação judicial como um processo coletivo, explorando as características que permitem essa conclusão, muito embora tramite com rito diferenciado e especificidades distintas daquelas previstos no microsistema das ações coletivas.

Outrossim, analisa-se também o caráter estrutural do processo de recuperação judicial, demonstrando-se o preenchimento das características essenciais e típicas dos processos estruturais na recuperação judicial. Ademais, aponta-se que os conflitos estruturais se destacam justamente pela multiplicidade de interesses e pela dinamicidade no alinhamento/desalinhamento desses múltiplos interesses coletivos, como se demonstra ocorrer no processo de recuperação judicial. Assim, classificamos ao final como um processo coletivo, estrutural, multipolar e policêntrico.

Essas características marcantes, portanto, servirão de base para o recorte realizado no capítulo seguinte, utilizando-se de tais premissas para o estudo do interesse de agir no processo de recuperação judicial, sendo fundamental a abordagem dessas características coletivas, e de multiplicidade de interesses envolvidos no processo, para a compreensão da condição de gerar benefícios econômicos e sociais da empresa ser entendida como um dos interesses presentes no processo de recuperação judicial.

Ao fim do capítulo, ainda, é feita breve apresentação do procedimento da recuperação judicial, abordando de forma geral as fases do processo, suas principais decisões, e os atos que são praticados em cada momento, ou seja, é examinado o iter processual desse procedimento especial, a fim de situar o momento no qual se realiza o juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial.

² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 31

³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, p. 103.

Já no capítulo seguinte, passamos à abordagem dos conceitos de juízo de admissibilidade, condições da ação e interesse de agir, traçando parâmetros conceituais sobre tais institutos, a fim de oferecer as premissas necessárias à análise do interesse dentro do processo de recuperação judicial.

Quanto ao juízo de admissibilidade, apresentada a distinção entre os pressupostos processuais e as denominadas condições da ação, é feito um recorte para a análise destas últimas, com a evolução histórica do instituto e o seu tratamento conferido pelo Código de Processo Civil de 2015. Assim, passa-se oportunamente à conceituação e abordagem específica do interesse de agir, requisito de admissibilidade cuja ausência é prevista no Código de Processo Civil como hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 17. e 485, VI, do CPC.

A seguir, passa-se à análise específica do instituto do interesse de agir no processo de recuperação judicial, e da sua relação com a capacidade da empresa de gerar benefícios econômicos e sociais dentro do instituto, na modalidade adequação. Para tanto, traz-se ao debate o fato de que a continuação da atividade de uma empresa, que pode representar enormes benefícios econômicos e sociais à sociedade, somente é apta a produzir tais efeitos nos casos em que efetivamente haja condições de manutenção da atividade empresarial em crise.

Nesse contexto, apresenta-se que, ausente a capacidade da requerente em oferecer os benefícios sociais e econômicos tidos como objetivo da recuperação judicial, o procedimento recuperacional se demonstra inadequado a solucionar a situação fática constatada.

Em conclusão ao capítulo, analisa-se também o momento de verificação do interesse de agir no processo de recuperação judicial, realizada no juízo de admissibilidade da demanda, com a decisão que defere ou não seu processamento, abordando os pressupostos processuais e o interesse de agir na recuperação judicial, e as características da referida decisão.

Como demonstrado, deferido o processamento da recuperação judicial, são inúmeros os efeitos decorrentes da referida decisão, das quais podem ser citadas a proteção da sociedade devedora pela imediata suspensão das ações e execuções contra ela, a inexigibilidade de Certidões de Negativa de Débito para o normal prosseguimento de suas atividades, a restrição de venda ou oneração dos bens imobilizados do requerente, dentre outras, conforme previsão legal do artigo 52 da Lei 11.101/05. Aponta-se que, do simples deferimento de tramitação da ação, advém sérias consequências jurídicas para toda a

sociedade, o que exige especial cautela a ser tomada pelo magistrado no juízo de admissibilidade.

Por tais motivos, como sustentam José Miguel Garcia Medina e Samuel Hubler⁴, o ato judicial regido pelo art. 52 da LRE representa verdadeiro juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial, por adentrar na verificação das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Assim, o fundamento para a utilização do filtro do juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial está na necessidade de se comprovar que (a) a empresa é merecedora das benesses oferecidas pela LRE; e (b) o custo social da concessão de tais benefícios será menor do que o custo social possivelmente gerado pelo encerramento de suas atividades e liquidação de seus ativos⁵.

Portanto, entendendo-se que a geração dos benefícios econômicos e sociais pela empresa recuperando é um dos objetivos a ser alcançado pela Lei 11.101/05, nos termos do citado artigo 47, infere-se que tal requisito seja entendido como necessário à admissibilidade do processo de recuperação judicial.

Isto porque, como explica Daniel Carnio Costa:

“É absolutamente inviável, por exemplo, uma empresa que já não tenha atividade por longo 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 de ônus e que não serão obtidos os benéficos resultados sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial”.⁶

Diante de tais fundamentos, este trabalho chega à compreensão de que, de fato, é adequada e útil a inserção da capacidade da empresa devedora gerar benefícios sociais e econômicos como interesse de agir do processo de recuperação judicial, na modalidade adequação, uma vez que, ausente tal requisito, o procedimento da recuperação judicial não

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. *Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

⁵ VAZ, Janaina Campos Mesquita. *Recuperação Judicial de Empresas: atuação do juiz*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 73.

⁶ COSTA, Daniel Carnio, *Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular*, in *Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD*, 20 de março de 2014.

será capaz de atingir sua finalidade, concluindo-se que o meio processual utilizado não é adequado.

Por fim, no último capítulo, adentra-se no estudo da técnica da constatação prévia, que ao início desta pesquisa era inicialmente utilizado como mecanismo decorrente da utilização jurisprudencial, passou a ter seu uso recomendado pelo CNJ, e, enfim, terminou por ser positivado na Lei 11.101/05, no seu artigo 51-A⁷, através da Lei nº 14.112, de 2020, e que prevê o auxílio de um profissional com capacidade técnica para realizar a averiguação das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial, que se traduzem na capacidade da devedora em atingir os objetivos do processo de recuperação judicial.

É feita uma análise da utilização processual dessa técnica, e também uma breve abordagem sobre o Modelo de Suficiência Recuperacional, utilizado como parâmetro de avaliação da constatação prévia.

Traz-se ainda uma análise comparada com o direito italiano, referente à técnica processual da constatação prévia, que em muito se assemelha à análise realizada pelo *professionista indipendente*, mediante sua *attestazione*, no processo de *concordato preventivo in continuità aziendale*, que seria o procedimento correspondente à recuperação judicial no sistema italiano.

Assim, demonstra-se as características do processo italiano, e abordam-se as semelhanças e diferenças entre as referidas técnicas, ambas utilizadas previamente à instauração do processo recuperacional, para verificar a capacidade de a empresa postulante alcançar o objetivo da legislação na qual está inserida.

Com essa análise comparada, são extraídas conclusões sobre a possibilidade, adequação, e conveniência de eventuais alterações e adequações da técnica processual da constatação prévia brasileira, a partir dos benefícios processuais e materiais observados nas especificidades da técnica italiana.

Quanto a este tópico, registra-se que a pesquisa foi realizada nas dependências da *Università Sapienza di Roma*, sob orientação do Professor Daniele Vattermoli, mediante financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES).

Por fim, são feitas reflexões processuais decorrentes da técnica da constatação prévia como produção antecipada de prova atípica, esclarecendo que a produção antecipada de prova

⁷ Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

decorre do direito autônomo à produção de provas, e do direito de ação, no sentido de fornecer o acesso a técnica processual adequada à realidade do conflito levado ao Poder Judiciário.

Remete-se, pois, ao artigo 381 do CPC, para afirmar que a produção probatória deve ser entendida como um módulo cambiante e flutuante, podendo ser flexibilizado e ter sua ordem invertida para melhor adequar-se às necessidades do conflito, o que se verifica na técnica da constatação prévia, que pode ser caracterizada como técnica especial de produção antecipada incidental de prova positivada, com a utilização de cognição judicial na verificação a existência ou não, do interesse de agir pela empresa requerente.

2. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste capítulo, pretende-se fazer uma abordagem sobre a definição e o surgimento da “recuperação judicial” e expor os entendimentos sobre esse procedimento especial, suas características, premissas e objetivos, de modo a fundamentar sua observação sob o ponto de vista do processo civil. O objetivo do capítulo, portanto, é apresentar o conceito de recuperação judicial, demonstrando suas características e fundamentos.

Assim, tendo em vista que a recuperação judicial se realiza obrigatoriamente pelo processo⁸, passaremos à abordagem das complexidades e especialidades desse procedimento com enfoque nos trabalhos recentes que demonstram se tratar de um processo coletivo, de caráter estrutural, multipolar e policêntrico que engloba diversos interesses divergentes e conflituosos. Busca-se, pois, realizar uma exposição desses conhecimentos relevantes, prévios a uma abordagem do juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial.

Para além disso, como veremos mais detalhadamente no desenrolar do capítulo, a matéria de recuperação judicial e falências, historicamente, sempre teve sua análise acadêmica e científica sob o ponto de vista do direito comercial e empresarial, havendo uma necessidade de maiores abordagens processuais do instituto, com vistas a se permitir uma linearidade no conhecimento sobre os procedimentos judiciais relativos à crise empresarial.

Destarte, apresentadas as perspectivas processuais do instituto, possibilita-se a abordagem pretendida do interesse processual no procedimento especial, de modo a encontrar soluções práticas à concretização dos objetivos da recuperação judicial mediante a utilização do direito processual civil.

2.1. CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Começando este trabalho sobre a recuperação judicial, faz-se mister, primeiramente, a apresentação do conceito e surgimento desse procedimento de insolvência no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, analisando-se o histórico dos regimes concursais no Brasil, percebe-se, como característica, uma fragmentação legislativa, cuja razão de ser, segundo Tellechea, Scalzilli e Spinelli (2018), “decorre, direta ou indiretamente, da tentativa frustrada de o

⁸ Sem prejuízo da possibilidade de negociação, mediação, ou conciliação, inclusive em fase pré-processual sobre aspectos vários. Veja-se: DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. Da aplicabilidade do negócio jurídico processual na recuperação judicial de empresas. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

legislador resolver crises de natureza eminentemente econômica, sem buscar soluções sistêmicas coerentes e adequadas à realidade do país”⁹.

Assim, desde o período colonial até a presente data, divide-se os regimes concordatários brasileiros em quatro fases, conforme classificação proposta por Trajano de Miranda Valverde (1948)¹⁰ e atualizada por Tellechea, Scalzilli e Spinelli (2018)¹¹ na Tabela 1, a seguir:

Tabela 1 – Classificação das fases dos regimes concordatários brasileiros

PERÍODO COLONIAL (LEIS PORTUGUESAS)		
DISCIPLINA JURÍDICA DA FALÊNCIA	PROMULGAÇÃO	VIGÊNCIA
Ordenações Afonsinas	1446	1500-1514
Ordenações Manuelinas	1514	1514-1603
Ordenações Filipinas	1603	1603-1916
PERÍODO IMPERIAL		
Código Comercial de 1850	1850	1890
PERÍODO REPUBLICANO		
Decreto 917/1890	1890	1902
Lei 859/1902	1902	1908
Lei 2.024/1908	1908	1929
Decreto 5.746/1929	1929	1945
PERÍODO ATUAL		
Decreto 7.661/45	1945	2005
Lei 11.101/2005	2005	Em vigor

Fonte: TELLECHEA; SCALZILLI; SPINELLI, 2018.

Feito este brevíssimo recorte histórico tão somente com o intuito de demonstrar a evolução do sistema concursal no Brasil, verifica-se que o processo de recuperação judicial foi introduzido pela Lei 11.101/05, em um contexto no qual a literatura nacional apresentava a

⁹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar* – da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, ”I” 4828.

¹⁰ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de falências*: Decreto-lei n. 7.661 de 21 de junho de 1945. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 18.

¹¹ TELLECHEA; SCALZILLI; SPINELLI, op. cit., ”I” 4831-4832.

necessidade de reforma na legislação pátria¹², com vistas à modernização do direito positivo no sentido de abandonar uma visão historicamente voltada somente à liquidação da empresa em crise para ter como escopo principal a possibilidade de recuperação de empresas viáveis e a rápida liquidação de empresas economicamente inviáveis¹³.

Assim, em atualização à classificação de Valverde (1948), apresenta-se que o advento da Lei 11.101/05 traduz-se em profunda modificação no direito concursal brasileiro e inaugura a quinta fase do direito concursal brasileiro¹⁴, superando a cultura do paradigma pendular credor-devedor e voltando-se à preservação da empresa, como uma proteção não aos interesses do devedor, mas de todas as classes que gravitam em torno da empresa, inclusive dos credores.

Destarte, o direito positivo brasileiro passou a ter, pela primeira vez, um procedimento voltado a viabilizar a superação da crise da empresa, afastando-se de institutos como a concordata e a moratória, e da lógica de que a liquidação dos ativos deve ser o tratamento dado às empresas em crise de insolvência, tendo em vista a melhor satisfação dos credores¹⁵. Com isso, a legislação brasileira, mediante a Lei 11.101/05, mudou sua perspectiva e inseriu-se no grupo de países cujas leis concursais possuem, como objetivo central do sistema, a preservação da empresa¹⁶.

Nesse contexto, concebe-se, então, o regime de recuperação judicial, isto é, o conjunto das normas que conferem os contornos dogmáticos da recuperação judicial no Brasil¹⁷, voltado a encerrar a crise e preservar a empresa, mediante uma série de efeitos jurídicos que objetivam o soerguimento da empresa em crise, com a manutenção das atividades e dos benefícios econômicos e sociais decorrentes¹⁸.

Sérgio Campinho (2006), quanto ao tema, classifica a recuperação judicial como o:

¹² Cf. FRONTINI, Paulo Salvador. O caso da falência da Sanderson e as tendências atuais do direito falimentar. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, a. XIII, n. 15/16, 1974, pp. 247-250; REQUIÃO, Rubens. *A crise do direito falimentar brasileiro – Reforma da Lei de Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; LOBO, Jorge. O moderno direito concursal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, a. XXXIV, n. 99, 1995, pp. 87-97.

¹³ “se a empresa insolvente tem condições de recuperação e restauração, esse deve ser o desiderato do Estado, através do instituto falimentar. O tema da recuperação econômica da empresa insolvente, sob o controle judicial, contraposta à ágil e insensível liquidação falimentar à outrance, constitui, sem dúvida, o mais fascinante tema do Direito falimentar atual.” (REQUIÃO, op. cit., p. 24)

¹⁴ CERZETTI, Sheila. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: A preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

¹⁵ *Ibid.*, p. 79.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 85-86.

¹⁷ Acerca do conceito de regime jurídico: DIDIER JR. Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 62.

¹⁸ BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação Judicial como Processo Coletivo*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Fredie Didier Jr. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017, p. 18.

[...] somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores¹⁹.

Trazendo um viés de ordem processual à conceituação da recuperação judicial, Paulo Sérgio Restiffe (2008) a define como a:

[...] pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido²⁰.

Temos, pois, que os conceitos antes apresentados, em verdade, complementam-se, e, quando se pensa no regime jurídico de recuperação judicial, pode-se concluir que ele delinea aspectos de natureza material e processual do instituto, posto que a reorganização e reestruturação da atividade empresarial e das relações jurídicas materiais ligadas a ela têm como pressuposto requerido em juízo pelo devedor: “(i) a mudança de seu estado jurídico e consequente aplicação de tal regime; e (ii) as consequências jurídicas necessárias ao soerguimento da empresa, o que ocorre por meio da aprovação e homologação de plano de recuperação” (BATISTA, 2017, p. 21).

Ou seja, uma vez que o deferimento da recuperação judicial se dá através de uma postulação judicial, sua aplicação pressupõe um processo, de modo que se pode separar duas faces conceituais jurídico-positivas de recuperação judicial: uma de natureza material, pertencente à ciência do direito empresarial, e outra de natureza processual, pertencente à ciência do direito processual civil. Caracteriza-se, assim, como de natureza bifronte²¹, tratando-se de instituto de direito material que se opera em juízo, demandando, portanto, um regramento de como proceder²².

Em resumo ao que foi apresentado, pode-se definir a recuperação judicial como um mecanismo jurídico adotado pelo sistema brasileiro cujo objetivo é ajudar empresas viáveis,

¹⁹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1011.

²⁰ RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008, p. 47.

²¹ BATISTA, op. cit., p. 22.

²² BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176.

mas em crise, a superar o momento de dificuldade, de maneira a preservar sua atividade e, conseqüentemente, os benefícios econômicos e sociais dela decorrentes, como o emprego dos trabalhadores, a circulação de bens e serviços, a geração de riquezas e o recolhimento de tributos²³.

2.2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PROCESSO CIVIL

A priori, temos que o sistema da empresa em crise brasileiro, resguardado pela Lei 11.101/05, apresenta, além da falência, a recuperação judicial com duas modalidades: judicial e extrajudicial. Esta é definida por Souza Júnior (2007, p. 523) como um “meio formal de acordo especial com certos credores que pode, eventualmente, ser imposto a uma minoria resistente”²⁴, ou, nas palavras de Rachel Sztajn (2007, p. 465), como um “negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores, um negócio de cooperação, de repactuação na divisão dos riscos”²⁵.

Isto é, trata-se de procedimento predominantemente contratual, extrajudicial, sem a intromissão de administrador judicial ou juiz, mas tão somente com a participação do magistrado para realizar a homologação do plano pactuado entre as partes, de modo a impor seus efeitos à minoria dissidente, atribuindo-lhe caráter de título executivo judicial e conferindo-lhe segurança, transparência e publicidade²⁶.

Feita essa breve consideração, o presente estudo recairá exclusivamente sobre o instituto da recuperação judicial, razão pela qual não abordaremos especificamente as temáticas relativas à recuperação extrajudicial e à falência.

Dito isso, compulsando a literatura científica produzida acerca da recuperação judicial desde a vigência da Lei 11.101/05, bem como a relativa aos procedimentos concursais anteriores, percebe-se que a temática foi abordada muito mais sob o viés empresarial, comercial, em quantidade muito superior à de trabalhos produzidos sobre o tema pela ótica do

²³ COSTA, Daniel Carnio. Recuperação judicial - procedimento. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>

²⁴ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao Capítulo VI: artigos 161-167. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005*, artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 523.

²⁵ SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 139 a 167 da Lei n. 11.101, de 2005. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 465.

²⁶ NETO, Geraldo Fonseca de Barros. *Aspectos processuais da recuperação judicial*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Sergio Seiji Shimura. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 22.

direito processual. Inobstante, são antigos os debates sobre a relevância dos aspectos processuais no direito concursal e nos institutos atinentes à crise empresarial, e há trabalhos, inclusive, que apontam a concepção processual dos institutos falimentares como prejudicial à recuperação da empresa e responsável pela crise do direito falimentar, destacando-se a clássica obra de Nelson Abrão (1975)²⁷, na qual é apontada a existência do debate sobre a importância do processo no estudo da falência desde os primórdios do instituto, indicando-se os defensores da concepção processualista do direito falimentar²⁸.

Lado outro, o referido autor relata também a corrente doutrinária antiprocessualista, que expõe os “efeitos danosos da concepção preponderante ou exclusivamente processualista da falência” (ABRÃO, 1975, pp. 38-43)²⁹. Nessa concepção, Simionato (2008) afirma que se chega a defender que “não cabe qualquer visão processualista sobre o direito falimentar, sob pena de se inviabilizar teoricamente os fins que são buscados na reorganização econômica da empresa”³⁰.

Nelson Abrão (1975) conclui seu texto filiando-se à corrente antiprocessualista, arguindo que a concepção processual dos institutos falimentares é prejudicial à superação da crise da empresa e responsável pela crise do próprio direito falimentar. Em razão disso, defende a minimização da relevância dos aspectos processuais dos institutos falimentares, em favor da preservação da empresa.

Geraldo Fonseca de Barros Neto (2012), em comentário sobre a obra citada, expõe suas consequências para a literatura pátria, *in verbis*:

A crítica de Nelson Abrão parece ter repercutido fortemente na doutrina pátria. Com efeito, nota-se uma avalanche de obras doutrinárias focadas no direito substancial da recuperação judicial. Discute-se a origem histórica do instituto, a empresariedade, as razões da crise e a adequação de estratégias empresariais de recuperação, os efeitos da reorganização perante determinada parcela de credores, a repercussão no mercado e na sociedade, as consequências à luz do direito societário, a repercussão da alienação e da aquisição de bens etc. Grande parte das obras tem como escopo exclusivo o estudo do direito material e, quando mais, abordam as consequências processuais apenas de forma oblíqua e passageira, relevadas a segundo plano.³¹

²⁷ ABRÃO, Nelson. *A continuação do negócio na falência*. São Paulo: Leud, 1975.

²⁸ São arrolados por ele: Renzo Provenciali, Sergio Sotgia, Giorgio de Semo, Carlo d'Avack, Max Pagenstecher, José Roberto Franco da Fonseca e Pontes de Miranda (ABRÃO, op. cit., 1975, pp. 30-34).

²⁹ São citados os posicionamentos antiprocessualistas de Tulio Ascarelli, Italo Scalera, Eduardo Grasso, Attiliodi Lauro, Tomaso Limardo e Giuseppe Ragusa Maggiore.

³⁰ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 36.

³¹ NETO, op. cit., p. 23.

Em contraponto a essa visão antiprocessual, permita-se um breve apontamento no sentido de que, de forma adversa ao exposto pela corrente citada, o estudo dos aspectos processuais da recuperação judicial podem, justamente, auxiliar na consecução do objetivo de preservação da empresa, como, inclusive, se pretende demonstrar nesta dissertação, a partir do enfoque da condição da empresa em crise de gerar benefícios econômicos e sociais como categoria do interesse processual, e a consequência positiva desta adequação para a obtenção dos objetivos inseridos na legislação falimentar.

Ademais, faz-se notória a relevância do estudo processual na medida em que, pensando com José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 66), “A própria existência do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção efetiva dos interesses tutelados, depende do direito processual”³², de modo que não é possível a obtenção da recuperação judicial senão mediante o processo.

Inclusive, como esclarece José da Silva Pacheco (1995)³³, os próprios defensores da corrente antiprocessual, ao definirem a falência como um instituto jurídico, um remédio jurídico, um processo coletivo ou processo judiciário³⁴, colocam em realce, com isso, também o seu aspecto processual.

Destarte, pode-se afirmar que a Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF) compreende regras de direito material e de direito processual, sendo as primeiras classificadas, principalmente, como de direito comercial, penal e internacional, e as segundas como de direito processual civil, administrativo, penal e internacional³⁵.

Assim, nas palavras de Carvalho de Mendonça ao tratar da falência, o direito material “está tão preso ao processual como no corpo humano a carne aderente aos ossos”. E, ainda, quanto às regras materiais e processuais, aduz que “tão entrelaçadas se acham as disposições de uma com as de outra que reciprocamente se completam, produzindo um todo sistemático e harmônico”³⁶.

Nesse sentido, também Alois Troller (2009) aponta que “Em uma relação técnica o processo nunca é mais bem ordenado do que quando se lhe pode conceder liberdade para servir ao direito material”³⁷.

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

³³ SILVA PACHECO, José. *Processo de Falência e Concordata: Comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 14.

³⁴ WALTER T. ALVARES, pp. 30, 32

³⁵ SILVA PACHECO, op. cit., p. 15.

³⁶ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., *Tratado de Direito Comercial*, livro V, vol. VII, nº 16, pp. 25-26.

³⁷ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 109.

Outrossim, é sabido que o sistema processual brasileiro, com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, concebeu um procedimento consideravelmente mais flexível e apto a ser, por variados métodos, adaptado ao dinamismo das transformações sociais, oferecendo técnicas variadas para a conformação do procedimento às especificidades do direito que se busca tutelar³⁸.

Ou seja, a partir do Código Civil de 2015, que traz a possibilidade de modulação de regras preestabelecidas pelo legislador voltada à melhor adequação ao caso concreto, permitindo-se a construção de procedimentos adaptáveis ao direito material e à solução da disputa judicial³⁹, toma maior importância a análise processual da recuperação judicial, até mesmo para se identificar as formas como o direito processual pode auxiliar na consecução dos objetivos pretendidos pela legislação falimentar.

Dito isso, pode-se resgatar, historicamente, autores que defendem ser mais razoável enquadrar o estudo da falência no âmbito do direito processual, como manifesto por Renzo Provinciali (1955) e Aurelio Candian (1939)⁴⁰.

Ugo Rocco, por sua vez, frisa que, apesar de o direito comercial ser estudado prevalentemente como direito privado material, não se pode deixar de ver que há institutos que lhe são próprios, regulados por normas de direito processual, recordando de “todas as disposições sobre a falência, que são quase que exclusivamente normas de caráter processual”⁴¹.

Como se verifica, o debate acerca do estudo processual dos institutos concursais é antigo, muito anterior à vigência do atual procedimento de recuperação judicial brasileiro, instituído a partir da Lei 11.101/05, sendo notório no que tange à falência.

Especificamente quanto ao procedimento recuperacional objeto deste estudo, a análise processual deve também ser necessariamente feita, eis que tal instituto se desenvolve através de uma relação jurídica processual, na qual o devedor empresário, demonstrando a crise

³⁸ BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 187-204, jul. 2021. Doi: 10.5433/21788189.2021v25n2p187. ISSN: 2178-8189.

³⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 40.

⁴⁰ PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di Diritto Fallimentare*, nº 14 e 15, 1955, pp. 29, 31; idem, *Appartenenza Didattica al Processualistica dell'insegnamento del Diritto Falimentare*. In: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1953, pp. 345 et seq.; e CANDIAN, Aurelio, *Il Processo di Fallimento*, 2ª ed., Padova, 1939 [1934].

⁴¹ ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*, I, p. 186.

econômico-financeira, a viabilidade da empresa e do plano, submete ao Estado-juiz a pretensão de alterar suas obrigações frente aos credores⁴².

A recuperação judicial processa-se, pois, do início ao fim mediante um processo: ela nasce pelo ajuizamento da petição inicial; o plano é apresentado em juízo, ao qual se direcionam as objeções; a concessão da recuperação é ato do juiz; e o encerramento é determinado por sentença⁴³. Isto é, a recuperação judicial concretiza-se, obrigatoriamente, através do processo, de modo que, sem processo, não há recuperação judicial, o que demonstra a enorme relevância do estudo dos aspectos processuais do procedimento recuperacional.

Como observa Fredie Didier Jr. (2017), contudo, o termo “processo” pode ser compreendido em pelo menos três formas distintas e não excludentes entre si⁴⁴. A primeira delas seria a que reconhece o processo como uma espécie de ato jurídico complexo, materializado no procedimento. Ou seja, um conjunto encadeado de atos condicionados sucessivamente e que resultam num ato final⁴⁵. Numa outra perspectiva, pode-se entender o processo como método de produção de normas jurídicas, sendo, assim, uma forma de expressão do poder judicial, administrativo, legislativo ou negocial. E, por último, pode-se, ainda, pensar o processo como relação jurídica, como efeito jurídico, de modo que o processo é considerado como uma série de relações jurídicas sucessivas e imbricadas, afirmando-se, por metonímia, que esse feixe de efeitos constitui uma única relação jurídica complexa, qual seja, a relação jurídica processual⁴⁶.

Cabe, aqui, também uma observação para abordar a distinção entre processo e procedimento, nas palavras de Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (2015), segundo os quais:

Esta série ordenada e lógica de atos, que dita o modo de ser da relação processual, consiste exatamente no procedimento. O procedimento, então, é a maneira como a relação processual se desenvolve, em atos que sucedem lógica e ordenadamente no tempo. [...] O processo compreende uma relação jurídica processual autônoma que se desenvolve no procedimento. Ao que se tem visível na relação processual, dá-se o nome de procedimento⁴⁷.

⁴² NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 20.

⁴³ NETO, op. cit., p. 22.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*; introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed., v. 1, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

⁴⁵ BATISTA, op. cit., p. 21.

⁴⁶ DIDIER JR., op. cit., 2017, pp. 36-40.

⁴⁷ MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (org.). *PRODIREITO*: Programa de atualização em Direito. 1.ed. Porto Alegre: Artmed, 2015. pp. 97-128.

Feitos esses esclarecimentos e considerando que as diferentes concepções de processo antes relatadas não são excludentes entre si, é possível que se conceba a recuperação judicial como processo sob todas as três formas, isto é, como:

[...] (i) um conjunto de atos sucessivos e concatenados voltados à produção de um ato final que viabilize a manutenção da atividade empresarial no mundo dos fatos; (ii) um conjunto de relações jurídicas decorrente dos referidos atos processuais; e (iii) meio de controle de normas jurídicas negociais e judiciais voltadas a impedir o fim da empresa em dificuldade econômico-financeira⁴⁸.

Ademais, como afirma Saverio Nisio, quando a lei garante um bem, e, para consegui-lo, faz-se necessária a atuação da lei pelo órgão estatal, dá-se lugar a um processo civil⁴⁹.

Portanto, muito embora haja autores que defendam a ideia de que “não cabe qualquer visão processualista sobre o direito falimentar, sob pena de se inviabilizar teoricamente os fins que são buscados na reorganização econômica da empresa” (SIMIONATO, 2008, p. 36), entende-se, aqui, por fundamental o estudo dos aspectos processuais referentes ao processo de recuperação judicial, porquanto são os garantidores da ordem e da segurança jurídica na relação entre a empresa recuperanda e os credores.

Nas palavras de Douglas Neves Ribeiro (2015), indica-se a necessidade de a recuperação judicial, como processo especial, abarcar os institutos e princípios de direito processual, inclusive as condições da ação, senão vejamos:

A Recuperação judicial não é apenas um procedimento especial. É um processo especial (ou diferenciado), moldado à luz das características da relação jurídica de direito material discutida.⁵⁰ Mas, antes de tudo, é um processo. Como tal, não pode dispensar a observância de certas figuras jurídicas caríssimas ao direito processual civil, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a tríade de ônus alegar-pedir-provar, os elementos da demanda, as condições da ação, os requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, a análise de mérito, a eficácia processual e a eficácia material das decisões, a imunização dos efeitos das decisões, o litisconsórcio e a participação de terceiros, etc, seja no âmbito de tutela cognitiva, seja no âmbito de tutela de urgência, seja no âmbito de tutela executiva⁵¹.

⁴⁸ BATISTA, op. cit., p. 25.

⁴⁹ “Quando la legge garantisce un bene, e pel conseguimento di esso o per i suo migliore godimento se rende necessaria l’attuazione di quella legge per parte degli organi dello Stato, si dá luogo a um processo civile” (NISIO, Saverio, *I lineamenti processuali del fallimento*, p. 95).

⁵⁰ “Leis extravagantes instituem algumas tutelas diferenciadas de relevante dimensão social, econômica ou política, fazendo-o com o manifesto propósito de privilegiar certos direitos ou situações que o constituinte e o legislador entendem dignos de maior atenção” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 739).

⁵¹ NEVES, op. cit., p. 21.

Indo além, propõe o referido autor uma visão integrada, entre a ótica processualista e comercialista, da recuperação, de acordo com o atual estágio do direito processual civil, em que o processo, a despeito de ser uma relação jurídica independente, deve ter sua interpretação em conformidade com as características da relação jurídica de direito material que vise tutelar⁵².

No procedimento de recuperação judicial, portanto, “As facetas material e processual complementam-se: o direito material à recuperação se realiza somente pelo processo; o processo de recuperação judicial não se justifica a não ser para viabilizar o direito material” (DINAMARCO, 2008, pp. 264-265)⁵³. E, uma vez que o processo de recuperação judicial se trata de processo especialíssimo, com procedimento peculiar, justifica-se ainda mais a necessidade de um estudo focado na relação processual, nos atos processuais e na sua coordenação dentro do procedimento.

Diz-se isso porque, frente à especificidade do direito material, o processo que a ele se destina deve ser igualmente diferenciado, não somente no que tange ao procedimento, como também a tutela jurisdicional, que deve ser especial⁵⁴.

No caso da recuperação judicial, o direito material possui enorme especificidade, o que justifica a criação de técnicas próprias para a realização processual da recuperação da empresa, ajustadas ao direito substancial e afastando-se do procedimento comum ordinário e da tutela por ele alcançada, coadunando-se a necessidade de adequação do processo ao direito material⁵⁵.

Certo é que o procedimento recuperacional será explorado em tópico posterior, mas podemos citar inúmeras demonstrações de especialidade procedimental a título de exemplo de adequação do processo às especificidades do direito material na recuperação judicial.

Para ilustrar, temos a amplitude subjetiva da relação material, isto é, a grande quantidade e variedade de credores envolvidos, que repercute no processo com a formação de litisconsórcio passivo necessário multitudinário, exigindo que a citação dos credores seja editalícia, e que seja dada ampla publicidade a todos os atos processuais. Ademais, foi

⁵² Ibid., loc. cit..

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 264-265.

⁵⁴ “Quanto mais complexa a lide, a crise de direito material (quer por aspectos relacionados a seu objeto, quer por aqueles ligados aos sujeitos que dela participam), mais complexo e diferenciado haverá de ser, simetricamente, o mecanismo processual destinado à sua resolução.” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, n. 191, p. 24, jan. 2011).

⁵⁵ NETO, op. cit., p. 26.

previsto, no procedimento recuperacional, a atuação de um auxiliar especial do juízo, o administrador judicial, com participação ativa em todo o procedimento.

No que tange à necessidade especial de apurada verificação dos créditos, quanto ao titular, à natureza e ao valor, a recuperação judicial também possui um procedimento próprio e complexo. Assim, os credores podem habilitar o crédito em variados momentos, e por diferentes instrumentos, como por habilitação ao administrador judicial, primeiramente; depois, pela ação incidental de impugnação; e, se ultrapassada tal oportunidade, por ação de habilitação, em procedimento ordinário⁵⁶.

Outrossim, foi criada, na recuperação judicial, uma forma particular de participação dos réus em duas etapas, tendo em vista a necessidade de imprescindível concordância dos credores quanto aos meios a serem utilizados para a superação da crise, dentre os quais a concessão de prazos e condições especiais de pagamento das dívidas. Primeiro, o credor deve manifestar individualmente sua resistência ao plano de recuperação proposto pelo devedor, através de objeção, com vistas a provocar a deliberação colegiada sobre a proposta, na assembleia geral. Já na assembleia, por sua vez, a vontade coletiva dos credores prevalece sobre a resistência individual de cada um deles, sendo buscada a solução consensual, em lugar da decisão impositiva⁵⁷.

Haja vista todas essas considerações acerca da especialidade do processo de recuperação judicial, trata-se este como um procedimento especial, em conformidade com o Enunciado nº 506 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A expressão ‘procedimentos especiais’ a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial” (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante).

Por todos esses motivos, torna-se ainda mais relevante o estudo dos aspectos processuais do processo de recuperação judicial, tendo em vista sua grande especialidade, moldada para melhor adequação ao direito material discutido. Assim, permite-se, através de uma perspectiva processual, melhor entendimento, sistematização e uniformização do instituto da recuperação judicial.

Como se não bastasse, a própria Lei 11.101/05 determina, no artigo 189⁵⁸, a aplicação do Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos, desde que não seja incompatível com seus princípios. Contudo, a literatura aponta historicamente para um caráter

⁵⁶ Ibid., pp. 29-30.

⁵⁷ Ibid., p. 30.

⁵⁸ Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei.

subsidiário dessa aplicação, numa concepção clássica, que pressupõe a existência de uma lacuna, um espaço incompleto na legislação especial, que autorize o preenchimento do trecho em vazio.

Tanto assim que Sidnei Agostinho Beneti (2005) buscou enumerar quais seriam tais omissões da Lei n. 11.101/05, cujas lacunas devem ser preenchidas pelo Código de Processo Civil, concluindo que seriam elas as matérias atinentes à representação, *jus postulandi*, modalidades de citação e de intimação, de organização dos trabalhos judiciais, de estrutura formal das decisões e sentenças, de recursos de agravo e de apelação e seus efeitos, além das matérias relativas a pressupostos processuais e condições da ação⁵⁹.

Ocorre que, segundo tal concepção, a aplicação subsidiária somente se autorizaria em caso de omissão no ambiente processual que se pretende recepcionar a regulação⁶⁰. Entretanto, trata-se de uma interpretação fulcrada nas bases do Código Processual de 1973, cuja rigidez procedimental e dificuldade de customização de técnicas processuais fundamentavam o entendimento de que a omissão seria requisito essencial para o transporte de regras.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, apresenta, de forma diversa do diploma antigo, maior atipicidade procedimental e flexibilidade, que não permitem interpretação assim restritiva. Ou seja, a aplicação subsidiária não pode ser traduzida como sinônimo de esgotamento completo das técnicas processuais previstas. Deve, pois, ser compreendida como uma aplicação interativa, com diálogo mútuo e recíproco no traslado de técnicas processuais⁶¹.

De tal maneira, o art. 189 da Lei 11.101/05 não pode ser interpretado como permissivo de importação/exportação de técnicas processuais exclusivamente quando haja lacuna de regulação incompleta. Mas, em razão da atipicidade e da flexibilização procedimental característicos do CPC/15, deve servir como regra que possibilita o transporte de técnicas processuais, por outra que se apresente mais eficiente e viável, a partir de ponderação no caso concreto⁶².

⁵⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 231-232.

⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: RT, 2020, p. 32.

⁶¹ *Ibid.*, p. 33.

⁶² *Ibid.*, p. 34.

Ademais, também o artigo 190 do CPC exemplifica a permissão de flexibilização procedimental do *codex*, na medida em que apresenta o negócio jurídico processual como ferramenta para as partes adequarem o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

Portanto, haja vista a previsão de aplicação do CPC, no que couber, ao processo de recuperação judicial, tem-se, inclusive, a aplicabilidade do negócio jurídico processual ao procedimento recuperacional, no que tange aos interesses patrimoniais, o que possibilita devedora e credores celebrarem acordos processuais no âmbito do procedimento de recuperação judicial, a fim de ajustar o procedimento às peculiaridades do processo, objetivando uma melhor forma de soerguimento da empresa⁶³.

Em atenção à importância do autorregramento das partes no processo, formulou-se, na II Jornada de Direito Processual Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Nacional de Justiça – CEJ/CJF –, com o apoio do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado nº 113, de acordo com o qual: “as disposições previstas nos arts. 190 e 191 do CPC poderão ser aplicadas ao procedimento de recuperação judicial”⁶⁴. Plenamente possível, pois, é a celebração de convenções processuais na recuperação judicial.

Tal fato, portanto, demonstra ainda mais a aproximação necessária entre a recuperação judicial e o processo civil, que se pretende demonstrar ao longo deste capítulo, bem como revelando que a compreensão acerca da utilização do Código de Processo Civil no processo de recuperação judicial deve observar os pilares da codificação de 2015, destacando-se, no particular, a busca pela eficiência, a flexibilização procedimental e a atipicidade.

Com isso, a aplicação do CPC à recuperação judicial não deve ser enxergada sob a ótica de uma aplicação subsidiária apenas como método de importação de técnicas em razão da existência de regulação incompleta, mas, sim, como possibilidade de permuta de técnicas processuais por outra mais eficiente e menos onerosa, fazendo-se tal balanço no caso concreto⁶⁵.

Dito isso, mesmo que a LREF não afirmasse expressamente a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil, pode-se concluir que, numa visão sistêmica do processo civil brasileiro, certo é que todo o arcabouço conceitual necessário para a formatação do processo de recuperação judicial derivaria também do CPC, de modo que seriam possíveis não somente a solução para eventuais lacunas, como também a possibilidade de

⁶³ FERRAZ, Laura Duarte Sabir. O negócio jurídico processual na recuperação judicial e a impossibilidade de dilação consensual do prazo previsto no artigo 53 da lei nº 11.101/05. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*. 2º Semestre 2018, v. 10, n. 2, 2018/2019, p. 8.

⁶⁴ CEJ/CJF, II Jornada de direito processual civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1247>>. Acesso em: 13. fev. 2022.

⁶⁵ MAZZEI; GONÇALVES, op. cit., 2020, p. 34.

importação/exportação de técnicas, desde que estas se mostrassem mais eficientes para se cumprir os objetivos do procedimento recuperacional.

Diante das considerações apresentadas, busca-se, então, justificar a preocupação com o estudo dos aspectos processuais da recuperação judicial, fundamentando-se a conveniência e importância da abordagem deste instituto pelo seu viés processual, sendo certa a grande relevância da análise da concretização, pelo processo, do direito à recuperação judicial, o que se pretende realizar no decorrer desta pesquisa.

2.3. NATUREZA PROCESSUAL OU CONTRATUAL

Além do exposto, é necessário apontar a existência histórica, na literatura pátria, de certa divergência sobre a natureza da recuperação judicial. Isto é, há parte da doutrina que nega a natureza processual do instituto, afirmando que esta consiste apenas em um negócio jurídico bilateral feito sob supervisão do judiciário, de natureza contratual, e não possuindo, portanto, natureza de processo contencioso.

Para os autores em defesa da natureza contratual, fundamenta-se a tese de que a recuperação judicial se trata de um acordo de vontades. Ou seja, feita a proposta de recuperação pelos credores e aceita pelos devedores, esta deve ser obrigatoriamente concedida⁶⁶.

Já em defesa da natureza processual⁶⁷ do instituto, busca-se afastar esse entendimento contratualista da recuperação, porque tal interpretação ignora que os direitos de crédito são alterados por uma maioria de credores formada segundo critérios estabelecidos em lei, contrariando a vontade dos credores que votam pela rejeição do plano, e, portanto, não haveria como afirmar que há acordo de vontades em vez de conflito de interesses qualificado pela pretensão do devedor resistida pelo credor⁶⁸.

A tese contratualista, por sua vez, impugna esses últimos fundamentos a partir do entendimento de que a maioria teria legitimidade para obrigar a minoria, como se vê nas deliberações assembleares relativas ao direito societário, transplantando essa ideia para o direito obrigacional. Contudo, no contexto da relação entre a coletividade de credores e a devedora, não há uma manifestação prévia de vontade em que o credor aceite a submissão à

⁶⁶ São indicadas as posições antiprocessualistas de Tulio Ascarelli, Italo Scalera, Eduardo Grasso, Attiliodi Lauro, Tomaso Limardo, Giuseppe Ragusa Maggiore. Destaque é dado à evolução do pensamento de Salvatore Satta que, no início defensor da concepção processualista, veio a reconhecer a insuficiência do estudo processual do instituto (ABRÃO, 1975, pp. 38-43).

⁶⁷ Pela natureza processual, recomenda-se a leitura do posicionamento dos seguintes autores: Restiffe (2008, pp. 43-45); Fazzio Junior (2005, pp. 128-129).

⁶⁸ NEVES, op. cit., p. 17.

decisão da maioria, como ocorre nas sociedades e associações, o que afasta tal ideia meramente contratualista⁶⁹.

No direito comparado podemos verificar essa mesma observação, de que o simples fato do plano ser aceito e homologado, apesar do voto contrário da minoria, já demonstra a irreduzibilidade do instituto à natureza meramente contratual.⁷⁰

Ademais, afasta-se também a natureza meramente contratual pelo fato de que a LREF determina, nos artigos 47 e 51, os requisitos da crise econômico-financeira, de que a empresa e o plano sejam viáveis para a concessão da recuperação judicial, porque são esses os elementos que justificam a exceção ao princípio de proteção à propriedade e ao ato jurídico perfeito⁷¹.

Para melhor análise da natureza jurídica da recuperação judicial, portanto, é preciso ter em mente as premissas de que, muito embora o plano de recuperação judicial seja produzido por meio de um processo negocial, com a negociação coletiva de situações jurídicas, todo o processo se desenvolve sob a fiscalização e controle do Poder Judiciário, uma vez que compete ao magistrado a avaliação da regularidade das normas jurídicas ali formadas e do processo de negociação desenvolvido, competindo-lhe a homologação do resultado da atividade negocial⁷².

Ou seja, não se pode concluir meramente que a recuperação judicial se trata de processo contencioso, por meio do qual o devedor empresário obtém tutela constitutiva do Poder Judiciário para alterar parte de suas obrigações⁷³ – este é um entendimento derivado

⁶⁹ “A relação entre os credores na Recuperação Judicial não constitui um contrato plurilateral (nem antes da aprovação do plano, nem depois). Aliás, diga-se, não há relação contratual entre os credores pelo menos até a aprovação do plano. Diferentemente do caso da sociedade – em que o indivíduo se investe do status de sócio por conta de uma manifestação de vontade pela qual, ainda que implicitamente, admite a sujeição do seu interesse, em certa medida, ao interesse da maioria, ninguém assume a posição de credor renunciando sabidamente parte de seus direitos subjetivos pelo bem maior que é a preservação do devedor como empresa. É a lei – e não sua vontade individualmente manifestada – que coloca os credores em situação de comunhão e lhes confere poder de decisão acerca do plano, como contraponto da prerrogativa do devedor de propor um plano nas condições previstas na LR[E]F.” (SOUZA JÚNIOR, 2013, p. 110). Cf. NEVES (2015, p. 18).

⁷⁰ “*Dal resto, il semplice fatto che la proposta concordataria avanzata del debitore si ritenga accettata e possa successivamente essere omologata dal tribunale, nonostante il voto contrario della minoranza dei creditori, dimostra l'irriducibilità del concordato allo schema contrattuale, essendo a questo estranea la regola maggioritaria*”. (NIGRO; VATTERMOLI, 2021, p. 390).

⁷¹ NEVES, op. cit., p. 18.

⁷² BATISTA, op. cit., p. 24.

⁷³ NEVES, op. cit., p. 19.

dos clássicos ensinamentos sobre a sentença constitutiva⁷⁴ no âmbito do regime concordatário⁷⁵.

Ademais, o processo de recuperação judicial não se encerra com um ato de heterocomposição, cabendo aos sujeitos processuais alcançar – sob a chancela e acompanhamento do Estado-juiz – uma solução negociada para a crise⁷⁶.

Ou seja, encerra-se mediante o proferimento de sentença com natureza eminentemente constitutiva, homologatória. eis que atribui caráter de título judicial ao plano homólogo, alterando a respectiva natureza⁷⁷, ao mesmo tempo em que concede ao exercente da empresa um novo *status* jurídico, qual seja, o de devedor com recuperação judicial deferida, sujeito a regime jurídico próprio. Isto é, a decisão altera tanto a situação jurídica do devedor quanto a de todos os indivíduos e coletividades que possuem relação com a recuperanda⁷⁸.

Outrossim, deve-se levar em consideração que o processo de recuperação judicial envolve também um levantamento administrativo dos créditos submetidos ao quadro geral de credores, o que denota uma atividade administrativa realizada pelo administrador judicial, por exemplo, na verificação e habilitação de créditos⁷⁹.

Conclui-se, portanto, que o processo de recuperação judicial envolve um misto de atividade negocial, administrativa e judicial, todas elas com a finalidade de impor, no mundo dos fatos, a reestruturação da empresa e fim da crise econômico-financeira. Diante disso, tem-

⁷⁴ As “sentenças constitutivas [...] contém em si, ao lado do momento declaratório integrante de todas as sentenças de mérito, um segundo momento lógico consistente na alteração da situação jurídica em que antes as partes se encontravam” (DINAMARCO, 1999, pp. 100-101).

⁷⁵ “A eficácia vinculativa que tem a sentença de decretação da concordata, preventiva ou suspensiva, e resultante da natureza da sentença que é constitutiva. Não se pense em eficácia negocial, unilateral ou contratual, porque de modo nenhum há *negotium*. O devedor comum, a favor de quem o sistema jurídico criara direito, pretensão e ação de concordata, exerce a pretensão à tutela jurídica, invocando esse direito à concordata, exigindo-a em juízo. O Estado entrega-lhe a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência da ação, em estabelecer-se o estado de concordata. A vinculação dos credores do mesmo devedor resulta de haver, na esfera jurídica de cada um, limitação legal ao direito de crédito, o que permite ao Estado constituir a concordata”. (MIRANDA, 1972, pp. 439-440).

⁷⁶ BATISTA, op. cit., p. 42.

⁷⁷ “Homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, menos do que ser o mesmo. A homologação pode ser simples julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma, ou sobre simples autenticidade. A escala vai da simples resolução com apreciação dos requisitos exteriores até a homologação que desce ao exame dos pressupostos de fundo.” (MIRANDA, 2016, p. 481).

⁷⁸ “*Constitutiva* é a decisão que certifica e efetiva direito potestativo. Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. São exemplos de direitos potestativos: (i) o de rever as cláusulas de um contrato ou de rever o valor da prestação alimentícia (altera relação jurídica); (ii) o de instituir servidão ou de adotar alguém (cria relação jurídica); (iii) o de rescindir um contrato ou de anulá-lo, ou ainda o direito de pedir o divórcio (extingue relação jurídica)”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 477).

⁷⁹ BATISTA, op. cit., p. 24.

se que o processo de recuperação judicial possui natureza jurídica híbrida, congregando atividade jurisdicional, negocial e administrativa.

Também no direito comparado, observa-se que a dicotomia entre natureza jurídica contratual ou processual do instituto recuperacional resta ultrapassada, sendo o entendimento mais moderno pela sua natureza jurídica híbrida, senão vejamos um trecho de Alessandro Nigro e Daniele Vattermoli (2012):

Analizzando l'evoluzione della disciplina dell'istituto, è possibile risolvere i dubbi legati alla natura giuridica del concordato preventivo in modo simmetrico a quanto affermato con riguardo al concordato nella liquidazione giudiziale: anche il concordato preventivo, cioè, si presenta come un istituto sui generis, avente natura giuridica ibrida, pubblico/privata⁸⁰.

Assim, conforme as razões expostas, adota-se, para os fins deste trabalho, a premissa de que a recuperação judicial se trata de um instituto *sui generis*, com natureza híbrida, que possui caráter público/privado e engloba, dentro do mesmo procedimento, atividades judicial, negocial e administrativa.

2.4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

No presente tópico, buscar-se-á apresentar os conceitos de processo coletivo, processo estrutural, multipolaridade e policentrismo, abordando trabalhos recentes no âmbito do processo civil que apontam para a recuperação judicial como um processo coletivo estrutural.

Para iniciar uma discussão metodológica acerca do Direito Processual Civil, é necessário recorrer a algumas premissas a partir das quais a ciência nessa área se estrutura na atualidade, identificando-se a maneira como a literatura vem localizando o objeto de análise do direito processual⁸¹.

Com a evolução da tutela judicial de interesses difusos e coletivos no Brasil, verifica-se, cada vez mais, uma abordagem das funções judiciais voltadas a equacionar litígios transindividuais, envolvendo interesses coletivos, através de processos que congregam interesses dispersos por toda a sociedade, ou ainda de características grupais, representativos de segmentos específicos do corpo social.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se uma mudança não somente na codificação em si, mas também no sistema processual. A antiga estrutura

⁸⁰ NIGRO; VATTERMOLI, op. cit., p. 388.

⁸¹ SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo Civil e Interesse Público: O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003, p. 41.

processual codificada, moldada para atender a demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil⁸².

Nesse contexto, o estudo dos processos de ordem coletiva e estrutural tem fornecido cada vez mais elementos e distinções teóricas que auxiliam na consecução dos objetivos sociais presentes nas ações coletivas. Nesse sentido, um dos objetivos deste trabalho é a análise dos mecanismos processuais na recuperação judicial, com vistas a propiciar maior eficiência do ponto de vista da finalidade recuperacional, isto é, com a preservação da empresa, a satisfação dos credores e todos os benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção da atividade econômica.

Isto posto, como veremos nos tópicos subsequentes, o processo de recuperação judicial tem, cada vez mais, sido reconhecido como uma espécie de processo coletivo, com características de processo estrutural, multipolar e policêntrico.

Destarte, haja vista que neste primeiro capítulo busca-se apresentar as premissas acerca do processo de recuperação judicial, serão abordados, adiante, os conceitos e características dos processos coletivos e estruturais, bem como será realizada análise dos atributos do processo de recuperação judicial com vistas a tais conceitos.

A abordagem será necessária para que, adentrando-se nos capítulos seguintes, os aspectos processuais da recuperação judicial analisados possuam coerência com a lógica coletiva deste procedimento especial, com seu caráter estruturante, bem como com o interesse público nele presente.

2.4.1. Conceito de processo coletivo

Para iniciar este breve escopo sobre o conceito de processo coletivo e suas noções básicas, devemos ressaltar que – tratando-se de tema assessorio no presente estudo, mas que protagoniza modernos debates no processo civil contemporâneo – buscaremos tão somente apresentar os fundamentos e características do processo coletivo, a fim de permitir uma análise do processo de recuperação judicial sob a ótica coletiva. Portanto, o ponto de partida para a referida análise deve ser o conceito de processo coletivo.

Sobre essa conceituação, trazemos as palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017), que definem processo coletivo nos seguintes termos:

⁸² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 26.

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo⁸³.

Em resumo à ideia acima exposta, temos que o núcleo conceitual do processo coletivo se encontra no seu objeto litigioso e na tutela do grupo, conceituando-se como processo coletivo aquele que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva, ativa ou passiva, de titularidade de um grupo de pessoas⁸⁴.

Ou seja, processo coletivo é aquele no qual se afirma uma situação jurídica coletiva passiva, de titularidade de um grupo de pessoas, ou em que se postula algum direito coletivo *lato sensu* – que, no caso do direito brasileiro, são os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, como exposto pelos incisos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸⁵.

Todavia, verifica-se também, na literatura pátria, conceituações distintas de processo coletivo, notadamente a que o define como sendo o processo que tem por objeto a discussão de direitos coletivos *lato sensu*, conduzido por parte legitimada não titular do direito material posto em juízo, e que tem por consequência regime especial de coisa julgada, cuja extensão atinge também sujeitos que não participaram do processo⁸⁶.

Ou seja, pelo conceito acima exposto, são incluídos também, como elementos essenciais de um litígio coletivo, a legitimação coletiva e o regime de coisa julgada⁸⁷. Entretanto, entendemos que a legitimação coletiva e a coisa julgada são elementos que tratam

⁸³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31.

⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁸⁶ BATISTA, op. cit., p. 67.

⁸⁷ “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada” (GIDI, 1995, p. 16).

de dados de direito positivo, e, assim, variam de tempo e local, conforme o regime de processo coletivo determinado.

Dessa forma, conclui-se que, apesar da efetiva importância do estudo da legitimidade e da coisa julgada para a cognição do processo coletivo em um ordenamento determinado, esses são pontos que não integram o conteúdo mínimo do conceito lógico-jurídico de processo coletivo, tratando-se de aspectos jurídico-positivos. Além disso, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos, ocorrendo também em processos individuais, igualmente com o regime de coisa julgada⁸⁸.

Existentes, também, entendimentos de que somente a discussão de direito coletivo por legitimado extraordinário seria suficiente, sem a necessidade específica do regime de coisa julgada⁸⁹.

Neste ponto, faz-se necessário diferenciar que o processo coletivo apresenta determinadas características típicas, como o regime especial de coisa julgada e a legitimidade extraordinária. Essas características são contingenciais e compõem o perfil dogmático do processo coletivo no Brasil. Todavia, não se incluem no conceito de "processo coletivo". Isto é, para que seja definido como processo coletivo, não há necessidade de que todas essas características estejam presentes.

Portanto, tratando o regime especial de coisa julgada e da legitimidade extraordinária como características do processo coletivo brasileiro, mas sem incluí-los como dados essenciais do conceito, conclui-se que o seu cerne recai sobre o conteúdo material de tais processos, que assim são denominados de coletivos uma vez que tenham por objeto situações jurídicas de natureza coletiva, titularizadas por um grupo, e/ou que se volte à obtenção de tutela de um dever e/ou situação jurídica de uma coletividade⁹⁰.

Exposto o conceito de "processo coletivo", cumpre ressaltar também que, segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017), os processos coletivos são também uma espécie de processo de interesse público, que servem à Litigação de Interesse Público⁹¹ (*Public Law Litigation*⁹²), isto é, às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais,

⁸⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., pp. 31-35.

⁸⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 24.

⁹⁰ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 32.

⁹¹ Ibid., p. 36.

⁹² Como variações do termo: "Nos Estados Unidos as expressões *public interest law* e *public interest litigation* são bastante usuais para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de alguma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual." (SALLES, 2003, pp. 40-41).

aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade⁹³.

Importante frisar que o interesse público aqui referido não se trata do caráter eminentemente público do direito processual, que, ligado à atuação do poder jurisdicional do Estado, se apresenta mesmo quando o processo possui por objeto solução de controvérsias privadas entre indivíduos singulares. O Interesse Público aqui utilizado refere-se, assim, não a contrapartida ao privado, mas ao individual, indicando os direitos pertencentes à coletividade das pessoas.

Na Litigação de Interesse Público (*Public Law Litigation*), portanto, a atividade jurisdicional impacta um âmbito predominantemente público e trata de interesses difusos e coletivos. Tem por objeto a reivindicação de efetivação de política pública expressa em lei ou que decorra de princípios e valores presentes na Constituição⁹⁴.

Isso faz com que o Poder Judiciário, ao tratar da defesa judicial dos interesses individuais e coletivos, tenha a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes. Desta forma, ao definir o interesse preponderante, a atividade jurisdicional está decidindo sobre objetivos sociais em contraposição, realizando opções de alocação e apropriação de recursos comuns.

Em tal medida, a tutela jurisdicional pretendida nos processos coletivos de interesse público encontra-se na implementação direta dos objetivos sociais contidos em lei ou decorrente de princípios e valores constitucionais, exigindo, de particulares, a adoção de determinadas posturas legais, bem como no pleito ao próprio Estado, para que atenda a obrigações legais de realizar determinada providência ou exercer seu poder de polícia.

Nesse contexto, já apontado o conceito de processo coletivo, seus elementos essenciais e suas características, e adentrando na temática de interesse social e implementação de políticas públicas através do Poder Judiciário, passemos, então, à abordagem dos processos estruturais.

2.4.2. Conceito de processo estrutural

Para que se inicie esta breve conceituação de processo estrutural, na qual buscaremos analisar suas peculiaridades mais relevantes do ponto de vista de associação ao processo de recuperação judicial, aponta-se que a noção de processo estrutural tem sua origem nos

⁹³ SALLES, op. cit., loc. cit.

⁹⁴ CHAYES, Abram. *The Role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, 89/1.284, maio 1976.

Estados Unidos, a partir do crescente ativismo judicial que marcou o Poder Judiciário norte-americano entre os anos 1950 e 1970⁹⁵.

Mais precisamente, o início da noção de processo estrutural decorre do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em que a Suprema Corte Americana reconheceu a inconstitucionalidade da admissão de estudantes em escolas públicas com base na segregação racial, determinando que fossem aceitas matrículas de estudantes negros numa escola voltada à educação de pessoas brancas. A partir de então, com a efetivação da decisão, verificou-se uma completa mudança no sistema público educacional estadunidense, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*⁹⁶.

A partir desta primeira reforma no sistema educacional público, sucedeu-se uma expansão do modelo de decisão tomado no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, sendo utilizada pelo Poder Judiciário para a efetivação de valores e princípios constitucionais em demais áreas sociais e instituições burocráticas⁹⁷.

Tais decisões, pois, foram designadas como decisão estrutural (*structural injunction*), nas quais se buscava implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) com o objetivo de concretizar um direito fundamental, efetivar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. E, por processo estrutural, este em que ela se constrói⁹⁸.

Apresentado historicamente o surgimento do processo estrutural, Didier Jr., Zaneti Jr. e Alexandria de Oliveira (2020) apontam que a tarefa de conceituação do processo estrutural pressupõe o de problema estrutural, sendo este um conceito-chave.

O problema estrutural, por sua vez, assenta-se na existência de um estado de desconformidade estruturada, uma situação que não corresponde ao estado de coisas ideal. Esse estado de desconformidade pode ser uma situação de ilicitude permanente e contínua, mas não pressupõe apenas um estado de coisas ilícito. Representa, em vez disso, uma desorganização estrutural, que rompe com o estado ideal de coisas e exige uma intervenção reestruturante, que os autores ilustram com os seguintes exemplos:

⁹⁵ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

⁹⁶ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

⁹⁷ “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state” (FISS, 2008, p. 761).

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, p. 103.

[...] (i) o direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade; (ii) o direito à saúde de uma comunidade é afetado pela falta de plano de combate ao mosquito *aedes aegypti* pelas autoridades de determinado município; (iii) o direito de afrodescendentes e de indígenas é afetado pela falta de previsão, em determinada estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dessa comunidade; (iv) a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária são afetadas pela falta de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas.⁹⁹

Constatado esse estado de desconformidade, de rompimento com o estado de coisas tido como ideal, sua solução demanda uma intervenção para promover uma reorganização da situação.

O processo estrutural, portanto, é conceituado, pelos referidos autores, como “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”. É marcado, assim, pelo seu objetivo imediato de alcançar o estado ideal de coisas¹⁰⁰.

Edilson Vitorelli (2018), por sua vez, pontua que esse estado de desconformidade decorre de violação à norma legal, e que a transformação para o estado ideal se dá, necessariamente, no âmbito de uma estrutura burocrática, seja pública, seja privada, além de apontar como fator essencial do processo estrutural que ele seja um processo coletivo:

[...] o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural¹⁰¹.

Apresentadas as divergências conceituais supracitadas, entendemos por adotar a primeira posição sobre o processo estrutural, eis que menos fechada.

Temos, pois, que suas características essenciais recaem na discussão sobre um problema estrutural, isto é, um estado de coisas ilícito, ou também uma situação de desconformidade estruturada, e que tem o objetivo de efetivar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas, através de uma reestruturação e reorganização pautados num regime de transição a ser adotado.

⁹⁹ Ibid, p. 105

¹⁰⁰ Ibid, p. 107-108.

¹⁰¹ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, pp. 333-369.

Matheus Galdino (2019), nesse sentido, apresenta como expressão geral do objeto dos processos estruturais a fórmula “pTq”, na qual “p” corresponde ao estado de coisas anterior, de desconformidade, “q” corresponde ao estado de coisas posterior, ideal de coisas, e “T” corresponde à transição de um estado para o outro¹⁰².

Além disso, são apresentados, ainda, como elementos essenciais do processo estrutural, a necessidade de que seu desenvolvimento se dê em um processo bifásico, bem como com um procedimento intrinsecamente flexível, e marcado pela consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo¹⁰³.

Quanto a esses últimos pontos, a flexibilidade do procedimento e a consensualidade decorrem da enorme variância e dinamicidade dos litígios estruturais, de modo que, com a variação do objeto da ação, cambiam, com ela, as adaptações procedimentais necessárias à proteção do bem tutelado. Como exemplo, a tutela do direito à saúde, à habitação ou à erradicação do trabalho infantil exigirá medidas distintas daquelas adotadas para a dessegregação das escolas¹⁰⁴.

Dessa forma, são destacadas as técnicas de negociação como de extrema importância para o processo estrutural, “quer quanto ao objeto do processo em si quer quanto à adaptação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

Já quanto à essencialidade de um procedimento bifásico, apesar de não haver um procedimento especial para as ações que visem a essa reestruturação de um estado de desconformidade permanente, verifica-se um *standard* procedimental histórico pautado na estrutura bifásica do processo falimentar, que se desdobra em duas fases.

Na primeira, define-se a existência do problema estrutural, certificando-se o estado de desconformidade a ser sanado e estabelecendo a meta a ser atingida (estado de coisas ideal); já na segunda fase, passa-se à implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta definida, funcionando como uma fase de execução de tais medidas, voltadas ao alcance do resultado projetado.

¹⁰² GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 699-700.

¹⁰³ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 114.

¹⁰⁴ VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 502-503.

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio. Segundo, ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra¹⁰⁵.

Apresentado esse breve escopo sobre a essencialidade dos processos estruturais, importante destacar também outras peculiaridades dos processos estruturais, tratadas como características típicas.

A primeira delas é a multipolaridade, que remete à existência de múltiplos interesses sobre o objeto litigioso e é definida por Rodrigo Mazzei (2022) como

[...] a existência de múltiplos interesses sobre o objeto tutelado, os quais podem se relacionar ou não, isto é, podem convergir em relação a determinados pontos e divergir em relação a outros, ou sempre divergir. Em síntese, para que exista multipolaridade no processo deverá ser atestada a existência de mais de dois interesses representados em juízo sobre determinada questão litigiosa¹⁰⁶.

Por outra banda, afirma, ainda, o autor que é possível verificar-se a multipolaridade no processo a partir de “interesses multilaterais nascidos de relações jurídicas materiais complexas, como também da própria dinâmica da relação processual”¹⁰⁷.

Assim, pela própria natureza estrutural do problema objeto do litígio, é comum que se apresentem múltiplos interesses envolvidos, divergentes e convergentes, e que se polarizam ou se alinham a depender da questão discutida. O conflito estrutural, assim, trabalha com uma lógica de formação de diversos núcleos de posições e opiniões a respeito da questão tratada, sendo, muitas delas, antagônicas¹⁰⁸.

Aproveita-se a oportunidade também para destacar o policentrismo como uma característica muito presente nos processos estruturais, mas que não se confunde com multipolaridade, muito embora sejam recorrentemente tratados como sinônimos¹⁰⁹. Para

¹⁰⁵ Ibid, pp. 116-117.

¹⁰⁶ MAZZEI, Rodrigo. Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo (com projeção aos conflitos internos do inventário causa mortis). In: TUCCI, José Rogério Cruz; YARSHELL, Flávio Luiz, et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: _____; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 800.

¹⁰⁹ Vejamos, por exemplo: “Este breve ensaio pretende lidar com uma realidade cada vez mais frequente no direito brasileiro: a dos chamados litígios multipolares. Por essa expressão, deseja-se designar litígios policêntricos, que possuem vários polos diferentes de conflitos convergindo a um só interesse” (Desafios do litígio multipolar. In Coletivização e unidade do direito. Luis Alberto Reichelt, Marco Félix Jobim (Org.). In Coletivização e unidade do direito. Londrina: Thoth, 2019, 473).

melhor distingui-las, ambas características típicas dos processos estruturais, parte-se do pressuposto de que situações policêntricas são aquelas que possuem diversos pontos de influência com diferente distribuição de tensões.

Nesse sentido, a multipolaridade está relacionada à multiplicidade de interesses sobre determinado objeto, enquanto o policentrismo está relacionado aos eixos, no plano fático, de determinado tipo de litígio. Isto é, o policentrismo é ligado ao aspecto objetivo, com pluralidade no sentido, o que se distingue da multipolaridade, que se relaciona com os aspectos subjetivos¹¹⁰.

Conclui-se, portanto, que o policentrismo é a propriedade de um problema complexo, com vários “centros” subsidiários de problemas, cada qual relacionado com os demais¹¹¹. Edilson Vitorelli (2019) parte desta conceituação para relacionar, ainda, os processos policêntricos aos litígios de difusão irradiada, haja vista que caracteriza o policentrismo legal pela “presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito”¹¹².

Aproveitamos o ensejo de tratar dos litígios de difusão irradiada para, então, apresentar outra característica típica dos processos estruturais, a complexidade. Isso porque Edilson Vitorelli (2019) propõe uma análise dos processos coletivos a partir do litígio, examinando a complexidade do problema (número de soluções possíveis), bem como a conflituosidade entre os integrantes do grupo de pessoas afetadas. A partir de tais atributos, o referido autor traça três categorias de litígios coletivos: os de difusão global, os de difusão local e os de difusão irradiada¹¹³.

Assim, a complexidade verifica-se nos processos que têm por objeto um problema que admite diversas soluções. Quanto maior o número de soluções possíveis, maior a complexidade do processo. De modo que, considerando o alto grau de complexidade e de conflituosidade próprios aos litígios estruturais, conclui-se que estes tratam de litígios coletivos de difusão irradiada.

Para finalizar esta abordagem sobre os processos estruturais, portanto, concluímos que, possuindo ele as diversas características típicas apresentadas, seu conceito se estabelece a

¹¹⁰ MAZZEI, op. cit.

¹¹¹ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

¹¹² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 584. Rodrigo Mazzei diverge, entendendo que não necessariamente o policentrismo se relaciona a litígios de difusão irradiada, “já que pode estar ligado a conflito envolvendo apenas duas partes, desde que a solução do problema dependa de múltiplas decisões, cada qual com repercussão nas demais.” (MAZZEI, 2022).

¹¹³ BATISTA, op. cit., p. 102.

partir do conceito de problema estrutural, sendo este uma situação de desconformidade estruturada, contínua e permanente, que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal, ainda que não necessariamente seja uma situação própria de ilicitude.

Deste modo, entendemos que o processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado em problema estrutural e com a finalidade de readequar o estado de desconformidade verificado, estabelecendo-se um estado ideal de coisas¹¹⁴.

2.4.3. Recuperação judicial como processo coletivo

Após estabelecidos os conceitos e as características dos processos coletivos e estruturais, passaremos a abordar o processo de recuperação judicial sob a ótica coletiva e estrutural, isto é, como um procedimento especial que visa a tutelar os direitos de uma coletividade, eis que a crise de insolvência empresarial possui efeitos sobre todos os indivíduos e coletividades que se beneficiam das externalidades positivas decorrentes da empresa.

Nesse sentido, para se iniciar a ideia de coletividade presente no processo de recuperação judicial, é necessário pontuar a função social que a empresa possui no meio econômico e as consequências que produz para a sociedade:

A empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo – o lucro –, promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do país, não porque esse seja o seu objetivo final – de fato, não o é –, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de “externalidade positiva”) do exercício da sua atividade¹¹⁵.

Nesse sentido, a Lei 11.101/05, no artigo 47, onde apresenta os objetivos da recuperação judicial, é expresso em afirma que a superação da crise econômico-financeira do devedor tem por finalidade a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica¹¹⁶.

¹¹⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 133.

¹¹⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 73.

¹¹⁶ Sobre os objetivos do sistema de insolvência empresarial, cf. TELLECHA; SCALZILLI; SPINELLI, 2018, p. 216.

Isto é, a preocupação do Estado que justifica a preservação da empresa e fundamenta o processo de recuperação judicial não decorre de uma simples tutela dos interesses de credores ou dos titulares da empresa, mas, sim, da sua função social e econômica, que se reflete nos empregos fornecidos, na movimentação e criação de riquezas, nas alternativas e concorrência que oferece ao mercado, bem como no desenvolvimento econômico do ambiente em que atua¹¹⁷.

Ou seja, uma vez que os objetivos da LREF transcendem os interesses individuais, atingindo toda a coletividade, temos que a crise da empresa, ao se encontrar em um estado de insolvência, representa, por isso, uma lesão de caráter coletivo¹¹⁸.

Como vimos no tópico 2.4.1, os direitos coletivos, no Brasil, são identificados no artigo 81 do CDC – denominado “núcleo do microsistema de tutela coletiva” – que os divide em direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Passaremos, pois, a abordar a crise da empresa como uma lesão de caráter coletivo, sob o prisma dos direitos coletivos elencados no artigo 81 do CDC, a fim de identificar os direitos coletivos presentes no processo de recuperação judicial.

Isto posto, aponta-se, inicialmente, que o art. 47 da Lei 11.101/05, ao garantir um direito à manutenção de um ambiente empresarial saudável, estabelece, para a coletividade, um direito difuso à manutenção do ambiente econômico de produção baseado na atividade empresarial, ou seja, um bem jurídico indivisível e titularizado por um grupo de integrantes não relacionados entre si e indetermináveis, o que nos permite afirmar que a crise da empresa atinge diretamente um direito de caráter difuso¹¹⁹.

Apresenta-se, também, a existência de violação a direitos de natureza coletiva *stricto sensu*, tendo em vista que a crise de insolvência empresarial repercute diretamente nas condições de trabalho dos sujeitos determináveis e vinculados ao devedor pela afetação de emprego, como os trabalhadores da empresa em crise¹²⁰.

Já no âmbito da relação entre a empresa em crise e seus credores, fornecedores, financiadores, etc., verifica-se uma inadimplência generalizada, que, por sua vez, faz surgir diferentes direitos individuais homogêneos passíveis de tratamento coletivo, sendo que a homogeneidade tende a decorrer da padronização das relações. É o que ocorre, por exemplo, com os créditos titularizados por credores trabalhistas, que têm sua origem comum na crise e

¹¹⁷ SOUZA JÚNIOR, op. cit., 2013. pp. 102-103.

¹¹⁸ “[...] a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas” (COELHO, 2012, pp. 57-58).

¹¹⁹ BATISTA, op. cit., p. 107.

¹²⁰ Ibid., loc. cit.

tendem a ser homogêneos por força da própria natureza semelhante das relações trabalhistas¹²¹.

Impõe-se, pois, um tratamento coletivo aos créditos em geral, eis que, pela pretensão de preservação da empresa, também numa perspectiva de tutela de interesses difusos e coletivos *strictu sensu*, não se admite uma tutela clássica, individualizada, dos interesses, porquanto a satisfação individual dos credores pode influenciar negativamente no panorama geral de superação da crise e atingimento do objetivo de preservação da empresa¹²².

Podemos concluir, portanto, que a crise empresarial se apresenta como lesão coletiva, atingindo tanto direitos difusos, coletivos *strictu sensu*, quanto direitos individuais homogêneos.

Destarte, como esses direitos de coletividades são tutelados no processo de recuperação judicial, e haja vista a conceituação antes exposta (item 2.4.1), na qual processo coletivo é aquele em que se afirma uma situação jurídica coletiva passiva, de titularidade de um grupo de pessoas, ou em que se postula algum direito coletivo *lato sensu*, podemos caracterizá-lo como um processo coletivo estruturado mediante regras próprias¹²³.

Ivo Waisberg (2011) assim também conclui, afirmando que:

Uma vez que o plano de recuperação judicial tem que ser aprovado nos termos da lei, a legitimidade de sua implementação, inclusive quanto aos trabalhadores credores da sociedade, não pode ser questionada. Imperioso reconhecer que a determinação da competência da Justiça Comum, neste cenário, nada mais representa do que o cumprimento da legislação de forma sistêmica, dando ao julgador de um complexo processo coletivo, a possibilidade de decidir de forma a preservar os interesses difusos e coletivos, até públicos, lá envolvidos, ainda que, em determinadas situações, em prejuízo de um interesse individual específico¹²⁴.

Felipe Vieira Batista (2017), por sua vez, reconhece a caracterização do processo de recuperação judicial como processo coletivo e aponta o plano de recuperação judicial como negócio jurídico coletivo, além da preponderância do interesse coletivo na preservação da empresa:

[...] o plano de recuperação judicial é um negócio jurídico coletivo, eis que influi sobre as esferas jurídicas individuais sem que haja unanimidade na formação da vontade expressada pelos colegiados. O fato de haver vontade coletiva e afetação de esfera de sujeitos que não concorreram diretamente

¹²¹ Ibid, p. 108.

¹²² Ibid., loc. cit.

¹²³ Ibid., p.113.

¹²⁴ WAISBERG, Ivo. Justiça do trabalho e recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 37 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011.

com a vontade representa exceção legal ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas. Tal exceção, contudo, é legitimada pelo procedimento assemblear e justificada pelo benefício advindo do soerguimento da empresa e reestabelecimento da atividade empresarial (objetivo final). Ou seja, justificada pela preponderância de um interesse coletivo na preservação da empresa¹²⁵.

Feito o reconhecimento do processo de recuperação judicial como processo coletivo, nos termos delineados pelo conceito trazido por Didier Jr. E Zaneti Jr. (2017)¹²⁶, podemos afirmá-lo, também, como processo coletivo a partir da concepção que traz a legitimidade extraordinária e o regime especial de coisa julgada, vinculando a decisão final a quem não foi parte no processo, como características essenciais.

Isso porque, no que tange à legitimidade extraordinária, a própria legitimidade de formulação do pedido de recuperação pela devedora já pode ser caracterizada como extraordinária, porquanto toda uma coletividade se beneficia da manutenção da atividade empresarial¹²⁷.

Além disso, no curso do processo recuperacional, verificam-se diversas situações em que são efetuados atos processuais mediante legitimação extraordinária. A título de exemplo, podemos citar a legitimação do Ministério Público para apresentar recursos impugnando a decisão de processamento da recuperação judicial e/ou de homologação do plano e concessão do plano, prevista no art. 59, §2º, da LREF; a legitimação do administrador judicial para requerer a falência por força do descumprimento do plano de recuperação judicial, conforme art. 22, II, “b”, da LREF; a legitimação de a legitimação de todo e qualquer credor para recorrer da decisão que homologa o plano de recuperação judicial, também prevista no art. 59, §2º, da LREF; a legitimação do comitê de credores para prática de atos processuais, inclusive para propositura de ações voltadas a discutir os créditos submetidos à recuperação judicial, conforme art. 19 da LREF, entre outros¹²⁸.

Já quanto à vinculação de quem não foi parte do processo à decisão final, o processo de recuperação judicial também preenche tal requisito, haja vista que, no *iter* procedimental da recuperação judicial, podem ser proferidas várias decisões que vinculam materialmente terceiros. Nesse sentido, temos que o plano de recuperação, homologado por sentença, se

¹²⁵ BATISTA, op. cit., p. 66.

¹²⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 31.

¹²⁷ “A recuperação judicial é o processo instaurado perante o Poder Judiciário mediante ação proposta pelo empresário individual ou sociedade empresária em crise econômico financeira, na tentativa de reestabelecer a normalidade da respectiva atividade econômica, em prol dos empregados, dos credores, dos consumidores e até mesmo do Estado, tanto em razão da arrecadação fiscal quanto em virtude do fortalecimento da economia nacional.” (PIMENTEL, 2008).

¹²⁸ BATISTA, op. cit., p. 113.

torna título executivo judicial e afeta vários indivíduos e coletividades que não participaram do processo. Além disso, outra ilustração pode ser feita com eventual decisão de decretação de falência da requerente, no curso do processo de recuperação, o que interfere notoriamente nas esferas jurídicas dos credores e de uma infinidade de outros sujeitos e coletividades¹²⁹.

Pode-se concluir, portanto, através das demonstrações anteriores, que o processo de recuperação judicial é inegavelmente um processo coletivo, que, todavia, tramita com rito diferenciado e guarda características diversas daquelas previstas no microsistema das ações coletivas, em razão de toda a peculiaridade do direito material envolvido, contemplando um núcleo de acomodação negocial das diversas zonas de interesse envolvidas.

Assim, sobre tal microsistema, temos que o ordenamento jurídico brasileiro e a literatura pátria reconhecem a existência de um microsistema de processo coletivo, voltado a cuidar processualmente, com regras e princípios próprios, da tutela de massas¹³⁰.

Afirma-se que esse microsistema é composto por: CDC, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas¹³¹. Mas não somente. Defende-se que todas as demais leis que tratam dos direitos coletivos materiais e estabelecem regras processuais passariam a integrar esse microsistema, eis que tais normas, unidas pelos princípios e lógica jurídica comum, não individualista, interpenetram-se e subsidiam-se¹³².

Nesse sentido, pontua Mazzei (2006):

a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual o diploma que compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo¹³³.

Sob esse enfoque, então, temos que, na tendência cada vez maior de comunicação entre os diplomas legais, o processo de recuperação judicial, por tutelar direitos difusos e coletivos e conter regramento processual próprio na Lei 11.101/05, deve também ser considerado inserido no microsistema de processo coletivo.

¹²⁹ Ibid., loc. cit.

¹³⁰ MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JR., Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação Popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

¹³¹ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 56.

¹³² ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo. Direitos difusos e coletivos. *Coleção leis especiais para concursos*, v. 28, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 21.

¹³³ MAZZEI, op. cit., 2006.

Desse modo, suas normas procedimentais integram a sistemática intercambiante dos diplomas acerca da tutela coletiva, aderindo à intertextualidade intrassistemática e à flexibilidade que lhe são características, inclusive com regulamentação subsidiária e supletiva pelo Código de Processo Civil, com o objetivo de conferir-lhes atualidade e organicidade¹³⁴.

Finalizando, pois, o presente tópico, percebe-se que o processo de recuperação judicial se trata de processo coletivo, haja vista ter em seu objeto a crise da empresa, uma lesão de caráter coletivo, que atinge tanto direitos difusos, coletivos *strictu sensu*, quanto direitos individuais homogêneos. Além disso, verifica-se, no processo de recuperação judicial, a existência de legitimidade extraordinária e regime especial de coisa julgada, vinculando a decisão final a quem não foi parte no processo, o que reforça sua caracterização como processo coletivo.

Ainda, temos a presença do interesse público, um dos elementos caracterizadores do modelo brasileiro de processo coletivo que será mais bem-abordado no tópico seguinte. E, por fim, que, apesar de conter procedimento especial próprio, com peculiaridade distintas do modelo do microsistema processual coletivo, tal fato não se mostra como um empecilho à caracterização da recuperação judicial como processo coletivo. Pelo contrário, agrega o procedimento recuperacional ao microsistema processual coletivo, permitindo o intercâmbio e a flexibilização e o diálogo de seu rito com todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo e com o CPC¹³⁵.

2.4.4. Recuperação judicial como processo estrutural

Fixado o processo de recuperação judicial como processo coletivo, passa-se a abordá-lo sob a ótica dos processos estruturais, em coerência com os conceitos expostos em tópico anterior (item 2.4.2).

Como visto, a noção de processo coletivo estrutural, por seu turno, envolve a afirmação em juízo de um problema social com repercussão na esfera jurídica de diversos

¹³⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 57.

¹³⁵ Interessante apontar, sob essa ótica, a diretriz utilizada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. na aplicabilidade e operabilidade das considerações e teorias do microsistema processual coletivo: “[...] para solucionar um problema de processo coletivo o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico (Ex: sendo uma ação popular na Lei nº 4.717./1965). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no núcleo do microsistema, soma da Lei da Ação Civil Pública com o Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos a *ratio* do processo coletivo para mais bem resolver a questão, em coordenação com as normas do CPC-2015 que não conflitarem com a lógica e as normas próprias do microsistema e com a Constituição. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, pp. 58-59).

indivíduos e/ou grupos. A resolução do problema passa pela reorganização de uma determinada estrutura social (pública ou privada) com a supressão das causas do conflito¹³⁶.

Isto é, além de apenas apontar o responsável pela situação de fato e discutir o objeto do processo numa perspectiva individual e bipolar, o processo estrutural possui um caráter nitidamente prospectivo, apontando sua relevância no que tange ao problema afirmado, na solução a ser alcançada, o modo progressivo de efetivação de tal solução e os diversos e distintos interesses que orbitam ao redor de tais aspectos.¹³⁷

Como visto, temos que o conceito de processo estrutural decorre da conceituação inicial de problema estrutural, qual seja, um estado de desconformidade estruturada, permanente e contínua; uma situação que não corresponde ao estado de coisas ideal, não necessariamente caracterizado pela ilicitude.

Sob essa ótica, temos que o problema tratado no processo de recuperação judicial – no caso, a empresa em crise, em situação de insolvência que pode levar ao encerramento de suas atividades, à dissolução da sociedade ou ao fechamento de uma unidade fabril – configura um problema de cunho estrutural. Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. Afirmam, no mesmo sentido:

As ações concursais – como, por exemplo, a falência e a recuperação judicial – também se baseiam em problemas estruturais. Elas partem de uma situação de desorganização, em que há rompimento da normalidade e do estado ideal de coisas, e exigem uma intervenção (re)estruturante, que organize as contas da empresa em recuperação ou que organize os pagamentos devidos pela massa falida. Essa desorganização pode advir do cometimento de ato ilícito, como no caso da falência, ou não necessariamente, como no caso da recuperação judicial¹³⁸.

Constatado esse estado de desconformidade, de rompimento com o estado de coisas tido como ideal, no caso, com a crise da empresa, sua solução demanda uma intervenção para promover uma reorganização da situação. Tendo o processo estrutural o objetivo imediato de alcançar o estado ideal de coisas, no caso da recuperação judicial, esse estado ideal se verifica com a preservação da empresa recuperanda¹³⁹.

¹³⁶ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 147.

¹³⁷ BATISTA, op. cit., p. 120.

¹³⁸ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 105.

¹³⁹ “Em um processo de recuperação judicial de empresas, a preservação da empresa é o objetivo do processo. Ocorre que ela não é visada como um objetivo puro e simples. Trata-se do alcance de um objetivo que servirá como plataforma para efetivação de outros fins, tais como: a manutenção dos empregos dos trabalhadores, o pagamento dos credores, a continuidade da geração e recolhimento de tributos, a manutenção da cadeia produtiva de que participa etc.” (GALDINO, 2019, p. 64).

Utilizando, pois, a fórmula proposta por Matheus Galdino (2019) para processos estruturais, “pTq”, e abordado no item 2.4.2, temos que sua utilização se demonstra adequada no processo de recuperação judicial:

Em processos judiciais para a recuperação judicial de empresas em situação de crise, o “*p-mundo*” corresponde ao estado de coisas em que uma situação de crise põe em risco o prosseguimento da atividade empresarial e o “*q-mundo*” corresponde ao estado de coisas que sustente uma atividade empresarial sem crise. [...] Em todos eles, “T” (uma transição entre estados de coisas) corresponde ao que se busca com o processo estrutural¹⁴⁰.

Portanto, com base na constatação de um problema estrutural, a perspectiva do processo de recuperação judicial não pode ser reduzida ao esquema clássico que opõe autor e réu. Sua perspectiva, pois, tem uma natureza prospectiva, que visa à reorganização do estado de desconformidade para um estado de coisas ideal, de modo que o pleito nele veiculado requer a intervenção estatal no sentido de viabilizar/facilitar a resolução de um problema social grave por meio de uma negociação de um plano de reestruturação da atividade.¹⁴¹

Apesar dessa natureza prospectiva, os conflitos estruturais e, notadamente, a recuperação judicial também são marcados pela multiplicidade de interesses e pela dinamicidade no alinhamento/desalinhamento desses múltiplos interesses coletivos. Antônio do Passo Cabral (2009) chega a afirmar que é nos procedimentos concursais onde se verifica “a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns”¹⁴².

Tal fato aponta para outra característica típica dos processos estruturais encontrada no processo de recuperação judicial: a multipolaridade, que remete à existência de múltiplos interesses sobre o objeto litigioso, como se observa do seguinte exemplo trazido por Matheus Galdino (2019):

Em uma Recuperação Judicial[,] há diversos grupos de interesse: trabalhadores, fornecedores, instituições financeiras, sócios da recuperanda, a própria recuperanda, sendo possível falar até mesmo em subgrupos (ex. credores quirografários, credores extraconcursais, credores com garantia real etc.). Tais grupos possuem, ao menos parcialmente, interesses conflitantes.

¹⁴⁰ GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 66.

¹⁴¹ BATISTA, op. cit., p. 118.

¹⁴² “É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos. [...] Assim, ao impugnar o crédito de outro co-credor, o que pretende o impugnante é diminuir o valor que o outro tem a receber, assegurando ativos maiores para suportar o pagamento a si mesmo.” (CABRAL, 2009, p. 21).

A definição do estado de coisas a ser buscado deve ser resultado de uma concordância prática entre todos os interesses, conforme o grau de proteção que lhes é deferida pelo ordenamento¹⁴³.

No ponto, certo é que, para a efetivação da reorganização voltada à resolução do problema estrutural, os diversos interesses nele veiculados tendem a concordar quanto a determinados tópicos e divergir quanto a outros, o que ocorre de maneira dinâmica. Inclusive, no processo de recuperação judicial, algumas zonas de interesses existentes são alinhadas em grupos, as classes de credores. Sendo certo que, dentro de uma mesma classe, existem interesses divergentes, o que comprova as assertivas antes mencionadas.

Devido a essa multiplicidade de interesses, sua complexidade e difícil equacionamento, os litígios estruturais possuem a característica de solução consensual, de modo que ao magistrado cabe a definição das metas gerais a serem atingidas no processo, mas compete aos envolvidos a tarefa de estipular um plano de efetivação das mudanças necessárias.

No processo de recuperação judicial, a meta de preservação da empresa e a tutela das diversas perspectivas sociais subjacentes passam por um projeto de reformulação/reestruturação da atividade alcançado de forma consensual, através do plano de recuperação, com uma abordagem participativa e representativa dos credores, que votam a solução de reestruturação¹⁴⁴. Desta forma, a solução obtida decorre da consensualidade, elemento essencial do processo estrutural, aproximando-se dos interesses envolvidos, indivíduos e grupos afetados pela crise empresarial (situação de desconformidade).

Como visto, o processo de recuperação judicial possui natureza híbrida, contendo aspectos judiciais, negociais e administrativos. Mas a decisão de aprovação do plano de recuperação, isto é, a deliberação sobre a forma de transição entre o estado de desconformidade e o estado ideal de coisas advém de uma solução negociada.

Inclusive, tal fato expõe interessante particularidade do processo de recuperação judicial: eis que seu procedimento foi elaborado de modo que, apenas mediante negócio jurídico celebrado por órgão coletivo que se permite a reestruturação do estado de desconformidade, o que impõe a obrigatoriedade da solução consensual.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr. (2017) afirmam a obrigatoriedade da solução consensual para o provimento da recuperação judicial:

¹⁴³ GALDINO, op. cit., 2019, p. 88.

¹⁴⁴ BATISTA, op. cit., p. 123.

A reestruturação da atividade está vinculada à celebração de um negócio jurídico entre os envolvidos; logo, o não alcance do consenso impedirá a preservação da atividade empresarial, impondo-se a decisão decretatória da falência (que, coerentemente, é uma decisão de nítido conteúdo estrutural)¹⁴⁵.

A consensualidade no processo de recuperação judicial é ainda complementada pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a possibilidade de aplicação dos negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191 do CPC), técnicas de mediação e conciliação no curso do processo ou em fase pré-processual, além de produção probatória antecipada, como será abordado no tópico sobre a Constatação Prévia (item 4.2).

Indo além, verifica-se, também na recuperação judicial, a existência de decisões estruturantes e do procedimento bifásico, apontados como elementos essenciais dos processos estruturais.

Como visto, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2020) apontam que, inexistindo um procedimento especial para processos estruturais, serve de base para organização desse tipo processual o processo falimentar e suas duas fases:

Não existe um procedimento especial para ações que visam à reestruturação de situações de desconformidade permanente e generalizada. Mas existe um standard histórico, que bem pode ser utilizado como base para a organização do processo estrutural: o processo falimentar.

Como visto, na falência se discute um problema estrutural, uma situação de desconformidade que exige uma intervenção (re)estruturante; a solução para esse problema foi estruturada num processo que se desdobra em duas fases bem delineadas: a) a primeira fase, de definição da existência do problema estrutural (certificação do estado de falência); e b) a segunda fase, de adoção de medidas para a estruturação dos pagamentos da dívida da massa falida¹⁴⁶.

Presente também na recuperação judicial, essa lógica de definir a existência de um problema estrutural e fixar uma meta geral a ser alcançada para depois desenvolver um consenso quanto ao modo de alcançar o objetivo. Como aponta Felipe Batista (2017):

com a ordem inicial de processamento da recuperação judicial, há um direcionamento provisório do processo à reestruturação da empresa (adjudicação de meta). Esse encaminhamento inicial (materializado na ordem judicial de processamento) leva o eixo principal do processo a uma segunda etapa, em que será apresentada e votada uma proposta de reestruturação da empresa com repercussão na esfera jurídica diversas pessoas e grupos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., pp. 411-412.

¹⁴⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 116.

¹⁴⁷ BATISTA, op. cit., p. 124.

Também Matheus Galdino (2019) aponta a existência desse procedimento bifásico característico dos processos estruturais na recuperação judicial:

O mesmo ocorre com um processo de recuperação judicial. Inicialmente se decide acerca do direito de se buscar o estado de coisas (preservação da empresa), momento em que se emite um provimento deferindo o processamento da recuperação judicial. Em um segundo momento, se apresenta e homologa um plano de recuperação judicial, meio para o alcance do estado de coisas decidido.¹⁴⁸

Conclui-se, pois, que, no processo de recuperação judicial, a primeira fase do procedimento se encerra com a decisão estrutural de processamento da recuperação judicial, quando, inclusive, se realiza o juízo de admissibilidade do processo. Sendo deferido o processamento e constatado o estado de desconformidade adequado ao procedimento (crise de insolvência com possibilidade de preservação da atividade empresarial), estabelece-se a meta a ser atingida, qual seja, o soerguimento da empresa.

Essa decisão, portanto, não exaure a função jurisdicional, mas, sim, inicia a segunda fase, de identificação e implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural.

Pelas considerações antes expostas, demonstrada a verificação de todos os elementos essenciais dos processos estruturais na recuperação judicial, conclui-se que esta se configura como um processo de caráter estrutural¹⁴⁹.

Finalmente, o processo de recuperação judicial deve ser analisado a partir dessa perspectiva estrutural, coletiva, multipolar e policêntrica, de modo que a abordagem feita neste trabalho, sobre o juízo de admissibilidade, e a averiguação do interesse de agir através da técnica da constatação prévia, serão analisados a partir dessas premissas, mas sendo inúmeras as possibilidades de análise e reflexões sobre a recuperação judicial a partir de tais constatações.

¹⁴⁸ GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019, p. 66.

¹⁴⁹ Exemplificando os modelos processuais de natureza estrutural, Matheus Galdino (2019) também inclui o processo de recuperação judicial como um dos casos que somente recebem uma tutela adequada, porquanto processado conforme um processo estrutural: “Trata-se de modelo processual cuja utilização tem sido defendida pela doutrina como ocorrida em uma multiplicidade de casos. Processos judiciais buscando o fim da segregação racial em escolas públicas primárias, reformas de sistemas prisionais que atentam contra a integridade de detentos, recuperação de áreas ambientais degradadas, efetivação do direito à educação infantil pelo acesso a vagas em creches, modificação na atuação de grandes empresas que cometem ilícitos, recuperação judicial de empresas, melhoria da saúde pública, entre outros, são lembrados como casos que apenas receberam uma tutela adequada porque processados como processos estruturais.” (GALDINO, 2019, p. 13).

2.5. O PROCEDIMENTO E AS FASES DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A partir das premissas adotadas sobre a recuperação judicial, sua natureza, a necessidade e utilidade de seu estudo sob o ponto de vista processual e as características coletiva e estrutural nela presentes, faremos, no presente tópico, uma breve abordagem do *iter* procedimental do processo de recuperação judicial.

Para tanto, necessário expor, a princípio, que o processo de recuperação judicial se desenvolve em três fases, quais seja: fase postulatória, fase deliberativa e fase de execução¹⁵⁰.

Nas palavras de Coelho (2013, p. 137):

Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido (art.52). Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito (arts. 7º a 20), discute-se e aprova-se um plano de reorganização (art. 53). Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58). A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo (art. 63)¹⁵¹.

Isto posto, a primeira fase, denominada postulatória, inicia-se com o ajuizamento da ação, mediante apresentação de petição inicial, sujeita aos requisitos gerais do artigo 319 do CPC, bem como aos requisitos específicos do artigo 51 da Lei 11.101/05¹⁵², dentre os quais

¹⁵⁰ Utilizando denominações diferentes, mas no mesmo sentido: “O procedimento ordinário da ação de recuperação judicial pode ser claramente dividido em três fases distintas:

(i) fase do processamento – período compreendido entre a distribuição da petição inicial e a prolação da decisão interlocutória que determina o seu processamento – LREF, arts. 51 e 52;

(ii) fase do plano – momento destinado à deliberação do plano de recuperação apresentado até a sua eventual homologação e prolação da sentença de concessão da recuperação judicial – LREF, art. 58;

(iii) fase de cumprimento – por meio da qual é realizado o acompanhamento do cumprimento do plano de recuperação aprovado e homologado em juízo até a prolação da sentença de encerramento do processo – LREF, art. 63.” (VASCONCELOS, 2015, p. 288).

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, 9ª ed., 2013, p.137.

¹⁵² Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; 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; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito; III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; 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

podemos indicar a demonstração da crise econômico-financeira, as razões de sua ocorrência e a exposição das causas concretas da situação patrimonial.

Apresentada a petição inicial, a Lei 14.112, de 2020, incluiu a possibilidade de realização da constatação prévia, no *caput* do artigo 51-A, da Lei 11.101/05, quando o juiz entender necessária uma averiguação mais detalhada, por profissional da área, que constate as reais condições de funcionamento da requerente, bem como a completude da documentação apresentada junto à exordial.

Trata-se, pois, de inovação que será trabalhada detidamente no último capítulo desta dissertação, mais precisamente no item 4.1, razão pela qual pede-se vênua para, apontada a possibilidade de realização da constatação, previamente à decisão de deferimento do processamento, avançarmos no procedimento e deixarmos a abordagem específica desta técnica para o tópico referido.

Formulado o pedido com a apresentação da petição inicial, incumbe ao magistrado decidir se defere ou não o processamento da recuperação judicial. Nesse momento, o juiz analisa os requisitos de admissibilidade do processo, como expõe Geraldo Fonseca de Barros Neto (2012, p. 22):

Como dito, é no momento de deferimento do processamento que deve o juiz analisar se estão presentes os requisitos de admissibilidade: se o requerente é legitimado, se a petição inicial é apta, se o devedor é empresário exercendo regularmente as atividades há mais de dois anos, se não ocorre nenhum dos impedimentos previstos nos incisos do artigo 48, se foram apresentados todos os documentos exigidos em lei.

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; IX - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados; X - o relatório detalhado do passivo fiscal; e XI - a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o § 3º do art. 49 desta Lei; § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do *caput* deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes. § 4º Na hipótese de o ajuizamento da recuperação judicial ocorrer antes da data final de entrega do balanço correspondente ao exercício anterior, o devedor apresentará balanço prévio e juntará o balanço definitivo no prazo da lei societária aplicável. § 5º O valor da causa corresponderá ao montante total dos créditos sujeitos à recuperação judicial. § 6º Em relação ao período de que trata o § 3º do art. 48 desta Lei: I - a exposição referida no inciso I do *caput* deste artigo deverá comprovar a crise de insolvência, caracterizada pela insuficiência de recursos financeiros ou patrimoniais com liquidez suficiente para saldar suas dívidas; II - os requisitos do inciso II do *caput* deste artigo serão substituídos pelos documentos mencionados no § 3º do art. 48 desta Lei relativos aos últimos 2 (dois) anos.

A decisão limita-se, contudo, aos requisitos de admissibilidade. Não cabe ao juiz analisar a viabilidade da superação da crise, que é o mérito da recuperação judicial, dependente da deliberação dos credores¹⁵³.

Também sobre essa decisão, na qual verifica-se a observância dos requisitos de admissibilidade do processo de recuperação judicial, teremos tópico específico para sua abordagem, eis que engloba o objeto desta pesquisa. Neste momento do trabalho, deseja-se apenas expor o procedimento recuperacional de forma geral, por isso expõe-se tão somente que, nesse momento, o juiz, ao analisar o preenchimento dos pressupostos processuais e condições da ação, haverá três caminhos a seguir: o deferimento do processamento, a determinação de emenda à inicial, para sua complementação, ou o indeferimento do processamento.

Seguindo o iter procedimental, com o processamento sendo deferido, nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/05, finaliza-se a fase postulatória e adentra-se a fase deliberativa, iniciando-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o devedor apresente a proposta do plano de recuperação judicial (artigo 53 da Lei 11.101/05).

O plano, portanto, deverá conter a descrição pormenorizada dos meios de recuperação e a demonstração da viabilidade econômica ou financeira de gerar recursos suficientes para cobrir todos os desembolsos necessários ao seu cumprimento, além de conter um laudo econômico-financeiro elaborado por profissional técnico habilitado.

Em síntese, também nessa fase inicia-se o procedimento de verificação e habilitação dos créditos, sendo incumbência do administrador judicial a verificação dos créditos conforme os documentos e livros do devedor. Ao final da apuração, cabe ao juiz decidir sobre eventuais impugnações e habilitações para que se consolide o quadro geral de credores, que servirá de base para as deliberações em assembleia geral de credores¹⁵⁴.

Apresentado o plano de recuperação pelo devedor, havendo objeção por qualquer um dos credores, isto é, se um dos credores manifestar sua desconformidade com os termos do plano, o juiz convocará assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano, nos termos do artigo 56 da Lei 11.101/05.

A assembleia geral de credores é integrada por diferentes instâncias deliberativas, quais sejam, as chamadas classes de credores¹⁵⁵. Assim, na data, hora e local definidos no ato

¹⁵³ NETO, op. cit., p. 22.

¹⁵⁴ NETO, op. cit., p. 94.

¹⁵⁵ De acordo com o art. 40, da Lei nº 11.101/2005, são classes integrantes da assembleia geral: (i) os titulares de créditos advindos da legislação trabalhista (ou fruto de acidentes de trabalho); (ii) os titulares de créditos com garantias reais; (iii) os titulares de créditos quirografários; e, (iv) os titulares de créditos que se enquadrem como microempresa ou empresa de pequeno porte. As instâncias deliberativas, por sua vez, são integradas pelos

de convocação, a assembleia de credores reunir-se-á sob a presidência do administrador judicial para a deliberação do plano, podendo rejeitá-lo, ou, com a concordância do devedor, modificá-lo. Para que o plano seja aprovado, é necessária a observação dos quóruns estabelecidos no artigo 45 da Lei 11.101./05.

Caso o plano seja rejeitado, é decretada a falência do devedor. Já em caso de aprovação e atendimento aos requisitos legais, o juiz, então, após análise da regularidade do procedimento assemblear e controle de legalidade do plano, sem adentrar na análise da viabilidade econômico-financeira do plano¹⁵⁶, profere sentença homologatória do plano e de concessão da recuperação judicial.

Por fim, com a concessão da recuperação judicial, finaliza-se a fase de deliberação e adentra-se a fase derradeira do processo: de execução, na qual realiza-se a fiscalização do cumprimento do plano aprovado.

Com a homologação do plano, ocorre a novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga-se o devedor e todos os credores a ele sujeitos, como expresso pelo art. 59 da Lei 11.101/05. Nos dois anos subsequentes, fiscaliza-se o cumprimento das obrigações assumidas no plano e, verificado o cumprimento de todas as obrigações vencidas nesse prazo, finaliza-se o processo de recuperação judicial com a sentença de encerramento, prevista no artigo 63 da Lei 11.101/05.

Feita esta breve descrição sintetizada do procedimento da recuperação judicial, passa-se ao recorte do objeto de pesquisa deste trabalho, qual seja, a fase postulatória, na qual se realiza o juízo de admissibilidade do processo recuperacional, em que se utiliza a técnica da constatação prévia para a verificação do interesse de agir.

Portanto, após situarmos o momento no qual o juízo de admissibilidade ocorre, finalizamos este capítulo para, a seguir, adentrarmos especificamente na averiguação do interesse de agir dentro do processo de recuperação judicial.

credores submetidos ao processo de recuperação judicial. Ou seja, para participar da assembleia geral, basta ostentar a condição de credor submetido aos efeitos da recuperação e do plano apresentado, apresentando-se, na data e hora designados, com toda a documentação de representação (BATISTA, 2017, p.48).

¹⁵⁶ Enunciado de nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste capítulo, pretende-se abordar o juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial, mais precisamente a identificação do interesse de agir, relacionando-o à capacidade da empresa em crise gerar os benefícios econômicos e sociais decorrentes da preservação da atividade empresarial e manutenção da fonte produtora, aludida, junto ao interesse dos credores, como a finalidade do processo de recuperação judicial no artigo 47 da Lei 11.101/05.

Para tanto, serão realizados breves apontamentos sobre a fase do juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial, as condições da ação e o interesse de agir. Feitas essas considerações relevantes para compreensão do tema, passaremos à abordagem da capacidade da devedora preservar sua atividade e gerar os benefícios econômicos e sociais dela decorrentes, relacionando tal fator ao interesse de agir no processo de recuperação judicial.

Assim, indica-se que, conforme previsto na legislação de insolvência (Lei 11.101/05), a recuperação judicial é o procedimento adequado à solução do problema estrutural de insolvência da devedora nas hipóteses de crise superável, com a capacidade de manutenção da fonte produtora e dos benefícios econômicos e sociais decorrentes dessa preservação.

Por outro lado, quando verificável que a requerente da recuperação judicial não se encontra mais em funcionamento ou não apresenta mais condições de manutenção da fonte produtora, a solução mais eficiente para o problema estrutural da insolvência empresarial é obtida através do procedimento falimentar, sendo, portanto, o procedimento adequado à satisfação do problema estrutural reconhecido.

Nesse sentido, se o procedimento da recuperação judicial não for capaz de atingir sua finalidade, conclui-se que o meio processual utilizado não é adequado. Isto é, se a via recuperacional não for adequada para conferir a mais eficiente solução do problema estrutural

3.1. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Para iniciarmos o trajeto proposto para o capítulo, é necessário, inicialmente, abordar o conceito de juízo de admissibilidade no âmbito da ciência processual.

Em análise à enciclopédia jurídica elaborada pela PUC-SP, temos o seguinte significado para “juízo de admissibilidade”:

O juízo de admissibilidade consiste na atividade judicial pela qual o Poder Judiciário analisa se foram preenchidos os requisitos mínimos exigidos para que a sua inércia seja rompida. Funciona como um mecanismo de filtragem em relação às demandas propostas diariamente perante o Judiciário, a fim que somente aqueles que preencham os requisitos exigidos sejam admitidos e ultrapassem a barreira para que a análise do mérito seja realizada.¹⁵⁷

Isto posto, quando alguém provoca a atividade jurisdicional do Estado, retirando-o de sua inércia pelo uso da garantia constitucional do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV), promove-se o início do processo. A partir de então, nasce, entre autor, juiz e – após a citação – réu, a denominada relação jurídica processual, que tende a se desenvolver até a emissão do provimento jurisdicional¹⁵⁸.

O direito fundamental de acesso à justiça, presente na norma constitucional supracitada (art. 5º, XXXV), não deve ser visto apenas como direito de acesso ao poder judiciário, mas, sim, como direito fundamental de acesso ao resultado final do processo, isto é, como direito de se obter um provimento jurisdicional sobre determinada situação concreta veiculada na demanda, como direito de acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito e a satisfação prática do direito.

Nesse sentido, o processo é iniciado, ao menos o de natureza cognitiva, para resolver o conflito de interesses levado ao conhecimento do Poder Judiciário, podendo-se, então, afirmar que a resolução do mérito é o fim normal, típico, do processo¹⁵⁹, de modo que, alcançado esse desiderato, se pode dizer que o processo obteve seu encerramento normal, com a prolação de uma sentença *strictu sensu*, definitiva de mérito.

Ocorre que, antes da emissão desse provimento jurisdicional pretendido sobre o caso concreto, é preciso que seja verificada a presença de determinados requisitos, sem os quais não pode o juiz sequer examinar a situação deduzida. Destarte, “incumbe ao juiz, antes de entrar no exame do mérito, verificar se a relação processual que se instaurou desenvolveu se [sic.] regularmente (pressupostos processuais) e se o direito de ação pode ser validamente exercido, no caso concreto (condições da ação)”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ URELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-2/juizo-de-admissibilidade>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, v. 53, n. 156, São Paulo, out/dez 1991, p. 48.

¹⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito da Ação*. No prelo. 2019.

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *As condições da ação penal*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1977; *As garantias constitucionais do direito de ação RT*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1973, p. 29.

A análise do preenchimento desses requisitos, portanto, é o que se entende como juízo de admissibilidade do processo, que precede o juízo de mérito (procedência ou improcedência da pretensão), e que é representado pelos pressupostos processuais e pelas condições da ação. Pode-se afirmar, então, que a análise da presença de tais requisitos se trata de um juízo prévio ao juízo de mérito, denominado “juízo de admissibilidade”, e permite que o magistrado analise se a parte efetivamente possui direito a ter sua pretensão apreciada, funcionando como um filtro de retenção de postulações inviáveis¹⁶¹.

Ou seja, existem dois tipos de juízos a serem realizados pelo magistrado em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso)¹⁶².

Temos, outrossim, que o juízo de admissibilidade deve ser realizado sob dois ângulos, tanto dos requisitos para o exercício do direito de ação (condições da ação), quanto dos requisitos de constituição e desenvolvimento regular e válido do processo (pressupostos processuais).¹⁶³ Isto é, os pressupostos processuais e as condições da ação integram o juízo de admissibilidade do processo, e sua presença é imprescindível ao exame do mérito, que consiste no alcance do objetivo final do processo¹⁶⁴.

José Carlos Barbosa Moreira (1984) esclarece que essa análise dos pressupostos processuais e das condições da ação tem por “finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio”, ou seja, deve trabalhar a favor da discussão central do processo judicial, que é o julgamento de mérito¹⁶⁵.

Deste modo, o juízo de admissibilidade visa a impedir o desenvolvimento de processos que, como instrumento, são imprestáveis ao objetivo maior e final de acesso ao bem

¹⁶¹ BARBOSA, Sara Miranda. A primazia do julgamento de mérito e a admissibilidade das demandas no *Código de Processo Civil de 2015*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Rodrigo Reis Mazzei. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020, pp. 60-61.

¹⁶² DIDIER JR., op. cit. 2010, p. 71.

¹⁶³ Como explica Bedaque, há entendimentos que colocam os Pressupostos Processuais e as Condições da Ação na mesma categoria: “Muito embora a distinção entre pressupostos processuais e condições da ação seja aceita pela unanimidade da doutrina pátria, tanto que acolhida pelo próprio legislador, não se vê tanta concordância nos autores alienígenas. Alguns confundem os institutos, tratando-os indistintamente como requisitos do direito à tutela jurídica (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, 53 (156) out/dez 1991, p. 49). Como o CPC/15 não trouxe mais o termo “condições da ação”, defendeu-se também que o Código teria adotado tal posicionamento. Sobre o ponto, veja-se o tópico seguinte desta pesquisa (Item 3.2)

¹⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 205-206.

¹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 83-93.

da vida desejado, ao atingimento, pela atividade jurisdicional, da vontade concreta da lei, com a pacificação social¹⁶⁶.

Apresentado o conceito de juízo de admissibilidade, importante demonstrar que, no sistema de direito positivo brasileiro, adotou-se os pressupostos processuais e as condições da ação como requisitos preliminares cuja inobservância impede o juiz de ter acesso ao julgamento do mérito¹⁶⁷, sendo causa extintiva do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, e respectivos incisos IV e VI, do Código de Processo Civil.

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr. (2017), os pressupostos processuais e as condições da ação:

São verdadeiras questões prejudiciais de ordem processual e que, por isso mesmo, não se podem confundir com o mérito da causa, já que nada têm a ver com a justiça ou injustiça do pedido ou com a existência ou inexistência do direito material controvertido entre os litigantes. O novo Código deixa claro que a ausência tanto dos pressupostos processuais como das condições da ação é motivo para extinção do processo, sem resolução do mérito, merecendo distinção de papéis demonstrada topologicamente nas fases de configuração (arts. 17, 70, 103, 239 etc.) e de causação da decisão extintiva (art. 485, IV e VI)¹⁶⁸.

Conclui-se, portanto, que o juízo de admissibilidade se trata de análise judicial sobre o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da demanda, das questões prejudiciais de ordem processual, cuja ausência impede o juízo de mérito, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação.

É uma espécie de filtro processual que, impedindo o prosseguimento das demandas onde não se verificam tais requisitos, enseja a prolação de sentença terminativa. Ademais, tais requisitos não se confundem com o mérito – o que será mais bem-demonstrado no tópico seguinte (item 3.2) – nem se confundem entre si.

Isto posto, necessário brevemente frisar que a distinção entre os pressupostos processuais e as condições da ação se observa na medida em que estas dizem respeito ao exercício regular da ação, considerada como o direito a um pronunciamento de mérito – seja

¹⁶⁶ BEDAQUE, op. cit. 1991, p. 49.

¹⁶⁷ Fredie Didier Jr. aponta, entretanto, que “nem toda falta de pressuposto processual leva ao juízo de inadmissibilidade do processo. Basta pensar na incompetência, cujo reconhecimento leva à remessa dos autos ao juízo competente, e no impedimento ou suspeição, cujo reconhecimento leva à remessa dos autos ao juiz substituto (art. 146, §5º, CPC).” (DIDIER JR., 2017, p. 353). Trata-se de vícios sanáveis, cuja superação deve ser oportunizada e buscada, antes da prolação de sentença terminativa, em conformidade com o princípio da primazia de julgamento do mérito (art. 4º, CPC) (art. 139, IX, CPC).

¹⁶⁸ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

favorável, seja desfavorável ao autor –, e aqueles à estrutura da relação processual gerada pelo exercício daquele direito^{169,170}.

Assim, pode-se afirmar que os pressupostos processuais são pressupostos de existência e de validade do processo, de modo que, para emitir o provimento final, sobre o caso concreto, o juiz necessita da presença de tais requisitos para que o processo se desenvolva sem vícios.

Na literatura, os pressupostos processuais costumam ser classificados em i) pressupostos de existência (ou pressupostos de constituição válida), necessários para a relação processual ser constituída validamente; e ii) pressupostos de desenvolvimento, necessários para que o processo tenha um desenvolvimento válido, um curso regular até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva.

Os primeiros, pressupostos de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo, dividem-se em subjetivos e objetivos. Os requisitos subjetivos relacionam-se aos sujeitos do processo, partes e juiz, compreendendo a competência do juiz para a causa, a capacidade civil das partes e a devida representação por advogado com capacidade postulatória. Já os objetivos, por sua vez, relacionam-se com a forma procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, compreendendo a) a demanda do autor e a citação do réu; b) a observância da forma processual adequada à pretensão; c) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido a advogado; d) a inexistência de litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem, ou de inépcia da petição inicial, também conhecidos como pressupostos negativos; e e) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual¹⁷¹.

Diante disso, concluímos que, no juízo de admissibilidade, ao juiz incumbe a verificação da instauração e desenvolvimento regular da relação processual (pressupostos processuais), bem como da validade de exercício do direito de ação (condições da ação), antes de entrar no exame do mérito.

Apresentados, ainda que brevemente, os pressupostos processuais, não aprofundaremos o debate sobre tais requisitos, eis que o presente estudo tem como recorte de

¹⁶⁹ URELLI, op. cit.

¹⁷⁰ “Com efeito, pensamos que os pressupostos processuais são sempre extraídos da relação processual a ser formada ou já constituída, porquanto sempre intrínsecos a esta relação, enquanto as condições da ação são absolutamente extrínsecas à relação processual, sendo aferidas em função da relação hipotética de direito material ou substancial afirmada na petição inicial” (ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Condições da ação no processo civil contemporâneo: enfoque sobre o interesse de agir no direito processual civil brasileiro. 40 anos de teoria geral do processo no Brasil*, pp. 60-61)

seu objeto a análise do interesse de agir no processo de recuperação judicial, elemento integrante da categoria das condições da ação, a qual, por sua vez, será analisada no tópico próprio seguinte.

3.2. CONCEITO DE CONDIÇÕES DA AÇÃO E SUA ABORDAGEM NO CPC/15

O direito de ação, constitucionalmente assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, foi objeto de diversos estudos ao longo do tempo e, conforme esses estudos se aprofundavam, tal direito sofreu densa evolução. Fruto dessa evolução, nasceram múltiplas teorias que tentavam explicar a natureza jurídica da ação.

Nesta pesquisa, não trataremos especificamente da evolução histórica do conceito do direito de ação e suas diversas teorias, ante a vasta doutrina sobre o tema¹⁷², e as limitações de espaço e de objeto do presente estudo.

Todavia, necessário apontar para o surgimento da teoria eclética da ação, com Enrico Tullio Liebman. Teve destaque essa teoria porquanto desvinculava o direito de ação do direito material, ao passo em que estabelecia certos requisitos para o ingresso de uma ação, quais sejam, as denominadas “condições da ação”.

Assim, sendo cumpridos tais requisitos, haveria o direito de ação. Lado outro, sem o respeito a essas condições, a demanda seria julgada extinta sem resolução do mérito, não havendo que se falar em direito de ação.

Importante remeter-se à teoria eclética da ação uma vez que, no direito positivo brasileiro, o advento do requisito processual de preenchimento das condições da ação para se adentrar no exame do mérito ocorreu a partir do Código de Processo Civil de 1973, que adotou a teoria elaborada por Liebman.

Segundo seu pensamento, para que o exercício do direito de ação existisse, seria necessário que o detentor da pretensão material preenchesse determinadas condições – interesse de agir, legitimidade "ad causam" e possibilidade jurídica do pedido -, e previu que, não ocorrendo qualquer das referidas condições, o processo deveria ser extinto, por carência da ação, sem resolução do mérito (Artigo 267, VI, CPC/73).

Para Liebman, as condições da ação são requisitos para a existência da ação, de modo que somente com a presença dessas condições se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la.

¹⁷² Aponta-se: SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil – 4 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 90 a 132.

Outrossim, Arruda Alvim Netto (1975) esclarece que condições da ação “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final”¹⁷³.

Humberto Theodoro Jr. (2017), por sua vez, afirma que:

[...] para atingir-se a prestação jurisdicional, ou seja, a solução do mérito, é necessário que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses. (...) Vale dizer: a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação”, cuja ausência, de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial¹⁷⁴.

Conclui-se, pois, que, após estabelecida regularmente a relação processual, as condições da ação são requisitos a observar para que o juiz possa solucionar o mérito, e que, portanto, operam no plano da eficácia da relação processual.

O Código de Processo Civil de 2015, como dito, não mais menciona o termo “condições da ação”, mas estabelece, em seu artigo 17, que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Ademais, prevê no artigo 485, VI, que o juiz não resolverá o mérito na hipótese de verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.

Assim, renovado o posicionamento do código, que traz agora a legitimidade e o interesse de agir como requisitos para a apreciação do mérito, não mais cultivando a ideia de que tais elementos sejam condições para a existência da ação¹⁷⁵.

Apointa-se acertada a retirada do termo “condições da ação” do diploma processual, diante de sua imprecisão linguística.¹⁷⁶ Isto porque, como conceito de condições da ação advindo da teoria eclética da ação, temos que estas seriam os pressupostos para a existência da ação, e, na falta de qualquer uma delas, inexistirá o direito de ação.¹⁷⁷ Por outro lado, parte

¹⁷³ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Código de Processo Civil Comentado. v. 2. São Paulo: RT, 1975, p. 315.

¹⁷⁴ THEODORO JR, op. cit., p. 192.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1 [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

¹⁷⁶ “Por outro lado, é injustificável que se desvinculando a existência do direito de ação da existência do direito material se persista no falar em condições da ação, como se ela fôsse condicionada. Nenhum daqueles requisitos postos como condição da ação resiste a mais profundo e detido exame.” (CALMON DE PASSOS, J. J. A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro. Livraria Progresso Editora, 1961, p.37.)

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 299, 315

dos processualistas brasileiros entende as condições da ação como requisitos a serem preenchidos para a análise do mérito pelo juiz.¹⁷⁸

Nesse sentido, Priscilla Rezende aponta que a verificação do interesse de agir e da legitimidade seriam “condições para a procedência do pedido”¹⁷⁹. Conforme Marcelo Abelha Rodrigues, “mais correto seria falar em condições da demanda, já que esta é que é o veículo utilizado pelo autor para exercitar a ação”.¹⁸⁰

A retirada do termo “condições da ação”, diante de notório debate teórico histórico do tema, foi objeto de análise antes mesmo da entrada em vigor do código processual de 2015. Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Câmara travaram patentes diálogos sobre o assunto, tendo por objeto duas questões: (I) a extinção (ou não) da possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação e (II) a extinção (ou não) da própria categoria condição da ação.¹⁸¹

Diante do debate travado¹⁸², parcela da doutrina, na esteira do que defendeu Fredie Didier Jr., passou a defender que o instituto foi afastado de nosso sistema processual,

¹⁷⁸ Neste sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 203; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990; p. 230

¹⁷⁹ Considerando que é impossível segmentar o interesse de agir e da legitimidade ad causam do direito material em conflito trazido ao processo, tais elementos compõem a categoria mérito-relação jurídica material. Não se tratam de condições para análise do mérito: integram o próprio mérito. Destarte, pode-se aferir que a apreciação positiva do interesse e da legitimidade, juntamente com o juízo positivo sobre o mérito-pedido são condições para a procedência do pedido. (REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. *As condições da ação sob a ótica do constructivismo lógico-semântico*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Espírito Santo, 2018, p. 112)

¹⁸⁰ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*, 3. Ed. São Paulo: RT, 2003. V.1

¹⁸¹ BORELLI, André Alia, LIGERO, Gilberto Notário, e CANSIAN, Vinicius Marin. *As condições da ação no CPC/2015 sob a ótica instrumentalista em busca da eficiência processual*. Revista de Processo. Vol. 282/2018, p. 93 - 112, Ago / 2018. P. 4.

¹⁸² Fredie Didier Jr., inicialmente, defendeu que a retirada do termo “condições da ação” ocorreu porque o instituto foi afastado de nosso sistema processual, apontando que o interesse de agir e a legitimidade passariam a ser tratados como pressupostos processuais. Já a impossibilidade jurídica do pedido seria causa de decisão de mérito, e não de admissibilidade, uma vez que o cotejo do pedido com o direito material só poderia levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflitasse com o ordenamento jurídico (DIDIER Jr., Fredie. *Será o fim da categoria “condição da ação”?: um elogio ao projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo, v. 36, n. 197, p. 255-260, jul. 2011). Alexandre Câmara, em resposta, coaduna com a opinião de Fredie Didier Jr. no que se refere à existência de apenas dois exames realizados pela jurisdição, o juízo de admissibilidade, e o juízo de mérito, mas conclui que as condições da ação e os pressupostos processuais não se confundem, porquanto, muito embora ambos estejam ligados à admissibilidade do provimento de mérito, eles dizem respeito a diferentes institutos da teoria do direito processual, quais sejam, ação e processo. Assim, as condições da ação figurariam como requisitos do direito de ação, e os pressupostos processuais como requisitos de constituição, validade e desenvolvimento do processo.

Quanto à extinção da possibilidade jurídica do código de processo civil, entende que o instituto foi absorvido pelo interesse de agir, tratando-se da aceitação da última versão do entendimento de Liebman, que, nas últimas edições do seu “Manual”, retirou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sustentando que esta era absorvida pelo interesse. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Será o fim da categoria “condição da ação”?: Uma resposta a Fredie Didier Junior*. Revista de Processo. Vol. 197, p. 261-269. São Paulo: RT, Jul. 2011.) Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, ratificou o posicionamento de Fredie Didier no sentido de que, inexistindo previsão legal das condições da ação, não havia motivos para tratá-las diversamente dos pressupostos

apontando que o interesse de agir e a legitimidade passariam a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto.

De acordo com esse posicionamento, o CPC de 2015 teria consagrado o binômio pressupostos processuais-mérito, e que:

[...] ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação ad causam ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária)¹⁸³.

Isto porque, já há tempo, uma das principais objeções à teoria das condições da ação de Liebman é que, se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Destarte, não haveria sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente¹⁸⁴.

De outro lado, faz-se presente o entendimento de que os pontos a serem examinados pelo juiz se tripartem e, além dos pressupostos processuais, deverão ser examinadas, também, as condições (ou requisitos) da ação, antes de atingida a última etapa, que é a composição da lide (resolução do mérito) entre as partes. Nesta linha de raciocínio, as condições da ação não se confundem com o mérito da causa, e os requisitos ou condições da ação formam outra categoria a ser examinada pelo juiz, antes de resolver o mérito da causa.¹⁸⁵

A respeito, parece-nos adequado o posicionamento que rebate essa unificação pretendida, em razão da diferença substancial entre os pressupostos, que se situam no plano puramente processual, de validade do processo, e as condições, que figuram no campo da

processuais, por não haver distinção prática que trouxesse a necessidade de fracionamento do juízo de admissibilidade. Além disso, também coadunou com Fredie Didier no que tange ao tratamento da possibilidade jurídica do pedido como questão de mérito. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação?: Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. Vol. 198, p. 227-235. São Paulo: RT, Ago. 2011)

¹⁸³ DIDIER Jr., op. cit., 2017. p. 345.

¹⁸⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesa civil*. Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2, p. 44-50; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 83-84; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: RT, 2004, p. 352, nota 140.

¹⁸⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno* [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

inviabilidade de emissão de um provimento de mérito, ainda que o processo seja regular e válido, isto é, no plano da eficácia¹⁸⁶.

Inclusive porque o Código, ao que nos parece, perfilhou-se a essa corrente, haja vista ter classificado como hipóteses distintas de extinção do processo sem resolução de mérito as que decorrem da falta de pressuposto processual (art. 485, IV) e aquelas motivadas pela ausência de condição da ação (art. 485, VI)¹⁸⁷.

Ultrapassada tal controvérsia, cumpre ressaltar, ainda, que o §3º do art. 485 do CPC/15 disciplina que o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. Norma esta que emite posicionamento tanto pelo caráter de ordem pública, imprescritível e auferível de ofício das condições da ação, quanto pelo momento processual de exercício do juízo de admissibilidade.

Faz-se necessário, portanto, breve análise sobre as consequências da extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade e interesse de agir, em qualquer tempo e grau de jurisdição enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Como ressalta Didier Jr. (2017), a interpretação da locução “qualquer tempo e grau de jurisdição”, que consta do artigo 465, §3º, do CPC, deve ser literal, o que significa qualquer grau de jurisdição mesmo, seja ordinário ou extraordinário. Assim, v.g., mesmo que um recurso extraordinário/especial seja interposto por outro motivo, devidamente pré-questionado, e seja conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio*, ou por provocação, de eventual ilegitimidade ou interesse de agir, extinguindo o processo sem resolução do mérito¹⁸⁸.

Por mais que essa locução não seja afeta diretamente às condições da ação, mas às matérias de ordem pública, surge nítida contradição ao se estabelecer a legitimidade e o interesse como requisitos preliminares da demanda, e verdadeiras condições para a apreciação do mérito, e, a *contrario sensu*, permitir a extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de uma dessas condições, após já analisado o mérito da causa.

¹⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Jr. *Revista de Processo*, n. 197, jul. 2011, pp. 261-269. Reporta-se o autor à lição de Comoglio, Ferri e Taruffo (2006), segundo a qual, a propósito das condições da ação, “[...] não se trata, portanto, de um mero pronunciamento processual, como acontece com a verificação negativa dos ‘pressupostos processuais, mas se trata de uma decisão que tem por objeto o que os práticos definem como mérito em sentido amplo, conectando-se, de qualquer modo, ao intrínseco da demanda (ou, se se preferir, à maneira pela qual esta é proposta e quanto ao que nela se pede) [...] Estas, portanto, se comportam funcionalmente como condições de admissibilidade da pronúncia sobre o assim chamado mérito em sentido estrito (ou seja, sobre o fundamento intrínseco da demanda proposta)” (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2006, pp. 240-241).

¹⁸⁷ THEODORO JR., op. cit., p. 194.

¹⁸⁸ DIDIER Jr., op. cit., 2017, p. 817.

Isto porque, após análise concreta e detalhada da causa, e exaurida sua instrução, não se pode mais admitir que se mantenha, invariavelmente, como solução de preliminar processual, o pronunciamento do juiz que acolha a falta de legitimidade ou de interesse.

Em tal estágio, o que, na verdade, se está decidindo é se, *in concreto*, o autor tem, ou não, condições de exigir a prestação que reclama do réu. Portanto, a decisão que tardiamente se propõe a examinar as condições de ação, principalmente quando proferida por Tribunal de segundo grau ou em jurisdição extraordinária, só pode, em regra, qualificar-se como decisão de mérito, pouco importando o rótulo ou o *nomen iuris* que se lhe atribua¹⁸⁹.

Nesse sentido, Mouta Araújo (2014, p. 37) afirma que

se for ultrapassada a análise abstrata da condição da ação e adentrado ao mérito da causa, deve ocorrer a extinção do processo com sua resolução (art. 269 do CPC/1973) [art. 487, do NCPC]. Contudo, se ocorrer a extinção sem resolução de mérito, a decisão estará sujeita inclusive à ação rescisória, eis que se trata de falsa carência de ação¹⁹⁰.

Contudo, mediante técnica processual, fruto de opção legislativa, que autoriza a verificação tardia dos pressupostos processuais e das condições da ação, o Código de Processo Civil esvai-se da abstração teórica para autorizar a verificação tardia desses requisitos, em qualquer grau de jurisdição, conforme dita o artigo 485, §3º do CPC.

Como se vê, trata-se de opção política positivada no Código Processual que aponta para medida entendida como eficiente a evitar o processamento de demandas em que se verifique a ausência dos pressupostos processuais e das condições da ação.

De igual maneira, portanto, quando se trata da verificação do interesse de agir após a utilização de atividade probatória específica para averiguação deste critério no caso concreto, como será visto com a utilização da constatação prévia na recuperação judicial, igual tratamento deve ser dado às hipóteses de sua ausência, qual seja, o proferimento de sentença terminativa, por ausência de interesse, nos termos do artigo 485, VI.

De grande relevância, pois, a discussão acerca do limite “temporal” de apreciação das condições da ação, vez que dele dependem situações jurídicas importantíssimas, como a coisa julgada e a rescindibilidade da sentença, que pressupõem sentenças de mérito, bem como eventual privação da garantia fundamental de acesso à justiça.

¹⁸⁹ THEODORO JR., op. cit., p. 202.

¹⁹⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões sobre perda superveniente de condição da ação e sua análise jurisprudencial. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 135, jun. 2014, p. 37.

Quanto à matéria relativa à coisa julgada, outra novidade trazida pelo Código de 2015 merece destaque, qual seja, a necessidade de correção do vício anterior para repositura da ação julgada carente por ausência de interesse ou legitimidade.

Isto porque, de acordo com a sistemática do Código de 1973, nos casos em que o juiz proferia sentença terminativa sem analisar o mérito por carência de ação, não havia formação de coisa julgada material, o que não impedia à parte a repositura da ação, tendo em vista o julgamento sem análise do mérito. Assim, conforme se observa do Código vigente, o artigo 486 afirma que o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. Contudo, adverte o §1º que, dentre outros, no caso de extinção por ausência de interesse e legitimidade, a propositura de nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

Diante do referido dispositivo, que acolhe pleito doutrinário e jurisprudencial já previamente existente, a modificação parece oferecer solução mais técnica à questão da repositura em casos de ausência de uma das condições da ação, cuja coincidência com a posição do STJ demonstra um aproveitamento das “construções jurisprudenciais saudáveis” ao processo¹⁹¹.

Referida modificação, ademais, caminha ao encontro da contemporânea visão a respeito da correção de vícios no curso do processo, em clara homenagem ao princípio da primazia no conhecimento do mérito, e em consonância com o artigo 317 do Código de 2015, o qual determina que “Antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Desta forma, nos casos de ausência de legitimidade ou de interesse processual, uma vez corrigido o vício, poderá o autor retomar o processo, evitando a extinção do feito sem julgamento do mérito, o que valoriza a economia processual, a instrumentalidade das formas e a adaptabilidade do procedimento¹⁹².

Outra inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi ter sido extirpada a menção expressa à possibilidade jurídica do pedido como requisito para postular em juízo e como uma das hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, como se observa da redação dos artigos 17 e 486, VI, do CPC.

¹⁹¹ ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 191, jan. 2011, p. 299. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6007a00000137987dbaeb6f2bdae4&epos=10&spos=10&page=0&td=67&savedSearch=&searchFrom=&context=79>>. Acesso em: jun. 2019.

¹⁹² PELLEGRINA ALVES, Gabriela; CAMARGO DE AZEVEDO, Julio. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XIV.

No que tange à possibilidade jurídica do pedido, nas palavras de Pontes de Miranda (1996, p. 488),

Quando se diz “ser possível” não se diz que “é”, o juiz, na espécie do artigo 267, VI, tem de ver se há possibilidade jurídica, e não se o autor tem ou não razão. O que se apura é se, conforme o pedido, há regra jurídica, mesmo que não escrita, que poderia acatá-lo. O que importa é que o juiz, conhecendo como deve, o sistema jurídico, e, tendo diante da situação de ter ou não de extinguir o processo sem julgamento do mérito, chegue à conclusão de que é impossível ter sentença favorável o autor¹⁹³.

Nesse sentido, tinha-se por possibilidade jurídica do pedido a exigência de que deveria existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pedia por meio da ação¹⁹⁴. Esse requisito, de tal sorte, consistia na prévia verificação que incumbia ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realizava-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico¹⁹⁵.

Exposto o conceito do termo, é mister destacar que não há mais menção à “possibilidade jurídica do pedido” como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observa-se que não há mais menção a ela tampouco como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, §1, CPC). Todavia, foram criadas várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido¹⁹⁶. Nesse sentido, o Enunciado 36 do FPPC afirma que: “As hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido ensejam a improcedência liminar do pedido”.

Destarte, há também corrente doutrinária que entende que o cotejo do pedido com o direito material só poderia levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua improcedência, caso conflitasse com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revelasse temerária ou absurda¹⁹⁷.

Prevalece, porém, o entendimento de que, mesmo após o advento do novo Código, a impossibilidade jurídica do pedido permanece constituindo hipótese de falta de condição da ação, vez que, quando há inadequação da pretensão, e, portanto, há impossibilidade jurídica,

¹⁹³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III: arts. 154 a 281, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 488.

¹⁹⁴ BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição*, n. 39, p. 88; LIEBMAN, *op. cit.*, I, n. 14, p. 45.

¹⁹⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, *op. cit.*, I, p. 316.

¹⁹⁶ DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 346.

¹⁹⁷ ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. v. 2. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 270.

acarreta-se falta de interesse de agir, quando o instrumento processual adotado pelo autor é, direta ou indiretamente, proibido pelo ordenamento¹⁹⁸.

Assim, pertinente a alteração trazida pelo Código atual, que, ao silenciar sobre a impossibilidade jurídica do pedido, permite a interpretação de que tal requisito, por vezes, se confundirá com o mérito ou será subsumido no interesse.

Apresentado o tratamento dado ao interesse de agir e à legitimidade no Código de Processo Civil de 2015, e apresentadas as alterações trazidas pelo código vigente, podemos concluir pelo tratamento destes como requisitos ao julgamento de mérito¹⁹⁹, fruto de opção legislativa, visando a economia processual, a celeridade, e que a atividade jurisdicional se desenvolva com vistas ao resultado que pode produzir.

Como se vê, tanto os pressupostos processuais como as condições da ação são exigências ou requisitos preliminares, cuja inobservância impede o juiz de ter acesso ao julgamento do mérito.²⁰⁰

Após a apresentação de ambos os conceitos, apresenta-se conclusão de Humberto Theodoro Jr. sobre a diferença da natureza e efeitos das sentenças, conforme acolham matéria ligada aos pressupostos processuais, às condições da ação, ou ao mérito:

(a) o reconhecimento da ausência de pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo; (b) o da ausência das condições da ação redundam em extinção do processo válido, sem resolução de mérito; e (c) o da ausência do direito material subjetivo conduz à declaração judicial de improcedência do pedido, e não da ação, como é de praxe viciosa e corriqueira na linguagem forense. Isto porque, uma vez admitida a ação (ou seja, uma vez presentes as condições da ação), nunca poderá ser ela considerada improcedente, posto que sua existência independe do direito material disputado, como já se demonstrou.²⁰¹

Com a diferenciação dos provimentos judiciais acima, indica-se que o objeto do presente estudo, que trata da verificação do interesse de agir no processo de recuperação

¹⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

¹⁹⁹ A ordem processual só outorga o efetivo direito ao julgamento de mérito a quem esteja amparado pelas condições da ação e também seja capaz e se apresente adequadamente representado, dirija-se a juiz legitimamente investido e realize todos os atos processuais aptos a conduzir o dever judicial de prover sobre a demanda inicial. 151 (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 179.)

²⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 202.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 195-196.

judicial, encontra-se no âmbito da sentença que infirma a extinção de processo válido, sem resolução de mérito. Sob essa ótica, passemos à análise do requisito do Interesse de Agir.

3.3. O INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir, ou interesse processual, como visto, é requisito trazido pelos artigos 17, 330, III, e 485, VI, do Código de Processo Civil.

Segundo Liebman, corresponde a um interesse processual, de caráter secundário e instrumental, com relação ao interesse substancial primário. Tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. Portanto, afirma-se que o interesse de agir decorre da necessidade de se obter, através do processo, a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo²⁰².

Sobre a diferenciação entre interesse primário e interesse secundário, Calmon de Passos, a despeito das notáveis críticas²⁰³ à visão de Liebman, aponta que “:O interesse de agir, por conseguinte, é um interesse secundário e abstrato, referido a um interesse determinado e concreto, que pode ser tanto um interesse primário (de direito material), como um interesse secundário (de direito processual)”²⁰⁴

Nesse sentido, afirma-se que tem interesse processual aquele que deduz perante o juízo direito subjetivo ou potestativo, individual ou coletivo, cuja satisfação dependa daquela modalidade de tutela jurisdicional por ele pleiteada. Desta forma, a utilidade da tutela jurisdicional para a solução da controvérsia revela a existência de interesse quando se demonstra adequada à eliminação da crise de direito material.²⁰⁵

Sob essa ótica, a ausência de interesse, que, como visto, impede a prolação de sentença definitiva de mérito, decorre da não correspondência entre o fato narrado e a tutela pleiteada, que pode ser desnecessária ou inadequada.²⁰⁶

²⁰² LIEBMAN, op. cit., I, p. 203.

²⁰³ “Concluindo, vê-se que o interesse, ou a necessidade de tutela jurídica, não é condição de uma sentença de mérito, nem de uma sentença favorável, mas de qualquer espécie de provimento, mesmo daqueles de conteúdo puramente processual. Fazê-lo, pois, condição da ação é arbitrário e injustificado. Mais que condição da ação, o interesse, ou necessidade da tutela jurídica, é um pressuposto de todo e qualquer ato processual (CALMON DE PASSOS, J. J. A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro. Livraria Progresso Editora, 1961, p.41)

²⁰⁴ Ibidem, p.40

²⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 303.

²⁰⁶ Ibidem, p. 303.

Verifica-se, pois, a presença de duas modalidades no interesse de agir, que “está representado, esquematicamente, pelo binômio necessidade-adequação”.²⁰⁷ Isto é, “a utilidade do provimento pode ser verificada pela necessidade da atividade jurisdicional, e pela adequação do procedimento e do provimento desejados.”²⁰⁸

Portanto, partindo do ponto de vista do interesse como necessidade, temos que, para que haja interesse de agir, é preciso que a tutela jurisdicional seja necessária para o autor, ou seja, que ele não possa conseguir o bem da vida sem a tutela requisitada.

Como aponta Allorio, trata-se da necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade.²⁰⁹ Arruda Alvim Netto exemplifica tal situação como aquela que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, não sendo feita, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão, isto é, o direito de que nos afirmamos titulares.²¹⁰

Já no que tange ao interesse na modalidade adequação, esta se configura na aptidão do provimento jurisdicional pleiteado pela parte em resolver a crise de direito material posta em juízo. Isto é, o provimento pleiteado pelo autor deve ser hábil a solucionar a crise por ele trazida à apreciação do órgão de jurisdição. Para se revelar o interesse-adequação, a tutela jurisdicional pedida pelo demandante deve ser adequada para a satisfação da sua pretensão. Arrematando, e demonstrando o interesse de agir sob ambas as modalidades apresentadas, Bedaque expõe que:

“Se a situação de direito material descrita pelo autor não representa crise alguma, ou se a tutela pleiteada não é adequada à solução da controvérsia apresentada, o juiz deverá impedir o prosseguimento do processo, porque inútil. Simplesmente dirá que o autor ainda não precisa da tutela jurisdicional, ou que o litígio apresentado não comporta a solução pretendida.”²¹¹

Isto posto, o interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1987, p. 299.

²⁰⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 209 in CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Interesse processual: anotações conceituais, revisitação de um instituto no CPC 2015 e reflexos nas ações coletivas. Revista de Processo, v. 255, 2016

²⁰⁹ ALLORIO, Enrico. Problemas de Derecho Procesal. Buenos Aires: EJE, 1963, v. II, p. 270.

²¹⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Op. cit., 1975, I, p. 318.

²¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 344.

Necessário apontar, todavia, o forte posicionamento doutrinário que aponta o interesse de agir como categoria jurídica de direito material, de modo que sua averiguação acarreta exame de mérito.

Ovídio Baptista, nesse sentido, preceitua que “É claro que a investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial.”²¹²

Bedaque, por sua vez, aponta a problemática de identificação do interesse processual, afirmando que não há precisão quanto à linha divisória entre interesse processual e mérito, e arremata que:

Tanto quanto nas demais condições da ação, o exame do interesse de agir contém juízo sobre aspectos da relação material. Nos limites da cognição realizada, a sentença produz efeito no plano da relação material e é apta a tornar-se imutável. Aproxima-se, pois, da sentença de mérito.²¹³

No ponto, Rodrigo Mazzei e Tiago Gonçalves, sobre a natureza do interesse de agir, concluem que não se pode identificar o interesse de agir como sendo um simples interesse processual, um interesse à obtenção de tutela jurídica. Pois, enquanto requisito para o reconhecimento da ação de direito material, o interesse secundário se situa, também, no campo do direito material.²¹⁴

Assim, nenhuma das chamadas condições da ação consistiria, de fato, em condição (requisito) para a existência da ação, e todas têm em comum o fato de serem analisadas pelo órgão julgador no bojo do processo, mas remetem ao direito material, razão pela qual se afirma que operam como cordão umbilical entre ambos. Tanto por isso que Dinamarco as define como “faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial”.²¹⁵

O interesse de agir, portanto, como integrante das denominadas condições da ação vistas acima, apresenta-se como categoria que auxilia na realização de uma filtragem de postulações ditas inviáveis, diretamente relacionada ao direito material, mas sem que se emita decisão sobre ele. É tratado, no direito positivo, como requisito extrínseco ao mérito.

²¹²SILVA, Ovídio Baptista da, 1929 -Teoria Geral do Processo Civil – 4 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.128.

²¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 302/337.

²¹⁴GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, R. R. O mérito do processo e o interesse de agir. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 436, p. 29-42, 2014

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições do direito processual civil. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 297

Ou seja, a funcionalidade do instituto reside no tratamento a ele conferido pelo legislador processual, que pode ser alterada. Nada impede que opte o legislador por atribuir natureza de julgamento de mérito à sentença de carência por falta de interesse.²¹⁶

É dotado, portanto, de caráter instrumentalista, e “constitui expediente destinado a evitar processos injustificados, permitindo a verificação da utilidade social da iniciativa judicial, só admissível se apta a contribuir de forma real para a efetivação do direito e a pacificação social.”²¹⁷

Por tais, motivos, reitera-se nosso posicionamento que a ausência do interesse de agir e da legitimidade como hipóteses de prolação de sentença terminativa, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, se trata de técnica processual adotada mediante opção política para um processo mais eficiente e com a finalidade de se evitar o processamento de demandas e fortalecer a utilidade da tutela jurisdicional.

Tanto assim que o Código de Processo Civil, desvinculando-se da abstração teórica, autoriza a verificação tardia do interesse de agir, em qualquer grau de jurisdição, conforme dita o artigo 485, §3º do CPC, muito embora encontre-se na doutrina os ensinamentos de que a única maneira de diferenciar o interesse processual do mérito propriamente dito é a profundidade da cognição.²¹⁸

Portanto, a despeito das considerações apresentadas acerca da relação entre interesse de agir e mérito, a análise feita neste trabalho será coerente com o direito positivo brasileiro, que decidiu manter o interesse e a legitimidade como hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, independente da utilização de cognição judicial para sua averiguação, haja vista a possibilidade de conhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição. Importante essa observação para fins de abordagem da técnica da constatação prévia, no seguinte.

Estabelecidas tais premissas, conclui-se utilizando o entendimento de Marinoni, Arenhart, e Mitidieiro acerca do interesse de agir sob a perspectiva do Código de 2015, que assim dissertam:

²¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 337.

²¹⁷ Ibidem, p. 302.

²¹⁸ “Não é outra a razão por que a única maneira de diferenciar o interesse processual do mérito propriamente dito é a profundidade da cognição.” (Ibidem, p. 307). “essa ponte não pode ser muito estreita, pois acabaria levando a verdadeira identificação entre ambos. Por isso, a cognição do juiz deve limitar-se a uma análise hipotética do afirmado na inicial. A dilação probatória vai implicar, pois, a análise da relação material deduzida na inicial, que será considerada existente ou não. Isso é mérito.”

O autor tem interesse quando necessita da jurisdição para a tutela do direito. Como essa necessidade diz respeito à proteção de determinada situação concreta, é preciso que o modelo procedimental escolhido ou apresentado como apto para tutelá-la ou protegê-la seja realmente adequado a tanto. Daí a razão pela qual se diz que o interesse processual pode ser bem representado pela necessidade e utilidade da tutela jurisdicional.

Tudo isso quer dizer que, diante do novo Código de Processo Civil, é possível afirmar que o direito de ação é direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. Esse direito não se submete às velhas condições para sua existência. É um direito de natureza processual totalmente abstrato e independente da efetiva existência do direito material alegado em juízo²¹⁹.

Assim, ressalvadas as anotações acerca do entrelaçamento entre o exame do interesse de agir e o exame de mérito, demonstrado que o interesse de agir diz respeito à "relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e provimento de tutela jurisdicional pedido"²²⁰, mormente no que tange à adequação do provimento pleiteado ao tratamento da situação antijurídica constatado, e apresentada a previsão legal deste requisito de admissibilidade da demanda, seguiremos para sua verificação no processo de recuperação judicial.

3.4. A CAPACIDADE DE GERAR BENEFÍCIOS SOCIAIS E ECONÔMICOS COMO INTERESSE DE AGIR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste tópico, será feita a abordagem central do presente estudo, realizando-se um apanhado sobre os diversos interesses presentes no processo de recuperação judicial, o reconhecimento do interesse social no procedimento e a preservação da empresa como princípio maior da legislação recuperacional.

Indo além, demonstrar-se-á que a capacidade da empresa em crise de gerar os benefícios econômicos e sociais decorrentes de sua preservação, instituídos como objetivos da Lei 11.101/05, trata-se, pois, de condição lógica de existência desse processo.

Destarte, faremos uma tradução dessa capacidade para as regras de processo civil, identificando tal critério como abarcado pelo instituto de direito processual, na modalidade adequação.

Para o melhor desenrolar do presente tópico, cumpre que seja abordada, inicialmente, a norma positivada sob o artigo 47 da Lei 11.101/05, que aponta como o objetivo do sistema de recuperação judicial brasileiro a realização dos valores nela elencados, *in verbis*:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a

²¹⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, op. cit., p. 157.

²²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, Vol. I. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 207.

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.

Isto posto, antes de adentrarmos especificamente nos objetivos do procedimento concursal brasileiro, faz-se mister que seja relatado que o debate acerca dos objetivos de uma legislação de insolvência é disciplina que não possui um consenso no debate internacional.

As correntes acerca dos propósitos do sistema concursal, no plano internacional, derivam do debate teórico norte-americano. A título de exemplo, expõe Sheila Cerezetti (2012) que os sistemas de insolvência europeus podem ser divididos em dois grandes grupos, refletindo, cada um deles, os posicionamentos doutrinários encontrados nos Estados Unidos²²¹.

Assim, o debate costuma ser traçado por aqueles que, de um lado, defendem ser o crédito o bem maior a ser tutelado nas legislações sobre o tema e, de outro, por autores que sustentam a preservação da empresa como o objetivo primordial da lei²²².

Isto é, para uma parcela da doutrina, filiada à corrente da *Law and Economics*, no tratamento dispensado à insolvência, deve prevalecer o interesse dos credores, defendendo-se que a legislação deve estar orientada para garantir a máxima satisfação dos créditos²²³.

Por outro lado, parcela dos teóricos defende que a preservação da empresa, com a consequente manutenção dos postos de trabalho e a minimização dos impactos sociais da crise, deve ser o objetivo mais importante da legislação concursal²²⁴.

Nesse contexto, a legislação falimentar brasileira atual (Lei 11.101/05), assim como a dos EUA e a da França, filia-se a esta última concepção, na medida em que elege, no citado artigo 47, a preservação da empresa como princípio norteador, em atenção aos interesses de todas as classes que gravitam em torno dela²²⁵.

²²¹ CERZETTI, op. cit., p. 132 (nota 141); 145-146.

²²² “Todavia, a polêmica não é pautada pelos mesmos termos aqui utilizados. Ao invés de se falar em ‘satisfação dos credores’ e ‘preservação da empresa’, são utilizadas as expressões ‘maximização do valor para distribuição aos credores’ e ‘objetivos redistributivos mediante a proteção a uma variada gama de interessados’”. (CERZETTI, 2012, p. 145).

²²³ Nesse sentido: BAIRD, Douglas G.; JACKSON, Thomas H. Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interest: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy. *University of Chicago Law Review*, v. 54, 1984, pp. 97-130; BAIRD, Douglas G. Loss distribution, fórum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren. *University of Chicago Law Review*, v. 54, 1987, pp. 815-834.

²²⁴ Nesse sentido: WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in a imperfect world. *Michigan Law Review*, v. 92, 1993.

²²⁵ TELLECHEA; SCALZILLI; SPINELLI, op. cit., pp. 6631-6632.

O princípio da preservação da empresa – de que abordaremos mais profundamente logo a seguir – é basilar da LREF, que informa todo o sistema de insolvência brasileiro²²⁶. Para facilitar sua compreensão e os diversos interesses presentes no processo de recuperação judicial, faremos uma análise do desenvolvimento desse princípio cardeal do procedimento recuperacional eleito pela Lei 11.101/05, que remonta à teoria institucionalista acerca do interesse social.

A definição de interesse social é tarefa de árdua dureza²²⁷, tendo em vista os diferentes posicionamentos e teorias sobre sua compreensão e utilidade, sendo objeto de inúmeros estudos históricos, notavelmente pela doutrina alemã²²⁸.

Destarte, pelo fato de o princípio da preservação da empresa, encampado na legislação pátria, derivar da teoria institucionalista do interesse social, abordaremos o tema sob esse prisma, eis que o propósito destas linhas é, justamente, a melhor compreensão dos interesses a serem protegidos pela legislação à luz do referido princípio norteador.

Essa teoria institucionalista remonta suas origens à publicação de Walther Rathenau²²⁹, que, pioneiramente, enfatizou a relevância social da empresa e o interesse público representado por ela como fatores para justificar a limitação da influência de proprietários interessados apenas em satisfazer seus próprios interesses²³⁰.

Para essa concepção de interesse social, a sociedade empresária tem extrema relevância para o Estado e para a sociedade, exercendo funções de notável importância para estes, o que justifica o interesse deles e da economia em geral, nas empresas, podendo-se traduzir tal interesse na sobrevivência e desenvolvimento de empresas eficientes²³¹.

²²⁶ Para a jurisprudência pátria: “A preservação da empresa é o maior princípio da Lei 11.101/2005, não se olvidando que os princípios têm peso e densidade, devendo ser mensurados. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, mercê do que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o juiz deve dar prevalência ao princípio.” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 461.740-4/00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 28/02/2007; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 129.079/SP, Rel. min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11/03/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.462.032/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/02/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.173.735/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22/04/2014)

²²⁷ Sobre o tema, veja-se o trabalho de Sheila Cerezetti (2012), que estuda as linhas contratualistas e institucionalistas do interesse social, abordando as origens, desenvolvimento e atual posicionamento de ambas.

²²⁸ Sobre o tema: RAISER, Thomas. Das Unternehmensinteresse. In: REICHERT-FACILIDES, Fritz; RITTNER, Fritz; SASSE, Jurgen (orgs), *Festschrift für Reimer Schimidt*. Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 1976, pp. 101-119; MERTENS, Hans-Joachim. *Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats*, *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht* 2, 1977, p. 275; LASKE, Stephan. *Unternehmensinteresse und Mitbestimmung*, *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht* 2, 1979, p. 173.

²²⁹ RATHENAU, Walther. *Von aktienwesen – eine geschäftliche Betrachtung*. Berlin: Fischer, 1917, pp. 7-62. (trad. Brasileira de Nilson Lautenschleger Jr., *Do sistema acionário – Uma análise negocial RDM 128/199-203*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002).

²³⁰ CEREZETTI, op. cit., p. 168.

²³¹ Ibid., p. 169.

Assim, a identificação entre interesse social e preservação da empresa decorre do entendimento de que a preservação é um interesse básico ou mínimo a todos aqueles que, de alguma forma, participam da empresa, pois a satisfação dos interesses de cada um desses participantes depende da manutenção da atividade empresarial²³².

Sob essa ótica, pois, a empresa é vista não somente como o resultado da união de sócios/acionistas, mas como uma organização que agrega múltiplos participantes e diversos interesses, de modo que seu propósito não pode ser limitado apenas à maximização de lucros, mas deve alcançar o bem comum, através da coordenação dos referidos interesses.

É a partir dessa compreensão de empresa como organização capaz de coordenar múltiplos interesses que se permite a aceitação da expressão “preservação da empresa” como elemento mínimo de interesse a todos os participantes²³³, e, portanto, de onde advém o posicionamento do princípio da preservação da empresa como norma fundamental norteadora do procedimento recuperacional brasileiro.

Isto posto, a positivação da preservação da empresa no art. 47 da LREF como o princípio de maior importância no ordenamento de insolvência traduz o tratamento dado pela legislação à superação da dificuldade financeira da empresa, não apenas em relação à necessária composição entre devedor e credor, mas também ao Poder Público e à coletividade, reconhecendo-se o interesse social na preservação e saneamento da empresa²³⁴.

Assim, o artigo mencionado visa à superação da crise econômico-financeira da empresa justamente no intuito de estimular a atividade econômica e garantir os interesses não somente dos credores em geral, mas também dos trabalhadores, com a preservação dos empregos e de toda a coletividade, além do incentivo ao mercado e do pagamento de tributos.

Fica realçado, portanto, através da referida norma, o aspecto publicístico conferido à empresa e o reconhecimento da pluralidade de interesses por ela envolvidos que contribuem para a formação do interesse social e, inclusive, justificam o enquadramento do processo de recuperação judicial como processo coletivo e estrutural, nos termos trabalhados no capítulo anterior.

Conclui-se, assim, com a noção de que o princípio norteador do sistema recuperacional visa a proteger a empresa e a promover a satisfação da comunhão de interesses gerais por ela abrangidos, englobando-se os interesses das coletividades como um todo, conforme abordado no capítulo anterior.

²³² Ibid., p. 173.

²³³ Ibid., p. 176

²³⁴ Ibid., p. 205.

Sobre o tema, escreve Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (2009) que:

[...] em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento e perspectiva de lucro futuro, entre outros²³⁵.

Ocorre, contudo, que a continuação da atividade de uma empresa, que pode representar enormes benefícios econômicos e sociais à sociedade, somente é apta a produzir tais efeitos nos casos em que efetivamente haja condições de manutenção da atividade empresarial em crise. Assim, também decorrente do interesse social presente nos objetivos da lei recuperacional, a manutenção deve ser buscada apenas nos casos em que a empresa apresente as condições de entregar os resultados sociais que dela se espera.

Contudo, nos casos em que não há indícios da viabilidade da empresa, o bem a ser protegido e alcançado mediante o recurso ao Poder Judiciário deve ser a sua eficaz e célere liquidação. Isto é, a principal função que se espera de uma lei falimentar, portanto, é que seja possibilitada a recuperação do recuperável, mas, quando não for possível, que seja realizada uma rápida liquidação do negócio econômico inviável²³⁶.

Isto porque perseguir a qualquer custo a manutenção de atividade de empresa cuja solvabilidade é irreversível, ao contrário, acarreta inúmeros danos para todos aqueles interesses direta e indiretamente envolvidos, eis que os custos da recuperação acabam sendo pulverizados para toda a sociedade através de uma enorme e complexa teia de relações econômicas e sociais²³⁷.

Manoel Justino Bezerra Filho (2013), sobre o tema, leciona que:

[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 da

²³⁵ PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do Direito Falimentar e Recuperacional brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Titular Fábio Ulhoa Coelho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 50.

²³⁶ LISBOA; DAMASO; SANTOS; COSTA. A racionalidade econômica da Nova Lei... p. 34-35 (Ver kindle)

²³⁷ ELIAS, Luis Vasco; NOGUEIRA, Ana Maria Beatriz Martucci. O deferimento do processamento da Recuperação Judicial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. *Processo Societário*. v. 2. São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 440.

produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social²³⁸.

Fábio Ulhoa Coelho (2014), também sobre o custo da recuperação judicial, afirma que:

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 no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo²³⁹.

A LREF reserva a recuperação judicial àquelas empresas capazes de soerguer-se e, portanto, de superar a situação de crise econômico-financeira em que se encontram ao pleitear, em juízo, a recuperação. Assim, a concessão da recuperação judicial deve ser destinada, exclusivamente, às empresas com capacidade de gerar os benefícios sociais que dela se esperam. De outra forma, estar-se-ia postergando o inevitável destino da falência.

Conclui-se, pois, que o processo de recuperação judicial, como forma de proteção da atividade empresarial e de manutenção dos benefícios econômicos e sociais que dela decorrem, deve ser concedido apenas a empresas ativas, com verdadeira chance de recuperação, não fazendo sentido sua concessão a empresas que, inativas e sem possibilidade de reestruturação, não se encontram aptas a oferecer a contrapartida social que delas se espera.

Diante disso, pode-se afirmar que a empresa que pretende pleitear recuperação judicial deve produzir os benefícios que a lei busca preservar através do processo. Não haveria sentido, pois, utilizar-se do procedimento recuperacional para uma empresa que não gera empregos, não circula bens, produtos, serviços e riquezas, não recolhe tributos e, enfim, não cumpre a sua função social²⁴⁰.

Tendo em vista, pois, que uma empresa que enfrenta situação de crise perene, incapaz de ser superada, acabará, invariavelmente, por chegar ao estado falimentar, de nada adiantará requerer e ter concedida a recuperação judicial, pois esta se mostra inapta a permanecer em condições competitivas no mercado²⁴¹.

²³⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 136-137.

²³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 26 ed. 2014, p. 218.

²⁴⁰ COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. *Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR)*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 21.

²⁴¹ MEDINA; HUBLER, op. cit.

Como visto alhures, a lógica do sistema de recuperação judicial brasileiro pressupõe que os credores suportem os ônus da recuperação judicial em função da preservação de interesses maiores, transindividuais, de tutela dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da preservação da atividade da empresa. Assim, é contrária à lógica do processo de recuperação judicial a imposição dos seus ônus, implicando a modificação das condições originais de seus créditos, sem que haja, como resultado do processo, a tutela desses interesses sociais maiores que os dos credores²⁴².

Ainda sobre os ônus do processo de recuperação judicial, suportados pelos credores em nome da preservação da empresa, Daniel Carnio Costa (2014) apresenta a teoria da distribuição equilibrada de ônus na recuperação judicial com dois pontos centrais:

- a) afirma-se que 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;
- b) a recuperação judicial somente tem sentido em função da geração dos benefícios sociais e econômicos relevantes que sejam decorrentes²⁴³.

Assim, a referida teoria aponta que o processo de recuperação judicial se justifica em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se satisfizer o interesse social. Isto é, a atribuição dos ônus suportados pelos credores só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar, em consequência, os benefícios sociais advindos do efetivo exercício dessa atividade.

À luz disso, não se justifica manter em funcionamento as empresas que, em recuperação judicial, não gerariam empregos, rendas, tributos, nem fariam circular riquezas, serviços e produtos, não cumprindo a sua função social, pois estar-se-ia imputando todo o ônus do procedimento aos credores, sem qualquer contrapartida social. Uma vez que, nesses casos, o ônus da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis recai para a sociedade em geral, eis que, além da perda de produtos e serviços adequados, absorvem o prejuízo dos credores, que repassam as perdas sofridas ao consumidor final²⁴⁴.

Isto posto, pode-se afirmar que a capacidade da empresa em crise de produzir os benefícios sociais e econômicos, que a Lei 11.101/05 objetiva preservar, trata-se de verdadeira condição lógica da existência do processo de recuperação judicial.

²⁴² COSTA; FAZAN, op. cit., p. 22.

²⁴³ COSTA, Daniel Carnio. Divisão equilibrada de ônus na recuperação. *Valor Econômico*. São Paulo, mar. 2014. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/03/20/divisao-equilibrada-de-onus-na-recuperacao.ghtml>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁴⁴ Ibidem.

Ou seja, se a empresa demonstra-se incapaz de gerar aqueles benefícios econômicos e sociais previstos como objetivo do sistema recuperacional pelo artigo 47 da LREF, isto é, incapaz de manter suas atividades, preservar os empregos, a circulação de bens, produtos e serviços, a fonte produtora de tributos, e, enfim, a função social da empresa, o procedimento da recuperação judicial não será capaz de atingir sua finalidade, concluindo-se que o meio processual utilizado não é adequado²⁴⁵.

Com base nesses apontamentos e passando à tentativa de traduzir esse raciocínio para as regras de processo civil, temos que o interesse de agir, como trabalhado no item anterior (item 3.3), configura-se como necessidade da parte de ir ao juízo para obter a tutela de uma pretensão resistida, bem como que o procedimento utilizado seja adequado à obtenção dessa tutela. Trata-se do referido binômio necessidade-adequação, visto anteriormente.

Nas palavras de Arruda Alvim (2019),

Para se aferir o interesse, ademais, há de se analisar a presença da utilidade e da adequação. Isso porque, se o autor não se utiliza de uma via adequada, conseqüentemente, não obterá um provimento que lhe seja útil. Diante disso, apenas se o autor optar por uma via adequada à solução do conflito de interesses, poderão ser alcançados os objetivos colimados, estando presente o interesse processual²⁴⁶.

Assim, conceituando-se o interesse como a necessidade da parte em ir a juízo para tutelar sua pretensão de direito material, utilizando-se das vias processuais adequadas, pode-se afirmar que a capacidade da empresa em crise de gerar benefícios socioeconômicos traduz-se como interesse processual, na modalidade adequação/utilidade.

Tal conclusão advém da perspectiva de que, não tendo a empresa capacidade para manter suas atividades, superar a crise e produzir os consequentes benefícios socioeconômicos indicados como sua finalidade, o procedimento recuperacional se torna, além de inadequado, carente de utilidade.

Nas palavras de Otávio Joaquim:

“a situação difícil demonstra a necessidade de vir ao juízo e a possibilidade de serem enfrentadas as dificuldades com as propostas pelo devedor devem estar presentes. Não havendo necessidade ou adequação da solução proposta, haverá falta de interesse de agir ou, mais que isso, pode indicar que a confessada crise da empresa não pode ser remediada.”²⁴⁷

²⁴⁵ COSTA; FAZAN, op. cit., p. 23.

²⁴⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 166.

²⁴⁷ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 179.

Por essas razões, a literatura pátria, ainda que usando vocábulo diferente (“viabilidade econômica”)²⁴⁸, já defendia que a demonstração da capacidade de gerar esses benefícios econômicos e sociais deveria ser tratada como requisito de análise do mérito da demanda de recuperação judicial – de competência dos credores –, decorrente da presença de interesse de agir, e, por consequência, imprescindível para o exercício do juízo de admissibilidade positivo da demanda²⁴⁹.

Trazendo o raciocínio exposto ao longo deste tópico para a lógica do processo estrutural, pode-se, ainda, reforçar o elemento da inadequação do procedimento recuperacional quando verificada a ausência de condições de funcionamento e a impossibilidade de produção dos benefícios sociais e econômicos traçados como objetivos da recuperação judicial.

Isto porque, como estudado, o processo estrutural possui, em suas especificidades essenciais, um caráter bifásico, isto é, um procedimento pautado em duas fases distintas, sendo que, na primeira, define-se a existência do problema estrutural a ser sanado e, na segunda, passa-se à adoção de medidas tidas como eficientes para resolver o estado de desconformidade estrutural averiguado.

Essa primeira fase dos processos estruturais encerra-se com a decisão estrutural que constate o estado de desconformidade afirmado, que estabelece a meta a ser atingida, isto é, o estado ideal de coisas a ser alcançado²⁵⁰.

Importando essa lógica para o caso da recuperação judicial, temos que, se constatado problema estrutural que não comporte solução mediante o procedimento recuperacional, a meta a ser atingida não se adequa à meta do processo de recuperação judicial.

Ou seja, caso se constate que a devedora requerente não possui condições de funcionamento, não oferece condições de manutenção da fonte produtora, dos empregos, da circulação de bens, produtos, e serviços, enfim, da sua função social, o problema estrutural reconhecido – crise de insolvência empresarial – pela sua gravidade, não comporta a meta de reorganização (recuperação da empresa) a qual o processo de recuperação judicial é concebido para solucionar.

Portanto, caso seja verificado pelo juiz, ao receber a inicial e os documentos anexos, um estado de desconformidade estrutural caracterizado por uma crise de insolvência

²⁴⁸ O Termo “Viabilidade Econômica” era utilizado para designar esse requisito para a obtenção do processamento da recuperação judicial, sendo corretamente atualizado para o termo “capacidade de gerar benefícios econômicos e sociais”, a partir da adequação realizada por Daniel Carnio Costa.

²⁴⁹ MEDINA; HUBLER, op. cit.

²⁵⁰ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 116.

recuperável deve deferir o processamento da recuperação judicial, eis que reconhecido que o procedimento é adequado para solucionar o problema de desconformidade estrutural verificado, conforme designado por previsão legal (Lei 11.101/05).

Por outro lado, caso se verifique que o estado de desconformidade (problema estrutural) se encontra em maior gravidade e se constate que a empresa em crise não possua condições de alcançar o objetivo da recuperação judicial, eis que se trata de crise sem possibilidade de prosseguimento da empresa e produção dos efeitos sociais e econômicos esperados, a solução do problema estrutural requer medidas estruturantes diversas da oferecida pelo processo de recuperação judicial. Assim, a meta a ser alcançada para reorganização do estado de desconformidade deve ser buscada mediante outro procedimento, que, no sistema jurídico brasileiro, é o processo de falência.

Otávio Joaquim destaca que:

“o ordenamento prevê medidas adequadas para cada situação de direito material e, diante do caso concreto, se restar evidente uma hipótese limite de que a crise econômico-financeira da empresa não pode ser superada, ou seja, que é manifesta a inviabilidade de sua continuidade, não há sentido para o prosseguimento do processo de recuperação, afigurando-se adequada a decretação da quebra.”²⁵¹

Vê-se que a constatação do problema estrutural em gravidade superior à crise suportada pela recuperação judicial acarreta inadequação do procedimento, e pode ser verificada não somente no momento de deferimento do processamento da recuperação judicial, e não apenas pelo juiz.

A exemplo, a legislação de insolvência (Lei 11.101/05) prevê, no artigo 73, a possibilidade de convocação da recuperação judicial em falência por deliberação da assembleia geral de credores e por rejeição do plano de recuperação (decisão dos credores de inadequação do procedimento à melhor solução de reorganização do estado de desconformidade).

Apresentada essa possibilidade, deve-se dizer, contudo, que o momento apropriado para verificação da existência do estado de desconformidade e da meta a ser alcançada pelo processo é o juízo de admissibilidade da recuperação judicial, para que, então, seja deferido ou não seu processamento. Muito em razão das inúmeras consequências advindas do seu processamento.

²⁵¹ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 181.

Por tais motivos, conclui-se que, no processo de recuperação judicial, a capacidade da empresa requerente em gerar os benefícios sociais que a lei objetiva tutelar, nos termos do artigo 47 da Lei 11.101/05, traduz-se, processualmente, como interesse processual, na modalidade adequação²⁵².

Sendo a empresa, pois, incapaz de gerar empregos, circular bens, produtos e serviços e de cumprir sua função social, o procedimento adequado à garantia dos interesses sociais elencados no sistema de insolvência brasileiros encontra-se no processo de falência, que, através da busca de uma liquidação rápida e eficiente, será mais adequado à tutela dos interesses sociais de caráter coletivo.

Acrescente-se, ainda, o apontamento literário acerca do interesse de agir na modalidade necessidade, isto é, no sentido de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida, e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático²⁵³. Nessa modalidade, o devedor terá de esclarecer na petição inicial os motivos da crise, explicando como e por que a crise empresarial enveredou no rumo de inviabilizar-se.²⁵⁴

No ponto, Medina e Hubler demonstram que

“Para que o devedor tenha interesse em ingressar em juízo pleiteando os benefícios da recuperação judicial e demonstre a adequação do procedimento, faz-se necessário que se encontre em situação de crise, caso contrário não há que se falar em aplicação das disposições da Lei 11.101/2005 que, conforme já dito, representa microssistema jurídico de tutela da empresa em situação, justamente, de crise econômico-financeira passageira.

Cabe ao devedor, portanto, expor fundamentadamente as razões da situação de crise experimentada de forma apta a demonstrar seu interesse em perseguir a concessão da recuperação e a adequação do meio processual eleito.”

Contudo, nosso foco nesta pesquisa recai sobre o interesse de agir na modalidade adequação, isto é, na verificação se o processo de recuperação judicial é adequado e útil à solução da crise jurídica apontada pelo Autor.

Feito esse exame do interesse de agir no processo de recuperação judicial e sua configuração através da presença da capacidade da empresa em gerar os benefícios sociais e econômicos decorrentes da sua preservação e instituídos como objetivo da recuperação judicial, veremos, adiante, a sua análise na decisão que defere o processamento, e, no capítulo

²⁵² COSTA; FAZAN, op. cit., p. 22.

²⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. “Condições da ação”. *In*: Revista de Processo 64, outubro-dezembro 1991, p. 37.

²⁵⁴ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 174.

seguinte, a técnica da constatação prévia, instituída para auxiliar o magistrado na constatação desse requisito de admissibilidade.

3.5. A DECISÃO QUE DEFERE O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Indo além, será demonstrada como é feita a análise do preenchimento do requisito processual do interesse de agir pelo magistrado, no juízo de admissibilidade, e as consequência da sua verificação ou não, a partir da decisão que defere ou indefere o processamento da recuperação judicial.

Como referido, o microsistema da recuperação judicial traz em seu conteúdo tanto normas de direito material como de ordem processual. Inobstante suas regras procedimentais próprias, por não estar isolada no ordenamento jurídico, devem ser interpretadas em consonância com o ordenamento processual pátrio.

Tanto assim que o artigo 189 da Lei 11.101/05, inserido no capítulo das disposições finais e transitórias da legislação, prevê expressamente a aplicação, no que couber, do Código de Processo Civil na regência dos institutos da recuperação judicial e da falência, o que permite a adoção, nesses procedimentos especiais, do juízo de admissibilidade referente às “condições da ação”.

Para procedermos a uma análise do juízo de admissibilidade no processo de recuperação judicial, mais precisamente no que se refere à verificação do interesse e legitimidade, em correspondência com os artigos 17, 330, III e 485, VI, do CPC/15, necessário preceituar o contexto que engloba o processo de recuperação judicial.

Segundo Marcelo Abelha, existem casos em que o legislador condiciona a propositura de determinada demanda ao preenchimento de determinado requisito específico. É o que se denomina de condições específicas das ações. São requisitos específicos ou poderiam ser encartados dentro dos requisitos genéricos já estudados, regra geral, dentro do interesse processual.²⁵⁵

Em complemento, temos que outro objetivo de se condicionar o direito de ação seria o de atender ao princípio da economia processual, já que referidas condições seriam pré-requisitos à movimentação da máquina estatal, garantindo que o processo não se desenvolva de maneira inútil.²⁵⁶

²⁵⁵ ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil – 6ª ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 113.

²⁵⁶ PELLEGRINA ALVES, Gabriela. CAMARGO DE AZEVEDO, Julio. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV.

Fredie Didier Jr. esclarece que a demanda inadmissível obsta a continuidade da atuação jurisdicional, sendo o “reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado (mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico)”²⁵⁷.

Assim, temos que, na recuperação judicial, o momento oportuno para que seja realizada a análise do preenchimento das denominadas condições da ação, mais especificamente o requisito do interesse processual, é quando da decisão que defere ou não o processamento da Recuperação Judicial, primeira manifestação do magistrado após a propositura da ação.

Como verificado no tópico sobre o procedimento recuperacional (Item 2.5), o posicionamento conceitual da literatura é de que o processo de recuperação judicial possui três fases, quais sejam, uma primeira fase postulatória, uma segunda deliberativa, e uma terceira executiva.

Destarte, o juízo de admissibilidade da demanda, realizado na fase postulatória, ocorre mais precisamente na decisão que defere ou não o processamento da ação, e 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.

Nas palavras de Geraldo Fonseca de Barros Neto:

“No processo civil ordinário, há um momento próprio para o juiz verificar a presença dos pressupostos de julgamento do mérito, que é a fase ordinatória, imediatamente seguinte à fase postulatória, na qual as partes formulam suas pretensões e resistências. No processo de recuperação judicial, o momento mais adequado é o do deferimento do processamento, que segue ao ajuizamento da ação. Notando a falta de requisitos, o juiz deve tomar a providência cabível, extinguindo desde logo a ação ou determinando a correção, se for sanável o defeito.”²⁵⁸

Quanto aos requisitos de admissibilidade provenientes das condições da ação, Otávio Joaquim aponta que estas se adequam ao ideal de economia processual e até mesmo de celeridade, garantindo que a atividade jurisdicional se desenvolva com vistas ao resultado que pode produzir.²⁵⁹

Demonstra o autor, nesse sentido, a utilidade do juízo de admissibilidade, com a verificação das condições da ação no processo de recuperação judicial:

²⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

²⁵⁸ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de, Aspectos processuais da recuperação judicial. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Sergio Seiji Shimura. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p.87.

²⁵⁹ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 168

“As condições da ação constituem noção extremamente útil à visão instrumentalista do processo, pelo ideal de economia processual, de tempo e até de recursos públicos empregados pela Justiça. Não é diferente para o processo de recuperação judicial, para o qual é necessário o preenchimento das condições da ação, dentre estas, aquela que se consubstancia na necessidade da prestação jurisdicional e na adequação do pedido ao atendimento dessas necessidades, no momento da propositura do pedido e durante o curso do processo.”²⁶⁰

Nesse sentido, o objetivo de se condicionar o direito de ação seria o de atender ao princípio da economia processual, já que referidas condições seriam pré-requisitos à movimentação da máquina estatal, garantindo que o processo não se desenvolva de maneira inútil.²⁶¹

Isto posto, afirma-se que a decisão que defere o processamento da recuperação judicial é o momento adequado para o juízo de admissibilidade também em decorrência das consequências do seu provimento, haja vista que do simples deferimento de tramitação da ação advém sérias consequências jurídicas para toda a sociedade, que exigem, por sua vez, que a decisão seja tomada com cautela pelo julgador.

Janaína Vaz explica que:

“Em razão dos muitos efeitos que gera – que afetam não só a esfera jurídica da peticionária, mas também de seus credores e terceiros – a decisão de deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial deve ser tomada pelo juiz não como um mero ato de impulso processual, mas como uma análise preliminar de cabimento da ação de recuperação judicial para a empresa em questão.”²⁶²

Nesse contexto, temos que, caso emanado juízo de admissibilidade positivo na ação de recuperação judicial, deferindo-se o processamento da recuperação, são inúmeros os efeitos daí decorrentes, podendo ser citados a proteção da sociedade devedora pela imediata suspensão das ações e execuções movidas contra ela, a inexigibilidade de Certidões de Negativa de Débito para o normal prosseguimento de suas atividades, a restrição de venda ou oneração dos seus bens imobilizados, dentre outras, conforme previsão legal do artigo 52 da LREF.²⁶³

²⁶⁰ Ibidem, p. 180.

²⁶¹ PELLEGRINA ALVES, Gabriela. CAMARGO DE AZEVEDO, Julio. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV.

²⁶² VAZ, Janaina Campos Mesquita. *Recuperação Judicial de Empresas: atuação do juiz*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 66.

²⁶³ 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:

I - nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei; III - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções

Pode-se dizer então que a decisão de processamento gera efeitos processuais e materiais para os credores sujeitos à recuperação. Entre os processuais, a suspensão das ações e execuções em face do devedor, e entre os materiais, a suspensão da prescrição, da exigibilidade do crédito perante o devedor e da cessação da incidência de juros de mora.²⁶⁴

Podem ser citados como conteúdo e efeitos do deferimento do processamento: a) nomeação do administrador judicial; b) dispensa do requerente da exibição de certidões negativas para o exercício de suas atividades econômicas; c) suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor com atenção às exceções da lei; d) determinação à devedora de apresentação de contas demonstrativas mensais; e) intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que a requerente estiver estabelecida;²⁶⁵

Em suma, o deferimento da recuperação judicial gera severas consequências, tendo em vista que é a partir de tal decisão que entrará em vigor a proteção do *stay period*, período de suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, com impacto relevante no funcionamento da economia, em âmbito geral, e na esfera jurídica dos credores, na medida em que não poderão exercer livremente os seus direitos creditórios contra a devedora.

Portanto, trata-se do momento adequado à realização do juízo de admissibilidade, como possibilidade de filtragem de demandas inúteis ao propósito do processo de recuperação judicial.²⁶⁶ Douglas Ribeiro Neves, nesse sentido, aduz:

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; IV - determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V - ordenará a intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, a fim de que tomem conhecimento da recuperação judicial e informem eventuais créditos perante o devedor, para divulgação aos demais interessados.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: I - o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II - a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III - a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores.

²⁶⁴ NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015., p. 121.

²⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 216-127.

²⁶⁶ “Se o processo, em verdade, não passa de um remédio estatal para um fenômeno de morbidez social, como é o conflito de interesses, o processo ineficaz, ou seja, o processo que deixa pendente tal conflito, é um remédio

“A recuperação judicial é um processo (especial) de conhecimento. O autor da demanda tem, portanto, o ônus de deduzir a demanda com todos os seus elementos (indicando os credores e deduzindo a causa de pedir e o pedido) e devem estar presentes os requisitos (positivos e negativos) de constituição e desenvolvimento válido do processo (entre eles, o principal: a aptidão da inicial) e as condições da ação. Se, *ab initio*, estiverem ausentes, o processamento da recuperação não poderá ser deferido. O primeiro contato com a petição inicial é o momento em que o juiz deve analisar a presença dos requisitos processuais, embora nada impeça que a análise seja feita posteriormente.”²⁶⁷

Assim, Medina e Hubler afirmam que no exercício do juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial, o juiz deverá verificar o preenchimento das condições da ação, entendidas como as condições para que se possa chegar ao pronunciamento jurisdicional de mérito, e dos pressupostos processuais, requisitos sem os quais não se forma um processo viável e válido.²⁶⁸

Continuando nesse sentido, e separando os pressupostos processuais das condições da ação no processo de recuperação judicial, os referidos autores apontam que os pressupostos processuais verificados na recuperação judicial são positivos e negativos.

Deste modo, os pressupostos negativos seriam aqueles constantes no art. 2 da LREF, que trata dos sujeitos de direito aos quais os procedimentos do diploma legislativo falimentar não se aplicam. Já os pressupostos positivos estariam previstos no artigo 48²⁶⁹ da LREF²⁷⁰

No que tange às Condições da Ação, os mesmos autores, em notório trabalho sobre o tema, apontam que estas seriam representadas pela a) demonstração, por meio de narrativa concreta e embasada, da real situação patrimonial da empresa e das razões que levaram ao cenário de crise econômico-financeira que justificaria o deferimento do pedido; e b)

que só tende a agravar o mal cuja cura se objetivava. [...] Uma das formas mais adequadas para propiciar ao processo maior eficiência dentro dos parâmetros traçados para as suas específicas finalidades é a de se evitar, se não a instauração, pelo menos o prosseguimento de processos fadados a um término anormal, por carência dos requisitos indispensáveis à colimação daquelas finalidades, centradas na dirimência do conflito mediante a aplicação do direito objetivo ou através da satisfação do direito de uma das partes.” (ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual brasileiro. São Paulo: A Casa, 1979, p. 30-31).

²⁶⁷ NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 119.

²⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

²⁶⁹ 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 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

²⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

demonstração, mesmo que em tese, de sua viabilidade econômica.²⁷¹⁻²⁷² Remete-se, neste ponto, ao que ficou demonstrado no tópico acima (Item 3.4), acerca do interesse de agir no processo de recuperação judicial, onde verificou-se que tais requisitos se enquadrariam respectivamente como interesse de agir na modalidade necessidade e interesse de agir na modalidade adequação.

Por fim, a legitimidade das partes decorre da circunstância de coincidirem as partes da relação jurídica processual com as partes da relação jurídica de direito material, ou, não havendo coincidência, a parte processual ter autorização legal para agir em legitimação extraordinária.²⁷³

Portanto, conclui-se que o juízo de admissibilidade da demanda de recuperação judicial consiste na atividade judicial cognitiva, com carga decisória, em que se examina a presença dos requisitos legais exigidos para o processamento do feito, cujo resultado pode ser positivo, negativo ou ordinatório.

O juízo de admissibilidade será positivo quando preenchidos os requisitos acima demonstrados, dos pressupostos processuais e das condições da ação, hipótese em que o magistrado deverá deferir o processamento do feito. Já no caso de provimento negativo, este deve ocorrer quando se constate a ausência de um desses requisitos, hipótese de indeferimento da petição inicial. Já por ordinatório tem-se o provimento judicial que possibilite a emenda da petição inicial pelo autor em razão da presença de vícios ou irregularidades sanáveis.²⁷⁴

Necessário pontuar, ainda, que, no caso de preenchimento dos requisitos de admissibilidade da demanda, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial, apesar de ser usualmente chamado por alguns autores de despacho inicial²⁷⁵, tem natureza

²⁷¹ VAZ, Janaina Campos Mesquita. *Recuperação Judicial de Empresas: atuação do juiz*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 66.

²⁷² MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

²⁷³ NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 55.

²⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Editora RT, ano 17, volume 63, p. 131-147.

²⁷⁵ Como herança do procedimento da concordata, em que havia o despacho inicial, alguns autores tendem a defender que a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial possui natureza de mero despacho. Veja-se: “O Decreto-Lei n. 7.661/45 adotava semelhante disciplina para o processo preliminar da concordata. Assim é que o §1º do art. 161 dispunha que, estando em termos o pedido, o juiz ordenaria o seu processamento, “proferindo despacho” em que determinava uma série de providências, dentre as quais a nomeação do comissário – que fazia as vezes do administrador judicial-, a marcação de prazo para habilitação e a suspensão das ações e execuções por créditos sujeitos a seus efeitos.

jurídica de decisão interlocutória, sendo indicada a existência de análise perfunctória de mérito, em cognição pouco aprofundada.²⁷⁶

O Enunciado 52, elaborado na I Jornada de Direito Comercial do CJP, inclusive, firmou o entendimento de que “a decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento.

Sobre o ponto, contudo, fundamental a observação de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, de que o CPC/15 não previu expressamente a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial no rol de decisões que autorizam o agravo de instrumento, nem tampouco a Lei 11.101/05 prevê expressamente a possibilidade de agravo, indicando os autores a necessidade de alteração na LREF para que seja feita a inclusão de tal previsão.²⁷⁷

Acrescente-se que, com eventual alteração, realmente necessária, a possibilidade do manejo de agravo encontraria permissão legal expressa no artigo 1.015, XIII, do CPC/15.

Já no que tange à decisão de indeferimento do processamento da recuperação judicial, em decorrência da inobservância dos pressupostos processuais ou do interesse e legitimidade, esta dará causa à extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, e VI, do CPC.

Na hipótese objeto de estudo desta pesquisa, qual seja, o indeferimento de processamento por ausência de interesse processual, tanto na modalidade necessidade, como na modalidade adequação, não se deve sequer iniciar o processamento da recuperação judicial.

Portanto, constatada de plano essa ausência, a petição inicial da recuperação judicial deve ser indeferida, conforme dispõe o artigo 330, III, do CPC. O que vai gerar, como consequência jurídico-processual, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos

Vê-se que o conteúdo do ato judicial a que o art. 52 da Lei n. 11.101./05 se refere é bastante parecido e visa à semelhante objetivo. Embora o texto atual não se utilize da palavra “despacho”, cremos ser essa a natureza jurídica do ato que defere o processamento da recuperação judicial. É um despacho de mero expediente. Ainda que esse despacho tenha um viés decisório, o seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não se podendo fugir ou inovar. (CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p.144)

²⁷⁶ TJMG, AC 1.0024.11.100963-5/001, 6ª Câmara Cível, j. 31.01.2012, rel. Des. Sandra Fonseca.

²⁷⁷ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio, A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, p. 112

termos do artigo 485, VI, do CPC.²⁷⁸ Diz-se, contudo, por indeferimento da inicial em razão do momento em que se verifica.²⁷⁹

Por tais motivos, adotamos o posicionamento de que a decisão que indefere o processamento, quer por falta de condições da ação ou requisitos de constituição processual (sem julgamento do mérito) ou que julgue improcedente o pedido por identificar fato impeditivo (comprovado) do direito à modificação das obrigações (artigo 48), terá natureza de sentença e será recorrível por apelação.²⁸⁰

Não obstante, constata-se entendimentos diversos, que defendem o manejo de agravo de instrumento também para impugnação da decisão de indeferimento do processamento:

“Caso a decisão não ponha fim ao processo, seja porque indeferiu o pedido em relação a um dos litisconsortes ativos, seja porque deferiu o processamento da recuperação, caberá interposição de agravo de instrumento, ou de apelação, recebida como agravo, ante a fungibilidade recursal”.²⁸¹

Exposta essa discordância quanto ao recurso cabível contra a decisão que indefere o processamento pela ausência de interesse de agir, deve-se também analisar se tal indeferimento ensejaria a convação em falência.

Fato é que, constatada de plano a ausência da capacidade da requerente em gerar os benefícios sociais e econômicos objetivos do procedimento recuperacional, a ação que lhe é adequada, conforme oferecido pelo sistema de insolvência empresarial brasileiro é a ação de falência. Assim, a partir da verificação de ausência de interesse processual, na medida em que

²⁷⁸ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019, p. 24-25.

²⁷⁹ “A petição inicial só pode ser indeferida liminarmente, isto é, antes de citado o demandado. Se houve a citação é porque o juiz obviamente já deferiu a petição inicial. Caso o juiz determine a citação do réu, e após conclua estar presente um dos casos apontados pelo art. 330, CPC, a hipótese não mais será de indeferimento da petição inicial, mas de extinção do processo sem resolução de mérito (art.485, VI, CPC).

(...)

A petição inicial será indeferida quando a parte for manifestamente ilegítima para a causa, carecer o autor de interesse processual e o pedido for juridicamente impossível. O indeferimento da petição inicial pela aferição *in status assertionis* da ausência de legitimidade ou de interesse determina a extinção do processo sem resolução de mérito (arts. 485, VI, CPC).” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIEIRO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 434.)

²⁸⁰ NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 121-122.

²⁸¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio, A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013, p. 113.

se considera a ação de recuperação judicial inadequada, revela-se que a empresa está em situação falimentar.²⁸²

Todavia, as hipóteses de convação da recuperação judicial em falência são taxativas no artigo 73 da LREF, de modo que a falência não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, em obediência ao princípio da demanda, cabendo a realização do pedido em um segundo momento, seja por algum credor interessado, ou mesmo a própria devedora. Assim, para que se permitisse a convação diretamente, necessária seria a inclusão desta hipótese na legislação falimentar.

²⁸² COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019, p. 26.

4. A TÉCNICA DA CONSTATAÇÃO PRÉVIA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Neste último capítulo, após verificada a relação entre interesse de agir no processo de recuperação judicial e a capacidade da empresa em gerar os benefícios sociais e econômicos decorrentes da preservação de sua atividade, faremos uma abordagem sobre a técnica da constatação prévia, utilizada como mecanismo processual para verificação desse requisito em momento anterior à decisão que defere o processamento da recuperação judicial, isto é, anteriormente ao juízo de admissibilidade.

Para tanto, será demonstrado o surgimento da técnica da constatação prévia e sua evolução durante os últimos anos, passando do reconhecimento de boa prática jurisprudencial até sua inserção na legislação (Lei 11.101/05), a partir da reforma realizada pela Lei 14.112/20. Além disso, serão demonstrados seus fundamentos, sua utilidade e as consequências positivas do mecanismo para a solução dos problemas estruturais de insolvência.

Faremos, ainda, um estudo de direito comparado, apresentando o procedimento do *concordato preventivo in contiunità aziendale* italiano e sua aproximação com a recuperação judicial; comparando a técnica da constatação prévia com a *relazione del professionista*, utilizada no direito italiano também para averiguação de adequação do procedimento, em momento anterior à própria apresentação da inicial, sendo um documento de caráter obrigatório estabelecido pela legislação local; e expondo como suas especificidades podem contribuir para uma melhor técnica processual no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, faremos uma abordagem da constatação prévia sob a ótica da produção antecipada de prova, em momento anterior ao juízo de admissibilidade da recuperação judicial, sob a ótica da produção probatória como um módulo cambiante, a partir da interpretação do artigo 381 do CPC, relacionando a antecipação de tal instrução probatória à possibilidade de flexibilização do procedimento, derivado da lógica do CPC/15, bem como da própria natureza dos processos estruturais.

4.1. A CONSTATAÇÃO PRÉVIA

Feitos os apontamentos sobre a capacidade da empresa de gerar benefícios econômicos e sociais como objetivo do processo de recuperação judicial, sua tradução como interesse de agir e os efeitos e consequências da decisão que defere o processamento da recuperação judicial, é mister que seja analisada a figura da constatação prévia, técnica

utilizada pelo magistrado para auferir, após o pedido de recuperação, se a empresa devedora possui a referida capacidade, e, portanto, se presente o interesse de agir com o possível atingimento da finalidade do procedimento.

Para iniciar essa abordagem, é necessário, primeiramente, traçar a origem deste novel instituto dentro do sistema jurídico brasileiro.

Destarte, a técnica da constatação prévia era anteriormente denominada “perícia prévia”, tendo sido iniciada pelo magistrado Daniel Carnio Costa, enquanto titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, a partir do ano de 2011, sendo, assim, instituto jurídico que foi construído a pouco e pouco pela prática jurisdicional²⁸³.

Dito isso, esse exame pericial consistia em uma avaliação sumária, determinada pelo juiz antes de proferir a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, com o objetivo de averiguar a regularidade da documentação técnica que acompanha a petição inicial, além das reais condições de funcionamento da empresa requerente²⁸⁴.

Ou seja, trata-se de técnica inaugurada para conferir, ao magistrado, condição mais adequada para decidir sobre o deferimento ou não do processamento da recuperação judicial pleiteada, através de um exame especializado por perito em matéria contábil, realizado a partir da determinação do magistrado que preside o feito, a fim de que o resultado da avaliação possa assessorá-lo no momento da referida decisão.

Para melhor esclarecer e contextualizar o surgimento da denominada perícia prévia, pede-se licença para colacionar as palavras do próprio magistrado que inaugurou tal prática, o qual narra assim a origem do instituto:

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 fez ao estabelecimento comercial da devedora, constatou-se que a empresa não tinha mais qualquer atividade, não tinha condições de gerar qualquer benefício decorrente da atividade empresarial. Tratava-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 da 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. Essas não eram, entretanto, as únicas inconveniências. Foram presenciadas situações ainda piores, nas quais se constatava que o pedido de recuperação judicial

²⁸³ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019, p. 7-8.

²⁸⁴ Ibid., p. 41.

era parte de um esquema fraudulento contra os credores, descoberto somente depois que o processo já estava em andamento, quando a devedora fraudadora gozava de proteção judicial contra os seus credores.

Diante dessas situações, pensava o juiz consigo mesmo: qual é o sentido de se iniciar o processo de recuperação judicial, impondo aos credores e à sociedade 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 corresponde 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, assim é possível garantir a efetividade da recuperação judicial, sua adequada aplicação em benefício da sociedade e da economia nacional, combatendo o uso desviado e fraudulento da justiça²⁸⁵.

Apontados os esclarecimentos acerca das razões de surgimento da perícia prévia, faz-se mister relatar, também, que, à época do início de sua utilização, não havia previsão legal expressa que autorizasse o magistrado a determinar uma análise prévia e material dos documentos que devem acompanhar a petição inicial de recuperação judicial, constantes no artigo 51 da Lei 11.101/05, tampouco previsão legal expressa que permitisse ao juiz determinar a verificação das reais condições de funcionamento da empresa devedora.

Deste modo, a fundamentação de sua utilização, quando do surgimento do instituto, dava-se a partir de uma interpretação diversa do artigo 52, *caput*, da Lei 11.101/05. Esta norma dita que, estando em termos a documentação exigida no art. 51, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial.

Assim, quanto à expressão “estando em termos a documentação”, aplicava-se a teoria hermenêutica da superação do dualismo pendular. Essa teoria dita que nunca se deve proteger os polos da relação de direito material da recuperação judicial, quais sejam, credor ou devedor. Deve-se, ao invés, interpretar a legislação de forma que se permita garantir a efetividade do sistema dentro do qual se inserem as relações de direito material. Isto é, em vez de se defender credor ou devedor, a interpretação normativa deve garantir que o sistema de insolvência, no caso o processo de recuperação judicial, atinja, de forma eficaz, os seus objetivos²⁸⁶.

A partir dessa concepção hermenêutica, portanto, fundamentava-se uma verificação não apenas formal dos documentos anexos à exordial exigidos pelo artigo 51 da LREF, mas,

²⁸⁵ Ibid., pp. 42-43.

²⁸⁶ Ibid., p. 43.

sim, uma análise também que ateste que os documentos, além de completos, fossem consistentes e refletissem uma fiel correspondência com a realidade fática da empresa requerente da recuperação judicial.

Todavia, o magistrado não possui uma formação técnica completa nos ramos da economia, administração e contabilidade, e não se pode exigir dele o conhecimento suficiente para realizar uma análise minuciosa sobre fluxo de caixa e sua projeção, balanço patrimonial, demonstração de resultados e demais demonstrações contábeis, apta a inferir a consistência e pertinência dos documentos com a realidade da empresa.

Assim, entendendo o juiz pela necessidade de verificação do teor, consistência e completude dos documentos técnicos juntados com a petição inicial, além da sua fiel correspondência com a realidade fática da empresa requerente, passou-se a permitir a nomeação de um especialista para realizar essa análise substancial da documentação, bem como a inspeção e verificação das reais condições de funcionamento da empresa.

Dessa forma, a partir da aplicação hermenêutica acima evidenciada, fundamentava-se a histórica utilização da perícia prévia com a aplicação dos artigos 156, *caput*, e 481 do Código de Processo Civil, transcritos a seguir:

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

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.

Ademais, a utilização do Código de Processo Civil para permitir a assistência técnica por perito ao juiz deriva da aplicação do artigo 189 da Lei 11.101/05, que determina a aplicação subsidiária do CPC nos processos de recuperação judicial.

Nesse contexto de surgimento da técnica da perícia prévia, como instituto novo, suscitou-se intenso debate nos meios jurídicos e prática forense, passando a integrar a pauta dos mais relevantes foros e congressos nacionais e internacionais de direito concursal. Enquanto alguns defendiam sua utilização, utilizando dos seus fundamentos aqui demonstrados, deve-se também apontar a existência de corrente contrária à perícia prévia, apontando-a como ativismo judicial.

Ocorre que, inobstante as referidas correntes contrárias à utilização da perícia prévia, o instituto recebeu forte chancela da jurisprudência dos Tribunais. Inclusive, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tornou-se objeto do Enunciado 7 do Grupo Reservado de Direito Empresarial, que assim previu:

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.

Ainda nesse contexto histórico da constatação prévia e a sua evolução, o Ministério da Fazenda determinou a criação de um grupo de juristas para elaboração de um projeto de nova Lei de Recuperação e Falências.

Destarte, através da Portaria 467 do Ministério da Fazenda, divulgada em 16 de dezembro de 2016, instituiu-se um grupo de juristas com finalidade de estudar, consolidar e propor medidas de melhoria à Lei de Recuperação Judicial e de outros temas legais relacionados, visando a fornecer maior efetividade ao procedimento, em relação tanto à recuperação da empresa quanto à agilidade no processo.

No mesmo sentido de obter uma maior eficiência no sistema de insolvência empresarial brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da sua função institucional de orientar os magistrados no sentido da aplicação de boas práticas de gestão de processos, objetivando maior eficiência no exercício de suas funções jurisdicionais, determinou também a criação de um grupo de trabalho para sugerir medidas de modernização e aprimoramento da atuação do Poder Judiciário em processos de recuperação judicial e falência.

A partir da Portaria 162, de 19 de dezembro de 2018, foi instituído, então, tal grupo de trabalho pelo CNJ, sendo identificadas, já no momento de sua instalação, boas práticas que seriam objeto de análise pelos seus integrantes, dentre as quais estava a perícia prévia.

Isto posto, foi elaborada e aprovada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Recomendação nº 57, de 22/10/2019, que consolidou a prática da perícia prévia, rebatizando-a de “Constatação Prévia”, e passando a recomendá-la a todos os juízes recuperacionais do Brasil, pelo Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça. A íntegra da recomendação merece destaque, principalmente pela exposição dos seus fundamentos, senão vejamos:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais;
CONSIDERANDO ser missão do Conselho Nacional de Justiça o desenvolvimento de políticas judiciárias que promovam efetividade e unidade ao Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social;
CONSIDERANDO a criação, por meio da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018, de Grupo de Trabalho para debater e sugerir medidas

voltadas à modernização e à efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação empresarial e de falência;

CONSIDERANDO que o objetivo da recuperação empresarial, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, é 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, preservando a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica;

CONSIDERANDO que o processo de recuperação empresarial é uma das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial brasileiro, destinada 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 decorrentes dessa atividade, quais sejam, os empregos, a renda dos trabalhadores, a circulação de bens, produtos, serviços, o recolhimento de tributos e a geração de riquezas em geral;

CONSIDERANDO que a capacidade de a empresa em crise gerar empregos e renda, circular produtos, serviços, riquezas e recolher tributos é pressuposto lógico para a deflagração do processo de recuperação empresarial e diretamente ligado ao interesse processual;

CONSIDERANDO que a recuperação empresarial se aplica às empresas em crise, mas com capacidade de gerar benefícios econômicos e sociais no exercício de sua atividade empresarial, e que empresas absolutamente inviáveis, incapazes de gerar benefícios econômicos e sociais, devem ser liquidadas no processo de falência;

CONSIDERANDO que a identificação da real condição da empresa em crise é essencial para a correta aplicação do remédio legal e que não se deve aplicar recuperação empresarial para empresas absolutamente inviáveis, cujas atividades não merecem ser preservadas em função da ausência de geração de benefícios em favor do interesse público e social;

CONSIDERANDO que a aplicação ineficaz das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial gera prejuízos sociais gravíssimos, seja pelo encerramento de atividades viáveis, com a perda dos potenciais empregos, tributos e riquezas que poderiam ser gerados, seja pela manutenção artificial do funcionamento de empresas inviáveis e que não produzem benefícios econômicos e sociais, em prejuízo do interesse da sociedade e do adequado funcionamento da economia;

CONSIDERANDO que a decisão que defere o processamento da recuperação empresarial gera consequências extremamente graves, tendo em vista que é a partir de tal decisão que entrará em vigor a proteção do stayperiod, com impacto relevante no funcionamento da economia, em âmbito geral, e na esfera jurídica dos credores, na medida em que não poderão exercer livremente os seus direitos creditórios contra a devedora;

CONSIDERANDO que diversos juízos têm aplicado a prática jurisprudencial conhecida como “perícia prévia”, consistente na constatação determinada pelo magistrado, previamente à decisão que poderá deferir o processamento da recuperação empresarial, das reais condições de funcionamento da empresa requerente;

CONSIDERANDO que a perícia prévia é reconhecida 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;

CONSIDERANDO que o art. 156 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico;

CONSIDERANDO que o art. 481 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz pode, de ofício, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa, podendo ser assistido por perito;

CONSIDERANDO que o art. 370 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá, mesmo de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do feito;

CONSIDERANDO que o art. 189 da Lei nº 11.101/2005 enuncia a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às recuperações judiciais;

CONSIDERANDO a necessidade de verificação do teor, da consistência e da completude dos documentos técnicos juntados pela(s) devedora(s) com a petição inicial, bem como de sua correspondência com a realidade fática da(s) empresa(s) requerente(s) da recuperação empresarial;

CONSIDERANDO que deve o juiz indeferir a petição inicial quando constatada a ausência das condições da ação, notadamente, a falta de interesse processual, na modalidade adequação, nos termos do art. 330, III, do Código de Processo Civil;

CONSIDERANDO a necessidade de regulação do procedimento da prática jurisprudencial da perícia prévia como forma de garantir maior uniformidade, eficiência, segurança jurídica e previsibilidade às decisões judiciais;

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Ato Normativo nº 0007684-39.2019.2.00.0000, na 298ª Sessão Ordinária, realizada em 08 de outubro de 2019;

RESOLVE:

Art. 1º Recomendar a todos os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial, em varas especializadas ou não, que determinem a constatação das reais condições de funcionamento da empresa requerente, bem como a verificação da completude e da regularidade da documentação apresentada pela devedora/requerente, previamente ao deferimento do processamento da recuperação empresarial, com observância do procedimento estabelecido nesta Recomendação.

Art. 2º Logo após a distribuição do pedido de recuperação empresarial, poderá o magistrado nomear um profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade para promover a constatação das reais condições de funcionamento da empresa requerente e a análise da regularidade e da completude da documentação apresentada juntamente com a petição inicial. Parágrafo único. A remuneração do profissional deverá ser arbitrada posteriormente à apresentação do laudo, observada a complexidade do trabalho desenvolvido.

Art. 3º O magistrado deverá conceder o prazo máximo de cinco dias para que o perito nomeado apresente laudo de constatação das reais condições de funcionamento da devedora e de verificação da regularidade documental, decidindo, em seguida, sem a necessidade de oitiva das partes.

Art. 4º A constatação prévia consistirá, objetivamente, na análise da capacidade da devedora de gerar os benefícios mencionados no art. 47, bem como na constatação da presença e regularidade dos requisitos e documentos previstos nos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005.

Art. 5º Não preenchidos os requisitos legais, o magistrado poderá indeferir a petição inicial, sem convolação em falência.

Art. 6º Caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento da devedora não se situa na área de competência do juízo, o magistrado deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente.

Art. 7º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Ministro DIAS TOFFOLI.

Após período de utilização da constatação prévia sob a orientação veiculada na Recomendação nº 57, do CNJ, foi publicada a Lei nº 14.112, no dia 24 de dezembro de 2020, que introduziu diversas alterações na Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência (Lei nº 11.101/2005), realizando certa reforma na legislação e adotando práticas e institutos que vinham se consolidando na prática recuperacional e falimentar.

Dentre as alterações trazidas com a promulgação da referida lei, o procedimento da constatação prévia foi instituído no artigo 51-A da Lei 11.101/05, de modo que, atualmente, trata-se de técnica processual positivada na lei de recuperação judicial e falências.

Feito esse breve apanhado histórico sobre a utilização da constatação prévia no Brasil, vejamos como restou positivada a técnica no artigo 51-A da LREF:

Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.

§ 1º A remuneração do profissional de que trata o caput deste artigo deverá ser arbitrada posteriormente à apresentação do laudo e deverá considerar a complexidade do trabalho desenvolvido.

§ 2º O juiz deverá conceder o prazo máximo de 5 (cinco) dias para que o profissional nomeado apresente laudo de constatação das reais condições de funcionamento do devedor e da regularidade documental.

§ 3º A constatação prévia será determinada sem que seja ouvida a outra parte e sem apresentação de quesitos por qualquer das partes, com a possibilidade de o juiz determinar a realização da diligência sem a prévia ciência do devedor, quando entender que esta poderá frustrar os seus objetivos.

§ 4º O devedor será intimado do resultado da constatação prévia concomitantemente à sua intimação da decisão que deferir ou indeferir o processamento da recuperação judicial, ou que determinar a emenda da petição inicial, e poderá impugná-la mediante interposição do recurso cabível.

§ 5º A constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.

§ 6º Caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.

§ 7º Caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento do devedor não se situa na área de competência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente.

Necessário expor que, neste momento, não abordaremos novamente os fundamentos que apontam para a possibilidade de utilização dessa técnica, posto que advém dos objetivos

da recuperação judicial, prevista no art. 47 da Lei 11.101/05, dos interesses coletivos, do princípio da preservação da empresa e da função social, além dos efeitos da decisão que defere o processamento, temas já abordados. Tampouco será pontuado novamente sobre a caracterização da capacidade da empresa gerar benefícios sociais e econômicos decorrentes de sua preservação como interesse de agir, nem sobre as consequências da sua ausência, porquanto tratados no capítulo anterior, mais precisamente nos tópicos 3.4 e 3.5.

Pretende-se, agora, averiguar a forma de realização e utilização desta técnica no curso do processo, bem como refletir sobre o parâmetro de avaliação utilizado no mecanismo para inferir sobre a ausência ou presença da capacidade de gerar os benefícios sociais e econômicos pelo deferimento do processamento da recuperação judicial.

A princípio, a constatação prévia inicia-se logo após a distribuição da recuperação judicial, através do protocolo da petição inicial. Como demonstrado, o caminho ordinário a ser tomado seria o deferimento do processamento da recuperação judicial, quando o magistrado competente verifique a regularidade da documentação técnica que acompanha petição inicial, eis que, conforme o artigo 52 da LREF, “Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial.”

Todavia, ao analisar a documentação que instrui o pedido de recuperação judicial, o magistrado deve ter a cautela de evitar o processamento da recuperação judicial a empresas, por exemplo, inexistentes, sem qualquer atividade em funcionamento, sem capacidade de gerar ou manter eventuais empregados, enfim, cujo interesse seja tão somente a suspensão de ações e execuções, e a imposição de negociação aos credores sem nenhuma contraprestação de caráter econômico e social que a justifique, com base no objetivo da recuperação judicial fixado no artigo 47 da LREF.

Em tais hipóteses, onde o magistrado repute que a documentação acostada à inicial não é suficiente para afastar essas possibilidades, pode então “nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.”

Antes mesmo da inserção do artigo 51-A, e da positivação da constatação prévia, já se fundamentava, do ponto de vista processual, a possibilidade de sua realização:

De todo modo, caso o juiz não esteja convencido da veracidade das alegações, poderá determinar a realização de perícia, neste caso, de ofício, dada a indisponibilidade do interesse coletivo atingido pela decisão sobre o objeto do processo (artigos 130 e 420 do CPC). Não se pode esquecer, de todo modo, que o juiz não estará vinculado à conclusão do laudo pericial porque o juiz é o

perito dos peritos, podendo fundamentar sua decisão noutros elementos dos autos (artigos 131 e 436 do CPC).²⁸⁷

Assim, caso o magistrado entenda necessário, está autorizado a solicitar o auxílio profissional para a consecução do juízo de admissibilidade.

Veja-se que a legislação aponta como requisitos do profissional que realizará a constatação prévia apenas a capacidade técnica, a idoneidade, e a confiança do magistrado. Entretanto, apesar de não existir tal previsão no art. 51-A, Daniel Carnio Costa sugere, com base na experiência vivenciada na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, que a melhor opção é nomear profissional possibilitado a exercer o cargo de administrador judicial, em caso de deferido o processamento, prática que se observa nos Tribunais.

Fundamenta sua conclusão com dois pontos i) porque a pessoa nomeada – física ou jurídica -, após a análise dos documentos e da situação fática da requerente, já terá maior nível de conhecimento sobre esta, sendo assim mais adequada para assumir a administração judicial no caso; ii) Pela maior facilidade em se solucionar a questão da sua remuneração, eis que, em caso de deferimento do processamento, o custo da constatação prévia já seria incluído na remuneração da administração judicial, sem necessidade de intimar a requerente para desembolsar o valor dos honorários.²⁸⁸

Essa prática de nomeação do perito como futuro administrador judicial, contudo, tem sido alvo de críticas, em razão da possibilidade de conflito de interesses e imparcialidade do profissional:

“Mas, o mais pernicioso de todos os efeitos negativos da constatação prévia é a geração de potencial conflito de interesses. O profissional encarregado da medida tem interesse no deferimento do processamento da recuperação judicial, porque nutre a expectativa de vir a ser nomeado administrador judicial. Corre-se o risco de se incumbir a constatação a quem, de antemão, tem interesse no atendimento, pelo devedor, das condições formais para o pedido de recuperação judicial. O nomeado torce para que a instrução da petição inicial esteja correta e se não hesitaria, se não estiver, em atender ao pedido do devedor de o auxiliar na correção.”²⁸⁹

Muito embora não discordamos quanto às facilidades e benefícios advindos da nomeação do perito como futuro administrador judicial, há de se concordar que tal prática pode gerar conflito de interesses e imparcialidade, razão pela qual, no ponto, se acata a crítica

²⁸⁷ NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015., p. 112.

²⁸⁸ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019 p. 44.

²⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 213.

exposta pela doutrina. Inclusive porque tal medida não se traduz em elemento essencial à constatação prévia.

Adiantando o estudo de direito comparado do item seguinte (4.2), veja-se, a título de exemplo, que, no direito italiano, *art. 2, co. 1, lett o) Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*²⁹⁰, o perito responsável pela averiguação dos documentos da devedora não pode ser ligado à empresa ou a outra parte interessada na operação de regulação da crise, tanto em relação tanto pessoal como profissional. Exemplo que demonstra a preocupação com a imparcialidade e confiabilidade da constatação a ser feita e que nos permite entender que, a despeito de não estar prevista no artigo 51-A da LREF, a prática de nomeação do profissional como administrador judicial deve ser evitada.

Dito isso, outro tema sensível é trazido pelos §2º e §3º do art. 51-A, que é a realização da constatação prévia no prazo de 5 (cinco) dias, e de modo *inaudita altera pars*.

Essas disposições refletem a preocupação do legislador com a celeridade do ato, a fim de não onerar a empresa devedora com a demora na concessão do *stay period*²⁹¹, e a suspensão das ações e execuções contra ela, bem como da possibilidade da devedora, com intuito fraudulento, alterar as reais condições de funcionamento.²⁹²

Sobre a perícia judicial, esta tem por objetivo fornecer ao juiz, por meio de procedimentos técnico-científicos, elementos de prova necessários a fim de subsidiar a justa solução das questões controvertidas do processo, para que tome a melhor decisão possível. É,

²⁹⁰ “o) ‘*professionista indipendente*’: il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonche' nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali e' eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attivita' di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ne' essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, ne' aver posseduto partecipazioni in essa;”

²⁹¹ “O perito deverá apresentar seu lado de constatação prévia em 5 dias contados de sua nomeação. O prazo exíguo para realização da constatação prévia se impõe em razão da própria eficiência da recuperação judicial. (...) Assim, a demora do juiz em decidir sobre o deferimento do processamento poderá inviabilizar a atividade empresarial pela ação dos credores – ademais, o prazo de 05 dias é suficiente para que o perito analise a documentação apresentada pela devedora e realize a constatação das suas reais condições de funcionamento”

²⁹² “A constatação das reais condições de funcionamento da empresa é medida que deve ser realizada *inaudita altera pars*, isso porque aciência prévia da devedora acerca da medida poderá frustrar seus objetivos, franqueando a possibilidade de que o estado real de funcionamento da empresa seja alterado em prejuízo da correta análise para os fins do processo.” (COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019 p. 46)

portanto, a atividade pela qual determinadas demonstrações ou indagações são confiadas a pessoas dotadas de conhecimentos técnicos específicos.²⁹³

Como se verifica, portanto, trata-se de técnica semelhante a uma perícia, mas que assim não pode ser classificada, eis que não cumpre o procedimento previsto entre os artigos 464 a 480 do CPC, aproximando-se, todavia, a uma espécie de prova técnica simplificada (art. 464, §2º, CPC²⁹⁴).

Nesse sentido, o procedimento realizado não possui um caráter de auditoria, assemelhando-se mais a uma vistoria, sendo que qualquer perito nomeado poderá fazer uma breve constatação da situação da empresa, relatando resumidamente se a mesma está funcionando regularmente, haja vista que a determinação legal prevê, nesse âmbito, a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente.

Ou seja, não é objetivo da constatação prévia a realização de uma auditoria, nem tampouco uma análise de viabilidade do negócio, mas tão somente de verificação sumária dos documentos, inclusive para viabilizar uma constatação célere, e que não adentre na competência dos credores sobre a análise de viabilidade econômica do devedor (art. 51-A, §6º).

O objeto dessa constatação, é apenas de fornecer critérios mais detalhados que possibilitem ao magistrado, de forma rápida e segura, aferir se estão presentes os indícios necessários para aferir se determinada empresa reúne as condições mínimas para ter seu pedido de recuperação judicial aceito. Dentre os exemplos, podemos citar:

“A constatação prévia visa revelar que o balanço da empresa indica sua total inatividade por longo período; que não foram considerados algum ou alguns períodos no balanço especial apresentado pela devedora; que a demonstração de resultados não apresenta receitas no últimos períodos; que as projeções de fluxo de caixa são incompatíveis com os demais documentos; que não existem itens em estoque, mas que figuram valores de estoques nos balanços; a inexistência de clientes e novos contratos; a inexistência de empregados, etc. Não se trata, portanto, de auditoria, mas de verificação sumária dos documentos.”²⁹⁵

Podemos indicar como objetivo da constatação prévia a potencialização do grau de cognição do juiz no momento inaugural do processo de recuperação judicial, a fim de possibilitar uma melhor averiguação da capacidade da requerente em produzir os benefícios

²⁹³ ROSA, Marcos Valls Feu. Perícia judicial: teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 27-28..

²⁹⁴ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §2º 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.

²⁹⁵ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019 p. 47.

que a lei busca preservar com a recuperação judicial. Ou seja, encontra-se intrinsecamente ligada à ideia de eficiência do processo e efetividade da tutela do direito, que permite a flexibilização da ordem de produção probatória às necessidades específicas desse tipo de conflito, entendido como problema de ordem estrutural, como prevê o artigo 139, VI, CPC²⁹⁶).

Sob essa ótica da efetividade, espera-se da técnica que esta contribua de forma mais eficiente para a redução dos custos de transação, redução da assimetria informacional e para que se tenha maior controle sobre as externalidades resultantes do processo.²⁹⁷

Em notório trabalho de avaliação da eficiência da recuperação judicial sob a ótica da Análise Econômica do Direito, Daniel Moller Martinho analisou a eficiência do processo de recuperação judicial, através do estudo de 181 processos, distribuídos entre 01/09/2013 e 30/06/2016 na 1ª e 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, buscando identificar quais fatores impactam na eficiência do processo de Recuperação Judicial como instrumento de superação da crise econômico-financeira das sociedades empresárias.

Como resultado da análise sobre os processos em que foram realizadas constatações prévias, obteve a conclusão de que

“a adoção de qualquer medida que contribua para a redução da assimetria informacional concorre diretamente para o melhor aproveitamento do processo de recuperação judicial. A perícia, ainda que realizada de forma bastante insipiente, mostrou ser ferramenta útil para balizar a decisão do juiz e posteriormente dos credores que tem acesso ao seu conteúdo através dos autos do processo.”²⁹⁸

Temos, portanto, que apesar de técnica recente, apresenta-se trabalho empírico sobre a constatação prévia que demonstra o benefício da sua utilização como ferramenta útil para redução da assimetria informacional constante no processo de recuperação judicial, apontada como o fator de maior impacto na eficiência do processo de recuperação judicial.²⁹⁹

O descompasso de informações diante da crise da empresa no Brasil é deveras apontado como problemático na recuperação judicial, sendo agravado pela atitude dos

²⁹⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

²⁹⁷ MARTINHO, Daniel Möller. Análise econômica da recuperação judicial: um estudo sobre a eficiência do processo de recuperação. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018, P.75

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem, p. 9

administradores da sociedade, que sonegam informações relevantes, principalmente em relação a sua viabilidade, limitando-se, quando muito, ao cumprimento das obrigações legal.³⁰⁰

A esse respeito, Ricardo Negrão afirma que

A exigência de juntada da demonstração da viabilidade econômica e do laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens de ativos do devedor, subscrito por profissional habilitado ou empresa especializada (LRF, art. 53), apenas encarece o processo, podendo, ainda, não fornecer suficiente credibilidade, em razão da unilateralidade de sua produção. Além disso, impõe ao credor, ao fundamentar sua objeção ao plano, produzir por conta própria auditoria nos documentos apresentados e, portanto, custos que se somarão ao crédito existente.³⁰¹

Assim, tem-se que a necessidade de transparência e confiabilidade das informações prestadas pela devedora para correta avaliação não é garantida pela lei 11.101/05, e conseqüentemente pelo processo de recuperação judicial. Isso porque os documentos elencados nos incisos I e II do artigo 53 da LRF são produzidos pela própria empresa postulante, sendo por si só, sujeitos à dúvida quanto a fidelidade dos números e à realidade econômico-financeira da empresa, motivo pelo qual a perícia prévia tem-se mostrado eficiente para a redução da assimetria informacional.³⁰²

Nesse contexto, assumem grande importância, para a aferição da viabilidade da empresa, a veracidade e a exatidão das informações contidas no processo a respeito da situação patrimonial da devedora, sendo certo que essas informações integram o pedido e se destinam ao conhecimento dos credores, que devem ter ciência das reais condições da empresa.³⁰³

Destarte, não somente salutar a adoção da perícia prévia, como justificada em razão do resultado que produz, não somente para o auxílio ao magistrado na verificação do juízo de admissibilidade, mas como técnica de ampliação da cognição judicial que proporciona maiores informações aos credores, auxiliando na viabilidade da autocomposição a que

³⁰⁰ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 173.

³⁰¹ NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

³⁰² MARTINHO, Daniel Möller. Análise econômica da recuperação judicial: um estudo sobre a eficiência do processo de recuperação. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018, P.61.

³⁰³ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 174.

objetiva o processo de recuperação judicial, encontrando permissivo legal para essa modalidade de produção probatória no artigo 381, II, do CPC.³⁰⁴

Como esclarece Otávio Joaquim,

“na recuperação judicial, mesmo tendo em conta que a cognição, como ato de conhecimento de matérias de fato, é realizada em parte pelos credores, é de se considerar que o consenso entre os envolvidos não vem pré-constituído ao processo, devendo se formar durante o iter processual, o que torna mais fácil compreender a importância da veiculação de informações capazes de dar suporte às manifestações de contate dos envolvidos, e também, de outros sujeitos do processo, o juiz, o administrador judicial, o ministério Público, bem como de terceiros que eventualmente possam intervir, se forem atingidos seus legítimos interesses.”

Nesse sentido que se aponta a eficiência da técnica da constatação prévia, tendo em vista a redução da assimetria informacional por ela proporcionada, contribuindo significativamente para o melhor aproveitamento do processo de recuperação judicial, indicando que o simples aumento do prazo entre a distribuição do processo e o deferimento do processamento não deve ser determinante para a eficiência do processo enquanto instrumento de superação da crise econômico-financeira das empresas.³⁰⁵

A importância dessa conclusão se presta para afastar críticas apontadas à utilização da constatação prévia, mormente no que tange ao aumento da fase postulatória³⁰⁶, e no prejuízo ao caráter negocial do procedimento.

Quanto a esta última, aponta-se a conclusão de Marcelo Sacramone:

“Ainda que consagrada como faculdade do juízo, sua realização não tem qualquer funcionalidade e acarreta prejuízo justamente ao interesse que se procura preservar, a negociação entre devedor e credor para a solução comum de uma empresa que, em crise, poderá ainda ser viável.”³⁰⁷

Dito isso, temos, no entanto, que a legislação não previu um parâmetro de avaliação da constatação prévia, o que deixa o resultado da constatação à sensibilidade de cada julgador, o que reclama a criação de critérios objetivos de avaliação.

³⁰⁴ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

³⁰⁵ MARTINHO, Daniel Möller. Análise econômica da recuperação judicial: um estudo sobre a eficiência do processo de recuperação. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018, P.60.

³⁰⁶ “Se tudo correr bem, sem nenhuma destas ou de outras intercorrências, a insegurança jurídica decorrente da constatação prévia estender-se-á por cerca de uma semana. Além de prolongar a agonia despertada por qualquer pedido de recuperação judicial, enquanto perdura a indefinição, a constatação prévia tem seus custos.” (COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 213)

³⁰⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, P. 305.

Necessário, portanto, apresentar o esforço de Daniel Carnio Costa e Elisa Fazan no sentido de elaborar um modelo objetivo de análise e aplicação uniforme da constatação prévia, denominado de Método de Suficiência Recuperacional. O “MSR”, portanto, foi delineado com três matrizes, tendo como premissas essenciais os arts. 47, 48, e 51 da Lei 11.101/05, e é composto pelos índices ISR, IADe, e IADu, e pretende ser uma métrica objetiva e segura para potencializar o grau de cognição do juiz no momento inaugural da recuperação judicial. Na palavra dos autores:

“O MSR propõe identificar e avaliar os aspectos reais e contábeis que revelam sua capacidade de gerar os valores tutelados pela recuperação judicial. Além disso, o MSR também se presta a avaliar a completude e a regularidade da documentação essencial (Índice de Adequação Documental Essencial – IADe) e da documentação útil (Índice de Adequação Documental Útil – IADu)

O Índice de Suficiência Recuperacional (ISR) é o resultado da análise dos aspectos objetivos e contábeis da empresa devedora, eles revelam a capacidade de gerar empregos, circular produtos e serviços, recolher tributos e cumprir a função social. Caso a empresa apresente uma avaliação insuficiente em relação ao ISR, terá o juiz uma indicação bastante segura da ausência de interesse processual, motivadora do indeferimento do processamento do processo recuperacional. O ISR é, na verdade, uma *red flag* ao juízo. Vale dizer, se o ISR é insuficiente, isso revela que, muito provavelmente, a empresa não tem condições de gerar qualquer benefício social ou econômico que justificasse os ônus causados pela recuperação judicial.”³⁰⁸

Não havendo, portanto, indicação objetiva na legislação falimentar quanto aos critérios de avaliação da constatação prévia, indica-se o Método de Suficiência Recuperacional como modelo a ser seguido.³⁰⁹

Por fim, realizada a constatação prévia, e auferido o resultado pelo magistrado, caso constate-se a capacidade de produção dos benefícios econômicos e sociais pela empresa, defere-se seu processamento, caso contrário, revelam-se quatro situações diferentes, que ensejam distintas diligências pelo juízo.

A princípio, podemos citar i) A inexistência de qualquer atividade empresarial; e ii) Fraude. Nesses casos, verificando-se que a atividade empresarial não existe, ou constatando-se a presença de fraude no pedido de recuperação judicial, a petição inicial deverá ser indeferida, e o processo ser extinto, sem resolução do mérito, por ausência de interesse

³⁰⁸ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019 p. 36.

³⁰⁹ Para melhor compreensão de todos os índices e metodologia de aplicação do MSR: COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR). Curitiba: Juruá, 2019.

processual na modalidade da adequação, conforme estudado. No caso de fraude, ainda, devem ser encaminhadas cópias dos autos ao Ministério Público para finalidades criminais cabíveis.

Outrossim, pode ser o caso de iii) Irregularidade ou incompletude documental, hipótese em que deve ser determinado pelo juiz a emenda à inicial, deferindo prazo para correção dos vícios apurados e devidamente indicados. Em caso de correção dos vícios, defere-se o processamento. Caso contrário, deve-se indeferir a inicial, nos termos do artigo 321, Parágrafo Único, do CPC, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito.

Por fim, sendo o caso de iv) Incompetência funcional, em razão de distribuição do processo em juízo diverso daquele localizado no principal estabelecimento da devedora, o processo deverá ser redistribuído ao juízo funcionalmente competente.³¹⁰

Expostos esses pontos sobre a constatação prévia, podemos concluir, dentro da sistemática do processo de recuperação judicial, que trata-se de técnica coerente com os propósitos da legislação falimentar, e adequado à consecução dos seus objetivos, e também como método que fortalece o caráter coletivo e estrutural dessa modalidade processual, haja vista expor as características de flexibilidade procedimental, produção probatória atípica, solução negociada, e múltiplos interesses envolvidos.

Sendo assim, aponta-se ainda que as maiores críticas feitas ao novel instituto codificado no artigo 51-A da LREF partem de premissa inadequada a tais características apresentadas ao longo desta pesquisa. Como se observa da conclusão feita por Fábio Ulhoa Coelho:

“Os juízes podem eventualmente não se sentir preparados para examinar com profundidade a instrução do pedido de recuperação judicial, sem o auxílio de um profissional. Nesse caso, porém, ao invés de se valer da constatação prévia, é melhor para todos que eles defiram o processamento da recuperação judicial. Se ocorrer da papelada exibida pelo devedor conter uma grave irregularidade, é provável que um ou mais dos credores peçam a reconsideração do despacho, levando os elementos técnicos que fundamentam o pedido. Nessa oportunidade, o juiz poderá sopesar os argumentos e eventualmente rever o despacho proferido.

E se a petição inicial estiver irregularmente instruída, for deferido o processamento e não houver credor pedindo a reconsideração do despacho? Nenhum problema se isso acontecer. Afinal, na hipótese de não haver credor se sentindo lesado em seus direitos, com o despacho de processamento da recuperação judicial a despeito da irregularidade da instrução da petição inicial, o prosseguimento do processo não prejudica ninguém.”³¹¹

³¹⁰ Ibidem, p. 48.

³¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 213

Como se verifica, as opiniões que se voltam contra a técnica da constatação prévia, embora apresentem preocupações e expositores relevantes, partem de premissa distinta sobre os custos, interesses, e objetivos envolvidos no processo de recuperação judicial.

Nesse contexto, é preciso dizer que, em caso de deferimento do processamento a empresa que não possua capacidade de produzir os resultados esperados da recuperação judicial, além dos direitos individuais dos próprios credores, que não se realizarão, mais interesses estão em questão, envolvendo a utilização de recursos públicos por conta do processo em curso e os danos marginais, não somente às partes e aqueles atingidos indiretamente pela crise da empresa, como também aos demais consumidores finais dos serviços da Justiça, causado pela duração de processos em tempo não razoável.³¹²

Isto posto, passaremos a um estudo de direito comparado, a fim de demonstrar a aproximação entre a técnica da constatação prévia e a *attestazione* do *professionista* no procedimento de *concordato preventivo* italiano, e como suas especificidades podem contribuir para o aprimoramento desta novel técnica positivada no artigo 51-A da LREF.

4.2. A TÉCNICA ITALIANA: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

4.2.1. Primeira parte: procedimento de concordato preventivo italiano – aspectos gerais

Haja vista a grande aproximação entre a legislação falimentar brasileira e a italiana, sendo esta uma verdadeira fonte de inspiração para nossa legislação pátria³¹³, será feita uma breve comparação entre os institutos, com análise sobre a atuação do profissional no procedimento italiano e sua semelhança ao procedimento de constatação prévia da capacidade da empresa em gerar benefícios econômicos e sociais.

Esta pesquisa comparativa foi realizada nas dependências da *Sapienza Università di Roma*, junto ao *Dipartimento di diritto ed economia delle attività produttive*, sob a orientação do Professor Daniele Vattermoli e com auxílio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES).

Isto posto, a fim de situar o leitor, devemos, primeiramente, fazer um breve apanhado sobre os aspectos gerais do procedimento de *concordato preventivo* italiano, regulado pelo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*³¹⁴.

³¹² RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 174.

³¹³ NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

³¹⁴ <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2019/02/15/codice-crisi-impresa>

No Título IV do Código, entre os artigos 56 e 120, são tratados os instrumentos de regulação da crise, quais sejam: os denominados “*Accordi*” (*Piani attestati di risanamento e Accordi di ristrutturazione dei debiti*); os procedimentos de composição das crises de superendividamento (*piano del consumatore e concordato minore*); e, por fim, o *Concordato Preventivo*, sobre o qual exclusivamente recairá o presente estudo.

O *Concordato Preventivo* trata-se de um procedimento concursal judicial de caráter voluntário, isto é, que pode ser aberto exclusivamente pelo pedido do próprio devedor empresário. É denominado “*Preventivo*” porquanto tende a prevenir a abertura do procedimento de *liquidazione giudiziale* invocado no Código de 2018³¹⁵ e todas as demais consequências dele decorrentes. Desta forma, a abertura do procedimento determina a improcedência de eventuais pedidos dos credores ou demais legitimados, pela abertura do procedimento de *liquidazione giudiziale* do devedor.

Ademais, o termo “*Preventivo*” assume também outro significado, vez que o procedimento pode ser aberto sempre que o devedor se encontre em uma situação de *Crisi*³¹⁶, que designa uma condição econômico-financeira do devedor que torna provável o estado de insolvência. Nesse ponto de vista, é possível dizer que o procedimento de *Concordato* é, ou pode ser, preventivo, uma vez que previne, ou pode prevenir, a manifestação do estado de insolvência³¹⁷.

Isto posto, o *Concordato Preventivo* é caracterizado pela presença de dois elementos imprescindíveis: de um lado, há um acordo entre a maioria dos credores e o devedor, pelo qual os primeiros aceitam a proposta de sistematização e alteração do passivo apresentado pelo segundo; de outro lado, há a intervenção judicial do órgão institucional competente, que visa a garantir a regularidade (*lato sensu*) do *iter* concordatário, e que justifica a extensão da eficácia do acordo frente aos credores que rejeitaram a proposta.

Dito isto, explica-se que o *concordato preventivo* possui duas modalidades, elencadas no art. 84, *co.* 1 supramencionado, quais sejam: o *concordato liquidatorio* e o *concordato in continuità aziendale*. Apenas neste último ocorre a continuidade da atividade empresarial,

³¹⁵ “*La liquidazione giudiziale è la procedura che sostituisce il fallimento ed è finalizzata a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente, ripartendo il ricavato in favore dei creditori sulla base della graduazione dei loro crediti.*” (SERRA, 2019)

³¹⁶ O Código Italiano define *Crisi* no art. 2º, *co.* 1, *lett.* a), nos seguintes termos:

“*a) Crisi: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;*”

³¹⁷ O Código Italiano define *Insolvenza* no art. 2º, *co.* 1, *lett.* b), nos seguintes termos:

“*b) «insolvenza»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni;*” Cf. NIGRO; VATTERMOLI, 2021. p. 387.

como na recuperação judicial brasileira, de modo que a continuidade das atividades se trata apenas de um meio, um instrumento para se alcançar a finalidade de melhor satisfação dos credores, mas não um fim em si mesmo.

Destarte, é denominado *Concordato liquidatorio* o procedimento no qual, após a sentença de homologação do plano acordado entre o devedor e credores, se realiza a liquidação do patrimônio da empresa em crise, com a distribuição dos rendimentos arrecadados entre os credores. Observam Nigro e Vattermoli (2021) que, via de regra³¹⁸, a liquidação é o procedimento de cessão dos bens do devedor aos credores. Nesse caso, a liquidação dos bens e a distribuição dos rendimentos, conforme estabelecido no pacto concordatário, é confiada a um ou mais *liquidatori* nominado pelo Tribunal através da *Sentenza di omologazione*.

Por outro lado, o *Concordato in continuità aziendale* trata-se de figura mais recente, introduzida no ordenamento italiano pelo *Decreto-legge n. 83/2012*³¹⁹, que mais se assemelha ao procedimento de recuperação judicial, uma vez que tem por pressuposto também a continuidade da atividade empresarial, seja sob o comando do mesmo empresário (direta), seja mediante a gestão de um terceiro (indireta), nos termos detalhados do artigo 84, *comma 2*³²⁰.

Prosseguindo, no mesmo artigo, é previsto que, em caso de continuidade direta do plano, isto é, sob a gestão do mesmo empresário, a atividade da empresa deve ser funcional para garantir a restauração do equilíbrio econômico-financeiro no interesse prioritário dos credores.

Apresentados esses dois momentos imprescindíveis ao *concordato preventivo* – o acordo entre credores e devedor e a intervenção institucional do órgão judiciário competente – , os requisitos objetivos e subjetivos de acesso ao procedimento e sua tipologia, é mister fazer

³¹⁸ NIGRO; VATTERMOLI, op. cit., p. 390.

³¹⁹ Apesar da novidade do instituto *Concordato preventivo con continuità aziendale*, antes da reforma de 2012, já era possível, ao devedor, apresentar um plano que prevísse a continuação da atividade empresarial, seja com o mesmo proponente, seja com terceiro.

³²⁰ “Art. 84. 2. *La continuità puo' essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore.*”

importante observação quanto à função do *concordato preventivo*, eis que aqui temos um ponto crucial de diferença entre os procedimentos italiano e brasileiro.

Isto porque, como apontam Alessandro Nigro e Daniele Vattermoli (2021), o *concordato preventivo* pode, a depender do conteúdo concreto do plano apresentado, permitir a conservação dos organismos produtivos, a manutenção do nível de emprego e uma eficiente realocação dos recursos econômicos, isto é, gerando benefícios à inteira coletividade.

Conforme os mesmos, todavia, se, por um lado, esses resultados “*giustificano il favor del legislatore verso il Concordato Preventivo com continuità aziendale (e lo speculare disfavore nei confronti di quello di liquidazione)*”³²¹, por outro, tratando-se de situação eventual, não podem ascender como função juridicamente relevante do instituto italiano.

Nesta linha, os autores prosseguem afirmando que o único objetivo que o *concordato preventivo* deve, invariavelmente, perseguir – consequentemente, sua finalidade *strictu sensu* – é a satisfação, tendencialmente paritária, dos credores, a ser implementada através da reestruturação dos débitos e da satisfação dos créditos mediante qualquer forma, nos termos do art. 85, co.3, *lett. a.*³²²

Destarte, o *concordato preventivo* possui uma função essencialmente satisfativa aos credores, o que é expressamente afirmado no artigo 84, co. 1 do *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, senão vejamos: “*Art. 84 Finalita' del concordato preventivo: 1. Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio*”.

À luz de tal disposição, portanto, infere-se que a continuidade ou a preservação da empresa, no procedimento de *concordato preventivo*, deve ser considerada como um valor a ser tutelado, mas não em si mesmo, senão como instrumento, em função auxiliar à melhor satisfação dos credores.

Nesse diapasão, percebemos fundamental distinção com a função, ou o objetivo, da recuperação judicial brasileira, posto que, como abordado no tópico 4.1, nosso procedimento pátrio tem seu objetivo expresso no artigo 47 da Lei 11.101/05, onde é previsto que “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”.

³²¹ NIGRO; VATTERMOLI, op. cit., p. 399.

³²² Ibid., p. 399. “*Art. 85. Presupposti per l'accesso alla procedura.*

3. Il piano puo' prevedere:

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonche' a societa' da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;”

Isto é, enquanto a legislação brasileira tem por objetivo a continuidade da atividade empresarial, com a preservação da empresa, o direito italiano resguarda, como objetivo maior no procedimento de *concordato preventivo*, a satisfação dos credores.

Neste ponto, portanto, o que justifica a continuidade da atividade e a preservação da empresa, no direito italiano, não são os benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção, mas, sim, o interesse dos credores, o qual se torna a própria razão para justificar tal continuidade³²³.

Ademais, a *Corte di Cassazione*³²⁴ italiana tem, até agora, considerado a melhor satisfação dos credores como uma espécie de cláusula geral, constituindo-se como função do procedimento concordatário e como uma diretiva geral explícita de se privilegiar o interesse dos credores, mesmo sobre o interesse da própria continuidade empresarial³²⁵.

Galletti, sobre o tema, afirma que o legislador desejou que o *piano in continuità* representasse uma utilidade maior para os credores do que outra solução, de modo que a continuidade não poderia ser sub-valente, nem mesmo equivalente a demais soluções, visto que a continuidade só se legitima quando prevalece sobre as outras possibilidades³²⁶. Aponta, então, que, como consequência disso, a melhor satisfação dos credores resulta em ser uma condição de ingresso, um requisito de admissibilidade de acesso ao procedimento de *concordato in continuità aziendale*, haja vista que o objetivo do processo é, justamente, satisfazer os credores da forma mais eficiente possível³²⁷.

No Brasil, por sua vez, é a capacidade de gerar os benefícios econômicos e sociais que se traduz nessa condição de ingresso ao procedimento, requisito de admissibilidade à recuperação judicial, na modalidade de interesse processual, como vimos. Ou seja, apesar de o valor tutelado ser distinto, a lógica processual permanece a mesma em ambos os

³²³ Sobre o tema, RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Le società*, 2014.

³²⁴ CASS., 19 febbraio 2016, n. 3324.

³²⁵ PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 1099 ss.)

³²⁶ GALLETTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori. Brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, in www.ilfallimentarista.it

³²⁷ “La continuità – si è ulteriormente precisato – è infatti solo uno strumento per la miglior tutela dell’interesse dei creditori, e non già un fine in sé [...]. Si tratta dunque di una regolamentazione della fattispecie, non di un processo di incentivazione della stessa: vengono così fissati i requisiti che condizionano la stessa ammissibilità [...]; il Legislatore vuole che il piano con continuità sprigioni utilità maggiore per i creditori delle altre soluzioni; la continuità dunque non può essere sub-valente, ma nemmeno a rigore equivalente: essa si legittima solo in quanto prevalente sulle altre possibili soluzioni negoziali della crisi [...] La miglior soddisfazione dei creditori quindi risulta essere una condizione di ingresso, perciò soglia, per la prosecuzione dell’attività d’impresa nel concordato con continuità, che risulta ammissibile come funzionale a tale obiettivo (non certamente un confine). La miglior soddisfazione dei creditori non è quindi un limite esterno, ma una soglia di accesso;” (GALLETTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori. Brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, in www.ilfallimentarista.it)

procedimentos. Isto porque, caso não se verifique a possibilidade de alcançar o objetivo do processo quando da propositura da demanda, deve-se decidir pela inadmissibilidade do procedimento.

Faz-se, pois, breve explanação de que, no *processo di concordato in continuità aziendale*, a indicação da conveniência da continuidade empresarial à melhor satisfação dos credores trata-se de requisito de admissibilidade, e que o Tribunal pode, de ofício, sancionar eventual ausência mediante a declaração de inadmissibilidade da demanda.

Sobre a competência desse tipo de análise pelo Tribunal, interessa apontar, ainda, que, quanto ao *concordato liquidatorio*, o artigo 84, *comma 4*³²⁸, do Código Italiano, impõe uma valoração comparativa direta e objetiva por parte do Tribunal, onde, de forma inovadora, estatui que, ao ser apresentada tal tipo de demanda, a contribuição de recursos externos deve incrementar em, ao menos, dez por cento a satisfação financeira dos credores quirografários, com relação à alternativa de *liquidazione giudiziale* (falência).

Ou seja, a norma, impondo um requisito que deve ser valorado *ex officio* pelo Tribunal, não simplesmente em relação à sua atestação formal, mas de caráter substancial, evoca claramente uma condição de admissibilidade da demanda. Assim, tal conveniência não perfaz mais um perfil econômico sujeito à valoração livre pelos credores; trata-se, em vez disso, de um requisito sujeito à análise prejudicial do Tribunal e até mesmo cristalizado em um parâmetro quantitativo preciso. O que, por conseguinte, afasta a ideia contida na legislação anterior de que a análise sobre a conveniência pelo Tribunal é sempre subordinada a uma prévia oposição à homologação por parte dos credores³²⁹.

Indo além, Filippo Lamanna (2019) aponta que a funcionalidade da continuidade da empresa à melhor satisfação dos credores pode parecer uma distonia ao senso comum, que enxerga a continuidade empresarial como um fim, e não como um meio. Mas que tal situação se justifica, porquanto se trata de uma escolha de política legislativa, e que, como tal, não deve ser valorada sob uma ótica técnica. A *ratio* do Código Italiano é clara e possui uma atuação coerente e sistemática nesse sentido, de modo que a melhor satisfação dos credores desponha como critério discricionário para disciplinar as espécies no âmbito do *concordato preventivo*³³⁰.

³²⁸ “Art. 84. 4. Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non puo' essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.”

³²⁹ LAMANNA, Filippo. *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (III). In: LEFEBVRE, Giuffrè Francis. *Il Civilista*, 2019, p. 10.

³³⁰ *Ibid.*, p. 9.

Acrescenta-se, ainda, o fato de que o artigo 87, *co. 1, lett. f)*, disciplinando o conteúdo do plano concordatário, estabelece expressamente que este deve indicar, em caso de *continuità aziendale*, a razão pela qual a continuação é funcional à melhor satisfação dos credores. Adiciona-se a esta norma também o *comma 3* do mesmo artigo 87, o qual dispõe que, em caso de *continuità aziendale*, o relatório do *Professionista Independente* deve atestar que a continuidade da atividade da empresa é também funcional à melhor satisfação dos credores.

Vê-se, portanto, que, de fato, o *concordato preventivo* tem como função prioritária satisfazer o interesse dos credores, sendo a preservação da empresa, com a continuidade das atividades, um valor também assegurado pela Lei, mas de caráter coadjuvante, diferentemente da legislação brasileira, na qual a preservação da empresa é o objetivo maior a ser alcançado pelo processo de recuperação judicial.

Traçada esta perspectiva de diferenciação da finalidade entre ambos os procedimentos estudados, referente aos objetivos da recuperação judicial, é necessário esclarecer que tal diferença não é o objeto de comparação com a legislação italiana que se pretende fazer neste estudo, o qual recairá sobre a atuação do *Professionista* e sobre a análise da *fattibilità giurídica* e da *fattibilità economica* do plano, razão pela qual prosseguiremos expondo um pouco mais sobre o procedimento do *concordato preventivo*, isto é, o *iter* concordatário, a fim de possibilitar uma compreensão sobre o processo como um todo, para, só então, adentrar nos referidos temas.

4.2.1.1. *Iter* concordatário

Quanto ao percurso do procedimento concordatário, deve ser apontado, inicialmente, que, do ponto de vista estrutural, o processo de *concordato preventivo* pode ser dividido em quatro fases: fase de abertura, na qual é proposta a demanda pelo devedor e realizada a análise de admissão pelo Tribunal; fase *Negoziale*, na qual se alcança o acordo entre devedor e credores; fase *Instituzionale*, cujo objeto é o controle jurisdicional do acordo firmado, por parte dos órgãos competentes, e que se encerra com a homologação ou com a rejeição do *concordato*; e a fase de execução, que ocorre fora do procedimento de *concordato stricto sensu*, uma vez que o *concordato* se conclui com a sentença de homologação.

Dito isso, passemos a analisar a fase de abertura, uma vez que, além de ser a primeira, é quando se encontra o objeto de comparação que se busca estudar, posto que, ao seu término, estando presentes os pressupostos previstos em lei para acessar o *concordato preventivo*, o Tribunal admite o procedimento ao devedor (art. 47, *co. 1*) ou declara inadmissível a proposta

de *concordato* (art. 47, co. 3), sempre mediante decreto, determinando ou não a realização da *liquidazione giudiziale*.

Isto posto, o início do procedimento do *concordato preventivo* dá-se, nos termos do artigo 40, co. 2, da Lei italiana, mediante a apresentação de um *Ricorso* do devedor ao Tribunal, no qual devem ser indicados o órgão judiciário competente, o objeto – isto é, o procedimento cuja abertura se pleiteia –, os fundamentos da demanda e as conclusões.

Ademais, o *Ricorso* deve ser assinado por advogado munido de procuração e deve estar acompanhado dos documentos elencados no artigo 39, co. 1 e 2³³¹. Conclui-se, pois, que se trata de documentos de grande importância para um célere e correto desenvolvimento do procedimento, sendo alguns de bastante relevância ao fim de verificação dos pressupostos e das condições para a admissão do *concordato preventivo*.

Destacam-se, em particular, a relação atualizada da situação patrimonial, econômica e financeira da empresa, da qual decorre a situação de crise, e o plano de concordato, bem como outros que servem à delimitação da dimensão e da composição do ativo (*status* detalhado e estimativo da atividade), e do passivo patrimonial (elenco nominativo de credores e indicação dos respectivos créditos e eventuais garantias reais ou pessoais), os quais, por um lado, permitem a individualização dos titulares de direito de voto e, por outro lado, fornecem os elementos essenciais à valoração da conveniência do plano³³².

Indo além, o artigo 87 co. 1³³³ determina que, juntamente à proposta de concordato e à documentação requerida pelo art. 39, seja apresentado um plano de concordato que contenha

³³¹ “Art. 39 *Obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza*
1. Il debitore che chiede l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza deposita presso il tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi.

2. Il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.”

³³² NIGRO; VATTERMOLI, op. cit., p. 402.

³³³ “Art. 87 *Piano di concordato*

1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Il piano deve indicare: a) le cause della crisi; b) la definizione delle strategie d'intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; c) gli apporti di finanza nuova, se previsti; d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero; e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti; f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; g) ove sia prevista la prosecuzione

a descrição analítica da modalidade requerida e do tempo de adimplemento da proposta, bem como elenca expressamente o conteúdo mínimo que deve conter no plano. Novamente, trata-se de informações essenciais, tanto do ponto de vista do Tribunal, para permitir uma correta análise de admissão do procedimento ao devedor, quanto do ponto de vista dos credores, fornecendo informações importantes para fundamentá-los em eventual fase de votação.

Apresentado o *Ricorso*, o Tribunal profere decreto inicial, que deve obedecer aos preceitos do artigo 44, *comma 1*, sendo que, caso o *Ricorso* se trate do chamado *concordato con riserva*, conhecido também como “concordato em branco”, fixará prazo para a apresentação da proposta, com o plano, a *Attestazione* do *Professionista*, e os documentos do artigo 39, *comma 1*, nos termos do artigo 44, *comma 1, lett. a*).

Após a apresentação dos referidos documentos, seja em um primeiro momento, seja dentro do prazo fixado para o *Concordato con riserva*, o Tribunal passa à verificação da admissibilidade jurídica da proposta e da fatibilidade econômica do plano, para, enfim, decidir pela admissão, ou não, da abertura do procedimento, conforme previsão dos já citados artigo 47, *com. 1 e 3*, senão vejamos:

Art. 47. Apertura del concordato preventivo

1. A seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale, verificata l'ammissibilita' giuridica della proposta e la fattibilita' economica del piano ed acquisito, se non disponga gia' di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), con decreto:

a) nomina il giudice delegato;

b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale;

c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entita' del passivo e alla necessita' di assicurare la tempestivita' e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalita' idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;

d) fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale.

2. Il decreto e' comunicato e pubblicato ai sensi dell'articolo 45.

3. Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilita' e fattibilita' di cui al comma 1, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta

e, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale.

4. Il decreto di cui al comma 3 e' reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla comunicazione. La corte di appello, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 737 e 738 del codice di procedura civile.

5. La domanda puo' essere riproposta, decorso il termine per proporre reclamo, quando si verificano mutamenti delle circostanze.

Outrossim, os pressupostos de abertura do procedimento de concordato preventivo são divididos em subjetivos e objetivos. Quanto a estes, o devedor deve preencher os requisitos previstos pelo artigo 85, *co. 1*, quais sejam: por subjetivo, deve ser um *imprenditore* nos termos do artigo 121, isto é, os mesmos requisitos da *Liquidazione Giudiziale*; e, por objetivo, deve-se encontrar em estado de crise ou de insolvência, nos termos supracitados do artigo 2, *co. 1, lett. a) e b)*.

Ultrapassados os esclarecimentos sobre os requisitos objetivos e subjetivos de acesso ao procedimento concordatário, faz-se necessária também, antes de adentrarmos na *Attestazione*, uma breve análise quanto à proposta de concordato e ao conteúdo do plano.

O artigo 85 (*co. 2*) do *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* dispõe que o plano apresentado pelo devedor deve ser factível e observar os requisitos previstos no artigo 87 da mesma Lei. Seguindo, fixa os possíveis conteúdos do plano, estabelecendo que:

3. Il piano puo' prevedere:

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonche' a societa' da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;

b) l'attribuzione delle attivita' delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore;

c) la eventuale suddivisione dei creditori in classi;

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Observa-se, pois, que, quanto ao conteúdo do plano, a disposição legal prevê uma ampla autonomia na formação da proposta concordatária, mas traz como necessário o preenchimento de determinados requisitos, tal qual na legislação brasileira.

Em todos os casos, o plano deve ser verosímil, sustentável, verificável e fundamentado, assumindo uma dúplice função: a primeira, interna, de providenciar à empresa os instrumentos objetivos e subjetivos para conseguir o resultado da recuperação; e a segunda, externa, de demonstrar aos terceiros a efetiva possibilidade deste *risanamento*³³⁴.

³³⁴ P.47 LUCA JEANTET

Isto posto, faz-se mister esclarecer que o plano e a proposta não se confundem e trata-se de documentos distintos a serem apresentados na fase de abertura. A proposta consiste, substancialmente, no conteúdo negociável do concordato, enquanto o plano tem a função de ilustrar a descrição analítica da forma e do tempo como será adimplida a proposta.

Em resumo, o devedor deve especificar, no plano, a modalidade e o tempo de adimplemento da proposta, indicando as causas da crise, a estratégia de intervenção e o tempo previsto para assegurar o reequilíbrio da situação financeira, em caso de *Concordato con continuità*.

Mister é pontuar, também, que, em caso de formação de classes de credores, seja por obrigação legal (*ex art. 85, comma 5, CCI*) ou por faculdade do devedor, este deve, expressamente, declarar que pretende propor um concordato “*con classi*”, precisando os critérios de atribuição de cada credor à classe individualizada. O devedor, neste caso, deve especificar, no próprio *Ricorso*, os critérios, reconhecíveis, razoáveis e justificáveis, de formação das classes.

4.2.2. *Relazione del professionista e a aproximação com a constatação prévia*

Além da proposta e do plano, chama-nos atenção também a necessidade de apresentação, na fase de abertura, do documento denominado *Relazione del Professionista*. Isto é, conforme o artigo 87, *co. 2 e 3*³³⁵, o devedor deve apresentar, com a demanda, a *Relazione* de um *Professionista Indipendente*, que ateste a veracidade dos dados da empresa, bem como que ateste a factibilidade do plano (*Fattibilità del Piano*). Caso, no decorrer do processo, haja uma substancial modificação da proposta, deve ser apresentada nova *Relazione*.

Ademais, no caso de *Concordato con continuità aziendale*, isto é, com a manutenção das atividades da empresa, a *Relazione* do *Professionista* deve, também, certificar que a preservação da atividade da empresa é funcional à melhor satisfação dos credores.

Desta maneira, pretende-se assegurar que tanto os órgãos judiciais quanto os credores, chamados a manifestar seu voto sobre a proposta apresentada pelo devedor, possam fundamentar seu convencimento acerca da viabilidade e da conveniência da proposta, com base em dados objetivos e verdadeiros.

³³⁵ “Art. 87. 2. *Il debitore deve depositare, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.*

3. *In caso di concordato in continuità la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.*”

Faremos uma abordagem, portanto, entre as semelhanças e distinções havidas entre essa *Relazione* e a constatação prévia, realizada no procedimento brasileiro, elencada no artigo 51-A da Lei 11.101/05, mormente no que tange à característica de um parecer técnico em ambos, o momento de verificação – sempre na fase de abertura do processo –, o objeto de análise de cada um deles, além da sua obrigatoriedade e das consequências processuais advindas das suas peculiaridades.

A priori, devemos apontar as semelhanças que a *Relazione* do *Professionista* possui com a constatação prévia em processos de recuperação judicial, no que tange ao caráter técnico, à fase em que são elaborados, além da análise de preenchimento dos requisitos de admissibilidade referentes à possibilidade de obtenção do objetivo final do procedimento.

Destarte, a *Relazione* trata-se de documento obrigatório, a ser apresentado conjuntamente com o plano de concordato e as demais documentações anexas, nos termos do artigo 44 do *Codice*. Como dito, deve atestar a veracidade dos dados empresariais apresentados pelo devedor, bem como a factibilidade do plano. Assim, extrai-se que a *Relazione* deve ter como objeto dois elementos essenciais: a atestação de veracidade dos dados empresariais e a factibilidade do plano concordatário³³⁶.

Sendo assim, a função do *Professionista* é verificar a existência das atividades da empresa elencadas no *Ricorso* e o efetivo valor delas, a extensão do total de dívidas da empresa, se em consonância com o apresentado na relação atualizada da situação patrimonial, econômica e financeira da empresa, e a correteza da qualificação dos créditos privilegiados ou quirografários, procedendo a uma prognose sobre a factibilidade do plano concordatário e, assim, sobre a possibilidade de execução da proposta apresentada aos credores³³⁷.

Paolo Andrea Ossola (2021), em sua obra, prossegue apontando as características da atuação do *Professionista*, conforme trechos de decisões sobre o tema, razão pela qual apresenta-se o texto original:

L'attestatore è richiesto di dare espressamente conto del processo metodológico seguito per renderei l giudizio espresso, sicché la sua relazione deve "articolarsi in diverse fasi ispettivo-cognitiva, valutativa dela regolarità, comminatoria, con pubblica esplicitazione del giudizio espresso" (Trib. Piacenza, 23 giugno 2009), porre in evidenza "gli estremi di coerenza con le cause e circostanze del dissesto individuate, la valutazione comparata di possibili ipotesi alternative, l'indicazione di obiettivi e risorse che permettano all'impresa il recupero di una condizione di equilibrio per i

³³⁶ DIMUNDO, sub art. 161, 1888 ss.

³³⁷ OSSOLA, Paolo Andrea. *La domanda di concordato e i poteri del tribunale*. In: JEANTET, Luca. *Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al código dela crisi d'impresa*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 70.

piani di risanamento e, per le liquidazioni, gli elementi di certezza che ne concretizzano nel tempo i valori dedotti a fondamento della indicata soddisfazione del ceto creditório” (Trib. Bologna, 17 febbraio 2009) e tenere in considerazione le maggiori perdite che potrebbero maturare, giacché quest’informazione incide sul risultato gestionale, sul passivo, sul patrimonio netto e, in ultima batuta, sulla fattibilità del piano (Trib. Prato, 30 aprile 2014; Trib. Monza, 22 gennaio 2013; Abbate, 292 e, in particolare, nota 6)³³⁸.

Vê-se, portanto, que o *Professionista* é demandado, assim, a apresentar expressamente o processo metodológico utilizado para fazer o julgamento exposto, articulando sua *Relazione* em fases distintas, tanto como vimos na constatação prévia, através do método de suficiência recuperacional, que prevê três matrizes³³⁹.

Além disso, outra característica interessante é de que o *Professionista* também é responsável por verificar a garantia de pagamento de 20% dos créditos quirografários necessariamente previstos da proposta do devedor, sob pena de inadmissibilidade, bem como também o atingimento do percentual de 30% (*Concordato in continuità*) e 40% (*Concordato liquidatorio*) de satisfação dos credores quirografários a serem garantidos para afastar a possibilidade de apresentação e propostas concorrentes, nos termos do artigo 161, *comma* 5, 1, *fall*.

Dito isso, para poder elaborar essa *Relazione*, o *Professionista Indipendente* indicado pelo devedor deve preencher os requisitos elencados pelo artigo 2, *co. 1, lett o*)³⁴⁰, que prevê a esse profissional a necessidade de ser inscrito nos quadros de gestores da crise e insolvência das empresas (*albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese*), bem como nos registros de revisores legais (*Revisori Legali*).

Indo além, deve preencher os requisitos do artigo 2.399 do *Codice Civile*, ou seja, não pode ter nenhuma das restrições elencadas para ser eleito ao cargo de *Sindaco* nas sociedades por ações, bem como não pode ser ligado à empresa ou a outra parte interessada na operação de regulação da crise, em relação tanto pessoal como profissional.

³³⁸ OSSOLA, Paolo Andrea. *La domanda di concordato e i poteri del tribunale*. In: JEANTET, Luca. *Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al código della crisi d’impresa*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 70.

³³⁹ COSTA, Daniel Carnio. FAZAN, Eliza. *Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR)*. Curitiba: Juruá, 2019.

³⁴⁰ “o) ‘professionista indipendente’: il professionista incaricato dal debitore nell’ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all’albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonche’ nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all’impresa o ad altre parti interessate all’operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali e’ eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ne’ essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell’impresa, ne’ aver posseduto partecipazioni in essa;”

O *professionista* e os sujeitos com os quais este é eventualmente unido em parcerias profissionais não podem ter prestado, nos últimos cinco anos, atividade de trabalho ou autônomo em favor do devedor, nem ser membro dos órgãos de administração e controle da empresa, nem ter possuído participação nesta.

Percebe-se, pois, que a figura do *Professionista Independente*, que passou a ocupar o papel do *Professionista attestatore* da legislação reformada, possui elevada conotação profissional, sendo exigida uma posição de absoluta imparcialidade em relação aos sujeitos e aos interesses envolvidos no processo de concordato preventivo, com vistas a assegurar a produção de valorações imparciais e o aumento do grau de confiança.

Já no direito brasileiro, não são impostos requisitos de ordem objetiva como os supramencionados. As únicas observações feitas pela legislação pátria quanto ao profissional que irá elaborar a constatação são de caráter subjetivo, impondo-se que seja profissional de confiança do juiz que a ordenar, com capacidade técnica e idoneidade, nos exatos termos do artigo 51-A, caput, da Lei 11.101/05.

Prosseguindo, a legislação italiana não precisa exatamente quais consequências podem derivar de eventual defeito nos requisitos antes prescritos, e, em particular, de defeito no requisito da independência. No entanto, um defeito nesse requisito pode ser traduzido como um vício na designação feita pelo devedor. e, portanto, pode privar de qualquer efeito todos os atos que o profissional tenha realizado na execução do seu encargo. Tal fato, pois, traduz-se como uma grave irregularidade, que impedirá a admissão do concordato preventivo ou, se constatada posteriormente à fase de admissibilidade, determinará a revogação da admissão.

No artigo 342 do Código Italiano é previsto, ao *Professionista* que expor informações falsas ou omitir informações relevantes sob o ponto de vista da veracidade dos dados contidos no plano ou nos documentos anexos, punição com pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa que pode variar entre 50.000 (cinquenta mil) a 100.000 (cem mil) euros.

Com isso, verifica-se o importante papel do *Professionista* no processo de *concordato preventivo* e, mais especificamente, naquele com *continuità aziendale*, eis que além de atestar a veracidade dos dados e a factibilidade econômica do plano e a preservação da atividade da empresa como funcional à melhor satisfação dos credores, pode também atestar e viabilizar a continuidade de contratos públicos havidos pelo devedor, e a participação em procedimentos de contratações públicas novas, além de poder atestar que o pagamento de créditos anteriores por prestação de bens ou serviços são funcionais para assegurar a melhor satisfação dos credores.

A tarefa essencial do *Professionista Indipendente*, pois, é a de atestar, certificar. O significado próprio de atestar, em italiano, é de produzir uma certeza, certificar. No caso do *Professionista*, contudo, este não produz certeza alguma, tampouco uma certeza jurídica ou legal. Em vez disso, a *Attestazione* por ele produzida exprime, apenas um juízo, uma valoração de caráter prognóstica e se assemelha, portanto, a um parecer técnico, de caráter imparcial, com a finalidade de que possua elevada confiabilidade³⁴¹.

Assim, em todas as hipóteses acima demonstradas, a participação do *Professionista* no processo de *concordato preventivo* tem a função de garantir – *lato sensu* –, através de certificações, ou *Attestazioni*, dotadas de particular confiabilidade, tanto a correspondência com a realidade dos dados fornecidos pelo devedor, como a idoneidade da proposta e a factibilidade da proposta e dos programas apresentados também pelo devedor, com a finalidade de satisfazer os interesses envolvidos no processo.

Faz-se uma observação, contudo, de que as funções atribuídas e o grau de vinculação de cada *Relazione/Attestazione* nem sempre são iguais. Quanto ao ponto, Alessandro Nigro e Daniele Vattermoli (2021) apontam que a reforma operada no Código de Crise Empresarial italiano desvalorizou o valor das *Attestazioni* feitas pelo *Professionista* em sede de admissão do procedimento concordatário, ressaltando que, mesmo no que tange à certificação da factibilidade econômica do plano, ao Tribunal é resguardado o poder/dever de valoração sobre o documento produzido pelo *expert*³⁴².

Feitas essas explanações acerca da atuação do *Professionista*, podemos concluir, como Cândido Dinamarco (2017), que a sua *Relazione*, apresentada pelo devedor na fase de abertura do procedimento de *concordato preventivo*, se trata de uma “certificação realizada por um profissional portador de conhecimentos técnicos, e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos”³⁴³. Utilizamos, aqui, as palavras utilizadas por esse autor para descrever o conceito de “perícia”, a fim de demonstrar a grande semelhança que tal documento possui com um parecer pericial, assim como é com a constatação prévia.

Inclusive, quanto a esta última, é mister lembrar que, no seu surgimento, ela era chamada de “perícia prévia”.

Isto posto, trata-se a *Relazione* de um documento produzido pelo *expert* na fase de abertura do procedimento concordatário, de caráter obrigatório, cuja finalidade é fornecer ao

³⁴¹ NIGRO; VATTERMOLI, op. cit., p. 419.

³⁴² Ibid., loc. cit.

³⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 3v.

Tribunal elementos concretos, obtidos mediante análise técnica, acerca da veracidade dos dados apresentados pelo devedor, e acerca da factibilidade econômica do plano de concordato, e elencado como requisito à instauração do procedimento de *concordato preventivo*, seja ele *liquidatorio*, seja com *continuità aziendale*.

Destarte, ressalta-se a grande semelhança entre tal *Relazione* no procedimento italiano e a constatação prévia realizada no processo brasileiro, de que tratamos no tópico 4.1, que consiste em uma análise substancial dos documentos apresentados pelo devedor, previstos no art. 51 da Lei 11.101/05, bem como na inspeção ou constatação das reais condições de funcionamento da empresa requerente³⁴⁴.

Assim, além do caráter técnico, pericial, a *Relazione* presta-se a verificar, de forma prognóstica e pautada em atestação de probabilidade, a capacidade de a demanda em análise atender às finalidades da Legislação. No caso italiano, além da veracidade dos dados e da factibilidade do plano, deve ser, ainda, atestada, expressamente, no *Concordato Preventivo in Continuità Aziendale*, que a prossecução das atividades é funcional à melhor satisfação dos credores, sendo este, justamente, o objetivo do procedimento concordatário italiano, nos termos do artigo 84, I, do *Codice della Crisi d'Impresa*.

Por outro lado, no caso brasileiro, a constatação prévia prevista no art. 51-A da Lei 11.101/05 presta-se a verificar, também de forma prognóstica e pautada em atestação de probabilidade, a capacidade de a empresa em crise gerar os benefícios econômicos e sociais que dela se espera, sendo este o objetivo do procedimento recuperacional brasileiro, nos termos do art. 47 da LREF.

Portanto, podemos notar semelhanças e diferenças entre os mecanismos processuais, aptos a nos oferecer parâmetros de melhoria e evolução da técnica brasileira.

A princípio, temos que ambos, como dito, possuem semelhança a um parecer técnico, a partir de uma averiguação dos documentos e demonstrações da empresa em crise, sendo que o objeto de ambas as análises se presta a verificar, de forma prognóstica e pautada em atestação de probabilidade, a capacidade de a demanda em análise atender às finalidades da Legislação.

No caso italiano, além da veracidade dos dados e da factibilidade do plano, deve ser, ainda, atestada, expressamente, ser ao *Concordato Preventivo in Continuità Aziendale*, que a prossecução das atividades é funcional à melhor satisfação dos credores, sendo este, justamente, o objetivo do procedimento concordatário italiano.

³⁴⁴ COSTA; FAZAN, op. cit., p. 44.

Por outro lado, no caso brasileiro, a constatação prévia prevista no art. 51-A da Lei 11.101/05 presta-se a verificar, também de forma prognóstica e pautada em atestação de probabilidade, a capacidade de a empresa em crise gerar os benefícios econômicos e sociais que dela se espera, sendo este o objetivo do procedimento recuperacional brasileiro, nos termos do art. 47 da LREF.

Ou seja, apesar de objetivos diferentes, procedimentos diferentes, ambos lançam mão da contribuição profissional e técnica de um *expert* para análise de admissibilidade da demanda recuperacional. Nesse ponto, outro objeto de similaridade entre as técnicas é que ambas as análises são realizadas em momento anterior ao deferimento do processamento, a fim de auxiliar o magistrado na averiguação dos requisitos legais impostos à abertura do procedimento.

Por outro lado, verifica-se também certas distinções interessantes. Nesse mesmo ponto, temos que, na Itália, a *Relazione* é apresentada conjuntamente com o plano, no prazo máximo de 60 dias estabelecidos pelo Tribunal (art. 44), mediante decreto, após o recebimento do *Ricorso* (art. 39). Após o recebimento do plano de *concordato*, proposta e *Attestazione*, o juiz decreta a abertura do procedimento ou julga inadmissível.

Já no Brasil, apresentada a petição inicial, juntamente com a documentação pertinente (art. 51), o juiz, quando reputar necessário, poderá nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação prévia. Após realizada a constatação, caso o juiz entenda que as demonstrações sejam suficientes à abertura do procedimento, deferirá o processamento da recuperação judicial. A partir de então, terá, o devedor, 60 dias para apresentar o plano de recuperação.

Verifica-se, pois, que, muito embora ambos sejam realizados em momento anterior ao deferimento do processamento, servindo de base para a análise judicial sobre a abertura ou inadmissibilidade do procedimento, resguardam-se peculiaridades em ambos. Assim, ao passo que no processo brasileiro tal documento é produzido em momento anterior à apresentação do plano, no procedimento italiano, ele é apresentado em anexo ao plano, conferindo, inclusive, análise sobre sua factibilidade, e é de produção obrigatória pela devedora, enquanto no caso brasileiro a constatação prévia é uma faculdade do juiz. Em nosso caso, portanto, trata-se de produção probatória antecipada, realizada sem a ciência da própria devedora, *inaldita altera pars*.

Reside aqui o ponto central de proposição desta pesquisa para a melhoria da técnica da constatação prévia. Isto é, conforme demonstrado no tópico anterior (4.1), o maior benefício que vem se apresentando na técnica da constatação prévia, é a redução da assimetria

informativa, que concorre diretamente para o melhor aproveitamento do processo de como ferramenta útil para balizar a decisão do juiz e posteriormente dos credores que tem acesso ao seu conteúdo através dos autos do processo.³⁴⁵

Para tanto, a fim de afastar as críticas elencadas no tópico anterior, relativas ao prazo exíguo de realização da constatação prévia, sob pena de insegurança e prejuízos à devedora requerente, entende-se que poderia ser mais adequada a avaliação dos documentos e das reais condições de funcionamento da empresa em momento anterior à apresentação do pedido de recuperação judicial, a exemplo do que ocorre no direito italiano, impondo-se a obrigatoriedade de sua apresentação.

Desta forma, pode-se adotar o mesmo modelo, com a utilização de profissionais imparciais, devidamente cadastrados nos Tribunais, a serem contratados pela própria requerente para elaborar uma avaliação técnica sobre seus documentos. Isto porque, como visto, se a assimetria informativa é o maior problema a ser enfrentado pela recuperação judicial no sentido de aumentar sua eficiência, tal prática auxiliaria sobremaneira na apresentação de informações verídicas e precisas sobre a situação da crise empresarial.

Com isso, além de retirar a subjetividade judicial para avaliar em quais casos seria necessária a realização da constatação prévia, oferecer maior celeridade, sem a necessidade da produção probatória incidente, após recebida a inicial, a adoção de técnica semelhante à italiana, certamente auxiliaria na melhor capacidade de negociação e maior possibilidade de solução consensual e adequada ao problema estrutural de crise empresarial verificada.

4.3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Por fim, vimos que a constatação prévia se apresenta como uma técnica processual, semelhante à produção de prova pericial, em momento anterior ao deferimento do processamento, isto é, para instrução do juízo de admissibilidade a ser realizado pelo magistrado.

Além dos efeitos positivos apresentados, como o aumento da informação entregue aos credores, que acarreta maior possibilidade de sucesso na negociação do plano de recuperação, abordamos também a técnica italiana de produção de prova semelhante, também em momento anterior ao juízo de admissibilidade, porém a ser realizado ainda antes da apresentação da petição inicial. Diante disso, será feita uma análise sobre a possibilidade dessa produção

³⁴⁵ MARTINHO, Daniel Möller. Análise econômica da recuperação judicial: um estudo sobre a eficiência do processo de recuperação. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2018,

antecipada de prova verificado no processo de recuperação judicial mediante a utilização da técnica da constatação prévia, nas hipóteses em que o juiz reputar necessária, para auxiliá-lo na identificação do interesse de agir, que se perfaz na capacidade da devedora produzir os benefícios econômicos e sociais decorrentes da preservação da empresa.

Para tanto, temos, inicialmente, que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevante inovação ao possibilitar a produção antecipada de provas em caráter geral, desvinculada das hipóteses de urgência, como ocorria no sistema do CPC/73, que reservava a antecipação da produção de provas nas hipóteses em que se demonstrava o risco de impossibilidade de atividade instrutória no momento oportuno, com natureza cautelar³⁴⁶.

A previsão foi positivada no artigo 381³⁴⁷ e incisos do CPC, que passou a admitir a produção antecipada de provas, além da hipótese de risco à futura produção (inciso I), também nos casos em que a prova a ser produzida possa viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Em comentário ao referido artigo, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2016) afirmam que, em todas as hipóteses dos três incisos, a admissão da produção antecipada de prova tem como ponto comum a máxima redução das incertezas. Ainda, que tais hipóteses não refletem uma exposição estanque de casos determinados que ensejam a antecipação, como ocorria no artigo correlato do CPC/73. O que ocorre agora, com o código de 2015, não é a taxatividade das hipóteses, mas, sim, o delineamento de situações nas quais se considera seu cabimento³⁴⁸.

Trata-se, pois, de dispositivo celebrado pela doutrina, e que ampara a ideia do direito autônomo à prova. Nesse contexto, necessário apontar que, apesar de não haver a menção expressa ao direito autônomo à prova como direito fundamental no texto Constitucional, é previsto, no artigo 5º, LV e LVI³⁴⁹, o direito à prova, em sentido amplo, instituído também pela Teoria Geral do Direito.³⁵⁰

³⁴⁶ CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Produção Antecipada de Prova e Tutela Jurisdicional Diferenciada no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 90, Maio/Jun de 2019.

³⁴⁷ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

³⁴⁸ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.101.

³⁴⁹ 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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados

Entretanto, o direito de produzir provas perfaz a garantia mínima constitucionalmente assegurada, e não se limita à produção em juízo. Assim, a produção antecipada de provas se apresenta como o exercício do direito autônomo à prova, cujo suporte decorre, além da doutrina, de previsão constitucional e infraconstitucional.

O Artigo 381 do CPC revela a permissão, em nosso sistema, da antecipação da prova em momento anterior ao processo cognitivo de certificação do direito material, como também antes da fase probatória prevista para o processo cognitivo ordinariamente, caso em que sua atuação se dá de forma incidental.³⁵¹

Ou seja, a produção antecipada da prova, exercício do direito autônomo à produção de prova, pode ser realizado mediante uma ação autônoma de provas, mas também, de forma incidental, no curso do processo cognitivo.

Nelson Nery Jr. confirma essa possibilidade ao dispor que o interesse da parte pode justificar o ajuizamento de procedimento de produção antecipada de provas em momento anterior ao da ação principal, tendo então caráter nitidamente preparatório, mas também durante o curso da ação de conhecimento, hipótese em que a prova poderá ser produzida antes da fase de instrução, caso justificada a impossibilidade de a parte aguardá-la, ou ainda a possibilidade da produção acelerar o processo ou gerar a autocomposição.³⁵²

Portanto, verifica-se que a interpretação do artigo 381 não pode ser realizada de forma restritiva, taxativa e literal, abarcando apenas a ideia de uma ação autônoma de provas preparatória, porquanto verifica-se a possibilidade de a produção probatória ser deduzida em qualquer processo, e sua efetivação pode então ocorrer em momento cambiante dentro do próprio processo de cognição.

Isto é, há situações que exigem a realização da produção de prova em momento anterior à fase instrutória processual, que pode ainda acontecer de forma incidental ou antecipada (em caráter antecedente). João Francisco Carvalho Filho, no ponto, assim esclarece:

Fala-se na prova antecipada incidental como aquela que será produzida antes da fase instrutória, pretensamente o momento adequado para que as partes comprovem os fatos alegados. Já no caso da prova antecipada, esta se daria

em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

³⁵⁰ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. Prova Antecipada No Código De Processo Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Ricardo Maurício Freire Soares. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017, p. 27.

³⁵¹ Ibidem, p. 64.

³⁵² NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.101.

antes mesmo da abertura do processo onde se visa à declaração de um direito.³⁵³

Afirma ainda o autor que, sendo o direito de produzir provas uma garantia mínima assegurada constitucionalmente, esta inclusive não se limita à produção em juízo, destacando a possibilidade da produção de prova extrajudicialmente. Aponta que nem sempre será possível a participação conjunta na produção probatória, mas que não se deve invalidá-la nem lhe diminuir o valor, haja vista que a prova, quando regularmente produzida, tem potencial de confirmar uma proposição. Essas conclusões decorrem da ideia que o processo e as provas não têm por finalidade o juiz, o processo, ou mesmo os sujeitos, mas a solução do conflito entre eles.³⁵⁴

Flávio Luiz Yarshell, no mesmo sentido, observa a possibilidade de se reconhecer que é dado às pessoas, fora de um processo estatal, unilateralmente ou mediante atuação conjunta, realizar atividade de verificação, demonstração e registro de fatos; o que se pode – ainda que com alguma generalidade, mas sem transgressão de ordem técnica e com importante proveito metodológico – qualificar de atividade probatória.³⁵⁵ Para fins deste trabalho, portanto, parte-se da premissa de possibilidade de formação da prova fora do processo, ainda que unilateralmente.

Destarte, a produção antecipada de provas tem por escopo a garantia do direito processual à prova de forma autônoma, podendo-se afirmar que a produção antecipada de provas, ou a pré-constituição destas, servem ao benefício da coletividade e ao escopo da jurisdição. Por isso, quanto mais e melhores elementos probatórios se fizerem presentes –

³⁵³ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova Antecipada No Código De Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Ricardo Maurício Freire Soares. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017, p. 27.

³⁵⁴ “O direito de produzir provas, como já demonstrado anteriormente neste trabalho, corresponde à garantia mínima constitucionalmente assegurada e que não se limita à produção em juízo. Apesar da aparente antinomia com relação ao segundo aspecto que versa sobre a participação na produção das provas, por nem sempre ser possível a produção conjunta, não há que se afastar aquela prova produzida unilateralmente, e nem deve esta ser diminuída em relação às demais.

Tal circunstância gera a comum alegação nos juízos de que as provas unilateralmente produzidas não teriam validade, ou seriam provas com menor potencial probante, o que, em verdade, não reflete o verdadeiro sentido da produção daquela prova. A prova atinge as partes e demais sujeitos quando relacionadas a um processo. Evidentemente, na prática, os sujeitos tendem a se opor às provas produzidas pelo adverso, por conta da provável prejudicialidade que aquele lhe representará, mas isso é algo distinto da noção de que a prova, quando regularmente produzida, tem potencial de confirmar uma proposição.” (CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova Antecipada No Código De Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Ricardo Maurício Freire Soares. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017, p. 28.)

³⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

especialmente de forma pré-constituída – maiores as chances de se obter um provimento mais qualificado.³⁵⁶

Diante de tais constatações, pode-se concluir que a previsão da ação autônoma de provas trazida com o artigo 381 do CPC não se limita aos casos de uma ação autônoma propriamente dita, mas deve ser entendida como uma técnica permissiva da modulação temporal da produção probatória.

Ao admitir-se a produção autônoma tanto fora do processo, externamente, como em momento cambiante dentro do processo cognitivo, com sua realização no curso processual, pode-se afirmar que a produção probatória consiste em um bloco, um módulo cambiante e flutuante, podendo ser flexibilizado e ter sua ordem invertida para melhor adequar-se às necessidades do conflito, conferindo maior efetividade à tutela do direito (Art. 139, VI, CPC³⁵⁷).

Pelas premissas expostas, rompe-se com a noção tradicional e ultrapassada de limitação do momento processual para a produção de prova à participação inicial do interessado (provas já existentes, geralmente documentais), e, posteriormente, com a abertura da fase instrutória após determinação do juízo, sendo essa flexibilização procedimental fator preponderante para uma melhor entrega da tutela jurisdicional.³⁵⁸

Trazendo o debate para o objeto deste capítulo, qual seja, a técnica da constatação prévia no processo de recuperação judicial, podemos observar que se trata de técnica processual positivada na legislação falimentar e utilizada como instrumento de produção antecipada incidental de prova, na qual inaugura-se a produção probatória processual na fase postulatória.

Ou seja, figura como mais uma demonstração de permissão do ordenamento jurídico pátrio à modulação temporal cambiante da produção de provas, que se justifica na medida em que a prova extraída da constatação prévia auxilia o magistrado a realizar um juízo de admissibilidade mais qualificado, haja vista que, em decorrência da demonstração ou não do real funcionamento da empresa e da veracidade dos documentos apresentados, poderá constatar a adequação da situação fática (problema estrutural de crise empresarial) ao procedimento de recuperação judicial.

³⁵⁶ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. Prova Antecipada No Código De Processo Civil Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Ricardo Maurício Freire Soares. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017, p. 71.

³⁵⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 55-56.

Note-se, ademais, que estamos diante de um processo coletivo e estrutural, cujas características de flexibilidade procedimental, transporte de técnicas processuais e atipicidade dos meios probatórios lhe são inerentes.³⁵⁹

Pode-se, também, classificar a constatação prévia como um meio probatório atípico, eis que, apesar da sua proximidade com a prova pericial, não pode ser assim caracterizada, por não corresponder ao procedimento típico previsto entre os artigos 464 a 480 do CPC.

Aproxima-se, todavia, a uma espécie de prova técnica simplificada (art. 464, §2º, CPC³⁶⁰), demonstrando tratar-se de meio de prova atípico, a partir de flexibilização procedimental, moldado à realidade do conflito e à forma distinta de tutela jurisdicional

Como observam Flávio Cheim e Thiago Siqueira, parece claro que, atualmente, a garantia constitucional da ação não se restringe ao alcance dos resultados adequados pelo sujeito carente de tutela. Na verdade, em decorrência do direito de ação, para que se viabilize o atingimento desses resultados, provem o direito ao acesso a técnicas processuais (meios) adequadas à realidade do conflito levado ao Poder Judiciário.³⁶¹

Portanto, na ausência de prova pré-constituída capaz de infirmar ao julgador a capacidade da empresa em gerar os benefícios econômicos e sociais decorrentes da preservação da atividade, utiliza-se a produção antecipada de provas com a finalidade de pré-constituir tais elementos, que deveriam ser suficientes já no momento de apresentação da petição inicial, e assim viabilizar a técnica de tutela jurisdicional diferenciada observada no juízo de admissibilidade da recuperação judicial.

Por fim, entendemos que a possibilidade da constatação prévia como técnica de produção antecipada incidente de prova está contemplada na previsão dos incisos II e III do artigo 381 do CPC, que autoriza a antecipação probatória que "seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito", e que "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação."

Como demonstrado nos tópicos anteriores, o processo de recuperação judicial tem por característica especial a solução autocompositiva do conflito, a partir da aprovação do plano

³⁵⁹ "Considerando que a discussão do tema envolve, muitas vezes, uma multiplicidade de questões de fato, é preciso, nesses casos, que se adote um modelo probatório diferenciado, com utilização de importantes meios atípicos de prova (art. 369, CPC)." (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, p. 127.

³⁶⁰ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§2º 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.

³⁶¹ CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Produção Antecipada de Prova e Tutela Jurisdicional Diferenciada no Código de Processo Civil de 2015. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 90 - Maio/Jun de 2019.

de recuperação mediante negociação entre devedora e credores. Desta forma, a produção probatória realizada pela constatação prévia permite uma maior informação contábil, econômica e financeira sobre a empresa em crise, fornecendo elementos a todos os interessados que podem auxiliar na consecução do objetivo negocial do procedimento.

De igual maneira, a produção antecipada de prova realizada pela constatação prévia permite que seja evitado o ajuizamento de ação inadequada, porquanto, ao possibilitar o reconhecimento da ausência de interesse de agir, fornece ao magistrado elementos suficientes para que indefira o processamento da recuperação judicial nos casos de crise insuperável que se possa constatar de plano, gerando notória economia processual e impedindo um ônus infundado aos credores e sociedade, que pagam os altos custos decorrentes do processamento da recuperação judicial.

A técnica da constatação prévia se identifica, assim, como técnica processual especial moldada pelo direito material, e surge diante de um sistema processual com pilares na busca pela eficiência, atipicidade, e flexibilização de procedimentos. Nas palavras de Rodrigo Mazzei e Tiago Gonçalves, “o CPC/15 - sem abrir mão do detalhamento de procedimentos e a apresentação de técnicas processuais de natureza padrão e especial – trabalha com noções de flexibilidade e atipicidade procedimental”, de modo que “as técnicas processuais especiais podem estar moldadas a partir de determinados modelos advindos do direito material”.³⁶²

Conclui-se, pois, que a produção antecipada de prova decorre do direito autônomo à produção de provas, e do direito de ação, no sentido de fornecer o acesso a técnica processual adequada à realidade do conflito levado ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, pela previsão constitucional, e pela interpretação adequada do artigo 381 do CPC, a produção probatória deve ser entendida como um módulo cambiante e flutuante, podendo ser flexibilizado e ter sua ordem invertida para melhor adequar-se às necessidades do conflito, conferindo maior efetividade à tutela do direito, com a permissão de modulação temporal da produção probatória.

O que, por sua vez, se verifica na técnica da constatação prévia, podendo ser caracterizada como técnica especial de produção antecipada incidental de prova positivada, na qual inaugura-se a produção probatória processual na fase postulatória, devido à flexibilização do procedimento em adequação ao direito material e à realidade da situação jurídica levada ao judiciário.

³⁶² MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos. São Paulo: RT, 2020, p. 27 e 33.

5. CONCLUSÃO

Após todo o trabalho, concluímos pela forte contribuição que os estudos de direito processual podem oferecer à temática da recuperação judicial, e auxiliar na consecução dos objetivos e na linearidade do conhecimento deste procedimento especial,

Foi possível apresentar o vínculo entre o direito material vinculado e o processo de recuperação judicial, e a relevância da análise de concretização do direito à recuperação judicial pelo processo.

Demonstrou-se que o processo de recuperação judicial não pode perder de vista os fundamentos da sua legislação, e os objetivos que lhe foram atribuídos no artigo 47 da Lei 11.101/05, os quais devem servir de parâmetro para a interpretação do instituto, fulcrado na preservação da empresa, e manutenção da fonte produtiva, resguardando-se, dessa maneira todos os interesses nela envolvidos.

Fixamos, assim, as premissas sobre os direitos coletivos presentes na recuperação judicial, e nas características que importam classificá-lo como processo coletivo, estrutural, multipolar, e policêntrico, além de apontar os parâmetros teóricos para que se possa concluir nesse sentido.

Diante dessa análise, foi possível delimitar o recorte deste estudo para a fase do juízo de admissibilidade, na qual é proferida a decisão de deferimento do processamento.

Assim, diante das breves lições conceituais sobre os temas processuais de juízo de admissibilidade, condições da ação, e interesse de agir, a pesquisa possibilitou a averiguação da capacidade da empresa gerar os benefícios econômicos e sociais apontados como objetivo da recuperação judicial como um requisito de admissibilidade da demanda recuperacional, relativa ao interesse de agir, na modalidade da adequação.

Assim, apresentamos contribuição para uma melhor interpretação e sistematização processual da recuperação judicial, mormente no que tange ao juízo de admissibilidade, com a averiguação dos seus específicos pressupostos de admissibilidade e interesse de agir.

Com a identificação do interesse de agir na modalidade da adequação, demonstrou-se a utilidade e a eficiência da técnica da constatação prévia na verificação do interesse processual do processo de recuperação judicial, e o auxílio do novel mecanismo na redução da assimetria de informação, que possibilita aos credores e demais envolvidos no processo obterem acesso a informações mais concretas e com maior credibilidade, possibilitando uma solução consensual mais qualificada ao problema estrutural da crise empresarial.

Por fim, demonstramos que, a partir da comparação entre a técnica da constatação prévia com a *relazione del professionista* elaborado no direito italiano, observa-se a possibilidade de melhorias e adaptações à técnica da constatação prévia.

Concluimos, portanto, pela importância da sua utilização na verificação do interesse de agir e na sua contribuição para que o processo de recuperação judicial alcançar a sua finalidade, bem como que sua inserção é coerente com as características de flexibilidade procedimental inerentes aos processos estruturais e decorrente da sistemática processual atual, privilegiando medidas que possibilitem uma maior eficiência do processo.

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. V.1

_____. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ABRÃO, Carlos Henrique. A soberania da AGC e seu controle judicial de legalidade. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. São Paulo, v. 5, jan./mar. 2017. Formato digital.

ABRÃO, Nelson. **A continuação do negócio na falência**. São Paulo: Leud, 1975.

_____. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. v. 2. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A força principiológica do novo código de processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 961, nov. 2015.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 166.

_____. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 191, jan. 2011, p. 299. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6007a00000137987dbaeb6f2bdae4&epos=10&spos=10&page=0&td=67&savedSearch=&searchFrom=&context=79>>. Acesso em: jun. 2019.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões sobre perda superveniente de condição da ação e sua análise jurisprudencial. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 135, jun. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 1, 2. São Paulo: RT, 1975.

_____. Condições da ação no processo civil contemporâneo: enfoque sobre o interesse de agir no direito processual civil brasileiro. 40 anos de teoria geral do processo no Brasil, pp. 60-61

_____. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BAIRD, Douglas G. Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren. **University of Chicago Law Review**, v. 54, 1987, pp. 815-834.

BAIRD, Douglas G.; JACKSON, Thomas H. Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interest: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy. **University of Chicago Law Review**, v. 54, 1984, pp. 97-130.

BARBOSA, Sara Miranda. **A primazia do julgamento de mérito e a admissibilidade das demandas no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Rodrigo Reis Mazzei. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Sergio Seiji Shimura. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. **Aspectos Processuais da Recuperação Judicial**. Florianópolis: Editora Conceito, 2014.

BATISTA, Felipe Vieira. **A Recuperação Judicial como Processo Coletivo**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Fredie Didier Jr. Faculdade de Direito da Bahia, Salvador, 2017.

BAUCHMANN, Adriana. Carência de ação ou de direito? A busca por uma resposta jurisdicional adequada. **Revista do CEJUR/TJSC**, v. 6, n. 1, 2018, pp. 154-171.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. **Justitia**, v. 53, n. 156, São Paulo, out/dez 1991.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BORELLI, André Alia; LIGERO, Gilberto Notário; CANCIAN, Vinicius Marin. As condições da ação no CPC/2015 sob a ótica instrumentalista em busca da eficiência processual. **Revista de Processo**, v. 282, ago. 2018, pp. 93 - 112.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro**. Salvador, Juspodivm, 2015.

BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais e seus fundamentos: implementação por adequação judicial compulsória ou pela via convencional? **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, jul. 2021, pp. 187-204. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n2p187. ISSN: 2178-8189.

CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 404, ago. 2009.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? uma resposta a Freddie Didier Junior. **Revista de Processo**, v. 36, n. 197, jul. 2011, pp. 261-269.

_____. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. **Revista da EMERJ**, 01 set. 2015, pp. 42-50.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

_____. **Falência e recuperação de empresas: o novo regime de insolvência empresarial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANDIAN, Aurelio. **II Processo di Fallimento**. 2. ed. Padova: 1939 [1934].

CARAVLHOSA, Modesto. Comentários. In: CORREA-LIMA, Osmar Brina; CORREA-LIMA, Sérgio Mourão (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial**. livro V, v. VII, n. 16, pp. 25-26.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova Antecipada No Código De Processo Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Ricardo Maurício Freire Soares. Faculdade de Direito da Bahia. Salvador, 2017.

CEJ/CJF. **II Jornada de direito processual civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1247>>. Acesso em: 13. fev. 2022.

CEREZETTI, Sheila. **A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações**: A preservação da empresa na lei de recuperação e falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHAYES, Abram. The Role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 1.284, maio 1976.

CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Produção Antecipada de Prova e Tutela Jurisdicional Diferenciada no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 90, maio/jun. de 2019.

CINTRA, Antônio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Princípios de direito comercial**: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4. ed., v. 1, Bologna: Il Mulino, 2006.

COSTA, Daniel Carnio. Divisão equilibrada de ônus na recuperação. **Valor Econômico**. São Paulo, mar. 2014. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/03/20/divisao-equilibrada-de-onus-na-recuperacao.ghtml>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Recuperação judicial: procedimento. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de

Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>>. Acesso em:

_____. Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular. **Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial** – IBAJUD. 20 mar. 2014.

COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo de suficiência recuperacional (MSR)**. Curitiba: Juruá, 2019.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação?: uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, ago. 2011, pp. 227-235.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed., v.1. Salvador: JusPodvim, 2016.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 12. ed., v. 2, Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. _____.: processo coletivo. 11. ed., v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. n. 75, jan./mar. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed., v. 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____. 5. ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. _____. 7 ed., v. 3. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. O conceito de mérito no processo civil. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

ELIAS, Luis Vasco; NOGUEIRA, Ana Maria Beatriz Martucci. O deferimento do processamento da Recuperação Judicial. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Processo Societário**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *In*: **Revista de Processo**, n. 58, São Paulo: RT, 1990.

FERRAZ, Laura Duarte Sabir. O negócio jurídico processual na recuperação judicial e a impossibilidade de dilação consensual do prazo previsto no artigo 53 da lei nº 11.101/05. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**. v. 10, n. 2, 2º semestre 2018/2019.

FISS, Owen. Two models of adjudication. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, pp. 635-697.

FRONTINI, Paulo Salvador. O caso da falência da Sanderson e as tendências atuais do direito falimentar. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**, a. XIII, n. 15/16, 1974, pp. 247-250.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019.

_____. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GERDES, John. General Principles of Plans of Corporate Reorganization. **University of Pennsylvania Law Review**, nov. 1940.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, R. R. O mérito do processo e o interesse de agir. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 436, 2014, pp. 29-42.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1977.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação RT**. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1973, p. 29.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da Teoria da Asserção**. São Paulo: Scortecci, 2005.

LAMANNA, Filippo. Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. **Il Civilista**. v. 3. Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

LASKE, Stephan. *Unternehmensinteresse und Mitbestimmung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2, 1979.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOBO, Arthur Mendes; NETTO, Antônio Evangelista de Souza. Nulidades no processo de recuperação judicial. *In: Revista de Processo – RePro*, n. 237, 2014.

LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O moderno direito concursal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro**, a. XXXIV, n. 99, 1995, pp. 87-97.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. Quartier Latin.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**, v. 188, out. 2010, pp. 69-100.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **A correlação no processo civil: Relações entre demanda e tutela jurisdicional**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MALLOY, Richard. A Primer on Cramdown How and Why it Works. **St. Thomas Law Revue**, n. 1, 2003-2004, p. 7.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1 [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARIOTTI, Alexandre. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 10, 1994, pp. 129-139.

MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada**. 2014. 146p. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *In*: GOMES JR., Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coords.). **Ação Popular: Aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006.

_____. Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo (com projeção aos conflitos internos do inventário causa mortis). *In*: TUCCI, José Rogério Cruz, YARSHELL, Flávio Luiz, *et al.* (Org.). **Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco**. São Paulo: Malheiros, 2022.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. *In*: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos**. São Paulo: RT, 2020.

_____; _____. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **PRODIREITO: Programa de atualização em Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Editora RT, ano 17, v. 63.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MERTENS, Hans-Joachim. *Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2, 1977.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. t. I.

_____. **Tratado das ações**. v. 3. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 30, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo III: arts. 154 a 281, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRANDA, Sara Barbosa. Apontamentos sobre o objeto litigioso do Processo. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017.

MIRANDA, Sara Barbosa; PEPE DE MORAES, Walmea. Primazia do julgamento de mérito: breves apontamentos sobre sua influência no juízo de admissibilidade das demandas no CPC/2015. **Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. **Temas de direito processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. _____. **Temas de Direito Processual**. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.101.

NETO, Geraldo Fonseca de Barros. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Sergio Seiji Shimura. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito da Ação**. No prelo. 2019.

NEVES, Douglas Ribeiro. **Limites do Controle Jurisdicional na Recuperação Judicial**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

NIGRO, Alessandro; VATTERMOLI, Daniele. Diritto della crisi delle imprese. **Le procedure concorsuali**. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2021.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 191, jan. 2011, p. 24.

OSSOLA, Paolo Andrea. La domanda di concordato e i poteri del tribunale. *In*: JEANTET, Luca. **Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al código dela crisi d'impresa**. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

PATTI, Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo, in *Fall.*, 2013, 1099 ss.

PELLEGRINA ALVES, Gabriela; CAMARGO DE AZEVEDO, Julio. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 14.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Princípios do Direito Falimentar e Recuperacional brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Titular Fábio Ulhoa Coelho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

PIMENTEL, Bernardo. **Direito processual empresarial: títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências**. Salvador: Juspodivm, 2008.

PROVINCIALI, Renzo. Appartenenza Didattica al Processualistica dell'insegnamento del Diritto Falimentare. **Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile**. Padova, 1953.

_____. **Manuale di Diritto Fallimentare**. n. 14, 15, 1955, pp. 29,31.

RAISER, Thomas. Das Unternehmensinteresse. *In*: REICHERT-FACILIDES, Fritz; RITTNER, Fritz; SASSE, Jurgen (Orgs.). **Festschrift fur Reimer Schmidt**. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1976.

RATHENAU, Walther. **Von aktienwesen: eine geschäftliche Betrachtung**. Berlin: Fischer, 1917, pp. 7-62.

REQUIÃO, Rubens. **A crise do direito falimentar brasileiro: Reforma da Lei de Falências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008.

REZENDE, Priscilla. **As condições da ação sob a ótica do constructivismo lógico-semântico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2018.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesa/civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1955, t. 2.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e Interesse Público**: O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: APMP/RT, 2003.

SALOMÃO, Luiz Felipe; PENALVA SANTOS, Paulo. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**. n. 13, ano 4, jan.-mar. 1979, pp. 31-47.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

SERRA, Leonardo. **Liquidazione giudiziale**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2019/05/07/liquidazione-giudiziale>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 5. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA PACHECO, José. **Processo de Falência e Concordata**: Comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. Comentários ao Capítulo VI: artigos 161-167. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005, artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Comentários aos artigos 139 a 167 da Lei n. 11.101, de 2005. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

URELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-2/juizo-de-admissibilidade>>. Acesso em: 07 mar. 2022.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de falências**: Decreto-lei n. 7.661 de 21 de junho de 1945. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

VASCONCELOS, Ronaldo. Impactos do novo Código de Processo Civil na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis nº 11.101/05 e 13.015/15. *In*: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor (Coord.). **Repercussões do novo CPC**: legislação processual extravagante. Salvador: Juspodivm, 2015.

VAZ, Janaina Campos Mesquita. **Recuperação Judicial de Empresas**: atuação do juiz. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Doutor Paulo Salvador Frontini. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018.

_____. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WAISBERG, Ivo. Justiça do trabalho e recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 37 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011.

FAZZIO JR., Waldo. **Nova lei de falencia e recuperacao de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo, volume 1. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: RT, 2004, p. 352, nota 140.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. **Michigan law Review**, v. 92, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo. Direitos difusos e coletivos. **Coleção leis especiais para concursos**, 12. ed., v. 28., JusPodivm, 2022.

ZANETI JR., Hermes; MADUREIRA, Claudio. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 272, São Paulo: RT, out. 2017, pp. 85-125.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.