

CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO EMPRESARIAL

**FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E
EXTRAJUDICIAL: CONTEXTOS E PREMISAS**

Organizadores:
Victor Hugo Kohnert
Marcelo Cezar Teixeira
Luiz Felipe de Freitas Cordeiro

**Falências e recuperação
judicial e extrajudicial:
contextos e premissas:
congresso nacional
de direito empresarial**

1ª edição

Santa Catarina

2024



CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO EMPRESARIAL

FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL: CONTEXTOS E PREMISSAS

Apresentação

Entre os dias 3 e 5 de junho de 2024, a Faculdade Milton Campos, em parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, realizou o Congresso Nacional de Direito Empresarial: Perspectivas e Desafios da Falência e da Recuperação de Empresas. O evento, em formato híbrido, contou com a presença de renomados especialistas e promoveu discussões profundas sobre temas relevantes para o Direito Empresarial contemporâneo.

Trata-se de um evento científico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos, com conexão temática às suas duas linhas de pesquisa, “O Direito Empresarial na Ordem Econômica Brasileira e Internacional” e “Relações Econômicas, políticas públicas e tensões entre autonomia privada e interferência estatal”, e que almejou expandir o importante debate sobre as repercussões jurídicas que as falências e a recuperação de empresas acarretam para o Direito Empresarial pátrio, com o convite ao público interno e externo para a submissão de trabalhos relacionados aos seguintes eixos temáticos: contextos e premissas das falências e da recuperação judicial e extrajudicial, novas tecnologias aplicadas às falências e recuperações, governança corporativa e compliance, Environmental, Social and Governance (ESG), startups e empreendedorismo, crimes falimentares, arbitragem e solução de conflitos societários e ética empresarial.

A abertura do congresso, no dia 3 de junho, foi marcada pelo lançamento do livro "Direito Governança Corporativa e Startups", coordenado por Fabrício de Souza Oliveira (UFJF) e José Luiz de Moura Faleiros Júnior (Milton Campos). O evento, que ocorreu às 18h, foi amplamente prestigiado pela comunidade jurídica!

Após o credenciamento, teve início o primeiro painel do evento. O Prof. Dr. Vinicius Jose Marques Gontijo (Milton Campos) apresentou importante palestra sobre o "Plano de Recuperação Judicial Alternativo: Apresentação Impactos e Responsabilidade Civil", seguido pelo Prof. Dr. Tiago Gomes de Carvalho Pinto (Milton Campos), que discutiu "Novas perspectivas jurisprudenciais em matéria de falência e recuperação de empresas". As apresentações encerraram o primeiro dia de atividades com debates enriquecedores sobre os impactos e desafios das novas jurisprudências no campo da recuperação judicial.

O segundo dia iniciou-se com o credenciamento, seguido do segundo painel. O Prof. Dr. Moacyr Lobato de Campos Filho (PUC Minas) abordou "Conciliações e Mediações na Recuperação Judicial: Eficácia Prática", destacando a importância e os benefícios dessas práticas. Em seguida, o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Milton Campos) falou sobre "Crime Falencial: Bem Jurídico Tutelado", e o Prof. Dr. Eronides Aparecido Rodrigues Santos (MPSP) trouxe reflexões sobre o "Direito Recuperacional Falimentar e Empresarial Moderno". A mesa foi mediada pela mestrandia Júlia Ribeiro Duque Estrada.

O terceiro painel contou com a participação da Prof^ª. Ms. Taciani Acerbi Campagnaro Colnago Cabral (MG), que discutiu a "Administração Judicial: Responsabilidade Civil". O Prof. Dr. Victor Barbosa Dutra (BA) apresentou os "principais entendimentos" do Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências do CNJ, seguido pelo Prof. Dr. Cássio Cavalli (SP) que abordou "Aspectos Tributários na Reforma da Lei de Falências e Recuperação de Empresas". O Prof. Dr. Hugo Leonardo Teixeira (Milton Campos) finalizou com uma discussão sobre "Administração judicial e reformas à Lei de Falências e Recuperações", sob a mediação da Mestra Ana Flávia Valladão Ferreira.

No período da tarde, iniciou-se o quarto painel com a presença do Prof. Dr. Gladston Mamede (MG), que discutiu "Holding Familiar Recuperação e Falência", seguido pelo Prof. Dr. Fabrício de Souza Oliveira (UFJF) com "Reflexões metodológicas em governança corporativa". O Prof. Dr. Gustavo Ribeiro Rocha (Milton Campos) finalizou com "Preservação da empresa na falência", com mediação do mestrando Marcelo Cezar Teixeira.

O quinto painel, às 15:00h, trouxe a Prof^ª. Dr^ª. Viviane Coelho de Séllos-Knoerr (UniCuritiba) abordando a "Resiliência e recuperação extrajudicial de empresas afetadas pela catástrofe climática de 2024 no RS/Brasil". Em seguida, o Prof. Dr. Pedro Freitas Teixeira (OAB/RJ) discutiu "Recuperação Judicial e Sociedade Anônima do Futebol", seguido pelo Prof. Ms. José Luiz de Moura Faleiros (TJMG) que falou sobre "Compliance criminal e Sociedade Anônima do Futebol". A mesa foi mediada pelo mestrando Amadeu Pedersoli.

A conferência de encerramento foi realizada pelo Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto (Milton Campos), que apresentou o tema "O compliance como instrumento da recuperação judicial de empresas", finalizando o segundo dia com reflexões importantes sobre a aplicação do compliance na recuperação judicial.

O último dia do congresso foi dedicado aos grupos de trabalho, realizados de forma on-line a partir das 08:00h. O evento contou com a participação de oradores de diversos estados da federação, demonstrando a abrangência e a relevância do evento. Os estados representados

pelos oradores dos Grupos de Trabalho foram: Santa Catarina (SC), Minas Gerais (MG), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Espírito Santo (ES), Rio Grande do Norte (RN), Bahia (BA), Rio Grande do Sul (RS), Goiás (GO), Pernambuco (PE), Ceará (CE), Pará (PA), Mato Grosso do Sul (MS) e Paraná (PR). Os temas discutidos foram variados e de grande relevância:

- GT 1 – Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial: Contextos e Premissas

o Coordenadores: Luiz Felipe de Freitas Cordeiro, Marcelo Cezar Teixeira e Victor Hugo Kohnert

- GT – Novas Tecnologias Aplicadas às Falências e Recuperações, Governança Corporativa e Compliance

o Coordenadores: Mariana Ferreira de Souza, Patricia Fernanda Macedo Possamai e Júlia Helena Ribeiro Duque Estrada Lopes

- GT – ESG e Função Social da Empresa

o Coordenadores: José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Iani Fávoro Casagrande e Nicácio Carvalho

- GT – Startups e Empreendedorismo

o Coordenadores: Matheus Antes Schwede, Luiz Felipe de Freitas Cordeiro e Juan Lemos Alcasar

- GT – Crimes Falenciais e Empresariais, Empresa e Sustentabilidade

o Coordenadores: André Vecchi, Pedro Felipe Naves Marques Calixto e Julia Garcia Resende Costa

- GT – Arbitragem e Solução de Conflitos Societários

o Coordenadores: Arthur Magno e Silva Guerra, Júlia Helena Ribeiro Duque Estrada Lopes e Marcelo Cezar Teixeira

Em sua primeira edição, o Congresso Nacional de Direito Empresarial proporcionou uma rica troca de conhecimentos e experiências, contribuindo significativamente para o debate sobre as falências e recuperações judiciais e extrajudiciais no Brasil. As discussões realizadas e os trabalhos apresentados reforçam a importância da contínua atualização e reflexão sobre esses temas no cenário jurídico e empresarial.

O evento, com estreita conexão com o Programa de Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos, evidenciou o compromisso da instituição com o aprofundamento e a disseminação de conhecimentos no campo do Direito. Além disso, a presença de renomados palestrantes e a ativa participação dos mestrandos e professores reforçaram a importância acadêmica e prática dos temas debatidos.

Acreditamos que, ao proporcionar um espaço para o debate e a troca de conhecimentos, estamos contribuindo significativamente para o avanço do Direito no Brasil. Esperamos, assim, continuar fomentando essas valiosas interações acadêmicas e profissionais em muitas futuras oportunidades, consolidando este congresso como um evento de referência no calendário jurídico nacional.

Agradecemos profundamente a todos os participantes, cujas contribuições enriqueceram sobremaneira o evento, e ao CONPEDI pelo imprescindível apoio na realização do congresso. Proporcionar debates sobre falências e recuperações judiciais e extrajudiciais é fundamental para a evolução do Direito Empresarial, e esse encontro destacou-se como um espaço privilegiado para tais discussões, promovendo avanços significativos na área.

Nova Lima-MG, 10 de julho de 2024.

Prof^a. Dr^a. Tereza Cristina Monteiro Mafra

Diretora Geral do Programa de Pós-Graduação em Direito

Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. André Rubião Resende

Coordenador do Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais

Faculdade Milton Campos

Profª. Ms. Ana Luísa Coelho Perim

Coordenadora Geral do Curso de Direito

Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu

Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Professor do Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais

Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Vinícius José Marques Gontijo

Professor do Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais

Faculdade Milton Campos

A CONSTATAÇÃO PRÉVIA COMO TÉCNICA PROCESSUAL ESPECIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

PREVIOUS FINDING AS A SPECIAL PROCEDURE TECHNIQUE FOR PRODUCING PROOF IN THE JUDICIAL REORGANIZATION PROCESS

Gilberto Fachetti Silvestre ¹
Eduardo Figueiredo Simões ²

Resumo

Trata-se de pesquisa sobre a constatação prévia e a produção de uma prova pericial sumária no processo de recuperação judicial da empresa. Tem por objetivo compreender sua influência no processo de recuperação judicial e demonstrar como a análise judicial será robustecida através da aplicação desta técnica. A problemática enfrentada pela pesquisa consiste na necessidade de delimitar as funções desempenhadas pela constatação prévia na recuperação judicial, as quais ainda precisam de esclarecimentos e estabelecer limites. A pesquisa revela que a constatação prévia, enquanto técnica processual especial de produção de provas, torna o processo de recuperação judicial mais funcional.

Palavras-chave: Recuperação judicial, Juízo de admissibilidade recuperacional, Modelo stay period, Constatação prévia, Produção de provas

Abstract/Resumen/Résumé

This is a research into the preliminary finding and production of summary expert evidence in the company's judicial reorganization process. It aims to understand its influence on the judicial reorganization process and demonstrate how judicial analysis will be strengthened through the application of this technique. The problem faced by the research consists of the need to delimit the functions performed by the prior finding in judicial reorganization, which still need clarification and establishing limits. The research reveals that prior verification, as a special procedural technique for producing evidence, makes the judicial reorganization process more functional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rudicial reorganization, Recovery admissibility judgment, Stay period model, Preliminary finding, Producing proof

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo; Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo; Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo; Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo.

1. Introdução

Esta pesquisa examina a técnica da constatação prévia prevista no art. 51-A da Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência – LREF), com o objetivo de fornecer uma compreensão ampliada da sua operabilidade e do seu âmbito de influência no processo de recuperação judicial.

A análise parte do estudo da decisão sobre o processamento ou não da recuperação judicial, a fim de compreender os elementos, cuja análise judicial será robustecida através da aplicação da técnica da constatação prévia. A partir disso, a pesquisa pretende investigar e delimitar as funções desempenhadas pela constatação prévia na recuperação judicial, analisando seu funcionamento no modelo da produção antecipada de provas e da flexibilidade procedimental do Código de Processo Civil.

A hipótese inicialmente aventada e, ao fim, confirmada, é a de que a constatação prévia consiste numa técnica especial que leva à produção de uma prova pericial sumária, ostentando duas funções principais do processo de recuperação judicial; funciona como filtro de demandas incompatíveis com o rito recuperacional e fornece elementos probatórios capazes de potencializar a consecução do objetivo negocial do procedimento (aprovação do plano recuperacional). A pesquisa pretendeu evidenciar tais funcionalidades através do estudo da constatação prévia na perspectiva da processualística, sob influxo da produção antecipada de provas. Para tanto, a pesquisa utiliza como metodologia uma abordagem qualitativa, mediante a revisão bibliográfica de diferentes fontes literárias e normativas, com enfoque analítico e exegese das normas vigentes.

Como isto, este estudo apresenta uma tese propositiva quanto à operabilidade da constatação prévia enquanto técnica processual especial de produção de provas, demonstrando o seu potencial funcional no processo de recuperação judicial, assim como a influência sobre ela exercida pelo modelo de produção antecipada de provas e de flexibilização procedimental do Código de Processo Civil.

2. A decisão sobre o processamento ou não da recuperação judicial

O art. 52 da Lei n.º 11.101/2005 prescreve que estando em termos a documentação exigida no art. 51 da Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato, praticará uma série de atribuições relativas à organização do processo e às obrigações do devedor. Ainda que ocorra na fase postulatória e sob cognição limitada em termos horizontais e verticais, a decisão sobre o processamento da recuperação judicial assume considerável carga

decisória, em razão da valoração realizada sobre o preenchimento dos requisitos do art. 51 da LREF e dos efeitos dela decorrentes.

Em relação a esses efeitos, o ordenamento jurídico brasileiro adotou, em contrapartida ao *automatic stay* do Direito norte-americano, o modelo do *stay period*, que pressupõe o efetivo deferimento do processamento da recuperação judicial para o desencadeamento dos efeitos mencionados (Cavalli, 2016, p. 123).

Nesse sentido, verifica-se que a decisão do processamento da recuperação judicial é o momento mais adequado à realização do juízo de admissibilidade, como possibilidade de filtragem de demandas inúteis ao propósito da recuperação judicial (Neves, 2015, p. 121). Ao analisar o interesse de agir, o juízo, neste momento processual, averiguará a capacidade da empresa devedora de gerar os benefícios socioeconômicos que se encontram ameaçados por um estado de crise de ordem econômica e financeira, de modo que estará aferindo dois elementos integrantes do mérito da recuperação judicial, quais sejam, a crise e a viabilidade econômica da empresa. Porém, a cognição judicial no exame de tais elementos é limitada em termos de extensão e de profundidade, de modo que se restringe ao exame dos elementos *indicativos* dessa capacidade — que são as reais condições de funcionamento e a documentação que instrui a inicial (extensão limitada) — e por uma análise suficiente para averiguar se há o direito ao processamento da recuperação judicial (profundidade sumária). Em razão dos efeitos por ela produzidos, a decisão de deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial demanda um juízo de admissibilidade mais rigoroso quanto ao processo da demanda aviada, isto é, na aferição dos pressupostos processuais e das condições da ação, especialmente do interesse de agir.

Para viabilizar um exame minucioso e tecnicamente qualificado sobre o preenchimento dos requisitos para processamento da recuperação judicial, alguns juízes passaram a se utilizar de uma “verificação prévia” da documentação técnica apresentada pela devedora e de suas reais condições de funcionamento (Costa; Farzan, 2019, p. 7-8). Essa prática forense levou à previsão legislativa da técnica da constatação prévia no art. 51-A da Lei n.º 11.101/2005, incluído pela Lei n.º 14.112/2020.

3. A constatação prévia como técnica especial de produção probatória e suas funções no processo de recuperação judicial.

O funcionamento da técnica processual de constatação prévia foi delimitado no *caput* do art. 51-A da Lei n.º 11.101/2005. Através dele o legislador consignou que o objeto do exame a ser efetuado pelo perito se restringe às reais condições de funcionamento da requerente e à

regularidade e à completude da documentação apresentada na petição inicial. A regra é reforçada no § 5.º do art. 51-A, que prescreve a vedação de indeferir o processamento da recuperação judicial baseado na análise de viabilidade econômica do devedor.

Não é objetivo da constatação prévia propiciar a análise da viabilidade do negócio proposto pela empresa. A competência para análise da viabilidade da empresa é exclusiva dos credores, os quais irão exercê-la conjuntamente no momento de avaliação do plano de recuperação. Essa técnica processual objetiva tão somente fornecer critérios mais detalhados que possibilitem ao juízo, de forma tempestiva e segura, aferir se estão presentes indícios necessários de que a empresa reúne as condições mínimas para ter o seu pedido de recuperação judicial processado. Com efeito, a técnica evita o ajuizamento de ação carente de interesse-adequação, porquanto fornece elementos necessários para a constatação da ausência de interesse de agir e, por consequência, para o indeferimento da recuperação judicial pleiteada pela devedora que: 1) não possui capacidade de produzir os benefícios pretendidos pela LREF; ou 2) não se encontra em situação de crise econômico-financeira.

Com o aumento dos filtros de acesso ao procedimento recuperacional, há economia processual e se impede a imposição de um ônus desnecessário aos credores, aos colaboradores e à sociedade, que pagam os altos custos decorrentes da recuperação judicial (Intra, 2022, p. 134). Por outra via, garante à pretensa recuperanda que não demonstrou o seu interesse de agir com as provas pré-constituídas, uma segunda possibilidade de comprovar tal requisito, que ocorrerá através do exame técnico realizado pelo perito nomeado.

Mas apesar de ser a constatação prévia um instrumento inicialmente voltado ao aprimoramento do juízo de admissibilidade — sendo esta a sua primeira função —, é preciso reconhecer que a funcionalidade do instituto não se restringe a esse momento processual. O processo de recuperação judicial tem sua especialidade demarcada pela solução autocompositiva do conflito, a partir da aprovação do plano de recuperação mediante negociação entre devedora e credores. Dessa 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 (Intra, 2022, p. 134).

Aquela técnica processual opera, nessa dimensão, reduzindo a assimetria informacional entre os credores e auxiliando na verificação da viabilidade econômica da empresa e do plano de reestruturação proposto. Inclusive, as provas produzidas a partir da constatação prévia poderão ser objeto de objeção e de discussão através do exercício de direito de voz na assembleia, com a finalidade de discutir a (in)viabilidade da empresa e do plano. A

veracidade e a exatidão das informações obtidas no processo a respeito da situação patrimonial da devedora, os quais serão elucidados pela constatacao prévia, assumem grande importância, já que tais informações “integram o pedido e se destinam ao conhecimento dos credores, que devem ter ciência das reais condições da empresa” (Intra, 2022, p. 107).

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 vontade dos envolvidos (Rodrigues Filho, 2018, p. 175). Desse modo, a eficiência da técnica da constatação prévia recai sobre a redução da assimetria informacional por ela proporcionada, fornecendo elementos probatórios para a averiguação das condições financeiras e econômicas da devedora, contribuindo significativamente para o melhor aproveitamento do processo recuperacional e potencializando a solução consensual do mérito.

Quanto à natureza jurídica, há os que defendem que a constatação prévia é uma espécie de prova técnica simplificada (§ 2.º do art. 464 do Código de Processo Civil), um meio de prova atípico (Intra, 2022, p. 132). Porém, esta pesquisa constatou que a mais adequada é a classificação da constatação prévia como técnica especial, prescrita em lei (prevista de *lege lata*, portanto), que leva à produção de uma prova pericial sumária, cuja forma de produção é justificada e conformada a partir das singularidades do direito material tutelado através do procedimento especial da recuperação judicial.

4. A técnica da constatação prévia no contexto da produção antecipada de provas

A constatação prévia, enquanto técnica especial de produção de prova ainda na fase postulatória, está contemplada na previsão dos incisos II e III do *caput* do art. 381 do Código de Processo Civil, que autoriza a antecipação da produção probatória que seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito e que forneça o prévio conhecimento dos fatos que poderão justificar ou evitar o ajuizamento da ação. A produção probatória antecipada promovida na constatação prévia exerce dupla função na recuperação judicial: 1) permite um juízo de admissibilidade mais qualificado sobre a demanda recuperacional; e reduz a assimetria informacional entre os interessados. Com isso, potencializa a solução consensual do mérito.

Ademais, a constatação prévia decorre da flexibilização procedimental efetuada a serviço da efetividade do processo e da tutela do direito (inciso VI do *caput* do art. 139 do Código de Processo Civil), assim como do direito autônomo à produção de provas e do direito de ação, no sentido de fornecer o acesso à técnica processual adequada e à tutela do direito

material deduzido em juízo. O Código de Processo Civil, “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 forma que “as técnicas processuais especiais podem estar moldadas a partir de determinados modelos advindos do direito material” (Mazzei; Gonçalves, 2022, p. 33).

A constatação prévia, dessa maneira, representa uma técnica processual especial que, a despeito de possuir previsão formal na legislação recuperacional desde o ano de 2020, encontra azo no modelo procedimental probatório do Código de Processo Civil. Neste modelo, a produção probatória se revela “um módulo cambiante e flutuante, que pode ser flexibilizado e ter sua ordem invertida para melhor adequar-se às necessidades do conflito a ser dirimido, conferindo maior efetividade à tutela do direito material, com a permissão de modulação temporal da produção de provas” (Intra, 2022, p. 134).

Embora possuam naturezas jurídicas distintas, tanto a constatação prévia quanto a ação de produção antecipada de provas favorecem a solução consensual do conflito. Isso porque “quanto mais e melhores elementos probatórios se fizerem presentes — especialmente de forma pré-constituída — maiores as chances de se obter um provimento mais qualificado”, de modo que a produção antecipada de provas ou a pré-constituição destas servem ao “benefício da coletividade e ao escopo da jurisdição” (Carvalho Filho, 2017, p. 171).

Ainda que a constatação prévia se volte, em um primeiro momento, a fornecer substratos para um juízo de admissibilidade mais qualificado — com a verificação efetiva da capacidade concreta da pretensa recuperanda de produzir os benefícios socioeconômicos estatuídos no art. 47 da LREF —, é certo que o laudo pericial e o registro da visita *in loco* ao estabelecimento da empresa permitem uma redução da assimetria informacional entre os credores, potencialmente estimulando a consensualidade acerca do plano de recuperação apresentado.

A pretensão veiculada na ação autônoma é a produção da prova almejada pelo requerente, assegurando o contraditório aos eventuais interessados, que poderão, se assim lhes aprouver, requerer a produção de prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato (§ 3.º do art. 382 do Código de Processo Civil) (Araújo, 2020). Por outro lado, o legislador conferiu ao réu o “poder autônomo de iniciativa probatória”: ele pode “requerer a produção de qualquer prova” (art. 382, § 3.º). Mas a lei estabelece limites: *(i)* a prova deve versar sobre o mesmo fato que é objeto da prova do autor; e *(ii)* a produção conjunta não pode implicar excessiva demora, cabendo a ele, assim como o autor, justificar a necessidade da

antecipação da prova” (Talamini, 2016, p. 2). De qualquer modo, a parte ré tem direito de participar de todo o procedimento probatório desde a proposição da prova.

Quanto à constatação prévia — embora haja discussão acerca do possível interesse do credor na aplicação da técnica (Rodvalho, 2021, p. 57) —, o § 3.º do art. 51-A da LREF prescreve expressamente que a constatação prévia será determinada sem que seja ouvida a outra parte e sem apresentação de quesitos por qualquer das partes. Prevê-se a possibilidade de o juízo determinar a realização da diligência sem a prévia ciência do devedor, quando entender que esta poderá frustrar os seus objetivos. É possível que a *mens legislatoris* daquela norma seja estabelecer uma medida rápida e eficaz, principalmente no que se refere à constatação das reais condições de funcionamento da empresa. Nesse caso, uma visita *in loco* ao estabelecimento da devedora seria mais eficiente, sem que ela fosse cientificada previamente sobre a realização da visita.

Interessante destacar que, ainda que a ação autônoma se insira em contexto contencioso, sendo proposta com o objetivo de utilizar a prova produzida em uma possível disputa litigiosa — a qual não é apenas futura, mas também eventual —, pode ser que o resultado da ação probatória seja decisivo para que essa disputa não ocorra (Talamini, 2016, p. 3). No caso da constatação prévia, algo semelhante pode ocorrer. Não se trata da possibilidade de evitar eventual disputa litigiosa, mas de evitar uma demanda manifestamente improcedente e que carece dos mínimos elementos para ter seu mérito julgado, ou seja, que não reúne os mínimos requisitos para gerar os efeitos do *stay period* e para que seja possibilitada a apresentação do plano de reestruturação.

5. Conclusão

A hipótese inicialmente aventada nesta pesquisa se confirmou ao longo de seu desenvolvimento, revelando que a constatação prévia consiste numa técnica especial que promove a produção de uma prova pericial sumária, ostentando duas funções principais do processo de recuperação judicial: funciona como filtro de demandas incompatíveis com o rito recuperacional; e fornece elementos probatórios capazes de potencializar a consecução do objetivo negocial do procedimento (aprovação do plano recuperacional).

A constatação prévia, enquanto técnica especial de produção de prova, está prevista contemplada na previsão dos incisos II e III do *caput* do art. 381 do Código de Processo Civil, que autoriza a antecipação da produção probatória que seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, e que forneça o prévio conhecimento dos fatos que poderão justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Assim, além de

permitir um juízo de admissibilidade mais qualificado sobre a demanda recuperacional, também garante uma redução da assimetria informacional entre os interessados e potencializa, com isso, a solução consensual do mérito.

Verifica-se que a técnica da constatação prévia se insere no módulo cambiante de produção probatória do Código de Processo Civil e se adequa à flexibilização procedimental prevista no inciso VI do *caput* do art. 139 do *Codex*.

6. Referências

ARAÚJO, Caio Souto. *Produção antecipada de provas*. Migalhas [sítio eletrônico], 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321514/producao-antecipada-de-provas>>. Acesso em: 12 out. 2023.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Prova antecipada no código de processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

CAVALLI, Cássio. Reflexões sobre a recuperação judicial: uma análise da aferição da viabilidade econômica de empresa como pressuposto para o deferimento do processamento da recuperação judicial. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga [org.]. *Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas*. Belo Horizonte: D'placido, 2016.

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

INTRA, Emmanuel Santiago Monteiro. *O interesse de agir no processo de recuperação judicial e sua verificação pela técnica de constatação prévia*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 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.

NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do controle jurisdicional na recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RODOVALHO, Mayrton. *A constatação prévia nos processos de recuperação judicial de empresas*. Londrina: Thoth, 2021.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Processo de recuperação judicial: consensualidade e jurisdição*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.