

O Poder Geral de Cautela na Recuperação Judicial

Jorge Lobo*

Diante da pleora de recuperações judiciais temerárias, que visam *exclusivamente* procrastinar o pagamento de dívidas vencidas, juízes do TJRJ e do TJSP vêm nomeando “peritos” para verificarem o regular funcionamento dos negócios sociais e realizarem uma “análise prévia” da documentação exigida no art. 51 da Lei nº 11.101/2005 (LRFE).

Os resultados dos julgamentos dos agravos interpostos contra tais decisões têm sido conflitantes no Rio (*cf.* AI nº 0055037-85.2015.8.19.0000, 22ª CC, pub. 26.11.2015) e em São Paulo (*cf.* AC nº 1006058-41.2013.8.26.0068, 1ª CRDE, pub. 02.02.2016), e as opiniões dos especialistas, divergentes.

Com argumentos de ordem positivista e sociológica, os que condenam essa providência preliminar alegam violação ao princípio da celeridade e que: (a) o art. 52 da LRFE não a prevê; (b) a lei só autoriza o exame, exclusivamente formal e assaz rápido, dos documentos discriminados no art. 51; (c) o despacho de processamento deve ser urgente, sob pena de prejudicar os interesses do devedor e inviabilizar a sua reorganização etc.

Os que a defendem sustentam: (a) não ser o juiz simples “carimbador” da petição inicial; (b) a experiência manda que o juiz se certifique se, de fato, a empresa está em plena atividade; (c) a LRFE não visa à proteção apenas do devedor e dos credores, mas, sobretudo, do interesse público e social etc.

Como conciliar essas duas correntes de opinião, uniformizar a jurisprudência e inibir o ajuizamento de ações de recuperação judicial fadadas ao insucesso, sem pôr em risco a reestruturação das empresas econômica e financeiramente viáveis?

A solução está no direito comparado; no novo Código de Processo Civil (NCPC); em um princípio cardeal do processo civil moderno; na clara inspiração pragmatista da LRFE; no fato de a função jurisdicional ser essencialmente valorativa e não mecânica, e, *principalmente*, porque o juiz tem o poder não apenas de “revelar” o direito, mas, também, de “criá-lo”.

O Código de Falências dos Estados Unidos (*USCode*) suspende o início e a continuação de ação ou procedimento judicial, administrativo ou outro de qualquer natureza contra o devedor (*automatic stay*) (*USCode*, Sec. 362 (a) (1)) imediatamente após a distribuição de uma “ação voluntária” (*voluntary case*) (*USCode*, Sec. 301).

A Lei de Insolvência da Alemanha (*InsO*), ao tratar dos “efeitos decorrentes da abertura do processo de insolvência”, determina a paralisação das execuções singulares em face do devedor (art. 89 da *InsO*) e faculta, aos credores, deliberarem, em assembleia geral, se a companhia deve ser liquidada ou reerguer-se através de um plano de insolvência ou operação de transformação, incorporação, fusão ou cisão.

* Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ. Mestre em Direito da Empresa da UFRJ. Advogado.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, de Portugal, ao disciplinar o “processo especial de revitalização da empresa”, estabelece que a “comunicação do devedor”, “dirigida ao juiz do tribunal”, de “dar início às negociações conducentes à sua recuperação”, “obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas...” (arts. 17 e 88 do CIRE).

Entre nós, à míngua de comando expresso na LRFE, porquanto, sem dúvida, os arts. 51 e 52 não cuidam, nem mesmo implicitamente, da mencionada “análise ou perícia prévia”, o juiz, ao receber a petição inicial, se entender que há “risco ao resultado útil do processo” (art. 300 do NCPC), pode proferir uma “tutela provisória”.

Com efeito, se o exame dos documentos elencados no art. 51 da LRFE e a verificação do funcionamento das atividades da empresa puderem representar um “perigo de dano” aos direitos e interesses do devedor, ao juiz é facultado, *ex officio*, alicerçado em convicção sumária, expressa em decisão fundamentada (art. 298 do NCPC), decretar uma “tutela de urgência cautelar”.

Na “tutela de urgência”, o juiz suspenderá as ações e execuções contra o devedor e nomeará pessoa de ilibada idoneidade moral e reconhecida capacidade técnica, ou empresa especializada em contabilidade ou auditoria, com a incumbência de proceder, de forma célere, em diligência na sede social, a uma análise circunstancial da situação contábil e operacional da empresa.

Aos que negam o poder geral de cautela do juiz, quer no processo civil comum, quer no processo de recuperação judicial, por inexistir regra expressa no NCPC e na LRFE, respondo com a jurisprudência do egrégio STJ: “(...) ‘a efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado *ex officio*, pois visa ao resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes’” (Quarta Turma, REsp. 1.241.509/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Dje de 01/02/2012).

Ad cautelam, o devedor deve requerer, na petição inicial, a concessão de “tutela provisória de urgência antecedente” com a finalidade de prevenir a prolação de despacho que mande proceder à “análise prévia” sem suspender as demandas contra ele, além da liberação da chamada “trava bancária” (apesar da orientação contrária do STJ), a fim de ter a disponibilidade dos recursos decorrentes dos recebíveis dados em garantia fiduciária a instituições financeiras.

Em ambas as hipóteses, estarão resguardados os direitos do devedor, o interesse público e social e, *particularmente*, a eficácia da ação de recuperação judicial.