

≡CONSTATAÇÃO PRÉVIA≡

Regra Geral

- Cabe lembrar que o juiz poderá antes de proferir a decisão acerca do deferimento do processamento da recuperação determinar a realização da constatação prévia, por meio de um profissional de sua confiança que irá verificar a documentação e se o devedor está em funcionamento, no prazo de 5 dias corridos (LREF, art. 5 I-A).
- A constatação prévia poderá ser determinada pelo magistrado após a distribuição da petição inicial e antes da decisão que defere ou indefere o processamento da ação de recuperação judicial (LREF, art. 5 I-A)
- A constatação prévia (perícia prévia) decorre da necessidade de observar e de realizar antes do deferimento do processamento da recuperação uma análise in loco no estabelecimento principal da empresa, conjuntamente com a documentação apresentada. Se há inicialmente a possibilidade do soerguimento da atividade empresarial, sem entrar no mérito do princípio da viabilidade econômica, com vistas a verificar a viabilidade do deferimento do processamento da recuperação judicial.
- Na situação do devedor não estar com a atividade em funcionamento ou que há uma tentativa de utilização fraudulenta do processo, o juiz deverá indeferir o pedido de recuperação judicial.

Objetivo

- Três são as situações objeto de escrutínio na constatação prévia:
 - (I) as reais condições de funcionamento da devedora;
 - (II) a regularidade e a completude da documentação acostada com a inicial;
 - (III) em caso de pluralidade de estabelecimentos, qual dentre eles é o principal para fins de fixação do juízo competente para processar a ação (art. 5 I-A, caput e §§2º, 5º e 7º, da LREF).

- O objetivo da constatação não é analisar a viabilidade de recuperação, mas constatar que a empresa está em funcionamento, qual o principal estabelecimento para fins da definição da competência e que as descrições feitas na petição inicial e na documentação que a acompanha correspondem à realidade.
- Não cabe ao profissional indicado imiscuir-se em outros temas, inclusive no exame da viabilidade da empresa, hipótese em que a LREF chega a ser expressa na sua vedação (art. 5 I-A, § 5º, da LREF).
- Auxiliar o juízo da recuperação na apreciação da documentação contábil (LREF, art. 5 I, II) e constatar a real situação de funcionamento da empresa.

Caráter facultativo

- A constatação prévia é “facultativa” porque o caput do art. 5 I-A, ao utilizar a expressão “poderá”, deixa claro que a realização da constatação prévia é uma faculdade do magistrado e não uma obrigação.

Responsável

- O sujeito nomeado é de livre escolha do juiz da causa, mas está vinculado aos mesmos impedimentos do AJ. Sendo que não há nenhum óbice em se nomear para a constatação prévia o mesmo profissional que atuará, depois, como AJ.
- O profissional indicado para realizar a constatação prévia está enquadrado na categoria dos auxiliares da Justiça (art. 149 do CPC), estando sujeito, portanto, às mesmas normas relativas a impedimento e suspeição previstas no art. 144 e seguinte do CPC, bem como no art. 467 da legislação processual. Da mesma forma, por analogia, são aplicadas as normas previstas para o AJ na legislação concursal, desde que compatíveis (art. 2 I e seguintes da LREF).

Remuneração

- A remuneração do profissional responsável pela constatação prévia deverá ser arbitrada posteriormente à apresentação do laudo e deverá

considerar a complexidade do trabalho desenvolvido, sendo a responsabilidade de pagamento do devedor

Procedimento

- 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.

Prazo

- O prazo máximo de cinco dias para apresentação do laudo de constatação (§ 2º do art. 51-A), isso evita a elevação da duração da fase processual compreendida entre o ajuizamento do pedido e o despacho de processamento da recuperação judicial, mas em situações excepcionais, como no caso de vários estabelecimentos se concede um prazo superior para realização da constatação.

Inaudita altera pars

- A constatação prévia, quando pertinente, será implementada sem a oitiva do devedor requerente e dos seus credores, que não serão intimados para esse fim. Inclusive, pode a diligência ser realizada sem a prévia ciência do devedor, quando se entender que a sua cientificação pode frustrar os objetivos da constatação.
- A constatação deverá ocorrer sem prévia comunicação aos credores, sem apresentação de quesitos e, eventualmente, sem ciência do próprio devedor, quando o juiz entender necessário.
- O devedor será intimado do resultado da constatação prévia concomitantemente à sua intimação da decisão que determinar a emenda, deferir ou indeferir o processamento da recuperação judicial e poderá impugná-la mediante interposição do recurso cabível.

Análise da incompetência do juízo

- Caso na constatação prévia o responsável ateste que não se trata do principal estabelecimento do devedor deverá informar ao juízo em seu laudo, situação na qual, caberá ao juiz determinar a imediata remessa dos autos ao juízo competente (caput e § 7º do art. 51-A).

Abrangência do laudo

- A percepção do laudo deverá apenas constatar que os documentos estão de acordo com a previsão legal e que a empresa está em funcionamento, de maneira clara, fundamentada e objetiva, visto que a ideia da recuperação visa à superação da crise econômico-financeira, 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.

Falta dos requisitos

- Notando a falta de requisitos, o juiz deve tomar a providência cabível, extinguindo desde logo a ação ou determinando a correção, se sanável o defeito. Caso a constatação prévia detecte indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial ou o não preenchimento dos requisitos legais (art. 48 da LREF), o juiz poderá indeferir ou solicitar a emenda à petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.

Tutela de urgência

- Determinada a constatação prévia, cabe consignar, pode o devedor postular lhe seja deferida a tutela de urgência para antecipar, total ou parcialmente, os efeitos do processamento da recuperação judicial, com o fim de, desde então, obter a proteção judicial dela resultante, enquanto se realiza o procedimento prévio (§ 12 do art. 6º).

Defesa

- É possível que o devedor venha se manifestar acerca da constatação prévia, mas apenas após o seu deferimento e expedição do laudo de constatação (elaboração do laudo). Isto porque, 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, podendo impugná-la mediante a interposição do recurso cabível (§ 4º do art. 51-A).

Vedação

- É vedado o indeferimento do processamento da recuperação judicial baseado em análise de viabilidade econômica do devedor (§ 5º do art. 51-A), a qual é da alçada exclusiva da assembleia geral de credores, e não pode ser objeto da constatação prévia.

Verificação de eventuais crimes

- Se na constatação prévia forem detectados indícios contundentes da utilização fraudulenta do pedido de recuperação judicial, o juiz poderá indeferir a petição inicial, sem prejuízo de oficiar ao Ministério Público para que tome as eventuais providências criminais cabíveis (§ 6º do art. 51-A).