Jurisprudência

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
02197299

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 604.160-4/8-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante EGELTE ENGENHARIA LTDA. sendo agravado AGRENCO ADMINISTRAÇÃO DE BENS S. A. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) (E OUTRAS) e DELOITTE TOUCHE TOHMATSU (ADM. JUDICIAL).:

ACORDAM, em Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM DO RECURSO E LHE NEGARAM PROVIMENTO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROMEU RICUPERO (Presidente), JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO.

São Paulo, 04 de março de 2009.

PEREIRA CALÇAS
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
CÂMARA ESPECIAL DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS
Agravo de Instrumento nº 604.160.4/8-00

Comarca : São Paulo - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais
Agravante : Egelte Engenharia Ltda.
Agravadas: Agrenco Administração de Bens S/A; Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda.; Agrenco do Brasil S/A; Agrenco Serviços de Armazenagem Ltda. (todas, em recuperação judicial); e Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. (Adm. Judicial)

VOTO Nº 15.778

"Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Pronunciamento judicial que apenas defere o processamento da recuperação judicial. Recurso pretendendo a revogação do deferimento, sob a alegação central de não exercício regular da atividade empresária pela recuperanda há mais de dois anos no momento do pedido. Ato que tem a natureza de decisão interlocutória com potencial para causar gravame aos credores e terceiros interessados, além de poder afrontar a lei de ordem pública. Alteração do entendimento que proclamava a irrecorribilidade do ato previsto no artigo 52 da Lei nº 11.101/2005. Agravo conhecido. Falta

de recolhimento do porte de retorno equivalente a preparo incompleto, que não autoriza a imediata aplicação da deserção, configurada hipótese de insuficiência. Agravante que, intimado, complementa do preparo com o recolhimento do porte de retorno. Deserção não reconhecida. O requisito do artigo 48, "caput", da Lei nº 11.101/2005, "exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial", não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido. Agravo conhecido e desprovido, mantida a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial."

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado por **EGELTE ENGENHARIA LTDA.** nos autos da recuperação judicial de **AGRENCO ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/A e OUTRAS,** insurgindo-se contra o despacho que deferiu o processamento da medida, com fundamento no artigo 52, da Lei nº 11.101/2005. Invoca sua condição de credora das empresas Agrenco do Brasil S/A e Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda. contra as quais promove execução por quantia certa no valor de R$ 11.161.132,26 para justificar sua legitimidade recursal. Insurge-se contra o deferimento do processamento da recuperação judicial em relação à Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos Biodiesel Ltda., argumentando que ela não satisfaz o requisito previsto no "caput" do artigo 48, da Lei nº 11.101/2005, uma vez que não exerce regularmente sua atividade empresarial há mais de dois anos, já que constituída em novembro de 2006, tendo sido criada com a transferência de sua sociedade controladora, a Agrenco do Brasil, mercê do que, apesar de exercer atividade empresarial há mais de dois anos, só foi regularmente constituída há menos de dois anos, o que impede o processamento de sua recuperação judicial. Pediu o efeito suspensivo e, a final, o provimento do recurso, a fim de ser indeferido o processamento da recuperação judicial da Agrenco Bioenergia.

Complementado o recolhimento das despesas de porte de retorno em função da decisão de fls. 772, foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 777).

A agravada apresentou contraminuta em que, preliminarmente, postula o reconhecimento da inadmissibilidade do agravo contra o ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial, nos termos de pacífica doutrina e jurisprudência da Câmara Especializada. Ainda em preliminar busca o decreto de deserção do inconformismo, haja vista a ausência do recolhimento integral do porte de retorno. Sustenta a perda do objeto recursal, uma vez que, durante o processamento do recurso, completou-se o biênio da constituição legal da Agrenco Bioenergia, precisamente em novembro de 2008. Enfatiza que aludida empresa exerce sua atividade empresarial há mais de dois anos, cuja constituição foi formalizada apenas para que ela pudesse receber ativos recursos de investidor, sendo efetuada com a transferência de recursos da sociedade controladora. Invoca doutrina que sustenta ser admissível a concessão da antiga concordata para empresa, cujo exercício legal data de menos de dois anos, mas, que antes do pleito procurou regularizar-se perante o Registro do Comércio. Pede, a final, o não conhecimento do recurso e, alternativamente, seu desprovimento (fls. 716/807)

A administradora judicial manifestou-se pela inadmissibilidade do recurso ou, no mérito, por seu improvimento (fls. 811/819).

Relatados.

2. Esta Câmara Especial tem entendimento consolidado, no sentido de que o ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial tem a natureza de despacho e, por isto, é irrecorrível.

Tal posição tem suas raízes na Súmula 264, editada pelo Superior Tribunal de Justiça na vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, que cristalizou a jurisprudência nacional sobre a recorribilidade ou irrecorribilidade do despacho que deferia o processamento da concordata preventiva, instituto que foi substituído pela recuperação judicial, instituída pela Lei nº 11.101, de 2005, cujo verbete é o seguinte: *"É irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva"*.

SÉRGIO CAMPINHO, professor da UERJ, ao dissertar sobre o ato que defere o processamento da recuperação judicial, invoca a Súmula 264/STJ, e argumenta que: *"Parece-nos que a mesma conclusão deve ser confirmada para o ato do juiz que determina o processamento da recuperação judicial, porque, como sustentamos no item anterior, sua natureza é a de despacho de mero expediente, cujo conteúdo é por lei definido, funcionando apenas como medida necessária a assegurar o momento regular do processo. É, desta feita, irrecorrível"*. (Falência e Recuperação de Empresa, Ed. Renovar, 2ª edição, p. 138).

O primeiro precedente desta Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial foi relatado pelo eminente Desembargador ROMEU RICUPERO, cuja ementa proclama:

"Recuperação Judicial. Processamento deferido em favor da Bombril Holding S/A, com base no artigo 51 da Lei nº 11.101/05. Agravos de instrumento objetivando afastar o deferimento do processamento da recuperação Alegações, pela primeira agravante, de ausência de interesse processual da recuperanda e impossibilidade jurídica do pedido Pelos segundos agravantes, de inequívoco cabimento de agravo contra a decisão que deferiu o processamento da recuperação e ausência de interesse processual da agravada. Inadmissibilidade. ***O despacho que apenas defere o processamento da recuperação judicial é irrecorrível, pois não se trata de decisão interlocutória, visto que não resolve qualquer questão incidente (cf. art. 161, par. 2º, do CPC), apenas impulsiona o processo, sendo despacho de mero expediente.*** *Natureza que é a mesma do despacho que ordenava o processamento da concordata preventiva, quando ainda vigente o DL nº 7.661/45, do qual não cabia recurso, conforme a Súmula nº 264 do ESTJ. Tese que encontra apoio na doutrina falencista. Agravos de instrumento não conhecidos."* (Agravo de Instrumento nº 428.805.4/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Neste sentido, confira-se a seguinte ementa:

"Recuperação Judicial Pronunciamento judicial que apenas defere o processamento Agravo de instrumento que ataca o deferimento do processamento, sob o argumento de que

a petição inicial não está instruída com os documentos exigidos pelo artigo 51 da Lei nº 11.101/2005. Agravo não conhecido."

"O ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial tem a natureza de despacho de mero expediente, mercê do que, é irrecorrível." (Agravo de Instrumento nº 449.298.4/8-00, Relator Desembargador PEREIRA CALÇAS).

Na mesma linha, aresto de minha relatoria proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 533.546.4/8-09 (Voto nº 13.460), conforme ementa a seguir transcrita:

"Recuperação Judicial. Pronunciamento judicial que apenas defere o processamento. Agravo de instrumento que ataca o deferimento do processamento, sob o argumento de que o Juízo é incompetente, as agravadas não exercem suas atividades com probidade, a petição inicial não está instruída com os documentos exigidos pelo artigo 51, incisos III e IX da Lei nº 11.101/2005. Agravo não conhecido, com recomendação para o Juízo examinar a questão da competência que é funcional e absoluta."

"O ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial tem a natureza de despacho de mero expediente, mercê do que, é irrecorrível."

No entanto, em que pese os diversos precedentes desta Câmara Especializada que perfilham o entendimento da irrecorribilidade do ato que apenas defere o processamento do pedido de recuperação judicial, após meditar sobre a questão, estou convencido de que, em virtude do conteúdo do pronunciamento judicial prolatado com fundamento no artigo 52, da Lei nº 11.101/2005, impõe-se o reconhecimento de sua natureza de decisão interlocutória.

Isto porque, o artigo 52, preconiza:

"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, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observado o disposto no art. 69 desta Lei,

III - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções 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 do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento".

Como se vê, apesar de, aparentemente, tratar-se de despacho de simples expediente ou ordinatório, em rigor, dele poderão advir diversos prejuízos para os credores, sendo possível ainda que dele derive malferimento à Lei nº 11.101/2005, que é de ordem pública. Imagine-se, por exemplo, que o magistrado nomeie administrador judicial sem observar os requisitos do artigo 21 da Lei; ou ainda, defira o processamento da recuperação judicial, sem exigir a presença dos pressupostos do artigo 48, ordenando a suspensão das execuções individuais pelo prazo legal, circunstância que, efetivamente, poderá causar severos percalços aos credores, etc.

No caso em exame, a agravante sustenta que a empresa Agrenco Bioenergia, uma das litisconsortes que obteve o deferimento do processamento de seu pedido de recuperação judicial não atende ao disposto no "caput" do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005.

Não permitir que a agravante tenha seu inconformismo apreciado por esta Corte de Justiça, obrigando-a a aguardar a eventual deliberação da Assembléia-Geral de

Credores em data futura, inegavelmente, poderá implicar-lhe gravame, que, por isso, enseja a recorribilidade da aludida decisão.

Por tais motivos, reformulo meu posicionamento anterior para admitir a recorribilidade do pronunciamento judicial que defere o processamento da recuperação judicial, com supedâneo no artigo 51 da Lei nº 11.101/2005, reconhecendo sua inegável natureza de decisão interlocutória, passível de causar gravame aos credores ou terceiros interessados, bem como afrontar à Lei de ordem pública, a ensejar a intervenção do Ministério Público.

Via de consequência, rejeito a preliminar de não conhecimento do agravo.

A segunda alegação da agravada é a caracterização da deserção do recurso, uma vez que não efetuado o recolhimento do porte de retorno no ato da interposição do agravo.

No caso "sub judice", constatada a insuficiência do pagamento das despesas de porte de retorno, este relator concedeu à agravante a oportunidade para complementá-lo, o que ocorreu no prazo assinalado.

Incide, portanto, o entendimento consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"O porte de remessa e retorno integra o preparo do recurso, de sorte que o*

seu não recolhimento não autoriza de logo a aplicação da pena de deserção, constituindo hipótese de insuficiência" (4ª Turma, RMS 17.189, rel. Min. CESAR ROCHA, j. 28.09.04, negaram provimento, v.u., DJU 22.11.04, p. 344).

Destarte, efetuado o preparo complementar referente ao porte de retorno, não se há de falar em deserção, impondo-se seja rechaçada a preliminar de não conhecimento por deserção, que não se configurou.

Por fim, em exame de cognoscibilidade do recurso, afasta-se a assertiva da agravada no sentido de que ocorreu a perda do objeto recursal, uma vez que, durante a tramitação do inconformismo, perfectibilizou-se o biênio legal da exigência do exercício regular da atividade empresarial da recuperanda.

O artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 preceitua que poderá requerer a recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.

Diante disso, exigindo a Lei nº 11.101/2005 que o exercício regular das atividades há mais de 2 (dois) anos esteja completado "no momento do pedido", parece-me evidente que, não se há de falar em perda do objeto recursal pelo fato de tal biênio ter-se completado no curso da tramitação do recurso.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas e conheço do recurso, passando a examinar-lhe o mérito.

E, com a devida vênia da agravante, examinando as alegações das partes e a documentação acostada ao instrumento, estou convencido de que a empresa Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda. faz jus ao requerimento da recuperação judicial, haja vista que atende ao disposto no "caput" do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005.

Com efeito, está evidenciado que a Agrenco Bioenergia Indústria e Comércio de Óleos e Biodiesel Ltda. que integra o grupo "AGRENCO" e, em litisconsórcio com as demais empresas mencionadas na petição inicial (fls. 23/45) requereu a recuperação judicial, foi constituída em meados do ano de 2006, como lealmente confessado pelas requerentes (fls. 31). Postularam as devedoras, no entanto, que o pleito recuperatório fosse analisado como um todo, ou seja, como pedido do "Grupo Agrenco", constituído há 15 anos, "sendo certo que a Agrenco Bioenergia não foi criada ao acaso e sem qualquer relação com as operações já existentes dentro das outras sociedades do grupo. Em verdade a Agrenco Bioenergia foi criada (como se pode perceber da atual constituição de seu capital social) a partir de investimentos e transferências de atividades da Agrenco Brasil que, para formatar da melhor e mais otimizada maneira possível os investimentos que adviriam da Marumbeni Corporation, preferiu por criar uma "nova sociedade". Para que não pairem dúvidas, deve-se explicar que esta "nova" sociedade

foi criada tão-somente para otimizar a entrada do novo capital de investidor interessado em injetar recursos no Grupo Agrenco, que, por razões óbvias, exigiu que a sua entrada se desse em uma empresa sem qualquer potencial contigência que pudesse afetar os sócios em razão de administrações passadas; e isto foi facilmente solucionado com a decisão de se criar uma "nova" sociedade, transferir certos ativos e determinadas atividades a ela e, após, receber os recursos do novo investidor... Em suma Exa., está absolutamente certo e cristalino que a Agrenco Bioenergia, apesar de ter sido constituída apenas em novembro de 2006, foi criada com a transferência de recursos e atividades de sua sociedade controladora, a Agrenco do Brasil, tendo, portanto, atividades há muito mais de dois anos", com o que o requisito do artigo 48, vale dizer, exercício de atividade há mais de dois anos, mostra-se cumprido.

A interpretação da exigência do artigo 48, "caput", da Lei nº 11.101/2005, deve ser feita levando-se em conta antiga lição do insuperável TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ao comentar o artigo 158 do Decreto-lei nº 7.661/45 que impunha o "exercício regular do comércio há mais de dois anos" como condição para o pedido de concordata. Confira-se:

"O prazo de dois anos conta-se da data da inscrição da firma ou razão comercial no Registro do Comércio, se se tratar de pessoa física, ou do arquivamento dos seus atos constitutivos da pessoa jurídica no mesmo Registro. Os documentos relativos a alterações ou modificações havidas deverão também ser averbados ou arquivados no referido Registro.

"Se de menos tempo datar o exercício legal do comércio, poderá o devedor requerer concordata preventiva? Parece-nos que sim, pois o fim do preceito é afastar do benefício o comerciante que, tendo exercido irregularmente a profissão procurou legalizar a sua situação com o objetivo de pedir a concordata. Provado, portanto, que já antes da legalização vinha o devedor comerciando, é claro que se não datar aquela de mais de dois anos, estará ele impedido de pedir concordata preventiva" (Comentários à Lei de Falências, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, 4ª edição, tomo II, pág.298).

Tal ensinança, tem plena aplicação sob a égide da nova Lei, especialmente considerando-se que uma das principais inovações do atual diploma, ao abolir a concordata preventiva que foi substituída pela recuperação judicial, foi a de deixar de considerar o novo instituto como um favor legal (como ocorria com a concordata), outorgando-lhe a natureza de autêntico contrato celebrado entre empresário em crise e seus credores. Nesta linha, não se justifica deixar de permitir aos credores a apreciação do plano de recuperação judicial da empresa em crise econômico-financeira, sob o argumento de que ela não está inscrita no Registro de Empresas há mais de dois anos, afastando-a da recuperação pretendida em virtude de uma formalidade legal.

Cumpre anotar que o requisito da constituição e arquivamento dos atos constitutivos da Agrenco

Bioenergia há mais de dois anos poderia ser facilmente superado por meio de sua fusão ou incorporação por outra das empresas do Grupo Agrenco, com o que se eliminaria a questão do biênio da constituição legal.

Por tais motivos, entendo satisfeito o requisito do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, uma vez que está comprovado que, apesar da constituição formal da Agrenco Bioenergia ter sido formalizada perante a Junta Comercial há menos de 2 anos da data do pedido de recuperação judicial do Grupo Agrenco, a atividade constante de seu objeto social já era exercida por outras empresas do referido grupo econômico, mercê do que, bem se houve o digno juiz ao deferir o processamento da recuperação judicial da agravada, atendendo, desta forma, ao fim social do instituto da recuperação de empresas.

Será, pois, negado provimento ao recurso.

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
RELATOR