RONALDO VASCONCELOS

**PRINCÍPIOS PROCESSUAIS
DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Direito Processual Civil), sob a orientação do Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

Banca Examinadora

Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro (Orientador)

As cinco indispensáveis Mulheres da minha Vida:
Nossa Senhora Aparecida (Padroeira);
Aracide (Família); **Márcia** (Base);
Camilinha (Amor) e nossa pequena **Letícia** (Bênção)

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados Pai e Irmão, **Valtão e Valtinho**, por materializarem tantos em dois só: Exemplos e Parceiros na Vida, no Motociclismo, na devoção à Família e ao nosso Tricolor Paulista (6-3-3).

Aos meus preciosos gurus, amigos e sócios **Paulinho e JP**, por apoiarem, suportarem e ainda assim estimularem minhas qualidades e perdoarem meus inúmeros defeitos.

Ao dedicado e sempre atencioso Professor **Oreste Nestor de Souza Laspro**, por proporcionar-me a honra de acolher-me como seu orientando, bem como aos Professores **Heitor Vitor Mendonça Sica e Francisco Satiro de Souza Júnior**, pelas valiosas contribuições apresentadas por ocasião do exame de qualificação.

Aos estimados Professores **Cândido Rangel Dinamarco, Modesto Carvalhosa, José Rogério Cruz e Tucci, José Horácio Cintra Pereira, Manoel Justino Bezerra Filho, Nuncio Theophilo Neto, Roberto Nussinkis Mac Craken e Alexandre Alves Lazzarini**, pela confiança depositada em todas as oportunidades propiciadas.

Aos meus queridos **Tios, Primos, Sogros, Cunhados e Sobrinhos**, pela presença marcante em minha vida, mesmo que espalhados por Caçapava, São Paulo, Mococa, Rio de Janeiro e Covilhã.

A todos os meus perseverantes **Amigos** conquistados na Granja Vianna, Rio Branco, Mackenzie, Dinamarco, Lucon Advogados e Magistério, pelos passados e vindouros momentos de cumplicidade e felicidade.

Ao leal **Baruk**, para sempre ao meu lado.

RESUMO

A tese tem por objetivo desenvolver adequada interpretação da ação de recuperação judicial de empresas pelo procedimento ordinário, a fim de validá-la como *método de trabalho* apto para a superação da crise da empresa (ou até mesmo sua eficiente liquidação), de modo que a tutela jurisdicional ao final concedida não se mostre *utópica*.

A metodologia proposta pelo presente estudo parte da inovadora premissa de abordagem do processo de recuperação judicial à luz dos princípios constitucionais do direito processual civil, especialmente o devido processo legal e a isonomia. O uso que se atribui a eles na presente tese é muito mais aglutinador e convergente do que boa parcela da doutrina costuma adotar.

Diante da natural dificuldade encontrada na composição dos multifacetados conflitos apresentados pelos diversos sujeitos processuais da recuperação judicial, demonstrou-se a necessidade de revisitação do princípio do contraditório (diálogo) e a ampla aplicação do princípio da fungibilidade das formas.

Por meio desses instrumentos, fomenta-se a instituição de um produtivo fluxo de informações entre os sujeitos do processo, dentro e fora do procedimento, impedindo a consubstanciação da pernóstica situação de “assimetria de informações”, e impondo que todos os sujeitos do processo sejam colocados em contato com o projeto de plano de recuperação logo após a distribuição do pedido. Tudo isso por meio da instituição de sessões de mediação e medidas de governança corporativa, a fim de que a determinação da viabilidade de empresa seja obtida a partir de critérios objetivos de formação de preço no mercado, ao mesmo tempo em que confira aceitáveis “opções de saída das negociações” para o atingimento da desejada comunhão de interesses.

Dotar o processo de recuperação judicial com os instrumentos da mediação e governança corporativa faz com que sejam consagrados os princípios do devido processo legal e isonomia, em consonância com o perfil desejado de uma atividade jurisdicional ativa, com vistas à implementação do princípio da função social da empresa em prazo razoável.

A partir dessa revisitação conceitual e funcional, o juiz da recuperação judicial encontrará meios suficientes para justificar o método de análise do princípio da isonomia segundo o qual o tratamento igual se impõe, desde que não incidam razões suficientes para o tratamento desigual. Nessa oportunidade, o *ônus argumentativo* recairá sempre sobre a

hipótese excepcional de tratamento desigual (na realidade efetivamente isonômico), cabendo ao magistrado sopesar os valores em confronto (proporcionalidade).

Todo esse conteúdo interpretativo do princípio da isonomia se mostra muito marcante no processo de recuperação judicial, na medida em que os benefícios sociais que a superação da crise da empresa podem propiciar autorizam a excepcionalidade da implementação de algumas medidas (ações afirmativas), tais como a eventual sujeição dos créditos garantidos por cessão fiduciária à recuperação judicial ou a instituição de privilegiada categoria denominada “credor colaborativo”, desde que ao final do processo haja mais ganhadores do que perdedores.

Por fim, cabe à doutrina nacional, com o apoio nesse trabalho, fomentar a introdução no sistema recuperacional brasileiro de instrumentos que garantam a eficiência do processo, ao mesmo tempo em que diminua a sensação de “insegurança jurídica” ao se deparar com decisões que pontualmente reintroduzem o magistrado como figura central da controvérsia. Para tanto, defende-se a aplicação equilibrada de auspiciosos princípios do direito comparado no processo de recuperação judicial brasileiro (*best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*).

Tudo isso de modo a propiciar aos sujeitos do processo, especialmente o juiz, o controle e a excepcional intervenção jurisdicional, para que a obtenção da desejada “comunhão de interesses” não se atente apenas ao atendimento dos quórums legais, tal qual parece ter sido a inadequada opção do legislador brasileiro.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Princípios Processuais Constitucionais. Devido processo legal. Isonomia.

ABSTRACT

This thesis aims to develop adequate interpretation of the business restructuring bankruptcy proceedings, in order to validate them as a suitable *working method* for overcoming a company crisis (or even its efficient liquidation), so that the court relief granted at the end of the procedure does not become *utopian*.

The method proposed in this study takes an innovative approach to bankruptcy protection in light of constitutional principles of civil procedure, especially the procedural due process clause and equality. The employment that is given to them in this thesis is much more cohesive and convergent than that which is defended by the larger part of legal scholars.

Given the natural difficulty encountered in the resolution of the complex disputes presented by the various participants of bankruptcy proceedings, the need to re-examine the adversarial principle (dialogue) and to give wide application to the principle of interchangeability of forms is demonstrated.

Using these instruments, a productive flow of information between the participants is established, both inside and outside of the proceedings, preventing the occurrence of an unjust situation of “information asymmetry” and imposing that all participants be placed in contact with the bankruptcy plan soon after the filing of the request. This should be carried out by implementing mediation sessions and corporate governance measures, so that the business’s feasibility may be determined from objective market pricing criteria, while conferring at the same time acceptable “opt-out from the negotiations” to achieve the desired unity of interests.

Endowing bankruptcy proceedings with mediation and corporate governance tools ensures procedural due process and equality, in accordance with the desired profile of active courts, committed to implementing, in a reasonable time, the company’s social welfare function principle.

Commencing from this conceptual and functional review, the bankruptcy judge will find sufficient means to justify the analysis method of the equality principle, according to which equal treatment is mandatory, unless there are sufficient reasons for unequal treatment. At this opportunity, the *argumentative burden* must be placed upon the exceptional situation of unequal treatment (in truth, substantial equality), it being the judge’s task to weigh the values in conflict (proportionality).

All this interpretative content from the equality principle is extremely significant in the bankruptcy proceedings, since the social benefits that overcoming the crisis of the company may provide authorize exceptional implementation of some measures (affirmative action), such as the submission of debts secured by fiduciary assignment to the proceedings or the institution of a privileged category of “collaborative creditors”, as long as at the end of the proceedings there are more winners than losers.

Lastly, it is up to national scholarship, with support on this work, to encourage the insertion, in the Brazilian bankruptcy system, of instruments that guarantee the proceedings’ efficiency, at the same time decreasing the feeling of “legal uncertainty” when one is faced with decisions that occasionally reintroduce the judge as the conflict’s central character. For this purpose, a balanced application of auspicious comparative bankruptcy law principles is defended (*best-interest-of-creditors, unfair discrimination e fair-and-equitable*).

All of this in order to provide to the participants in the proceedings, specially the judge, control and only exceptional judicial intervention, so that reaching the desired “unity of interests” does not imply only obedience to the statutory quorum, what seems to have been an inadequate option by the Brazilian legislator.

Key-words: Business Restructuring Bankruptcy Proceedings (Chapter 11). Constitutional Procedural Principles. Procedural Due Process of Law. Equality.

RIASSUNTO

La tesi si propone di sviluppare la adeguata interpretazione della procedura di riorganizzazzione per il rito ordinario, al fine di convalidarla come *metodo di lavoro* capace di superare la crisi dell'azienda (o anche la sua efficace liquidazione), affinché la tutela giurisdizionale al termine concessa non diventa *utopistica*.

La metodologia proposta da questo stùdio presuppone un'approccio della procedura di riorganizzazzione alla luce dei principi costituzionali del diritto processuale civile, specialmente il giusto processo e l'uguaglianza. L'impiego che é à loro attribuito in questa tesi è molto più agglutinante e convergente di quanto gli viene di solito assegnato da buona parte della dottrina.

Di fronte alla naturale difficoltà trovata nella composizione degli sfaccettati conflitti presentati da divesi soggetti processuali di una procedura di riorganizzazzione, è stato dimostrata la necessità di rivedere il principio del contraddittorio (dialogo) e l'applicazione in largo del principio della fungibilità delle forme.

Attraverso questi strumenti è promossa l'istituzione di un flusso produttivo d'informazione tra i soggetti del processo dentro e fuori del procedimento, impedendo la consustanziazione della petulante situazione di "asimmetria delle informazione" e imponendo a tutti i soggetti del processo di essere messi in contatto con il progetto di piano di recupero subito dopo la presentazione della domanda giudiziale. Tutto questo attraverso l'implementazione di sessione di mediazione e misure di governo d'impresa, affinché la determinazione de la sostenibilità dell'azienda sia ottenuta da criteri oggettivi per la fissazione del prezzo nel mercato mentre fornisce accettabili "opzioni di uscita delle trattative" per ottenere la desiderata comunità di interessi.

Fornire alla procedura di riorganizzazzione gli strumenti della mediazione e del governo d'impresa rende consacrati i principi dello giusto processo e dell'uguaglianza, in linea con il profilo desiderato di un'attività giurisdizionale attiva al fine di implementare il principio della funzione sociale dell'impresa entro un termine ragionevole.

Da questa rivisitazione concettuale e funzionale, il giudice della procedura di riorganizzazzione troverà mezzi sufficienti per giustificare il metodo di analisi del principio dell'uguaglianza secondo il quale la parità di trattamento è richiesta, a condizione che non sussistano motivi sufficienti per la disparità di trattamento. In questa occasione

l'onere argomentativo ricade sulle ipotesi eccezionali di disparità di trattamento (infatti efficacemente uguale), spettando al giudice pesare i valori in conflitto (proporzionalità).

Tutto questo contenuto interpretativo del principio dell'uguaglianza è mostrato molto marcato nella procedura di riorganizzazzione nella misura in quanto i benefici sociali che il superamento della crisi possono propiziare autorizzano l'unicità dell'implementazione di alcune misure (discriminazione positiva), come ad esempio l'assoggettamento di crediti garantiti da cessione fiduciaria alla procedura di riorganizzazzione o l'istituzione di categoria privilegiata chiamata "creditori collaborativi", in modo che alla fine della procedura abbia più vincitore che vinti.

Infine, spetta alla dottrina, sostenuta in questa tesi, promuovere l'introduzione nel sistema di riorganizzazzione brasiliano di strumenti che garantiscano l'efficienza del processo, mentre diminuiscano il senso di "incertezza giuridica" quando si confronta con decisioni che eccezionalmente reintroducono il giudice come figura centrale del processo. A tal fine, difendiamo l'applicazione equilibrata di principi propizi del diritto comparato nella procedura di riorganizzazzione brasiliana (*best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair-and-equitable*).

Tutto questo per fornire ai soggetti del processo, in particolare al giudice, il controllo e l'eccezionale intervento giudiziario, affinché il raggiungimento della desiderata "comunità di interessi" non sia destinato solo al rispetto dei quorum legali, come sembra essere stata l'opzione del legislatore brasiliano.

Parole chiave: Procedura di Riorganizzazzione. Principi processuali costituzionali. Giusto processo. Uguaglianza.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO	12
1. Apresentação e justificativa para a escolha do tema	12
2. Premissas metodológicas	21
3. Direito recuperacional constitucional.....	32
 CAPÍTULO II. NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA EMPRESA EM CRISE NO DIREITO BRASILEIRO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	 39
4. Princípio do devido processo legal.....	39
5. Devido Processo Legal <i>processual</i> e <i>substancial</i> : convergência	47
6. Proporcionalidade e razoabilidade na recuperação judicial	50
7. Contraditório e fungibilidade de meios na recuperação judicial	54
8. Mediação na recuperação judicial.....	61
9. Governança corporativa e recuperação judicial sem dilações indevidas.....	72
10. Inafastabilidade do controle jurisdicional e arbitragem na recuperação	80
 CAPÍTULO III. NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA EMPRESA EM CRISE NO DIREITO BRASILEIRO E A ISONOMIA	 91
11. Princípio da isonomia, devido processo legal e complementaridade.....	91
12. Princípio da isonomia na recuperação judicial	99
13. Função social da empresa: vetor para a igualdade substancial	105
14. Comunhão de interesses na recuperação judicial	118
15. Ações afirmativas na assembleia geral de credores	130
16. Sujeitos imparciais do processo na recuperação judicial.....	141
17. Poderes-deveres do juiz na recuperação judicial	156
18. Credor colaborativo, isonomia e financiamento da empresa em crise	167
 CAPÍTULO IV. CONCLUSÕES.....	 177
19. Conclusões.....	177
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 193
20. Bibliografia.....	193

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DO TEMA

A presente tese tem por objetivo desenvolver metodologia para a interpretação e o adequado tratamento da ação de recuperação judicial de empresas, abarcando as mais atuais linhas de pesquisa do Departamento de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, quais sejam: (I) os meios alternativos para a solução de conflitos; (II) os mecanismos aceleratórios do processo e, principalmente, (III) as garantias e princípios do direito processual aplicados a outras áreas do conhecimento.

Toda a evolução experimentada pelo direito falimentar brasileiro leva o intérprete a uma profunda reflexão do sistema,¹ a fim de validar o instrumento do processo de

---

¹Demonstrando essa evolução, fortemente inspirada pelo direito concursal francês e americano, a Lei de Recuperação e Falências (Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) entrou em vigor no dia 9 de junho de 2005. Com pioneirismo na doutrina brasileira, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO anotou por ocasião da defesa de sua dissertação de mestrado que “as legislações francesa e americana apresentam soluções que podem contribuir para o equacionamento dos problemas enfrentados pelas empresas brasileiras em dificuldades. O exame dessas soluções pode ser de inegável utilidade. Não se preconiza, é claro (mas convém enfatizar), o simples transplante de normas e institutos “importados” desses dois países, eis que a “rejeição”, nesse caso, será quase certa. Poderão eles, no entanto, ser confrontados com a nossa realidade, e eventualmente acolhidos em nosso sistema jurídico, uma vez feitas as necessárias adaptações” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*. 1987. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987. p. 4). Diante da evidente dissonância do decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 em relação às novas demandas do mercado e das empresas em crise, a doutrina mostrou-se particularmente sensível à necessidade de uma ampla reforma da legislação falimentar, especialmente a partir do início da década de 1970 (Cf. REQUIÃO, Rubens. *A crise do direito falimentar brasileiro: reforma da Lei de Falências*. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 14, p. 23-24, 1974; Id. Rubens. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1, p. 231 e ss.; COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 102; ABRÃO, Nelson. *Da caracterização da falência*. São Paulo: Leud, 1970. p. 90; FONSECA, José Júlio Borges da. *Da recuperação da empresa em crise*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 87, p. 70-86, 1973). O impulso reformista da doutrina ganhou corpo nos anos subsequentes, de modo que deve ser atribuído crédito àqueles que há muitos anos alertaram para a inconveniência de se manter um direito concursal centrado apenas na ideia tradicional de disciplinador da função anormal do crédito, para adotar um sistema que preservasse o interesse social dos bens de produção previsto na Constituição Federal (Cf. BULGARELLI, Waldirio. *A reforma da lei das falências e concordatas*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 85, p. 49-56, 1991; LOBO, Jorge. *A crise da empresa: a busca de soluções*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 668, p. 35-46, jun. 1991; Id. *O moderno direito concursal*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 87-97, jul./set. 1995; Id. *Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 19-21; Id. *Direito da crise econômica da empresa*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 109, p. 64-92, jan./mar. 1998; SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *A reforma da lei de falências frente a reorganização econômica da empresa*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 109, p. 16-61, jan./mar. 1998;

recuperação judicial como *método de trabalho* apto para a superação da crise da empresa ou, ainda, identificação da necessidade da sua eficiente liquidação. Ambos objetivos devem ser delineados à luz dos vetores sinalizados pelo princípio constitucional da função social da empresa, de modo que a tutela jurisdicional ao final concedida não se torne utópica.²

Isso leva à conscientização de que o processo de recuperação judicial, tal qual o direito processual civil em geral, não vale tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos eficientes resultados que produz,³ diante do verdadeiro *interesse público* que ostenta.

A metodologia proposta pelo presente estudo parte da inovadora premissa de abordagem do processo de recuperação judicial à luz dos princípios constitucionais do processo civil, especialmente a isonomia e o devido processo legal (CF, arts. 5º, “caput”, incs. I e LIV).⁴ Torna-se relevante, portanto, a perspectiva do sistema recuperacional a

---

MANGE, Renato Luiz de Macedo. Sobre a recuperação e falência de empresas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 127, São Paulo: Malheiros, jul./set/2002, p. 56-62; TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 128, p. 165-173, 2002). Com base nessa balizada doutrina, entendemos descabida a afirmação de JOSÉ DA SILVA PACHECO no sentido de inexistir a necessidade de reforma da então vigente Lei de Falências (PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 7), apesar de concordarmos com a posição de MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO ao afirmar que a Lei de Falências revogada consubstanciava “lei de excelente qualidade, extremamente ordenada em seus artigos e, principalmente, submetida a um cuidadoso trato jurisprudencial que aparou grande parte das arestas de natureza substancial e processual que um diploma de tal envergadura e abrangência sempre carrega” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da Lei de Falências: “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 822, p. 128, abr. 2004). Felizmente o impulso reformista venceu, encerrando o caráter draconiano da antiga lei que vigorou por quase sessenta (60) anos (entrou em vigor em 1º de novembro de 1945 - LF, art. 214), pois o instituto da concordata não se adequava à realidade das novas e atuais relações comerciais.

²Dentro desse contexto, importante ressaltar a diferença estabelecida entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. Isso porque enquanto a primeira implica essencialmente a efetiva proteção e satisfação do direito, a segunda consiste mais propriamente no serviço judiciário que se instrumentaliza por meio do processo (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2006. p. 23-24).

³Frase originalmente concebida por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE ao tratar da relativização do binômio *direito-processo* como desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*, tendo em vista o fato de partirem em busca de um escopo comum, qual seja, a análise do sistema processual sob o ângulo dos demandantes: “O processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 15). Nesse sentido, a busca pela efetividade adquire contornos muito mais amplos do que os da eficácia, pois não basta a mera aptidão para a produção de efeitos, mas a verificação das reais conseqüências produzidas pelo processo.

⁴A par da impossibilidade de sua alteração após a realização do exame de qualificação, acredita-se que o título mais adequado após o efetivo desenvolvimento da presente tese seria “Princípios processuais constitucionais da recuperação judicial”, o que esperamos não prejudique a análise da essência do estudo realizado.

partir da observância dos princípios, garantias e regramentos que a Constituição da República consagra.⁵

Tais princípios foram erigidos à categoria de núcleos centrais do presente trabalho por se revelarem ferramentas aptas para a obtenção de um processo de recuperação judicial eficiente e capaz de influir decisivamente nos atos, nos direitos e na vida dos sujeitos do processo. De mais a mais, o uso que se atribui a eles na presente tese é muito mais amplo, aglutinador e convergente do que boa parcela da doutrina costuma dotar a esses importantes instrumentos processuais constitucionais.

Portanto, a primeira contribuição original à doutrina brasileira que o trabalho pretende apresentar reside no *contorno interdisciplinar* da pesquisa.⁶ Até mesmo porque a

---

⁵O objetivo final desse estudo é, quem sabe, de alcançar a amplitude da posição defendida por CALIXTO SALOMÃO FILHO ao anotar a introdução de já consagrado trabalho de comentários à lei de recuperação e falências realizado por renomados juristas brasileiros: “O ideal acadêmico é o de organização de um sistema, que permita o enquadramento dos novos textos legislativos dentro de um conjunto de princípios e valores. Deve procurar garantir a coerência da lei com o sistema de valores e, portanto, a organização social desejada. Nesse sentido, trata-se de uma interpretação necessariamente criadora da norma jurídica, como de resto deve ser toda interpretação. A Lei de Recuperação de Empresas é particularmente apta a tal tipo de trabalho acadêmico. Pressupõe e inclui princípios que não podem ser negados ou descumpridos, qualquer que tenha sido o grupo de interesses que mais influenciou sua elaboração. Assim, apesar de ser necessário reconhecer a influência do interesse financeiro na elaboração da lei e em alguns importantes dispositivos que contém, o que cria riscos e dúvidas sobre a efetividade do próprio processo de recuperação de empresas nela previsto, é também necessário reconhecer que a recuperação de empresas pressupõe princípios e objetivos que não podem ser desconsiderados” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. Introdução aos comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 41). O denominado “modelo constitucional do processo” diz respeito a uma expressão inspirada na obra de ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corzo di lezioni*. Turim: Giapicchelli, 1990), por meio do qual defende-se a busca da plena harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal. Trata-se da “constitucionalização do processo civil”. Esse movimento é decorrente da evolução da ciência processual, especialmente em sua fase instrumentalista. Além de inspirar o presente estudo, verifica-se que esse método está sendo aplicado para a elaboração do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, conforme denota a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal (Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009): “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou às avessas. (...) Trata-se de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material” (COMISSÃO de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. p. 23-24).

⁶Acreditamos com arrimo nas lições hauridas do convívio com o Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que a partir da consolidação e amadurecimento da ciência processual, ganham força e rigor científico os trabalhos multidisciplinares. Isso porque com a evolução metodológica que determinou a passagem da fase *autonomista* para a fase *teleológica* ou *instrumentalista* da ciência processual, tomou-se consciência de ser o processo um instrumento ético, não meramente técnico, impregnado dos valores subjacentes ao direito material. À medida que, para os fins almejados pelo processo, estão suficientemente maduros os conceitos

concretização dos benefícios que se espera da “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”⁷ depende, em grande parte, da uniformização de seu entendimento e aplicação, afastando a pernóstica *insegurança jurídica* que o mercado repudia.⁸

Talvez por falta de um tratamento propriamente interdisciplinar da matéria, sente-se com frequência que os estudos em torno da recuperação de um lado, e da falência, de outro, esbarram em *pontos de estrangulamento* dos diferentes sistemas (*constitucional-comercial-processual*), deixando de oferecer respostas satisfatórias e coerentes para questões pertinentes à área de conhecimento vizinha.⁹

Para se alcançar um proveitoso resultado, defende-se que a *aproximação* entre os princípios processuais constitucionais (*e não a segregação*), na grande maioria das vezes,

---

até então desenvolvidos, a atenção do operador do direito deve voltar-se para a perspectiva externa do fenômeno, para os resultados alcançados mediante o processo. Daí falar-se atualmente em processo civil de resultados, o que impõe a aproximação das diversas ciências humanas.

⁷Termo utilizado por NELSON ABRÃO em 1985 para designar os novos contornos do direito falimentar e de recuperação de empresas (NELSON, Abrão. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985).

⁸Essa é a linha mestra que conduzirá o raciocínio desenvolvido para superação de todas as intrincadas questões do processo de recuperação judicial de empresas abordadas no presente trabalho. Adota-se esta posição, Adota-se esta posição, antes de tudo, pela convicção da validade do método de estudo baseado na perspectiva constitucional dos princípios do processo, aliado a outro instituto jurídico fundamental na análise do instituto da recuperação de empresa: o *mercado*. O mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada pela moderna tecnologia. Mas a concepção de mercado como um espaço geográfico já era objeto de críticas por diversos autores entre os quais, RACHEL SZTAJN: “Embora a concepção de mercado como espaço geográfico não desapareça de todo, tal noção do instituto presa à dimensão espacial merece críticas porque não considera as regras que são ínsitas aos mercados e se atêm à multiplicidade de agentes, fornecedores e adquirentes, presentes em local determinado no qual os preços dos bens se formam de modo transparente. Também deixa de lado a regularidade e a licitude/ilicitude das operações neles engendradas pelos agentes” (SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 39). Segundo EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, o mercado, assim como qualquer outra instituição jurídica, necessita de comportamentos previsíveis para garantir a tão almejada eficiência alocativa do capital. Tudo isso porque o risco da atividade empresarial deve residir na jogada do agente e não nas “regras do jogo”: “O mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos: quem atua nos mercados tem consciência de que o seu agir (bem assim o agir do outro) atende a determinadas regras e, nessa medida, tais comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos permite cálculo sobre o futuro. (...) Essa ordem, assim, respeita ao futuro. Os comportamentos dos agentes econômicos nos mercados, ao se repetirem conforme uma regra assume caráter de tipicidade e uniformidade. A forma de uma ordem é dada, justamente, por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49-50). Cf. ainda: *L’ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.p.27 e ss..

⁹Sempre pertinente o posicionamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sobre o direito processual: “a autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significam que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas *faixas de estrangulamento*, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1, p. 43). Até mesmo porque a competência legislativa das normas processuais e materiais é a mesma.

propicia auspiciosos resultados na busca de uma tutela jurisdicional efetiva na recuperação judicial. Quando eventualmente “colidirem”, abre-se espaço para a plena e estruturada aplicação do princípio da proporcionalidade,¹⁰ obedecendo-se à regra de predecência estabelecida entre os três elementos dessa máxima (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* - **item 6**).

Dentro desse contexto, diante da natural dificuldade encontrada na composição dos *multifacetados* conflitos apresentados pelos diversos sujeitos processuais,¹¹ impõe-se a revisitação do conteúdo do princípio do contraditório no processo de recuperação judicial, defendendo-se, ainda, a ampla aplicabilidade do princípio da fungibilidade das formas (**item 7**).

---

¹⁰ Aliás, a relação estabelecida entre o princípio da isonomia (tratamento paritário das partes), o devido processo legal e a proporcionalidade foi destacado por GIUSEPPE TARZIA ao afirmar que a garantia do tratamento paritário das partes no processo diz respeito à igualdade substancial (igualdade fática) e ao devido processo legal substancial (proporcionalidade). Afirmava ainda que o princípio da paridade de armas entre as partes erige-se à condição de garantia fundamental perante muitos ordenamentos jurídicos europeus, em especial perante a Convenção Européia. Em função dessa garantia fundamental, TARZIA informava que o juiz, no exercício de seus poderes de dirigir o processo, devia sempre assegurar a paridade das armas, garantindo o “processo justo”. Cf. TARZIA, Giuseppe. *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*. In: _____. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989. p. 3153 e ss.). No mesmo sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16.

¹¹ O tema da difícil convergência dos diversos interesses envolvidos na Lei de Recuperação e Falências restou analisado com maestria por CALIXTO SALOMÃO FILHO ao anotar: “Os vários interesses de grupos (credores, trabalhadores) declarados são sintetizados na ideia da preservação da empresa, verdadeiro ponto em comum de encontro desses interesses. É aí e só aí que presume a Lei haver convergência entre esses interesses durante o processo de recuperação da empresa. Interesses de credores, interesses de trabalhadores e mesmo interesses de acionistas minoritários podem divergir bastante durante o processo de recuperação de empresa”. Desenvolve ainda: “Em presença de interesses com tal discrepância seria no mínimo sensato que a Lei tivesse procurado estabelecer representação equilibrada entre eles nos órgãos assembleares. Infelizmente, isso não foi realizado pelo legislador no estabelecimento dos instrumentos procedimentais para a definição do interesse social. (...) Na nova Lei de Falência há claro desequilíbrio entre a participação desses vários interesses envolvidos pelo processo de recuperação da empresa. Aí revela o texto a clara influência dos interesses financeiros. Prevê o art. 41 da Lei, dentro da seção da Assembleia Geral dos Credores (denominação ela mesma imprópria e reveladora, pois nem todos os interesses ali representados – v.g. trabalhadores – se apresentam como típicos interesses de credores) que a Assembleia Geral será composta por três classes de credores: os titulares de créditos trabalhistas, os titulares de créditos com garantia real e os titulares de créditos quirografários. (...) “Ora é bastante evidente que a maior possibilidade de consenso se dá entre as votações em separado dos credores com garantia real e os quirografários. Esses têm, como já mencionado, o típico interesse creditório consistente na satisfação breve de seus créditos. Já os trabalhadores têm interesses tipicamente relacionados à preservação da empresa de que dependem, o que lhes é muito mais relevante que a satisfação imediata de seu crédito”. E conclui, ao defender a necessidade de participação (e inclusão) de todos os interessados no processo deliberativo da recuperação judicial (inclusive os acionistas minoritários e controladores): “Tão melhor formatado e definido será o interesse social, quanto mais interesses afetados pela sociedade estiverem incluídos no processo deliberativo. (...) Essa interpretação ajuda a sanar em parte um problema inegável da Lei, qual seja: a existência de certo desequilíbrio entre a definição material institucional e o equilíbrio entre os interesses cuja representação procedimental é reconhecida” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. cit., p. 48-50). Sobre o tema da possibilidade de conformação excepcional de uma nova ordem de classificação dos créditos na assembleia geral de credores com vistas à obtenção da desejada comunhão de interesses, conferir proposta do **item 15** do presente trabalho).

Isso porque a necessidade de fomento de um livre, acessível e produtivo fluxo de informações entre os sujeitos do processo, dentro e fora do procedimento, impedirá a consubstanciação da pernóstica situação de “assimetria de informações”, determinando um novo caminho pelo qual os sujeitos do processo deverão ser colocados em contato com o projeto de plano de recuperação logo após a distribuição do pedido (LRF, arts. 51 e 52), com vistas à obtenção da desejada comunhão de interesses.

Tudo isso por meio da implementação de sessões de *mediação* e *medidas de governança corporativa*, a fim de que a determinação da viabilidade de empresa seja obtida a partir de critérios objetivos de formação de preço no mercado, ao mesmo tempo em que confira aceitáveis *opções de saída das negociações* (**ítems 8 e 9**).

Dotar o processo de recuperação judicial com os instrumentos da mediação e governança corporativa faz com que sejam consagrados os princípios do devido processo legal e isonomia, em consonância com o atual perfil que a atividade jurisdicional exige.

Dentro desse contexto, defende-se que a atuação do magistrado seja dirigida fundamentalmente à implementação do princípio da *função social da empresa* em prazo razoável, perfazendo um processo de recuperação judicial voltado à obtenção de resultados práticos de preservação da empresa ou das unidades produtivas, ao mesmo tempo em que seja apto a identificar a necessidade de uma rápida intervenção que possibilite a salvaguarda dos direitos dos credores e do meio empresarial por meio da conversão da recuperação judicial em falência.

Ademais, o presente estudo pretende demonstrar que a partir da revisitação conceitual e funcional dos princípios da isonomia, devido processo legal e da função social da empresa, o juiz da recuperação judicial encontrará meios suficientes para justificar a discriminação excepcional a ser estabelecida entre os diferentes credores e o devedor.¹²

Dentro desse contexto, não resta alternativa ao juiz senão recorrer ao método de análise do princípio da isonomia segundo o qual o tratamento igual se impõe, desde que não incidam razões suficientes para o tratamento desigual. Nessa pontual oportunidade, é certo que o *ônus argumentativo* recairá sobre a hipótese excepcional de tratamento

---

¹²Por conta disso, não se pode concordar com a posição de EROS ROBERTO GRAU no sentido de que o juiz, como intérprete da lei, não formula juízo de oportunidade, mas de legalidade, pois está atado ao texto (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 209-210).

desigual, cabendo ao juiz sopesar os valores em confronto por meio do princípio da proporcionalidade (**item 12**).

Todo esse conteúdo interpretativo do princípio da isonomia se mostra muito marcante, especialmente no processo de recuperação judicial, na medida em que os valores e benefícios sociais que a superação da crise da empresa podem propiciar autorizam a excepcionalidade da implementação de algumas medidas (denominadas de ações afirmativas no âmbito do presente trabalho), tais como a sujeição à recuperação judicial dos créditos garantidos por cessão fiduciária ou a eventual instituição da categoria denominada *credores colaborativos*, para que ao final do processo haja mais ganhadores do que perdedores (**itens 15, 17 e 18**).

Cabe à doutrina nacional, portanto, o importante papel de fomentar a introdução no sistema recuperacional brasileiro de instrumentos que garantam a eficiência do processo, ao mesmo tempo em que diminuam a sensação de “insegurança jurídica” ao se deparar com decisões que pontualmente reintroduzem o magistrado como figura central na recuperação judicial.

Dentro desse objetivo, o presente trabalho não poderia ficar alheio à necessidade (ousadia) de delinear os possíveis contornos da difícil relação estabelecida entre o princípio majoritário que norteia a Lei de Recuperação e Falências e os poderes do juiz. Justamente por conta disso, verifica-se espaço para a aplicação equilibrada e razoável de princípios do direito comparado no processo de recuperação brasileiro, entre eles o *best-interest-of-creditors*, o *unfair discrimination* e o *fair and equitable* (**item 14**).¹³

Tudo isso de modo a dotar o juiz de sólidos instrumentos para justificar a excepcional necessidade de intervenção jurisdicional com vistas ao atingimento da desejada *comunhão de interesses* em consonância com o *interesse público* do direito concursal (LRF, arts. 47 e 75). Defende-se, assim, a aplicação de regras e princípios que não se atentem somente à mera obtenção dos quóruns de votação estabelecidos em lei, tal qual parece ter sido a imprópria opção do legislador brasileiro.

---

¹³Tema tratado com proficiência por EDUARDO SECCHI MUNHOZ na doutrina brasileira. Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 283-289; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 194-199, 2007.

É, pois, com esse estímulo em mente que se procede neste trabalho de direito processual a um estudo interdisciplinar do instituto da recuperação judicial e de suas “umbilicais” relações estabelecidas com o direito constitucional e comercial. Tudo isso com vistas a (i) realizar uma nova leitura das normas processuais e materiais voltadas à recuperação judicial da empresa, a fim de compatibilizá-las com as conclusões obtidas a partir da análise dos princípios processuais constitucionais;¹⁴ e, com a liberdade e ousadia que devem nortear os estudantes, (iii) propor novos instrumentos aptos à outorga de uma tutela jurisdicional de qualidade superior e em consonância com os vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa.

Ao assim proceder, o trabalho corre o risco de receber a alcunha de “procedimentalista”. Respeitadas as posições divergentes devidamente fundamentadas, não se pode ter esse temor.

Isso porque em nenhum momento se afirma que os estudos do instituto da recuperação judicial devam focalizar em primeiro plano o procedimento ou o processo. Até mesmo porque se isso ocorresse, consagrar-se-ia uma contraproducente fórmula operacional processual do sistema da recuperação, tal qual equivocadamente realizado com os institutos da falência e concordata durante a vigência do decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.¹⁵

A adoção de fórmula processual para procedimentos caracterizados por sua dinamicidade se revelaria inadequada para os fins buscados pelo processo de recuperação judicial. O excessivo procedimentalismo serviria apenas para que não se alcançasse o adequado encaminhamento das questões complexas inerentes ao processo de superação da crise da empresa.

O equívoco que a tese pretende evitar está calcado justamente na desvirtuada premissa de atribuição de atenção exagerada às regras materiais do direito de recuperação de empresas. Admite-se até mesmo afirmar que o estudo do processo de recuperação

---

¹⁴Dentro desse contexto, não se descarta a defesa da aplicação subsidiária das normas processuais na recuperação judicial. Até mesmo porque não se duvida da relevância das normas processuais dentro da nova legislação concursal brasileira.

¹⁵Já se mencionou o fato de a Lei de Falências revogada mostrar-se indefesa contra o emprego deturpado de suas próprias normas. O rigor jurídico do processo embaraçou a adoção de muitas soluções econômicas e administrativas rápidas e eficazes. Excelente exemplo disso é dado pela hipótese da continuação do negócio do falido, matéria laconicamente disciplinada no art. 74 da Lei de Falências revogada, com enfoque acentuatamente processual e concentrado à eventualidade da concordata suspensiva (LF, art. 74, § 7.º). Tudo isso desconsiderando todas as potencialidades em termos de liquidação do ativo ou de continuidade da empresa que, em tese, o instituto fraqueava. Nesse sentido: Cf. ABRÃO, Nelson. *Continuação do negócio na falência*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1998. p. 153 e ss.

judicial à luz dos princípios processuais da Constituição Federal pode não ser o principal meio para a obtenção da efetiva recuperação da empresa, mas certamente merece maior atenção dos estudiosos.¹⁶

O que se percebe é que a doutrina não se animou a desenvolver o tema da disciplina da crise econômica da empresa sob o prisma processual constitucional. Os trabalhos existentes são escassos e, dentre eles, raros foram os autores que abordaram a problemática recuperacional do ponto de vista do direito processual constitucional. De mais a mais, além do direito processual e constitucional, a pesquisa abrangerá todas as áreas do direito com que o instituto guarda relação, notadamente o direito comercial e o direito econômico, viabilizando a sua aplicação às diferentes áreas da ciência jurídica.

Destaque-se, por fim, que o referido estudo tem por objetivo desenvolver metodologia para a interpretação processual constitucional do instituto da recuperação judicial. No entanto, não se tem a pretensão de esgotar o tema. Muito pelo contrário, uma vez que somente com a aprovação da metodologia ora lançada é que se permitirá o contínuo aprofundamento na análise de outras questões inerentes da “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”, obrigando a uma desejada e constante atualização do trabalho.

---

¹⁶Em função da origem e tradição do direito concursal, aliada ao momento de desenvolvimento da ciência processual (ainda em formação), imprimiu-se maior ênfase aos aspectos do direito comercial da Lei de Falências. Dentro desse contexto de enquadramento dos antecedentes remotos da recuperação judicial, não pode ser desconsiderado o instituto da moratória inserido no Código Comercial brasileiro de 1850 (arts. 898 a 906), denotando o caráter “comercialista” da evolução e desenvolvimento do direito de recuperação de empresas no Brasil. Aliás, não somente da recuperação, na medida em que o Código Comercial também disciplinava a falência, a concordata suspensiva e o denominado “contrato de união”, por meio do qual os credores poderiam, após instrução do processo de falência, deliberar sobre a forma de liquidação dos bens (Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 7, p. 62); SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Manual de direito falimentar*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. p. 245; GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. p. 22). No entanto, pelo menos no que diz respeito à hipótese de recuperação judicial, objeto de dedicação do presente trabalho, não se pode negar que se insere no direito processual e tem natureza contenciosa. Trata-se de instituto processual, onde a relação processual estabelecida é complexa, ramificada e sempre sujeita ao contraditório. Há conflito de interesses entre cada um dos credores e o devedor. É justamente em função da composição desses interesses que se desdobra o “processo”. Ocorre que o simples fato de integrar o direito processual não significa a impossibilidade de se atribuir soluções de natureza diversa voltadas ao direito comercial ou econômico. Muito pelo contrário, é imprescindível que assim ocorra, diante do fato que a “alma” do processo de recuperação está calcada fundamentalmente na aprovação e cumprimento de um contextualizado plano de recuperação, o qual deve ser dotado de viabilidade econômica, mediante apresentação de operações muito bem discriminadas, a fim de possibilitar a salvação da empresa em face da importância para a comunidade onde atua. A aprovação do plano de recuperação (verdadeira “alma” do instituto da recuperação) definirá quais créditos serão suspensos, bem como a forma e o prazo de pagamento dos credores, permitindo maior flexibilidade para adequação a casos específicos.

De mais a mais, dentro da indispensável necessidade de se delimitar o objeto do estudo e a fim de se evitar uma superficial análise do amplo e importante instituto da recuperação da empresa em crise, optou-se por um corte eminentemente metodológico da Lei de Recuperação e Falências, com a consequente análise dedicada fundamentalmente à ação de recuperação judicial pelo procedimento ordinário (LRF, art. 51 e ss.), em detrimento do proveitoso estudo que poderia ser realizado acerca dos institutos da recuperação extrajudicial (LRF, art. 161 e ss.) e do procedimento especial destinado às micro e pequenas empresas (LRF, art. 70 e ss.).¹⁷

Esse corte se justifica ainda pelo fato de acreditar que somente a partir do amadurecimento da metodologia lançada no presente estudo, é que se autorizará incursão mais ampla no instituto da recuperação da empresa em suas outras e proveitosas facetas.

Eis a *relevância*, a *conveniência* e a *originalidade* em se desenvolver um estudo mais apurado acerca do tema dos princípios processuais constitucionais da recuperação judicial, justificando sua escolha para a elaboração da tese de doutorado.

2. PREMISSAS METODOLÓGICAS

A fim de evitar desvios do foco central da presente tese, destinada a desenvolver metodologia para a interpretação e o adequado tratamento da ação de recuperação judicial de empresas em consonância com o contorno interdisciplinar da pesquisa, impõe-se o estabelecimento de premissas para a compreensão das várias *faixas de estrangulamento* constitucional-comercial-processual que a matéria encerra.¹⁸

---

¹⁷Felizmente a doutrina não descurou o tratamento desses importantes temas e muito menos os alunos do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sobre o tema da recuperação extrajudicial, instituto representativo talvez da maior evolução no direito de recuperação de empresas no Brasil, vale a pena conferir os trabalhos de LIGIA PAULA PIRES PINTO SICA (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009) e GLAUCO ALVES MARTINS (MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009). Ademais, com relação ao tema da recuperação das micro e pequenas empresas, diante da grande importância que o segmento ostenta para a economia do País, vale a pena conferir: ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. *As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção*. Breve estudo sobre a indústria calçadista. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

¹⁸Apesar de reconhecer a extensão de muitas das notas de rodapé inseridas na presente tese, fato pelo qual o candidato desde já se penitencia, ainda assim justifica-se o emprego dessa técnica de redação para evitar os

A correta compreensão dos conceitos (i) de *empresa*, (ii) da *crise econômico-financeira* por ela enfrentada, (iii) do princípio da *preservação da empresa* e (iv) do próprio *direito de recuperação de empresas* na qual estão inseridos, com as adaptações necessárias, servem de parâmetro para todas as demais situações a serem analisadas, especialmente no que se refere ao modelo da assim denominada “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*” sob a perspectiva restrita da ação de recuperação judicial pelo procedimento ordinário.

Não se pode negar que as conclusões deste trabalho têm repercussões em situações distintas da retratada no referido modelo, especialmente em relação à brilhante e original concepção desenvolvida pelo jurista **Nelson Abrão** em 1985. No entanto, integrar cada uma delas ao objeto da tese exigiria a prévia tomada de posição a respeito de inúmeras questões peculiares, ao mesmo tempo em que seriam inevitáveis longos desvios do foco central, com o enfrentamento de questões que não dizem respeito propriamente ao objeto central do estudo (os quais demandariam a elaboração de outras tantas teses).¹⁹

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o estabelecimento de um conceito estanque para o “fenômeno” da *empresa* talvez se mostre impossível. Assim como em outros importantes institutos do direito civil e comercial, a empresa não pode ser analisada como um instituto único, mas um verdadeiro feixe de institutos jurídicos.²⁰

---

já mencionados desvios do foco central dos respectivos itens ou ainda a excessiva “citação” de doutrina no corpo do trabalho, despersonalizando-o. Além de logicamente fornecer as diversas fontes da pesquisa do trabalho, apresentam-se nas respectivas notas de rodapé os conceitos expostos, desenvolvendo-os por meio da citação literal de trechos da doutrina e jurisprudência. Apresentam-se ainda alguns exemplos práticos de aplicação na matéria ou em ramos do direito correlatos, seja corroborando os conceitos, seja contrapondo-os. Esse método decorre da interpretação realizada a partir da leitura da obra de Umberto Eco, por meio da qual afirma que: “Se você ler os grandes cientistas ou os grandes críticos, verá que, com raríssimas exceções, eles são sempre claros e não se envergonham de explicar bem as coisas” (ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso Souza. 14. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996. p. 114-115). Talvez o candidato, sempre buscando o desenvolvimento pessoal e acadêmico, consiga com o tempo sintetizar suas ideias de modo mais conciso (e ainda assim de modo completo). Para não correr o risco de “não explicar bem as coisas”, opta-se pela utilização (ainda que se reconheça exagerada) do válido recurso da “nota de rodapé”. Em todo o caso, compromete-se desde já a sintetizá-las, caso identifique o exagero em cada utilização.

¹⁹O modelo de desenvolvimento do presente item foi traçado para evitar esse inconveniente. Em contrapartida, limitada resta a possibilidade de maior aprofundamento dos conceitos ora dispostos, os quais poderiam ser fruto de outras tantas teses (e certamente o foram ou serão). Esse é mais um risco que o candidato respeitosamente optou por correr.

²⁰E essa concepção já pode ser notada pelo grande comercialista J. X. CARVALHO DE MENDONÇA em 1937 ao afirmar que: “A empresa continua sendo um fenômeno desafiante para o Direito, não obstante já tenham decorrido tantos anos desde o seu primeiro aparecimento na legislação através do Código Napoleônico” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 1, p. 59). De mais a mais, ressalta-se que se entende pelo termo “instituto jurídico” o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas entidades ou certas situações de direito (Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 841). Essa ideia

A maior prova disso é que a denominada (e vulgarizada) “globalização” introduz invariável e sistematicamente novas modalidades de prestação da atividade empresarial e que acabam representando verdadeiros desafios para a absorção dessas figuras dentro da concepção “clássica” da empresa,²¹ inspirada na Teoria da Empresa do Código Civil Italiano de 1942.²²

Diante disso, especialmente para os objetivos perquiridos na presente tese, acreditamos que o conceito de empresa se enquadra melhor dentro de sua perspectiva “institucionalista”, em detrimento da visão “contratualista” defendida por aqueles que acreditam que o interesse social estaria fortemente identificado com o interesse exclusivo dos sócios. Ao entender a compreensão do ente social como decorrência de uma relação contratual, os contratualistas defendem que o escopo da empresa estaria voltado apenas para a satisfação dos interesses das partes contraentes, enquanto sócios.²³

---

decorre de concepção originalmente formulada por EROS GRAU e PAULA A. FORGIONI acerca dos institutos fundamentais da propriedade e contratos. Senão vejamos: “Pois é certo que o contrato não é um instituto único, porém um feixe de institutos jurídicos (os contratos), tal como a propriedade, também, é feixe de propriedades” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a empresa e o contrato*, cit., p. 16).

²¹ Quando referimo-nos à clássica concepção de empresa, optamos por compatibilizar essa terminologia ao conceito de empresa defendido por ALBERTO ASQUINI. Apesar de classificá-lo como um “fenômeno poliédrico” identificado por diversos perfis jurídicos, entre eles o subjetivo (empresário), o funcional (atividade empresarial), o corporativo (organização de pessoas/instituição) e o patrimonial (estabelecimento). Ainda segundo o célebre jurista “a análise jurídica deste conceito já foi realizada pelas razões da teoria da empresa como ato objetivo de comércio, segundo o ab-rogado Código Comercial [1882]. Segundo tal teoria, consideravam-se como operações fundamentais da empresa as operações passivas destinadas à contratação e à organização do trabalho e as operações ativas voltadas para a troca dos bens ou serviços colhidos ou produzidos; e como operações acessórias da empresa as operações auxiliares precedentes. A conexão destas diversas operações explicava-se pelo fim, ou motivo, de organizar a produção para a troca. Esta análise conserva todo o amplo conceito de empresa adotado pelo novo Código Civil [1942]” (ASQUINI, Alberto. Os perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996).

²² A teoria da empresa elaborada pelos italianos e adotada pelo Código Comercial de 1942 (conhecida por ter realizado a unificação legislativa de direito privado na Itália). Foi estabelecida em consonância com o desenvolvimento das atividades econômicas e de acordo com a tendência de crescimento do direito comercial. Surgiu na Itália como forma de contraposição à Teoria Francesa da empresa (Código Comercial Francês de 1807, arts. 632 e 633), superando os seus defeitos e ampliando o campo de abrangência do direito comercial. Essa teoria, denominada de teoria jurídica da empresa, caracteriza-se por não dividir as atividades econômicas em dois grandes regimes (civil e comercial), tal como fazia a Teoria Francesa. Por meio da teoria da empresa italiana, se afasta o direito comercial da prática de atos de comércio para incluir no seu núcleo a empresa (assim considerada “a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços”). Com a teoria da empresa, deixa de ser importante o gênero da atividade econômica desenvolvida, não importando se essa corresponde a uma atividade agrícola, imobiliária ou de prestação de serviços, desde que seja desenvolvida de forma organizada, em que o empresário reúna capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia para a produção e circulação de riquezas (Cf. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 119, p. 94-108, jul./set. 2000).

²³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 381-382 e 338-392. Em realidade, verifica-se presente na Lei das Sociedades por Ações brasileira um regime duplo de satisfação de interesses. Ao acionista “comum”, o dever de votar de acordo com os interesse próprios, designando uma espécie de interesse social

A par da extrema controvérsia do tema, a qual gera divergências entre os comercialistas até hoje, respeitosa e discordamos dessa doutrina, especialmente com relação aos efeitos projetados por esse “contrato” às partes supostamente “não contratantes”. Particularmente, concordamos com a ideia de que a empresa decorre de uma relação contratual, tal qual a grande maioria dos vínculos sociais e jurídicos, na medida em que traduz *segurança e previsibilidade*, ao mesmo tempo em que permite a fluência das relações de *mercado*.

No entanto, com arrimo em substanciais argumentos de balizada doutrina, aliado à ideia de que a tentativa de preservação da empresa em crise representa excelente oportunidade para a sua reorganização (visando ao estabelecimento de uma nova ordem de equilíbrio dos interesses nela compreendidos, em consonância com a sua função social), acreditamos que o direito brasileiro suplantou a doutrina contratualista, confirmando assim o caráter institucional da empresa.²⁴

Partindo desse pressuposto, além da importante função de organizar a atividade econômica viabilizando o seu pleno desempenho e propiciando a redução dos custos de transação,²⁵ a empresa deve ser vista como uma organização que agrega múltiplos participantes e interesses, cujo propósito não pode se limitar apenas à maximização do

---

“stricto sensu” mais consentâneo com o desenho traçado pelos contratualistas (LSA, art. 115). Ao acionista “controlador” ou “majoritário”, por sua vez, o dever de exercer seu voto de forma a satisfazer não somente o interesse dos acionistas da empresa, mas também dos que nele trabalham, na comunidade em que se insere e no interesse nacional, encerrando outra espécie de interesse social “lato sensu”, nos moldes institucionalistas (LSA, arts. 116 e 117, parágrafo 1º). Nesse sentido, conferir: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros Ed., 1993. p. 55-56; PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 255-256; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Proibição de voto e conflito de interesses nas assembleias gerais – ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante. In: _____. *Pareceres*. São Paulo: Ed. Singular, 2004. v. 1, p. 175-176.

²⁴“Adotou-se, com efeito, no nosso direito societário vigente, o institucionalismo germânico da empresa em si (*Unternehmen an sich*), segundo o qual os controladores e seus administradores deveriam administrar a companhia sob sua própria responsabilidade, para o bem da empresa e de seus empregados e no interesse comum do povo e do Estado” (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: comentários aos artigos 1 a 74. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. LXX). No mesmo sentido: Cf. LOBO, Jorge. Proteção à minoria acionária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 105, p. 27-28, jan./mar. 1997; FRANCO, Vera Helena de Mello. A função social da empresa. In *Revista do Advogado* n. 96. Mar/08. p. 125.

²⁵Quando os indivíduos intercambiam direitos de propriedade por ativos econômicos, incorrem em certos custos de informação, negociação e execução dos seus contratos. Não é à toa que esses custos ocupam posição central na análise jurídica, assim denominados, custos de transação (SZTAJN, Rachel. *Ensaio sobre a natureza da empresa*: organização contemporânea da atividade. São Paulo, 2002. Mimeo. p. 56). Cf. ainda, sobre o conceito de empresa sob a perspectiva do método de Law & Economics: Cf. COASE, R. H. The nature of the firm. In: _____. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 38.

lucro dos sócios ou acionistas nela reunidos, mas fundamentalmente, ao alcance do bem-comum por meio da *coordenação* dos mesmos interesses.²⁶

Dentro desse contexto, a empresa, embora constituída por meio de um contrato privado, deve privilegiar o *interesse público* em detrimento do mero interesse societário privado do sócio ou acionista, em virtude da relevante importância exercida no meio social. Assim considerada como instituição de direito público, perseguirá objetivos que beneficiem os interesses da própria empresa, de seus sócios, empregados, parceiros comerciais, da comunidade onde atua e do próprio Estado.²⁷

Em realidade, deve-se ter em mente que quanto mais se ampliam os escopos inerentes ao conceito de empresa, mais distante do arbítrio se coloca a figura do empresário (assim entendido como o sujeito da atividade econômica), que passa a ter a obrigação de coordenar e compatibilizar seus interesses com o de “terceiros”.²⁸

Aliás, sendo o exercício da atividade empresarial brasileira o centro gerador da riqueza que circula na economia,²⁹ deve-se garantir um apto ordenamento jurídico que viabilize o bom desempenho das relações comerciais, seja em momentos de produtividade e lucratividade, seja em momentos de crise.

---

²⁶Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A lei de recuperação e falência e o princípio da preservação da empresa: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 136.

²⁷“Não obstante ser uma pessoa de direito privado, ressalta na sociedade anônima sua função social. Constituída em virtude de um contrato privado, a companhia, na medida em que atua no meio social como forma de organização jurídica da empresa, acaba por ser considerada uma instituição de interesse público, levando inclusive à ingerência do Estado nos atos de sua formação e atuação” (Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: comentários aos artigos 1 a 74*, cit., v. 1, p. 7-8). No mesmo sentido: LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 125, p. 29-40, jan./mar. 2002.

²⁸Cf. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual, cit., p. 107.

²⁹O mecanismo da circulação das riquezas tem no crédito um dos elementos principais de propulsão. O crédito é a mola mestra da atividade mercantil, uma vez que possibilita a circulação de riquezas, conforme destaca PAULO PENALVA SANTOS: “É inquestionável que o crédito pode ser comparado ao oxigênio para dar vida a qualquer sistema econômico, pois o mecanismo da circulação das riquezas tem nele um dos elementos essenciais de propulsão. Sem operações de créditos, as atividades econômicas encontrariam limites muito estreitos para se reproduzirem, ainda maiores para se expandirem. A manutenção da credibilidade no sistema financeiro é um elemento básico na organização econômica” (PENALVA SANTOS, Paulo. *Falência requerida pela fazenda pública*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v. 4, p. 402). TULLIO ASCARELLI define o crédito como “possibilidade de dispor imediatamente de bens presentes, para poder realizar, nos produtos naturais, as transformações que os tornarão, de futuro, aptos a satisfazer as mais variadas necessidades (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Red Livros, 1945. p. 8. GERALDO VIDIGAL entende que são “atos de crédito aqueles pelos quais alguém transfere ou promete transferir coisas, presta ou promete prestar serviços, mediante estipulação de contraprestação futura” (VIDIGAL, Geraldo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 190-191). Assim, é possível afirmar que a economia de uma nação tem como lastro a produção e circulação de bens e serviços, as quais são financiadas por um *sistema de crédito*.

No entanto, é certo que justamente nos momentos de crise, situação que pode acarretar a pernóstica interrupção das atividades da empresa, identifica-se com ainda mais força o caráter institucional da empresa e a função social por ela desempenhada.³⁰

A empresa e os interesses nela envolvidos não se restringem apenas aos dos trabalhadores e aos do Estado, embora sejam eles os mais evidentes.³¹ O fato é que as modificações da empresa fizeram emergir outros interesses, pois a crise não diz respeito apenas ao empresário ou à empresa em si, mas também a outras pessoas envolvidas, tais como os credores, os terceiros interessados e a Sociedade **(itens 7 e 16)**.³²

É necessário salvar a empresa, considerar o seu caráter social, gerador de riquezas (produção, tecnologia e mercado), mão de obra, tributos, produtos e justiça social. A busca de soluções para a crise econômica da empresa deve constituir um esforço prioritário dos estudiosos do direito, que buscam uma disciplina condizente com as necessidades que o problema suscita na esfera social e jurídica.³³

Dentro desse contexto, a consequente adaptação da legislação concursal a essa nova realidade social da empresa consubstanciava tarefa que não podia mais ser adiada pelo legislador brasileiro. Finalmente, por meio da edição da Lei de Recuperação e Falências (lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), vislumbram-se perspectivas para a preservação da empresa que leve em conta a sua função social, como meio de circulação de riquezas (bens e serviços), fonte pagadora de tributos, geradora de empregos e de tecnologia.

Aliás, foi justamente essa a máxima que norteou a redação do programático e basilar art. 47 da Lei de Recuperação e Falências ao estabelecer que: “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*”.

---

³⁰Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40, n. 122, p. 168, abr./jun. 2001.

³¹“Com efeito, a insolvência do empregador tem inexoráveis repercussões no contrato de trabalho, implicando sensíveis prejuízos para o trabalhador e sua família, agravando sensivelmente os já angustiantes problemas sociais” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Os direitos trabalhistas na falência e concordata do empregador*, cit., p. 66-67).

³²Cf. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 128, p. 13-14, out./dez. 2002.

³³Cf. LOBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções, cit., p. 35.

Assim é que justamente a partir dessa concepção se apresentam outros 3 (três) “vocábulos” que se mostram imprescindíveis para o adequado desenvolvimento do tema objeto do presente trabalho. Trata-se dos conceitos de *crise econômico-financeira* e *preservação da empresa*, ambos relacionados ao assim denominado *direito de recuperação de empresas*.

O termo *crise econômico-financeira* pressupõe a existência de duas situações distintas, mas que podem se manifestar em conjunto. Enquanto a *crise econômica* se caracteriza por problemas diversos na alocação dos recursos utilizados pela empresa (problemas no modelo do negócio), a *crise financeira* pode ser identificada pela incapacidade de a empresa devedora honrar o seu passivo (seja pela iliquidez de seus ativos e/ou pelo fato de o passivo superar o ativo).³⁴

Ambas as crises podem gerar a *insolvência* da empresa (impossibilidade momentânea/não definitiva) ou até mesmo a *insolvabilidade* (impossibilidade de solver as obrigações/déficit patrimonial/dificuldade de ordem econômica), termos igualmente não unívocos, mas que também podem se apresentar em conjunto na mesma situação de “crise” (gênero).³⁵

A Lei de Recuperação e Falências pode auxiliar a empresa em *crise financeira*, por exemplo, por meio da oportunidade que confere para reestruturação da sua dívida e, consequentemente, restauração da capacidade de geração de receitas para a reversão do

---

³⁴ Apenas a título exemplificativo, acredita-se que a atual crise enfrentada pela empresa KODAK, noticiada na mídia americana nos primeiros dias de janeiro de 2012, deve ser compreendida como uma crise econômico-financeira. Iniciou-se, porém, como uma crise simplesmente econômica, ao não se preparar para uma revolução tecnológica que estaria por vir (revolução da máquina digital). Talvez o mais grave dentro desse quadro seja saber que a empresa detinha, de forma pioneira, a tecnologia já desenvolvida da primeira câmera digital (elaborada nos centros de pesquisa da KODAK em 1975). Ocorre que a direção da empresa entendeu, àquela época embrionária da tecnologia, que as câmeras digitais demorariam para “desbancar” as máquinas de filme, ao mesmo tempo em que geraria prejuízo em uma das divisões mais lucrativas da empresa (divisão de filmes em rolo). Até mesmo porque, mostra-se difícil compreender como uma empresa como a KODAK, um dos ícones do capitalismo americano no século XX (suas ações chegaram a valer 80 dólares americanos cada), passa a ter suas ações negociadas em bolsa em janeiro de 2012 a menos de 0,5 dólares americanos, dependendo fundamentalmente do valor do conjunto de suas mais de 1000 patentes para se capitalizar e buscar a reestruturação. Exemplo oposto a esse foi vivido por outra gigante americana nos meados dos anos 2000. Trata-se da empresa IBM, que também passou por um grave período de crise, mas se recuperou a tempo. Para tanto, adotou severas medidas de reorganização da crise econômica pela qual passava, oportunidade na qual realizou a venda da sua divisão de computadores pessoais (que havia se tornado pouco lucrativa), concentrando assim suas atividades no desenvolvimento de computadores de grande porte e programas para empresa. Cf. DALTRO, Ana Luiza. Queimou o filme. *Veja*, São Paulo, ed. n. 2.251, ano 45, n. 2, p. 64-67. Seção Negócios.

³⁵ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Salles de. Da caracterização da insolvabilidade civil. Pressupostos objetivos e subjetivos do processo de execução concursal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 24, n. 57, p. 42, jan./mar. 1985; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima, cit., p. 435.

quadro de iliquidez dos ativos. Ao mesmo tempo, detém a capacidade de auxiliar a solução do problema da *crise econômica* por meio da reestruturação das operações da empresa. Até mesmo porque não faz sentido recapitalizar uma empresa “desorganizada” economicamente.

Tendo em vista o fato de as diferentes formas de crise (gênero) poder se manifestar em conjunto ou isoladamente, o primeiro passo para a recuperação da empresa reside justamente em identificar a sua “natureza”, a fim de administrar os “remédios certos” disponibilizados pela inventividade do empresário e/ou de seus assessores, desde que tais instrumentos sejam permitidos pelo sistema jurídico.

Dentre esses meios, destacam-se os exemplificativos instrumentos econômico-financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na reorganização voluntária de empresas e que foram dispostos no art. 50 da Lei de Recuperação e Falências. Trata-se de instrumentos que, talvez isoladamente, possam não levar à recuperação da empresa. De qualquer forma, uma vez contextualizados em um plano de recuperação com a viabilidade econômica, mediante planos de negócios e operações muito bem discriminadas, poderão, de fato, salvar a empresa.³⁶

De modo complementar a tudo isso insere-se o conceito de *preservação da empresa*, na medida em que defendemos que somente as empresas em crise (econômica,

---

³⁶A primeira e tradicional modalidade é a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas”. Logicamente, é a que mais se aproxima do antigo instituto da concordata preventiva, por se tratar da prorrogação de prazos e remissão parcial das obrigações. Pode, tal modalidade, efetivamente permitir a reestruturação da atividade empresarial, com a redução de custos com empréstimos bancários e a consequente disponibilização de recursos em caixa para novos investimentos. De mais a mais, destacam-se, como novas modalidades, a utilização dos conhecidos institutos da “cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações”, regulados pela lei societária. De todas elas, acreditamos que a constituição de subsidiária integral revela-se como o melhor instrumento, pois viabiliza a segregação de patrimônio útil à preservação das atividades rentáveis e à obtenção de novos recursos. Talvez, a constituição da subsidiária integral possa ser considerada a solução mais efetiva, uma vez que não implica sucessão de débitos tributários e, em tese, também trabalhistas, pela nova empresa. A sua adoção, no entanto, depende de estudo de viabilidade econômica. Por seu turno, não podem ser desconsiderados os institutos da cisão, da incorporação ou da fusão, uma vez que, apesar de ocorrer a sucessão de débitos da cindida, incorporada ou fusionada (diferentemente da subsidiária integral constituída), tornam-se tais transformações interessantes para aquelas empresas com lucro fiscal excessivo e que necessitam de uma rápida diminuição desse valor, o que será efetivado com a absorção da empresa em recuperação. Outro significativo meio de recuperação previsto pelo referido artigo 50 é de “constituição de sociedade de credores”. Tal instituto tem por objetivo criar sociedade credora única com o propósito específico de organizar a administração dos múltiplos créditos, mediante sua conferência ao capital da nova sociedade. Essa medida propicia aos acionistas o eventual recebimento de dividendos, na proporção dos créditos aportados, e, sobretudo, a capacidade de intervir na recuperação de forma mais efetiva e uniforme, inclusive com aporte de capital-financeiro a favor da empresa em crise. Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. Nova disciplina jurídica das empresas em crise: análise do direito falimentar e de recuperação de empresas à luz do movimento de “Law & Economics”. In: PEREIRA, Guilherme Teixeira (Coord.). *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 272-274.

financeira ou econômico-financeira), mas viáveis (viabilidade econômica),³⁷ poderão ser “sanadas” pela ação de recuperação judicial.

A determinação do critério de viabilidade da empresa depende da análise do caso prático, na medida em que deve ser realizada à luz de critérios objetivos e específicos de cada empresa, principalmente por meio da implementação de *medidas de governança corporativa*, conforme será apresentado mais detidamente no **item 9** da presente tese.

No entanto, o conceito de *preservação da empresa* que autoriza a consubstanciação das vantagens que a recuperação judicial pode propiciar é uníssono, ou seja, a defesa da empresa enquanto atividade (no sentido funcional indicado por **Alberto Asquini**). Ao assim compreender, prima-se pela preservação da atividade empresarial, mas não especificamente de qualquer “empresa” em crise. O conceito de preservação de empresa compreende então a atividade empresarial, mas não a “cega” e irrestrita defesa da empresa em si.³⁸

Até mesmo porque as empresas precisam falir, já que em alguns momentos sofrem da incapacidade crônica de honrar seus compromissos financeiros. Essa situação de falência, naturalmente, faz parte do sistema capitalista e do próprio sistema de crédito no qual a “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*” está inserido.³⁹

---

³⁷Nesse sentido, FÁBIO ULHOA COELHO apresenta quatro critérios que o Poder Judiciário poderia utilizar para a análise da viabilidade da empresa: (i) a importância social da devedora; (ii) o porte econômico da empresa no mercado; (iii) o volume do ativo e passivo; (iv) o tempo da empresa (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 282-385).

³⁸Nas palavras de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO: “talvez o texto legal (que se presume não tenha palavras inúteis) esteja se referindo à empresa enquanto atividade, ou seja, à empresa no sentido funcional, de acordo com os célebres perfis de Asquini” (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A nova lei de falências e de recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 103, 2005). Em sentido complementar, RACHEL SZTAJN indica que não se deve permitir uma interpretação assistencialista do citado art. 47, o qual tenderia à luta desenfreada pela manutenção da atividade e do emprego. A empresa deve ser, antes de tudo, eficiente, conforme análise eminentemente econômica do princípio da preservação da empresa: “lógico o esforço da nova disciplina visando mantê-la (a empresa) em funcionamento quando demonstre a viabilidade da continuação das operações. (...) Por isso que sem plano claro e fundamentado em estudos econômicos-financeiros elaborados por profissionais espertos, o risco de o assistencialismo prevalecer e, no médio prazo serem todos, credores e trabalhadores, feitos reféns da falência, é real” (Cf. SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 221).

³⁹Se, por um lado, é evidente a importância de se distinguir o agente econômico e a necessidade de sua proteção pelo instituto da recuperação, por outro, se desejar competitividade econômica, o sistema falimentar deve se mostrar eficiente como meio de solução de conflitos, encerrando-se definitivamente o capítulo da tutela do devedor inescrupuloso com a revogação do decreto-lei n. 7.661/45. A propósito, deve-se ter em mente que a decretação da falência só tem sentido, uma vez retirado o empresário responsável, cessando as consequências de sua permanência. Por conta disso, o instituto falimentar foi acertadamente alterado pela Lei de Recuperação e Falências e muito influenciado por alguns importantes conceitos do Direito Econômico. Revela-se muito mais adequado aos princípios da execução coletiva e aos interesses da

Dentro desse contexto, importante se faz ressaltar que o emprego dos termos *direito concursal* ou “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”, para o escopo do presente trabalho, desejam expressar o conteúdo do microsistema organizado pela Lei de Recuperação e Falências (princípios, legislação, doutrina, jurisprudência ou qualquer outra fonte do direito) como um todo (gênero), seja a recuperação judicial e suas espécies (ordinária ou especial), seja a recuperação extrajudicial e suas espécies (com ou sem homologação em juízo), seja a falência e suas espécies (autofalência ou ordinária).

Por outro lado, acreditamos que os termos *direito falimentar* e *direito de recuperação de empresas* encerram conceitos aptos a designar especificamente os institutos da falência ou recuperação, respectivamente.

Não obstante isso, destaque-se também que tais conceitos se mostram igualmente não estanques, na medida em que os próprios objetivos dos institutos se confundem. Afirma-se isso ao se constatar empiricamente que um processo de recuperação judicial pode servir, excepcional e inadequadamente, ao desiderato típico de uma falência (pagamento dos credores - geralmente com deságio - e liquidação da empresa).

Do mesmo modo que uma falência pode servir ao cumprimento de importantes objetivos típicos de uma recuperação, quais sejam, a reorganização da atividade econômica da empresa e o saneamento do meio empresarial. Isso porque, por meio dessa falência (“transformada” em recuperação), pode-se até mesmo retirar os meios de produção das mãos do devedor e realocá-los para que sejam explorados por outros empresários mais eficientes, ao mesmo tempo em que os empregos são preservados, riquezas geradas e tributos recolhidos.

Ambos os processos supra exemplificados, mesmo que de maneira transversa e não adequada em termos procedimentais, buscam resolver os conflitos de interesses neles envolvidos em consonância com o princípio da preservação da empresa (manutenção da

---

comunidade, com a possível continuação das operações produtivas envolvidas na quebra. Cf. NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2010; SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*: uma análise de direito & economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007; VASCONCELOS, Ronaldo. *Disposições legais comuns à recuperação e à falência*: aspectos de direito material e de direito processual. São Paulo: IBC, 2005. p. 64-67; RICCI, Edoardo F. *Lezioni sul fallimento*. Vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992. p. 4-7.

atividade econômica ou eficaz liquidação da sociedade com a possível realocação dos meios de produção, ativos ou riquezas).⁴⁰

Portanto, os conceitos de empresa, *crise econômico-financeira*, *preservação da empresa e direito de recuperação de empresas* estão intimamente ligados e servem de pressuposto para a abordagem do tema dos princípios processuais constitucionais da recuperação judicial.

Ao considerar a *empresa* um ente organizativo de múltiplos interesses, o desafio reside justamente em validar o *direito de recuperação de empresas* como sistema efetivo para a superação da *crise econômico-financeira* nela instaurada. Tudo isso à luz do princípio da *preservação da empresa*, o qual, por sua vez, é norteado pelos vetores sinalizados pelo princípio constitucional da função social da empresa,⁴¹ ora possibilitando a adoção de medidas coletivas para a superação da crise da empresa, ora viabilizando a sua rápida e eficiente liquidação em prazo razoável.

---

⁴⁰Essa é uma constatação verificada a partir da análise empírica do dia a dia forense e que não consideramos ideal, apesar de convivermos com ela. Dentro desse contexto, verifica-se que muitos processos de recuperação utilizados como verdadeiras autofalências (LRF, art. 105 e ss.), mas sem a “pecha” da qualificação de “falido” e os efeitos negativos jurídicos e sociais que a falência gera (inclusive com eventuais desdobramentos na área criminal). Apesar de não concordarmos com essa utilização “invertida” ou “transversa” dos institutos da falência e recuperação, diante da inadequação da via eleita (ausência de condição da ação), não se pode fechar os olhos para essa realidade. Do mesmo modo que a falência pode se revelar a oportunidade perfeita para a preservação da atividade econômica. Inicialmente, por meio da continuação das atividades. Ulteriormente, com a eventual alienação desses ativos, em atividade e reunidos, a fim de obter um melhor produto na venda ao mercado (LRF, art. 140), possibilitando ainda a exploração por outro empresário, com as vantagens que a ausência de sucessão tributária e trabalhista podem gerar (LRF, art. 60).

⁴¹“A função social da empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. (...) A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, meta jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresarial, razão pela qual não podem influir, diante da crise, na sua recuperação” (SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 221-220). Por outro lado, defendendo a função social da empresa em sentido menos “econômico” e mais “assistencialista” (na visão de RACHEL STAJN): “a recuperação judicial não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamental” (FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.p. 93).

Cabe à ação de recuperação judicial, um dos meios dispostos pela “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”, a importante missão de coordenar procedimentalmente os diversos interesses em jogo.

3. DIREITO RECUPERACIONAL CONSTITUCIONAL

Conforme mencionado no item anterior, o instituto da recuperação é considerado um dos mais importantes no âmbito do direito comercial e concursal. Por tradição e, principalmente para efeito didático, tem-se considerado a recuperação como integrante do direito comercial.⁴²

No entanto, dentro do contexto do presente trabalho, mostra-se mais adequado considerar que o direito de recuperação de empresas extrapola os limites do direito comercial.⁴³ Daí o enfoque multidisciplinar do instituto, por meio do qual se defende que

---

⁴²Como já dizia TULLIO ASCARELLI “as normas sobre a insolvência do empresário comercial constituem um dos capítulos mais importantes do direito comercial” (ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 308). Ainda segundo Renzo Provinciali, o direito falimentar seria um direito concursal vinculado ao direito comercial (Cf. PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1951). Sendo assim considerado, logicamente que o direito de recuperação de empresas também se enquadraria nesse conceito de concursal e, portanto, matéria fundamental de direito comercial.

⁴³Até mesmo porque, há de se considerar que o próprio Direito Comercial Brasileiro encontra-se em fase de rediscussão de rumos, tal qual ocorre com o Direito Processual Civil. Diante da tradição normativa brasileira, a referida discussão não poderia deixar de abarcar a questão relativa à edição de novos Códigos Comercial e de Processo Civil, respectivamente. Especialmente no que diz respeito à polêmica criada em torno da necessidade (ou não) da edição de um novo Código Comercial Brasileiro. Isso porque, como cediço, o Código Civil Brasileiro destacou-se ao disciplinar a matéria civil e também a matéria comercial, realizando no nosso País em 2002, a exemplo do que ocorreu na Itália em 1942, a unificação do Direito Privado tradicional. Em razão da referida unificação legislativa, necessário se faz afastar de imediato qualquer entendimento precipitado que pudesse sugerir o fim ou o desprestígio do direito comercial no Brasil pela inserção de suas normas fundamentais no Código Civil, na medida em que a unificação legislativa representa critério de organização do legislador e foi apenas parcial, não alcançando todos os temas da vida empresarial (p.ex. a falência e a recuperação da empresa, os títulos de crédito em espécie, a sociedade anônima, os bens industriais, a concorrência desleal e os contratos empresariais, entre outros). O fato de alguns institutos jurídicos não terem sido abordados pelo Código Civil evidencia a característica fragmentária do Direito Comercial Brasileiro, o que, na nossa opinião, dificulta a codificação dos seus principais institutos jurídicos e contribui para a existência de uma grande quantidade de leis especiais (talvez seja esse o mais adequado tratamento à luz do dinamismo exigido para as normas comerciais). Em consonância com a característica fragmentária do direito comercial, NEWTON DE LUCCA destaca a tendência de descodificação do direito privado, ressaltando ser “cada vez maior o número de lei esparsas ou de microssistemas” (DE LUCCA, Newton. *A atividade empresarial no âmbito do projeto de Código Civil*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton. *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 53). Apesar dessas considerações, forte corrente doutrinária brasileira, com apoio de tradicionais instituições políticas e jurídicas, defendem atualmente a edição de um novo Código Comercial, novamente corporificando em um único código todos os institutos de direito comercial. Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, o objetivo seria “dar início ao debate de elaboração de nova codificação específica para a disciplina no âmbito do direito privado, da organização e exploração da empresa. Isso porque, em sua opinião “o legislador brasileiro incluiu então, a matéria comercial, sob a denominação “direito de empresa”,

para a adequada compreensão do postulado da “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”, deve compor essa análise todos os instrumentos disponibilizados pelo direito processual, econômico e constitucional (e tantos outros que se mostrarem aptos a outorgar uma tutela jurisdicional de qualidade superior para o problema da crise da empresa).

Pelo fato de a ação de recuperação judicial servir de *instrumento* para a proteção de direitos fundamentais da empresa e de todos os sujeitos por ela abrangidos em conceito **(item 2)**, não se pode desconsiderar a natureza jurídica processual do instituto. Ao mesmo tempo em que se afirma isso, impõe-se que referido “processo” seja marcado por uma aplicação reflexiva de princípios, especialmente os do devido processo legal, da isonomia e da função social da empresa, tal qual defendido na presente tese.

Não obstante seja evidente o reconhecimento da inquestionável importância das normas processuais na Lei de Recuperação e Falências, seria ingênuo e equivocado concluir que a sua natureza jurídica seja eminentemente processual.⁴⁴ O verdadeiro ponto de equilíbrio de qualquer legislação, não só a concursal, somente poderá ser alcançado pela coexistência harmônica das normas de direito processual e material e dos princípios constitucionais.

De mais a mais, mesmo que tenha sido outorgada maior importância aos princípios processuais constitucionais para o desenvolvimento da presente tese, isso não significa

---

na codificação civilista, inspirada na experiência (única e desprovida de sentido nos dias de hoje) do direito italiano da era fascista” (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. O futuro do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 8-9). Particularmente, sem entrar no mérito da discussão que tende a se estender ao longo dos próximos anos e gerar “acaloradas” discussões, não se pode concordar com o argumento de que pelo simples fato de ter sido editada durante a era fascista, inquinada estaria toda a Teoria da Empresa de concepção italiana. Se assim o fosse, o Código de Processo Civil em vigor, datado de 1973 e editado durante a ditadura brasileira, também estaria privado de nulidades. Apesar de o Código de Processo Civil também se encontrar em fase de discussão, não se justifica o argumento de que seria um Código antidemocrático. Acreditamos até mesmo na validade da edição de novos Códigos de Processo Civil e Comercial, desde que não sejam fundados em argumentos “pueris” ao serem tachados de antidemocráticos. Vejamos o desenrolar das “cenas dos próximos capítulos” e esperamos que os movimentos reformistas sejam baseados em objetivos argumentos.

⁴⁴ A definição da natureza jurídica tem como escopo justamente a diferenciação entre um e outro instituto. A natureza jurídica pode ser definida como o significado último dos institutos jurídicos, como uma afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação (Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., v. 3, p. 321). Em comparação da relação estabelecida entre o direito material e o direito processual, pertinente o posicionamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a respeito das denominadas “faixas de estrangulamento” do sistema jurídico: “a autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significam que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas *faixas de estrangulamento*, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico” (*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 43).

dizer que elas são o bastante para caracterizar a natureza jurídica do instituto da recuperação. Seria ilógico permanecer restrito a um tratamento eminentemente processual constitucional do instituto da recuperação judicial, desconsiderando os efetivos problemas econômicos que geraram a crise e a possível insolvabilidade.

Daí a importância do direito econômico e a integração de instrumentos dele decorrentes como a governança corporativa e alguns dos ricos postulados do movimento de *Law & Economics* (especialmente a eficiência alocativa do capital para os efeitos do presente trabalho), desde que consentâneos com os escopos e limites da *nossa* realidade brasileira, a fim de fomentar a criação do *nosso* direito de recuperação de empresas.⁴⁵

A Lei de Recuperação e Falências é realmente singular porque traz em um só corpo disposições substanciais e processuais. Isso acontece devido à integração do processo e do direito material em um só contexto global de tutela jurisdicional, a qual deve ser outorgada para a empresa em crise, diante da importância social que desempenha para a comunidade onde atua e para o Estado.

Cabe ao intérprete consciente a tarefa de separar as normas processuais das substanciais, principalmente para que possa tratar adequadamente umas e outras, a partir dos pressupostos metodológicos próprios a cada um desses campos do saber jurídico, todos norteados pelos mandamentos constitucionais.

O que se pretende nessa tese, portanto, é a apresentação de metodologia para a análise da recuperação judicial a partir dos princípios processuais constitucionais dispostos pelo sistema jurídico, o que não infirma a necessidade se proceder à análise do tema por outros prismas.

Muito pelo contrário. Recomenda-se a análise do tema da recuperação judicial pelos mais diferentes enfoques, na medida em que somente pelo estabelecimento de um fluxo produtivo de teorias e a incorporação de aptas ferramentas de origem normativa, doutrinária ou jurisprudencial, será possível superar os diferentes conflitos que surgem dentro do contexto da crise da empresa.

---

⁴⁵“A doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem e devem ser utilizadas pelo intérprete – o que, de resto, é feito na maioria de nossos trabalhos. Cumpre, contudo, repudiarmos a açodada transposição de institutos e teorias, de um para outro direito. Transplantes jurídicos quase sempre causam rejeição quando não têm ciência de que o direito não são somente as leis; direito é vida. Quem faz direito no Brasil possui vantagens comparativas que hão de ser antropofagicamente exploradas: comemos de tudo, sem grandes preconceitos. Devoramos europeus, norte-americanos e, num balanço malandro, absorvemos/compreendemos nossa realidade e criamos o nosso direito” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a empresa e o contrato*, cit., p. 13).

Nessa associação entra o Direito (Constitucional, Processual, Comercial ou Econômico), enquanto meio necessário à consecução dos fins da política social ou econômica desejada pelo Estado. Daí surgirem institutos inteiramente novos, bem como a transformação de institutos consagrados (tal qual ocorreu com a novação para os efeitos da recuperação judicial).⁴⁶

---

⁴⁶Dispõe o art. 59 da Lei de Recuperação e Falências que a concessão da recuperação judicial “implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”. A dúvida reside na interpretação da assim chamada “novação recuperacional”, que mantém as eventuais garantias dos codevedores intactas - LRF, arts. 49, § 1º, 59 e 61, § 2º. MANUEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, escorado nas lições de PONTES DE MIRANDA, sustenta que estando a novação sujeita à condição resolutiva, o implemento da resolução não implica restabelecimento da obrigação novada, mas a constituição de nova obrigação, nos mesmos termos da obrigação original. Aparentemente, a resolução prevista no art. 61, § 2º, da LRF, subordina-se ao período de 2 (dois) anos em que o devedor permanece em estado de recuperação (LRF, art. 61, caput). Decorrido esse prazo, o credor só poderá exigir o cumprimento da nova obrigação, conforme se depreende do art. 62 da LRF: “De se concluir, pois, que a novação prevista como efeito da concessão da recuperação judicial, no que concerne ao devedor em recuperação, tem natureza similar, mas não idêntica à da novação regulada pelo Código Civil, que lhe atribui o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa recuperanda, ficando, no entanto, subordinada à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de 2 (dois) anos contado da concessão da recuperação. Se ocorrer o descumprimento de qualquer obrigação pactuada no plano, haverá convalidação da recuperação em falência, e a nova obrigação resolver-se-á, surgindo uma obrigação nova que não se confunde com a prior obligatio, conforme o ensino e Pontes de Miranda” (Cf. PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação recuperacional. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 29, n. 105, p. 120, set. 2009). Tudo isso em contraposição ao conceito tradicional de novação disciplinado pelos arts. 360 a 367 do Código Civil, o qual extingue os acessórios e as garantias da dívida de acordo com o artigo 364 do Código Civil (Cf. VIANA, Rui Geraldo de Camargo. *A novação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979). Considerável número de julgados, que se apoia no entendimento prevalente da doutrina, entendeu que a “novação recuperação” não extingue as garantias dadas ao cumprimento das obrigações novadas, nem impede os credores de exigí-las, independentemente do cumprimento ou não do plano de recuperação (p. ex. TJ-SP, AI n. 7.158.895-5, rel. Des. Álvaro Torres Júnior; TJ-SP, AI n. 480.487-4/8-00, rel. Des. Boris Kauffmann; TJ-SP, AI n. 498.450-4/6-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças). Em sentido contrário, entendendo que operada a novação a exigência das garantias condiciona-se ao descumprimento do plano e à decretação da falência (p. ex. TJ-SP, Apel. n. 7.166.479-6, Rel. Des. Souza Lopes). Para EDUARDO SECCHI MUNHOZ (pensamento ao qual nos filiamos), a novação operada pela concessão da recuperação deve ser analisada à luz do necessário temperamento realizado pelo artigo 61, § 2º, segundo o qual se preservam os atos validamente praticados em cumprimento ao plano de recuperação. Assim, se aprovado o plano que preveja expressamente a extinção das garantias da dívida novada, essa extinção considerar-se-á, nos termos do art. 61, § 2º, da LRF: “ato validamente praticado no âmbito da recuperação judicial”. Dentro desse contexto, necessariamente “extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem o contrário, conforme se depreende do art. 364” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 290-292). O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que disposição dessa natureza seria válida, mas inoponível tanto aos credores dissidentes do plano, quanto aos credores que não compareceram à assembleia geral ou se abstiveram de votar. Senão vejamos: “Recuperação judicial. Agravo de instrumento. Plano de recuperação judicial que contém cláusula que estende os efeitos da novação aos coobrigados, devedores solidários, fiadores e avalistas. Concessão do plano com aplicação do “cram down” do art. 58, § 1º e incisos da LRF. A novação prevista como efeito da recuperação judicial não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil. Pretensão de credor de acolhimento de sua objeção colimando a nulidade da cláusula extensiva da novação aos garantidores fidejussórios (fiadores e avalistas). Nulidade não reconhecida. Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciam ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da “supervisão judicial”. Ineficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados pessoais (fiadores/avalistas) em relação aos credores presentes à Assembleia Geral que se abstiveram de votar, bem como aos ausentes do conclave assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o

Até mesmo porque se deve ter a consciência de que diante da dinamicidade das relações estabelecidas entre os membros da sociedade, o jurista não pode, em sua consciência, desprezar o imenso ferramental das outras ciências que lhe possibilita compreender melhor a conduta humana.

O direito é, por excelência, um indutor de condutas. Assim, a intersecção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja, o de promover a paz social.

A natureza jurídica bifronte da recuperação (processual e material) concorre para a formação de uma “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*”. Os interesses individuais de simples solução de pagamentos de créditos sem verificar a possibilidade da reorganização ou reutilização da empresa não podem mais prevalecer. A necessidade da preservação da empresa, enquanto atividade econômica organizada sob a égide da atual ou outra administração, sobreleva qualquer entendimento eminentemente liquidatário, desde que se imponha de modo eficiente.⁴⁷

O processo de recuperação judicial, nesse sentido, deve servir de instrumento de proteção de direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os do devido processo legal e da isonomia, ambos norteados pelos vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa.⁴⁸

Portanto, deverão os sujeitos do processo de recuperação de empresas atuarem de forma consciente a evitar que os *princípios* não sejam *promovidos* ou ainda *restringidos*.

---

plano e, “a fortiori”, aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Agravo provido, em parte, para reconhecer a ineficácia da novação aos coobrigados por débitos da recuperanda, dos quais a agravante é a credora. Extensão dos efeitos deste julgamento aos credores ausentes, abstenentes e aos que formularam objeção à cláusula hostilizada” (TJ-SP, AI n. 580.551-4/0-00, Rel. Des. Pereira Calças. j. 19.11.2008).

⁴⁷Cf. NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125-127.

⁴⁸Até mesmo porque é sabido que somente se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Tem-se que os princípios são normas de maior hierarquia dentre todas, orientando não apenas o próprio processo de formulação legislativa, como também a interpretação e aplicação das leis aos casos concretos. Na mesma linha, com pequenas divergências, NORBERTO BOBBIO sustenta que os princípios são normas dotadas de alta generalidade; são fundamentais, porque compõem a base de um sistema jurídico; são diretivas, porque orientam a criação e aplicação de outras leis de menor hierarquia; são indefinidas e indiretas, porque se destinam a atuar sobre um número inidentificável de casos e situações, atuando comumente por meio de outros mecanismos jurídicos. O jurista invoca decisão da Corte Constitucional italiana do ano de 1956, onde foi incluída uma definição de princípios que faz alusão a algumas dessas características: os princípios seriam “aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico” (Cf. BOBBIO, Norberto. *Principi generali di diritto*. In: NOVÍSSIMO Digesto Italiano. Milano, 1957. v. 13, p. 889).

Caso não sejam *promovidos* por conta da omissão de condutas indispensáveis à sua promoção, o processo deverá ser o meio hábil para a *imposição* do comportamento. Caso os princípios sejam restringidos, os sujeitos do processo deverão promover meios capazes de *eliminar* as condutas consideradas inadequadas.⁴⁹

De mais a mais, como ramo do direito público, as estruturas e os institutos do processo guardam estreita relação com as disposições constitucionais (método de abordagem do denominado *direito processual constitucional*).⁵⁰ Há muito foi percebida a perspectiva do processo não como mero procedimento estatal de solução de controvérsias, mas dentro de seu caráter constitucional, como instrumento imprescindível para a defesa constitucional dos direitos e liberdades dos cidadãos.

Assim, o processo de recuperação judicial também deve ser visto como instrumento a serviço do direito substancial e não ao mero exercício formal dos direitos processuais garantidos pela Constituição Federal. Na Lei de Recuperação e Falências (lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), muitas das normas encerram boas e programáticas medidas para buscar maior efetividade.⁵¹

Para o contexto do presente estudo, defende-se a validade do método de exame da ação de recuperação judicial sob o ângulo dos princípios processuais inseridos na Constituição da República, a fim de alcançar a qualidade dos preceitos constitucionais. Tudo isso porque o ordenamento constitucional ampara e dá o caminho a seguir no manejo seguro de mecanismos voltados para a efetividade do processo.

Daí a origem do método de exame assim denominado “direito recuperacional constitucional”. Essas são as linhas mestras que conduzirão o raciocínio desenvolvido no

---

⁴⁹Cf. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2011. p. 410.

⁵⁰Pode-se afirmar com clareza que o processo tem caráter público seja porque é administrado por um dos Poderes do Estado, seja porque o direito dos indivíduos ao direito de ação (consagrado pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição – CF, art. 5.º, inciso XXXV) é exercido em face do Estado. Escrevendo em 1973, ADA PELLEGRINI GRINOVER afirmou: “Todo o direito processual, portanto, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Todo o direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Além dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seu corolário” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 69).

⁵¹Dentro desse contexto, a efetividade do processo pode ser considerada como o *ponto de estrangulamento do sistema*, onde se concentram todos os esforços da doutrina processual, conforme afirmado por SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma do processo civil: simplificação e agilização*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 133-153, jul./set. 1992).

presente trabalho. Adota-se esta posição, antes de nada, pela convicção da validade do método de estudo da ação de recuperação judicial baseado na perspectiva constitucional de princípios do processo, especialmente o devido processo legal e a isonomia. Ambos, logicamente, delineados pelos vetores indicados pelo princípio constitucional da função social da empresa,⁵² conforme será tratado nos capítulos a seguir (Cap. II – Nova disciplina jurídica da empresa em crise no direito brasileiro e o devido processo legal e Cap. III – Nova disciplina jurídica da empresa em crise no direito brasileiro e a isonomia).

---

⁵²O estudo do direito de recuperação de empresas e dos seus fundamentos também nasce da análise e respeito aos valores sistematizados na Constituição Federal. O de recuperação de empresas deve pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), propiciando meios de preservar os interesses dos trabalhadores e dos consumidores, bem como possibilitar a reabilitação do empresário, quando viável. Outrossim, a proteção do direito aos credores pode eventualmente ser flexibilizada à luz do princípio da isonomia e proporcionalidade, bem como em face dos direitos sociais (CF, art. 6º) e da preservação da função social da empresa, na busca da valorização do trabalho humano (CF, art. 170). A própria Constituição Federal de 1988 já definiu alguns contornos e princípios ordenadores da reforma do processo concursal. Isso porque a Carta Magna elegeu como princípios jurídicos fundamentais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Percebe-se, pois, que toda a atividade econômica deve sempre gravitar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, incumbindo aos seus operadores obter a máxima efetividade de tais princípios. Não se pode olvidar também que no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal elege como princípio básico a busca do pleno emprego (CF, art. 170, inciso VIII), que corresponde ao princípio da preservação da empresa. Assim é que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido uma ordem econômica que opta por um sistema capitalista, ao mesmo tempo, dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, sendo que a própria preservação da empresa foi erigida à categoria de princípio constitucional, ainda que implicitamente. Nesse sentido, conferir: “Encontram-se na própria Constituição atual princípios fundamentais que justificam a reformulação do direito falimentar, com busca do desenvolvimento nacional, para a implantação de uma sociedade justa e solidária. Para isso, a Carta de 1988 instituiu uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, observados os princípios mencionados no art. 170. Princípios programáticos que são, possuem, ao menos, aquela eficácia mínima, de retirar suporte hierárquico às normas legais inferiores, que com eles não se coadunam. Urge, então, adequar a lei falimentar a estes princípios. Afinal, não é possível conciliar uma norma que conduz ao desaparecimento de empresas viáveis, em dificuldades momentâneas, com os graves problemas daí decorrentes com uma ordem constitucional que caminha em sentido contrário”. (PENALVA SANTOS, J. A.; PENALVA SANTOS, PAULO. In: VALVERDE, Trajano de Miranda (Ed.). *Comentários à Lei de Falências*: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1999. v. 3, p. 29). Vale a pena conferir ainda o excelente encaminhamento de ideias de ECIO PERIN JUNIOR, ao relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo da preservação da empresa, afastando-se assim aparente antinomia em relação ao postulado da eficiência econômica que deve regular os processos de superação da crise da empresa: Cf. PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108-120.

CAPÍTULO II. NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA EMPRESA EM CRISE NO DIREITO BRASILEIRO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

4. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme proposta estampada na introdução, verifica-se que os princípios constitucionais processuais do devido processo legal e isonomia consubstanciam os núcleos centrais do presente trabalho, apresentados como ferramentas aptas para a obtenção de um processo de recuperação judicial eficiente, na medida em que revelam-se capazes de influir decisivamente na vida e nos direitos dos sujeitos do processo.

Dentro desse contexto principiológico, é importante ressaltar que nem tudo aquilo que usualmente se define como princípio constitucional processual o é de fato, seja por não se tratar sequer de um princípio (muitas vezes consubstanciam normas gerais), seja por faltar-lhe a pertinência no campo do processo. A importância da correta caracterização do termo “princípio” dentro dos propósitos do presente trabalho é a sua funcionalidade para a inserção dos princípios constitucionais processuais no âmbito da recuperação judicial.⁵³

Mais do que isso, serve para estabelecer a necessidade de valoração ou relativização dos princípios em jogo, de modo a se aplicar apenas um deles quando em rota de colisão direta. Tudo isso sem que o princípio derogado naquele caso seja definitivamente excluído, na medida em que não se admite a *antinomia jurídica* entre eles.⁵⁴

Nesse sentido, conveniente a análise dos chamados princípios formativos do processo. Em realidade, tais “princípios” poderiam ser tidos, no máximo, como regras

---

⁵³PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON anota que o termo princípio na ciência jurídica foi vulgarizado em muitos momentos. Para ele, os princípios “têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com a finalidade de atingir os resultados eleitos; por isso são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior às normas comuns (ou normas não principais); servem de base axiológica e estruturante do conhecimento jurídico, sendo fontes de sua criação, aplicação” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 92). Cfr. ainda: LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1985. p. 32-33; CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1933. p. 171.

⁵⁴Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

jurídicas, justamente por estarem circunscritos à ideia da validade. São elas: a *regra econômica* (maior resultado possível com um mínimo de utilização dos recursos escassos); a *regra lógica* (seleção dos meios mais eficazes e céleres à descoberta da validade, evitando-se erros); a *regra jurídica* (assegura a igualdade no processo e a justiça da decisão) e a *regra política* (máxima garantia social dos direitos com um mínimo de sacrifício individual de liberdade).⁵⁵

Parece claro que todo e qualquer processo deva ser sempre econômico, lógico e político. Por seu turno, o único enunciado que mais se aproxima da natureza principiológica seria o jurídico. Talvez por trazer dentro de si o autêntico *princípio da isonomia*, justificando a sua escolha para o encerramento do foco dos estudos da presente tese (item 11 e ss.).

E inegável que grande parte dos princípios processuais encontra abrigo nos textos legais, especialmente em nossa programática Constituição Federal.⁵⁶ Dentre eles, destaca-se o princípio do *devido processo legal*, praticamente compreensiva das demais de natureza processual, justificando sua escolha para o encaminhamento da presente tese a partir de um verdadeiro *binômio* estabelecido com o *princípio da isonomia*.

O devido processo legal encerra uma expressão de difícil conceituação, principalmente em virtude da amplitude que adquire nos dias atuais. A maior prova disso é

---

⁵⁵Cabe mencionar que o Prof. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO também não aceita a caracterização de tais regras como princípios informativos do processo, mas por razões diferentes daquelas aqui alinhadas. Em suas palavras: “esses falsos princípios, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses, sim, verdadeiros princípios. O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis princípios é que elas refletem, pelo aspecto técnico, as ideias que os princípios representam” (*Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1, p. 196).

⁵⁶Na Constituição Federal, estão previstos principalmente no emblemático art. 5.º, entre eles: o *caput* (igualdade), o inciso LIV (devido processo legal), o inciso LV (contraditório e ampla defesa) e o inciso LX (publicidade). Já em sede infraconstitucional, notadamente no Código de Processo Civil, vários são os dispositivos que remetem aos princípios processuais arrolados acima, entre eles: a imparcialidade (CPC, arts. 134 a 138), a isonomia (CPC, art. 125, inciso I), a publicidade (CPC, art. 155) e o duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475). Sobre o duplo grau de jurisdição, importante anotar segundo ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO que “em nenhum momento, a Constituição Federal garante expressamente o duplo grau de jurisdição. A bem da verdade, o duplo grau de jurisdição somente é encontrado, de modo expresse, no artigo 475 do Código de Processo Civil, que descreve as hipóteses em que deverá ser obrigatoriamente aplicado, independentemente da vontade das partes em recorrer ou não. De modo implícito, também o encontramos nos artigos 411, 574 e 746 do Código de Processo Penal, bem como em leis extravagantes, no mais das vezes inserido na regulamentação dos recursos” (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 190-191). Cf. ainda, do mesmo autor: _____. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

a grande variedade de estudos dedicados exclusivamente ao tema, muitas vezes completamente dissonantes entre si.⁵⁷ Não obstante isso, não se pode concordar com aqueles que concebem o devido processo legal a partir do enunciado que “*o processo deve obedecer às normas previamente estipuladas em lei*”,⁵⁸ sob pena de o princípio ser indevidamente confundido com o princípio da legalidade (típico do ordenamento jurídico brasileiro).⁵⁹

Como cediço, o enunciado original foi expresso no artigo trinta e nove da Carta Magna Libertatum outorgada em 1215 pelo rei inglês João Sem Terra (John Lackland) por meio da utilização da locução “*per legem terrae*” (original do latim).⁶⁰

Na tradicional obra sobre a teoria geral do processo de autoria de **Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco** concebe-se o devido processo legal como “*o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado,*

---

⁵⁷A título exemplificativo da diferença de tratamento do tema: Cf. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 407-416; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 417-432; PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵⁸Cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003. p. 145.

⁵⁹Infirmo a defesa a todo custo do legalidade no direito brasileiro, vale a pena conferir a posição de ALYSSON LEANDRO BARBATE MASCARO: “Uma legalidade que se instaura como universalidade, mas que não é, termina por ser ainda privilégio, contra o qual o capitalismo um dia lutou juridicamente para depois dele também se assenhorar, então não mais na aparência forma mas ainda na realidade. As contradições insolúveis do capitalismo, que perpassam suas instituições, sua política e seu direito, mais ainda se revelam quando o lucro desenfreado derruba as paredes da legalidade que o próprio capitalismo construiu para sua proteção. Paredes condenadas a ser provisórias, pois que suas muralhas são da divisão e não da universalidade. Por isso ainda longe vai de nós o dito de Heráclito: ‘É preciso que o povo lute pela lei, tal como pelas muralhas’” (MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, cit., p. 216-217).

⁶⁰Editada originalmente em latim “Nullus liber homo capiatur vel impesinetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut ultlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur, nec super com ibimus, nec supere um mittemus, nise, per legale iudicium parium suorum, vel *per legem terrae*”. A locução “*per legem terrae*” foi substituída em 1354 no reinado de Eduardo III pela locução “*due process of law*”, atualmente empregadas como sinônimas: “No one shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by *due process of law*”. Tradução livre: “Nenhum homem será detido, ou aprisionado, ou privado de sua propriedade, ou tornado criminoso, ou exilado, ou por qualquer forma destruído, nem iremos contra ele, ou mandaremos alguém contra ele, a não ser pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no direito processual civil*. 1972. Dissertação (Livre-Docência de Direito Judiciário Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972. p. 23. As informações históricas sobre o reinado de João Sem Terra também foram consultadas e confirmadas nas seguintes fontes: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 21-40. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 15-23.

asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro lado, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.⁶¹

O devido processo legal, assim entendido como o *princípio de convergência* dos demais princípios constitucionais do processo, costuma ser aproveitado pela doutrina como indicativo da busca a um processo justo,⁶² especialmente quando se trata de sua feição eminentemente “processual”.

No entanto, para o uso que se pretende no encaminhamento da presente tese, merece destaque à feição “substancial” do princípio do devido processo legal,⁶³ diante da capacidade que ostenta de viabilizar soluções “sob medida” para os diversos conflitos a serem solucionados no processo de recuperação judicial (princípio da proporcionalidade). Especialmente diante da heterogeneidade de pretensões desejadas pelos diversos sujeitos envolvidos no processo recuperacional (**itens 14, 16, 17 e 18**).

---

⁶¹Cf. CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 82.

⁶²Estamos diante de um típico exemplo de conceito jurídico indeterminado. Qualificam-se indeterminados os conceitos que se expressam em linguagem de grande imprecisão, cujo conteúdo não pode ser imediata e completamente apreendido pelo intérprete por meio do simples contato com as palavras (Cf. GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 65 e 72). Em sentido contrário, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO defende a ideia de que a indeterminação é do próprio conceito e não apenas de seus termos (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 29). Independentemente disso, certo é que o valor justiça apresenta variadas conotações. A título de exemplo cita-se a suposta diferenciação desses conceitos na visão de um jurista e de um economista. Para o jurista, o valor justiça estaria diretamente relacionado com *equidade*. Para o economista, em contrapartida, justiça seria *eficiência*, na medida em que o raciocínio econômico é baseado na busca de maior *previsibilidade*, na diminuição dos *custos de transação* e na eficiência alocativa do capital. Ainda dentro desse contexto, certo é que mesmo com premissas conceituais tão distintas, existem mais semelhanças do que divergências entre o direito e a economia, as quais devem ser utilizadas em proveito da eficiência de recuperação judicial. Cf. SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*, cit., p. 65. Em realidade, deve-se ter a consciência de que aproximar o Direito da Economia não implica abdicar da justiça, em prol da eficiência ou supor que o interesse individual deva sempre prevalecer sobre as questões sociais e coletivas. Trata-se, fundamentalmente, de estabelecer um diálogo interdisciplinar que seja capaz de dotar o Direito de instrumentos realistas de análise e de decisão e com isso favorecer o alcance e a previsibilidade já justiça. Segundo os valiosos apontamentos de BRUNO MEYERHOF SALAMA: “A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16. Acesso em: 10, out 2010).

⁶³PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*, cit., p. 272-298.

Para obter esse resultado, a cláusula do devido processo legal combina diversos princípios fundamentais. Apresenta-se, pois, o devido processo legal como um “princípio-síntese”, no qual estão compreendidos todos os demais (mas não justapostos). Assim, enquanto em determinadas situações um dos princípios cede passo em favor de outro, o devido processo legal é sempre aplicável em sua inteireza.⁶⁴

De acordo com o encaminhamento proposto no presente trabalho, acreditamos que todo o processo de recuperação judicial de empresas deveria ser encarado sob o prisma do devido processo legal (especialmente em sua feição substancial), dotando os sujeitos do processo de meios aptos a promover o efetivo acesso à ordem jurídica justa.⁶⁵

Isso não quer dizer que a feição processual do princípio deva ser deixada de lado. Muito pelo contrário, pois o procedimento recuperacional impõe a ampla e efetiva oportunidade de diálogo entre os diversos sujeitos do processo. Tudo isso em prazo razoável (à luz do princípio da duração razoável do processo)⁶⁶ para a identificação da melhor forma de encaminhamento da superação da *crise econômico-financeira* da empresa por meio de um adequado regime de *comunhão de interesses*.

O uso que se pretende atribuir ao princípio do devido processo legal na presente tese é muito mais amplo, aglutinador e convergente do que boa parcela da doutrina costuma atribuir a esse importante instrumento processual constitucional.

Dentro desse contexto, o devido processo legal, em qualquer das suas feições, será encarado como mais um dos benéficos exemplos que a exteriorização da integração

---

⁶⁴Cf. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela à luz da garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 32.

⁶⁵Nesse sentido deve ser entendida a afirmação de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA de que “a eventual antinomia entre justiça e formalismo só pode ser resolvida mediante um projeto de reforma legislativa” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 186). Nem mesmo a garantia do devido processo legal seria suficiente para resolver o problema, pois ela – nesse particular – atuaria mais no ponto de vista negativo (impedindo uma violação) do que do positivo (alterando o procedimento). Como ressalta o autor, a existência da mencionada garantia constitucional, por si só, não garante a eficiência do processo, pois se trata “(...) de princípio complexo, a exigir, na sua implementação, além das normas constitucionais auto-aplicáveis, um conjunto enorme de outras normas e providências de ordem prática, que reclamam no plano infraconstitucional o aprimoramento da ordem jurídica comum, por obra do legislador ordinário. E se mostra evidente, em face do princípio da legalidade, a inadmissibilidade de que os magistrados se pusessem a criar ou alterar regras procedimentais, mesmo quando imperfeitas ou insatisfatórias as existentes. Daí a conclusão inevitável de que, a esse ângulo, o princípio em exame se endereça precipuamente ao legislador e secundariamente aos juízes” (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 187).

⁶⁶Sobre a relação estabelecida entre o devido processo legal e a garantia do processo sem dilações indevidas vale a pena conferir: PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*, cit., p. 260-268; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 67.

estabelecida entre o binômio *direito e processo*⁶⁷ pode gerar aos sujeitos do processo recuperacional, em consonância com a proposta da presente tese consubstanciada na análise interdisciplinar da recuperação de empresas e do direito processual constitucional (item 3).

A par de respeitáveis posições em sentido contrário, razão assiste a **Humberto Ávila** quando desmistifica a tendência geral de atribuição exagerada de importância à bipartição entre o “devido processo legal processual” do denominado “devido processo legal substancial”(item 5).⁶⁸

Para efeito de comparação, a mesma premissa pode ser adotada quando analisamos binômios clássicos na busca de soluções efetivas e inteligentes, tais como as que podem ser estabelecidas entre “o direito material e o processual”, “o direito e a economia”, os “princípios da celeridade e da segurança jurídica”, os “princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do executado”, os postulados aparentemente antagônicos do “cumprimento de sentença e da execução por título executivo extrajudicial”, entre outros tantos falsos dilemas estabelecidos em nosso meio.

Apesar de inexistirem fórmulas “mágicas”, certo é que a *aproximação e não a separação* entre institutos supostamente conflitantes e antagônicos, na grande maioria das vezes, propicia auspiciosos resultados na busca de uma tutela jurisdicional efetiva.

Apenas para comprovar os postulados ora indicados, tomemos, por exemplo, a falsa premissa de separação necessária entre o Direito e a Economia. A aproximação entre Direito e Economia é uma dinâmica que se impõe por conta das novas e relevantes questões que emergem do cotidiano.⁶⁹

Economia e Direito estão vinculados numa relação de causa e efeito, de forma que toda e qualquer alteração ou transformação no sistema econômico reflete sobre o sistema jurídico, o qual deve se adaptar às novas circunstâncias econômicas.⁷⁰

---

⁶⁷Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 107-108.

⁶⁸ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?, cit., p. 409.

⁶⁹SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil*: uma análise de direito & economia, cit., p. 217.

⁷⁰A respeito da linha de complementariedade estabelecida entre Direito e Economia, uma vez que ambas lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade, BRUNO MEYERHOF SALAMA anota a dificuldade da relação estabelecida entre ele, na medida em que “enquanto o direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante

Ainda no campo empírico, vale a pena destacar o suposto binômio estabelecido entre os princípios da máxima efetividade (CPC, art. 612) em contraposição ao da menor onerosidade (CPC, art. 620). Referidos princípios são complementares e não antagônicos. É cediço que somente se alcançará uma execução efetiva e satisfeita por meio do estabelecimento do adequado equilíbrio entre uma execução que se faça no “interesse do exequente”, desde que não realizada de maneira “demasiadamente onerosa ao executado”.⁷¹

Nem se diga que ao atribuir maior importância a um postulado em detrimento do outro apresentaria suposto óbice para a adoção dessa concepção aglutinadora (e não estanque) do estado das coisas, na medida em que os princípios servem justamente a esse propósito de apontar para “*um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal*”.⁷²

Para a aplicação proposta no presente estudo, os caminhos serão traçados pelos sujeitos do processo recuperacional à luz da adoção de uma solução “sob medida” para a

---

destrutivo”. A partir disso, pondera que “um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia – a meu juízo, o mais proveitoso – está na Teoria Neo-Institucionalista. Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado)”. Dentro desse contexto, importante se faz ressaltar que o presente estudo adota essa linha de pensamento, tanto é assim que encontrou, na Teoria dos Jogos, importante instrumento para a análise da negociação estabelecida entre uma empresa em recuperação e seus credores (**item 14** - SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* cit. p. 13).

⁷¹Equilíbrio esse que deve ser igualmente perquirido no direito falimentar. Até mesmo porque, a Lei de Recuperação e Falências é realmente singular porque traz em um só corpo disposições substanciais e processuais. Isso acontece devido à integração do processo e do direito material em um só contexto global de tutela jurisdicional. Cabe ao intérprete consciente a tarefa de separar as normas processuais das substanciais, principalmente para que possa tratar adequadamente umas e outras, a partir dos pressupostos metodológicos próprios a cada um desses campos do saber jurídico. A natureza jurídica bifronte da recuperação judicial (processual e material) concorre para a formação de um novo direito da crise da empresa (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 41).

⁷²Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 78. Pode ainda ser seguramente caracterizado como “*verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenador em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade*” (REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53).

obtenção da tão almejada tutela jurisdicional (superação da crise da empresa), mas sempre norteados pelos princípios constitucionais.

Ou seja, não mais importa apenas justificar e diferenciar o princípio do devido processo legal no campo doutrinário. Importa mesmo a realização dos direitos fundamentais (e não o mero reconhecimento desse ou daquele direito).⁷³

É chegada a hora da efetivação e não da mera exaltação de conquistas teóricas, pois o devido processo legal deve influir decisivamente na vida das pessoas (e não apenas nos seus direitos), viabilizando a concessão da tutela jurisdicional efetiva que satisfaça a sociedade.⁷⁴ O devido processo legal deve, portanto, assegurar resultados formal e substancialmente justos.⁷⁵

Para tanto, os atos do processo deverão ser praticados de forma proporcional ao ideal de protetividade da pretensão buscada. Até mesmo porque não se pode julgar se determinado processo conduz (ou não) à proteção do direito alegado, sem investigar se a medida adotada para protegê-lo é necessária, adequada, razoável e proporcional aos fins a que se destina.⁷⁶

A própria ideia da “legitimação pelo procedimento” (**Niklas Luhman**) pressupõe que a parte visível do processo (procedimento) seja dotada de um mínimo de legitimidade.⁷⁷

Caso contrário, tanto o “corpo físico” (procedimento) como a “alma” do processo (relação jurídica processual) nada mais representarão senão uma mera “encenação” em sua pior faceta: aquela que viola o direito e oprime o indivíduo com a devida “pompa e circunstância”, o que se mostra inaceitável aos olhos do detentor de um direito de crédito

---

⁷³Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial, cit., p. 417.

⁷⁴Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 62.

⁷⁵Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, cit., p. 99. Ainda nesse sentido, vale a pena transcrever a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando discorre sobre a “generosa ideia do processo justo e equo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apoia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros políticos-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 200). O célebre processualista uruguaio EDUARDO J. COUTURE já defendia com pioneirismo similar ideia no sentido de que o processo não pode encerrar um fim em si mesmo, sob pena de privar o sujeito do próprio direito que busca por meio do processo: “se necesita no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio inseparable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio equivale, virtualmente, a privar del derecho” (COUTURE, Eduardo J. *Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso*. In: ESTUDIOS de derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. t. 1, p. 136).

⁷⁶ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?, cit., p. 411.

⁷⁷LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político*. Trad. Maria da Conceição Côrte Leal. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 119-126.

não satisfeito e de um devedor ávido por preservar sua empresa e a atividade econômica por ela desempenhada.

5. DEVIDO PROCESSO LEGAL *PROCESSUAL* E *SUBSTANCIAL*: CONVERGÊNCIA

Conforme já destacado anteriormente, um princípio deve ser encarado como uma norma que indica um estado ideal de coisas a ser promovido, embora não descreva quais comportamentos devam ser adotados para tanto. Apesar dessa suposta “omissão” na descrição de condutas adequadas, necessárias, proporcionais e razoáveis, o dever de adoção de tais comportamentos não é independente, mas decorrente do princípio que legitima seu uso.⁷⁸

Quando se analisa o princípio do devido processo legal no direito brasileiro, tradicional é a bipartição que se faz entre os aspectos processual e substancial do devido processo legal, oriundos da incorporação e adaptação dos conceitos de *procedural due process* e *substantive due process* do direito americano.

Referida “adaptação” não conseguiu passar incólume na doutrina brasileira, na medida em que não foram poucos aqueles que indevidamente identificaram a necessidade de observância da “forma dos procedimentos” com o devido processo legal.⁷⁹

Felizmente, com a evolução da ideia de que o princípio da legalidade se coloca de modo complementar e adicional ao devido processo legal na Constituição Federal, permitiu-se que não só os atos do Poder Legislativo, mas também os do Poder Executivo e do Poder Judiciário passem pelos controles de adequação, necessidade, proporcionalidade e razoabilidade típicos do devido processo legal em sua feição brasileira.⁸⁰

Todas elas tendo como postulados os valores consagrados pela Constituição Federal, dando azo inclusive para a adequada terminologia do princípio do “devido processo constitucional” empregada por **José Roberto dos Santos Bedaque**.⁸¹

---

⁷⁸Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 78-80.

⁷⁹Cf. DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 260-294, 2005.

⁸⁰BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A garantia do devido processo legal: aplicação contra excesso do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 150.

⁸¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 158.

Tendo em vista essa premissa, chega-se à conclusão da inconsistência do modelo “separatista” estabelecido por boa parte da doutrina nacional entre o devido processo legal substancial e o devido processo legal processual. Até mesmo porque a referida distinção comprometeria o verdadeiro significado da cláusula do devido processo legal, uma vez que “*de nada adianta garantir o ‘procedural due process’ sem garantir o ‘substantive due process’*”, conforme pontualmente destacado por **Oreste Nestor de Souza Laspro**.⁸²

Para corroborar isso, **Humberto Ávila** apresenta, de modo apropriado, duas justificativas fundamentais para demonstrar a incorreção do modelo separatista estabelecido na aplicação dos princípios do devido processo legal substancial e processual.⁸³

A primeira diz respeito à independência do próprio devido processo legal do seu suposto fundamento normativo, quais sejam os deveres de proporcionalidade e razoabilidade. Isso porque os deveres de proporcionalidade e razoabilidade já vinham sendo aplicados no sistema brasileiro muito antes da própria promulgação da Constituição Federal de 1988 (e consequente introdução do conceito do “devido processo legal”) por meio dos princípios de liberdade e igualdade há muito encartados em nossas cartas magnas anteriores.

Em segundo lugar, porque o legislador não pode promulgar leis processuais desproporcionais ou desarrazoadas em seu conteúdo. Apesar de o legislador dispor de ampla margem de liberdade para estruturação do processo, referida liberdade nunca será absoluta, tal qual ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo.

Ou seja, um processo somente poderá ser considerado adequado e justo se os atos processuais praticados pelos sujeitos do processo foram proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade almejado da tutela jurisdicional buscada. A incessante busca por um julgamento justo há de ter também necessariamente um caráter substantivo.

Dessa forma, o princípio do devido processo legal tem o condão de controlar a medida em que alguém poderá até mesmo ser privado da sua propriedade e liberdade (feição substancial), ao mesmo tempo em que poderá controlar a forma como o processo possa ser empregado para que se materializem tais privações (feição processual). Tudo isso

---

⁸²LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 268.

⁸³ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?, cit., p. 412-413.

sem que possa servir de instrumento de efetivação de escolhas arbitrárias por parte do legislador ou membro do executivo e judiciário (seja em relação ao direito material ou ao direito processual).⁸⁴

Por sua vez, a Constituição Federal é tão abrangente em termos de princípios, que sob o ângulo do direito constitucional processual, autorizados estamos a analisar todos os demais princípios constitucionais a partir do devido processo legal.⁸⁵

E tudo isso deve ser encarado a partir de uma simples perspectiva de que o devido processo legal não é, nada mais ou nada menos do que um mero processo que respeita os seus princípios fundamentais, conforme adequadamente defendido por **José Roberto dos Santos Bedaque**⁸⁶ e o doutrinador italiano **Vincenzo Vigoritti**.⁸⁷

Portanto, certo é que as circunstâncias específicas do processo de recuperação judicial, como é o caso a ser especificamente analisado nos itens a seguir, determinarão o modo pelo qual o procedimento (*corpo físico do processo*) e a relação jurídica processual (*alma do processo*) poderão se adequar à exigência do devido processo legal.

Dentro desse contexto, mostra-se lógica a afirmação de que eventual disparidade de tratamento estabelecida entre um procedimento na fase de instrução ordinária do Código de Processo Civil, em comparação a outro tipificado pela Lei de Recuperação e Falências (em idêntica fase instrutória), não comprometem a integridade do postulado do devido processo legal, desde que exista lógica e eficiente justificativa para o tratamento diferenciado.⁸⁸ Em sentido inverso, podem haver procedimentos diferentes que proporcionem as mesmas garantias e, portanto, se mostrem consentâneos ao princípio do devido processo legal.⁸⁹

---

⁸⁴SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 24, abr. 2002.

⁸⁵DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 344; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 105; PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 64; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 56.

⁸⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória, cit., p. 158.

⁸⁷“La giustizia del processo non può essere infatti che la sua correttezza, intesa prima ancora che come rispetto del diritto positivo vigente, come garanzia della concretizzazione nel procedimento di principi che, in un certo momento storico, date certe premesse ideologiche, sono avvertiti nella comunità come parte integrante di tale nozione” (VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 2).

⁸⁸Tudo isso em sintonia com o princípio da isonomia que será pormenorizadamente tratado no item 11 do presente trabalho, especialmente quando se menciona a necessidade de o ônus argumentativo recair sobre os ombros daquele que pretende essa diferenciação de tratamento.

⁸⁹Tanto o é assim que não restam dúvidas em se afirmar a plena aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Recuperação e Falências. Senão vejamos: “A fim de evitar dúvidas e discussões desnecessárias, é preciso, desde logo, deixar claro que é aplicável o Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos na lei de Recuperação judicial, extrajudicial e falência, por força do

O princípio do devido processo legal não exige a adoção de um procedimento perfeito a tal ponto de garantir o afastamento da incidência de qualquer erro, na medida em que essa não é a pretensão do próprio postulado. Aliás, exigir tal perfeição seria impossível diante da heterogeneidade dos conflitos incidentes no processo de recuperação judicial.

Deseja-se, isso sim, a materialização de um julgamento justo e do desejado acesso a uma “ordem jurídica justa” (**Kazuo Watanabe**), garantindo a efetiva entrega da tutela jurisdicional por meio de fórmulas legais adequadas e proporcionais ao caso, bem como razoáveis sob os olhos dos sujeitos do processo que serão afetados por ele.

6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade não estão previstos expressamente na Constituição Federal,⁹⁰ mas são inerentes aos princípios da liberdade e igualdade lá encartados e, por conta disso, estão sendo aplicados por magistrados de todos os Estados da Federação objetivando o controle da legalidade dos atos Estatais.⁹¹

A par da abalizada doutrina que insiste em diferenciar veementemente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, atribuindo dimensão muito mais abrangente ao primeiro, não convence a alegação de que haveria diferença estrutural entre eles. Referida doutrina as distingue completamente, afirmando que enquanto a proporcionalidade teria um conteúdo pré-fixado por meio do exame comparativo que exige uma relação equilibrada entre meio e fim com seus três subprincípios (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*), a razoabilidade não passaria de uma ordem genérica de que os atos administrativos devem ser emitidos de acordo com a razão.⁹²

No entanto, na medida em que a razoabilidade nada mais é do que o chamamento à sensibilidade e ao bom senso do jurista, o qual deve se esforçar para captar a expectativa

---

disposto no art. 189. Além desse dispositivo genérico, há dispositivos expressos, com por exemplo, no art. 134, segundo o qual a ação revocatória, perante o juízo da falência, deve obedecer ao procedimento ordinário do CPC. O art. 142, par. 3º, determina a aplicação do CPC no leilão por lances orais na alienação de bens do ativo, na falência. Ver, também, art. 82” (Cf. PACHECO, José da Silva. Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4).

⁹⁰ Apesar de estar disposto em sede legislativa ordinária pelo texto da Lei n. 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 258.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?, cit., p. 410.

⁹² Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal, cit., p. 255-270; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, cit., p. 30.

jurídica dos sujeitos do processo,⁹³ para o efeito que se pretende alcançar na premissa lançada pela presente tese, defende-se a existência de uma íntima relação entre razoabilidade e proporcionalidade que beira a identidade.⁹⁴

O que mais importa é o fato de tanto a proporcionalidade como a razoabilidade deterem relevante função na tutela constitucional do processo, na medida em que buscam impor justo equilíbrio entre os interesses em conflito, observando a instrumentalidade que norteia o direito processual civil.⁹⁵

Pelo fato de a proporcionalidade e a razoabilidade consubstanciarem princípios que confrontam e trabalham com valores implícitos e explícitos da Constituição Federal (avaliando-os para o fim de conceder a adequada proteção aos sujeitos do processo diante do conflito de normas ou princípios estabelecido), guardam estreita relação com a efetividade da tutela jurisdicional e o binômio direito-processo.⁹⁶

Uma vez respeitada regra de precedência e subsidiariedade estabelecida entre os três (3) elementos da máxima da proporcionalidade, especialmente por meio da ponderação entre os princípios colidentes (*sopesamento*),⁹⁷ aumenta-se substancialmente a probabilidade de se atingir um resultado correto em qualquer discussão (inclusive no processo de recuperação judicial diante da ampla gama de pretensões distoantes). Muito embora não garanta fornecer uma resposta dotada de certeza em todos os casos, uma vez que isso seria igualmente inovador e impossível, por se tratar de matéria jurídica.

---

⁹³Cf. ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade, cit., p. 65; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 174, jan./mar. 1999.

⁹⁴Para alguns, o princípio da proporcionalidade é uma faceta do da razoabilidade (Cf. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1994. p. 56 e 68; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 74). Para outros a razoabilidade determina a consideração das condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos (exame concreto), e a proporcionalidade demanda a análise de dois bens jurídicos protegidos pela Constituição e a medida adotada para sua proteção (exame abstrato). Cf. QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 44. Existem até mesmo autores que tomam os dois termos como equivalentes praticamente absolutos (Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, cit., p. 55; BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 336, out./dez. 1996). Os tribunais brasileiros também não atentam para essa distinção, pois prolatam decisões que atribuem à proporcionalidade expressão sinônima à razoabilidade: HC 76.060; RE 211.043; ADIN 1813-DF; ADIN 1407-2. LEX STF 237, 304; RTJ 167, 92 [94]; RTJ 169, 630 [632]; RTJ 152, 455; LEX STF 273, 304 [309]).

⁹⁵BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*, cit., p. 212-213.

⁹⁶Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 107.

⁹⁷Pelo subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* faz-se um cotejo dos bens jurídicos em confronto. Trata-se de uma verdadeira valorização ou balanceamento dos bens jurídicos, em busca do equilíbrio (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed., cit., p. 434).

A maior das utilidades do princípio da proporcionalidade está na possibilidade de aplicação específica do princípio do devido processo legal aos casos concretos. A proporcionalidade (aqui entendida como sinônimo da razoabilidade) fornece a necessária abertura para a consideração das particularidades, ao mesmo tempo em que procura estabelecer parâmetros de racionalidade que conduzam à melhor aplicação de uma resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Referida aplicação, contudo, não pode vir desacompanhada de justificadas e transparentes razões pelos julgadores (decorrente do princípio da motivação e publicidade dos atos judiciais), sob pena de ser considerada uma medida igualmente arbitrária (justamente o mal que se deseja evitar). A aplicação do princípio da proporcionalidade não pode incidir no equívoco de apresentar eventual motivação apenas formal que justifique a sua utilidade.

No que diz respeito ao processo de recuperação judicial de empresas, foco dos estudos do presente trabalho, impõe-se a apresentação de algumas das possíveis aplicações dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao processo recuperacional.⁹⁸

Em primeiro lugar, têm-se a impressão empírica de que diante de impasses, a opção dos juízes tem sido em maior escala no sentido da inércia e da acomodação às estruturas e padrões tradicionais, do que por uma atuação corajosa na utilização plena dos sofisticados instrumentos processuais inseridos no ordenamento jurídico. Daí que se apresenta a peremptória defesa do ativismo judicial e das pontuais ações afirmativas apresentadas no âmbito deste trabalho- **itens 15 e 17**.⁹⁹

---

⁹⁸Dentro desse contexto, merece atenção o comentário de ECIO PERIN JUNIOR (PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 410) ao ponderar que “no debate da legislação francesa que influenciou profundamente nossa legislação falitária, GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT manifestaram-se indiretamente quanto ao princípio constitucional da proporcionalidade vinculado ao da razoabilidade, quando salientam que ‘o interesse particular dos credores é, hoje, confrontado com exigências diferentes, senão contraditórias, que impõem a procura de um novo equilíbrio. Qualquer que seja a imprecisão da noção de empresa, o legislador e a prática estão doravante preocupados em evitar as consequências importantes de ordem social e econômica, ou política, que resultam da desaparecimento de um patrimônio produtivo’ (RIPERT, Georges e ROBLOT, René. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. T. II, 15^a ed. Paris: LGDJ, 1997, p. 630. *Apud* PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*, cit., p. 410).

⁹⁹A tendência de reforçar os poderes do juiz, fundado no interesse público existente em todo o processo, é observada em larga escala nas recentes leis editadas em nosso país, p. ex. o Código Civil de 2002 e a própria Lei de Recuperação e Falências. Tudo isso dentro da linha de soluções destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça, mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias: “Além da simplificação da técnica – ou pelo menos da não exacerbação do formalismo estéril –, é também imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual” (Cf.

Impõe-se a busca da percepção do que é melhor para o atingimento do princípio constitucional da função social da empresa. Enquanto aos credores cabe atuar ativamente no processo, aos juízes cabe adotar (ou não) o princípio da proporcionalidade.¹⁰⁰

Até mesmo porque o princípio da preservação da empresa encartado no processo de recuperação judicial, destina-se a fazer com que o preceito jurídico saia do plano estático e passe a produzir efetivos resultados de satisfação do preceito constitucional da função social da empresa.¹⁰¹

E de nada valerá a existência de sofisticados e bem intencionados instrumentos processuais disponibilizados pelo legislador na Lei de Recuperação e Falências, se os intérpretes e aplicadores por natureza (os juízes) não assumirem postura corajosa e ativa na interpretação das normas materiais,¹⁰² buscando a proteção da efetividade quando em confronto com outros valores e o manejo eficiente dos mecanismos de realização prática

---

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 105). Segundo clássica lição de LUIGI PAOLO COMOGLIO, resumindo com muita precisão o pensamento do processualismo comprometido com resultados, não com os meios, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Direzione del processo e responsabilità del giudice*. In: STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1, p. 483-484). Cf. ainda: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 44, n. 1/2, p. 179, 2003; PISANI, Andrea Proto. Publico e privato nel processo civile in Itália. Palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Salvador, 2001. p. 10.

¹⁰⁰Bom exemplo disso é a eventual possibilidade da suspensão da execução de garantias vinculadas a empréstimos e contratos financeiros, nos termos do art. 47 da Lei de Recuperação e Falências, desde que essa suspensão seja imprescindível para a recuperação da empresa em crise.

¹⁰¹Dentro desse contexto, encaixa-se como uma luva a afirmação de JORGE LOBO a respeito da relação estabelecida entre a recuperação judicial, a proporcionalidade/razoabilidade e a função social da empresa: “No caso da recuperação judicial, a assembleia geral de credores e o juiz da causa entregar-se-ão à ‘ponderação de fins’ – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige ‘o sacrifício’. (...) Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na ‘ponderação de princípios’ – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, por meio do ‘teorema da colisão’ de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois possuem ‘dimensão de peso’, verificável caso a caso” (LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110). Cf. ainda: PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*, cit., p. 108-120; CLARO, Carlos Roberto. *Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTr, 2009. p. 186-193; NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*, cit., p. 127.

¹⁰²Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88: “a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezenove denominada ‘dogmatismo’, induz à contradição semelhante, pois pretende que a pessoa humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais”. Cf. ainda: TARUFFO, Michele. *Giudizio: processo, decisione*. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta. *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000. p. 279-281.

dos resultados do processo de recuperação de empresas, conforme será apresentado nos itens a seguir.

7. CONTRADITÓRIO E FUNGIBILIDADE DE MEIOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Metodologicamente, o princípio do contraditório poderia ser tratado no âmbito desta tese, tanto no presente capítulo quanto no próximo destinado à análise do princípio da isonomia. Isso porque o princípio do contraditório detém íntima ligação com a igualdade das partes, o direito de ação e o direito de defesa.¹⁰³

No entanto, diante do papel chave que exerce para o encaminhamento da presente tese, impõe-se sua análise desde já, facilitando a busca da consagrada e fundamental lição constitucional de realizar o direito substancial e validar o instrumento do processo de recuperação judicial como ferramenta eficaz para a superação da crise da empresa.

Como não poderia deixar de ser, o princípio do contraditório não pode ser entendido sem os demais princípios que se ligam a ele como “elos de uma corrente” que conforma o sistema constitucional do processo. Os princípios processuais constitucionais devem ser tratados como implicitamente integrantes de uma mesma corrente que acabam por determinar a igualdade entre as partes, a imparcialidade do juiz e a reafirmação do devido processo legal.¹⁰⁴

A partir da primeira Constituição Brasileira de 1891, o direito constitucional pátrio adotou o princípio da ampla defesa (não mencionando explicitamente o contraditório), direcionando-o especificamente para uma aplicação voltada ao direito penal. Essa ideia foi seguida pelos textos constitucionais promulgados posteriormente, até que na Constituição de 1988 surgiu a inovação por meio da redação do art. 5º, inc. LV, que estabeleceu regras da ampla defesa e do contraditório com ampla aplicação no processo civil e administrativo.¹⁰⁵

---

¹⁰³Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 135.

¹⁰⁴Cf. LAURENTIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a constituição: conceito, técnicas e efeitos*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 27-32.

¹⁰⁵Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 175, p. 9, 1990; MURAD, Acir. *Princípios constitucionais do processo civil*. 2004. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 70-71.

Apesar de “vaga e genérica”, a referida norma constitucional deve ser encarada como verdadeiro instrumento de atuação dos postulados constitucionais.¹⁰⁶ E é justamente por conta disso que o princípio do contraditório se coloca como ferramenta ideal para a obtenção dos resultados almejados no multifacetado processo de recuperação judicial.

É por meio do contraditório que o juiz obtém elementos suficientes para aplicar o princípio da proporcionalidade. Logo, a efetivação desse princípio depende também da aplicação equilibrada do princípio do contraditório (**item 6**). Inicialmente, como meio de insurgência dos credores contra eventuais excessos do devedor (e vice-versa), mas principalmente como requisito de eficácia do próprio provimento jurisdicional.

No entanto, para o encaminhamento que se pretende adotar na presente tese, não satisfaz o clássico conceito de contraditório fundado exclusivamente no binômio informação-reação defendido pelo clássico doutrinador italiano **Sérgio La China**.¹⁰⁷ Na síntese tantas vezes difundida, **Joaquim Canuto Mendes de Almeida** definia-o apenas sob o aspecto de “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*”.¹⁰⁸

Com a evolução da ciência processual, a ideia de contraditório mereceu imediata revisitação, diante da sua manifesta importância para o sistema jurídico como um todo. Como bem colocado por **Cândido Rangel Dinamarco**, “*é do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz*”.¹⁰⁹

Em quaisquer espécie de processo e tipos de tutela jurisdicional adequada para a solução de determinada crise de direito material, a palavra-chave para definir o contraditório é *participação*.¹¹⁰ Isso porque o exercício do poder só se legitima quando sustentado por atos garantidos pela lei e por meio da participação dos interessados,

---

¹⁰⁶Tudo isso corroborando a ideia de GIUSEPPE TARZIA no sentido de que o contraditório constitui garantia constitucional e regra essencial do processo (TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. In: *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 3. p. 193, 1978).

¹⁰⁷“il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!)” (LA CHINA, Sérgio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. (Milano, 1970, p. 394).

¹⁰⁸Cf. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 110.

¹⁰⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 220.

¹¹⁰Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia do contraditório*, cit., p. 145.

conforme se extrai da clássica e sempre pertinente lição de **Niklas Luhmann** lançada na tese “*Legitimação pelo procedimento – Pensamento Político*”.¹¹¹

E essa participação envolve também (e principalmente) o juiz, reforçando-se seus poderes e deveres, de modo a oferecer ao longo de todo o procedimento e a cada um dos sujeitos do processo, oportunidades para “*participar pedindo, participar alegando e participar provando*”.¹¹² É importante afastar a ultrapassada concepção do processo civil do autor, uma vez que o contraditório somente será preservado na medida em que a igualdade e a oportunidade de participação entre os litigantes também o seja.¹¹³

No processo de recuperação judicial, com ainda maior razão, diante da necessidade de “composição” de interesses tão antagônicos em face da grande quantidade de sujeitos processuais (devedor, credores, Juiz, Ministério Público, administrador judicial e terceiros interessados).¹¹⁴

Aliás, não se pode desconsiderar, ainda que não formalmente inseridos na relação jurídica processual, a figura do próprio *Estado* (enquanto arrecadador de tributos), da *Empresa* (enquanto fonte geradora de riquezas organizada) e da *Sociedade* (enquanto destinatária final dos “lucros” e “prejuízos” da atividade econômica) no grupo dos sujeitos do processo de recuperação judicial, a partir de uma análise “macro” dos efeitos projetados por essa relação jurídica processual multifacetada à luz da função social da empresa (**itens 14 e 16**).

A ampla gama de pretensões apresentadas no processo de recuperação judicial demanda solução “sob medida” para cada crise apresentada ao Poder Judiciário. A própria existência de um maior número de sujeitos interessados no processo, demanda a necessidade de adaptação e revisitação do conceito de contraditório para o processo de recuperação judicial. Para solucionar isso, em conformidade com as premissas adotadas

---

¹¹¹LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político*, cit., p. 101. Em complementação a esse posicionamento, pertinente a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ao afirmar que: “Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 220).

¹¹²Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 221.

¹¹³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 232.

¹¹⁴Importante se faz analisar a recuperação judicial a partir das diferentes visões dos sujeitos do processo, conforme defende o autor português HENRIQUE VAZ DUARTE à luz do CPEREF, especialmente a visão do devedor (empresário), gestor judicial (administrador judicial), credores, magistrado e membro do Ministério Público. Cf. DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre recuperação e falência*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57-63.

neste trabalho, impõe-se a ampla aplicação do *princípio da fungibilidade das formas* no processo de recuperação judicial.

Como não poderia deixar de ser mencionado, a relação ora estabelecida entre o contraditório e a fungibilidade de meios no processo de recuperação judicial partiu da leitura atenta da já consagrada Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida com o brilhantismo por **José Roberto dos Santos Bedaque**, em 2005.¹¹⁵

A partir das conclusões a respeito da necessidade de flexibilização da técnica do processo, impõe-se uma análise menos formalista (aqui entendido o “formalismo” em sentido menos nobre do termo)¹¹⁶ das regras destinadas a regular a prática dos diversos atos processuais dos sujeitos do processo de recuperação judicial ao longo do seu procedimento.

Tal flexibilização impõe uma ampliação legítima e necessária do alcance hodiernamente atribuído ao princípio da fungibilidade, tal qual proposto por **Bedaque** em análise dos diversos procedimentos dispostos em nosso sistema processual em vigor.¹¹⁷ Logicamente, a referida flexibilização encontra limites claros de aplicabilidade determinados pelo princípio da legalidade, instrumentalidade das formas e pela máxima da

---

¹¹⁵Tese denominada “Efetividade do Processo e técnica processual: tentativa de compatibilização”. Publicada em forma de livro (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 112-113).

¹¹⁶Segundo a proveitosa lição exarada na obra de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: “Repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança, portanto, apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, a algum valor considerado importante” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 6). E complementa atribuindo o verdadeiro significado do termo: “Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantia das partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado” (ob. cit., p. 7). Esse fenômeno foi bem assinalado por JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (reprodução inalterada da 5. ed. De Leipzig de 1898). Além: Scientia Verlag, 1968. v. 2, t. 2, § 45. p. 470-471. No exaustivo estudo histórico que empreendeu sobre o formalismo em geral, depois de ressaltar a particular relação entre forma e liberdade (duas ideias fundamentais do direito romano) e de destacar que o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o reinado mais tirânico do rigor formal (cedendo sua severidade somente quando a liberdade passou a desaparecer), conclui essas considerações com a frase célebre que ainda hoje merece atenção: “A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade” (“*Die Form ist die geschworene Feindin des Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit*”).

¹¹⁷BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 119 e ss.

ausência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), insculpida em nosso sistema processual nos arts. 244 e 249, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.¹¹⁸

Corroborando a aplicabilidade desse raciocínio, quando o objeto do debate é a empresa em crise e a importância da sua preservação (CF, arts. 3º, inc. II e 170, incs. III e VIII e LRF, art. 47), qualquer limitação que imponha a sua liquidação como primeira alternativa deve ser evitada.¹¹⁹ Tudo isso com o objetivo de proteger os interesses sociais em benefício da comunidade, inclusive garantidos constitucionalmente e encarados como questão de dignidade da pessoa humana (decorrentes da função social da empresa).¹²⁰

A fungibilidade em questões relativas ao processo de recuperação judicial não pode ficar limitada apenas às hipóteses expressamente previstas em lei ou consagradas pela doutrina ou jurisprudência. Em realidade, deve ser alçada à categoria de princípio do sistema processual plenamente aplicável ao processo de recuperação judicial, tal qual o princípio da instrumentalidade das formas do qual é decorrente.¹²¹

Isso não quer dizer, contudo, que a fungibilidade deverá ser aplicada como regra no processo de recuperação judicial. Muito pelo contrário, pois a aplicação do princípio da fungibilidade dar-se-á somente com validade se estiver em consonância com o princípio da proporcionalidade, do contraditório e da função social da empresa.

---

¹¹⁸Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 2, p. 616-617.

¹¹⁹GHIDINI, Mario. *Lineamenti del diritto dell'impresa*. Milano: Giuffrè, 1978. p. 77. Em contraposição a essa ideia, vale a pena conferir com base na teoria de "Law & Economics": PAJARDI, Piero. *Radici e ideologie del fallimento*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 149. Significativo destaque pode ser atribuído ainda aos textos de autores como RICHARD POSNER, R. H. COASE, TULLIO ASCARELLI, DOUGLAS C. NORTH, GUIDO CALABRESI, MARIA ROSARIA FERRARESE, NATALINO IRTI e PIERO PAJARDI, uma vez que tais lições, especialmente, puderam ser adequadas à linha de raciocínio aqui proposta: a análise dos princípios e proposição de linhas mestras para a efetividade do processo falimentar e de recuperação de empresas. Cf. ASCARELLI, Tullio. Evolução e papel do direito comercial. In: _____. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: São Paulo, 1947; ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999; COASE, Ronald H. *The nature of the firm*, cit.; FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto, mercato ed efficienza: diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992; IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999; IRTI, Natalino. *Teoria generale del diritto e problema del mercato*. 4. ed. Roma: Laterza, 2003; NORTH, Douglass C. *The political economy of merchant empires*. New York: Cambridge University Press, 1991; POSNER, Richard. _____. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *The Chicago Working Paper Series Index*. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em 19.01.12; POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

¹²⁰Sobre a importância do postulado da dignidade da pessoa humana como núcleo da preservação da empresa e a aparente antinomia em relação à eficiência econômica, conferir: PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*, cit., p. 114-120.

¹²¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 115.

Em regra, não existe justificativa para a aplicabilidade do princípio da fungibilidade quando preclusa a faculdade de realização de um ato processual, por exemplo. A preclusão existe justamente para levar a “marcha processual adiante” e evitar a demora do processo em atenção ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, parágrafo 1º).¹²²

Tudo isso porque há normas fixando prazos para o exercício das faculdades, poderes e ônus pelos sujeitos do processo, sendo que a sua não observância implica necessariamente na sujeição da parte às consequências negativas de sua omissão. Exemplo claro disso no processo de recuperação judicial seria a não apresentação do plano de recuperação judicial no prazo previsto pelo art. 53 da Lei de Recuperação e Falências. Até mesmo porque a consequência de sua não apresentação é a decretação da falência (LRF, art. 73, inc. II).

Em realidade, mesmo aplicando-se em sua totalidade o princípio da fungibilidade ao caso exemplificado acima, ainda assim não encontraríamos argumentos para relevar o descumprimento da norma a respeito do tempo do ato, o que inviabiliza totalmente a abertura de nova possibilidade de exercício após seu esgotamento. Isso porque a fungibilidade não pode servir de instrumento apto a viabilizar o retorno de fases já superadas do procedimento.¹²³

Em compensação, e ao mesmo tempo, a plena aplicabilidade dos princípios do contraditório (participação) e fungibilidade das formas (flexibilização procedimental) permitiria a superação do rigor formal ao possibilitar que o juiz autorize a extensão de prazo para a realização de assembleia geral de credores, ainda que em detrimento do preclusivo prazo legal de cento e cinquenta (150) dias fixado para tanto (LRF, art. 56, parágrafo 1º).

Em realidade, a plena compatibilização de institutos ligados à técnica processual (tais como a “preclusão” que é utilizada como mecanismo de aceleração do processo), com as garantias constitucionais destinadas a assegurar a todos os sujeitos o pleno acesso à ordem jurídica justa (tais como o contraditório), dar-se-á somente quando não mais se permitir a interpretação exagerada das regras processuais, fato que compromete o próprio

---

¹²²CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-235; GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 74-75.

¹²³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual, cit., p. 143.

resultado pretendido.¹²⁴ Tudo isso porque deve-se levar em conta fundamentalmente os interesses em jogo no caso concreto: a empresa e a função social por ela desempenhada.

A obtenção da melhor e mais adequada tutela jurisdicional para a solução da crise da empresa deve ser o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional na recuperação judicial, em detrimento, inclusive, da formal e irrestrita aceitação de verdadeiros “dogmas”¹²⁵ como a preclusão temporal, segurança jurídica ou celeridade.

Isso nos leva a reconhecer até mesmo que, em caráter excepcional, caso o reconhecimento da preclusão viabilize a equivocada concessão da tutela jurisdicional a quem não tem direito, é dever do juiz resolver o problema por meio da adoção de solução inteligente e proporcional que restabeleça o fim último do processo de recuperação judicial: solucionar a crise da empresa, seja com a sua rápida e eficaz liquidação, seja com a sua preservação.

A razão de ser dos mecanismos preclusivos está ligada ao interesse público de conferir segurança, celeridade e efetividade ao processo.¹²⁶ No entanto, nem a segurança jurídica ou muito menos a celeridade detêm o condão de afastar o objetivo do processo que é a obtenção da tutela jurisdicional mais eficiente para a solução da crise instalada.

De tudo isso, conclui-se que somente com a participação real e envolvimento ativo de todos os sujeitos do processo alcançar-se-á o objetivo do processo de recuperação judicial. Para tanto, deverá o juiz e os demais sujeitos do processo aplicarem eficientemente seus esforços na prática de atos norteados pelos princípios da proporcionalidade e fungibilidade de formas, conforme será demonstrado nos itens a seguir.

---

¹²⁴Como esclarece NELSON ABRÃO sobre a Lei de Falências revogada “o princípio basilar em que se assentou nossa Lei de Falências foi o de disciplinar meios tendentes a acertar as situações à situação obrigacional entre devedor-credores, o que, até certo ponto se constitui em objetivo normal dos procedimentos concursais. Mas, exacerbou-se num processualismo tal que as tricas formais acabaram ofuscando a realidade econômica, de modo que o próprio fim precípua a que a lei se propõe – realização do direito dos credores – acaba frustrado” (ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, cit., p. 164-165).

¹²⁵Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relendo princípios e renunciando a dogmas. In: _____. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 129.

¹²⁶Tal qual sugerido por HEITOR VITOR MENDONÇA SICA: “A preclusão (em suas várias facetas) acabará naturalmente por revelar-se instituto que, a exemplo da coisa julgada, volta-se precipuamente a garantir celeridade processual e segurança jurídica às partes. Como esses não são os únicos valores dignos de proteção no sistema (também o é o valor da justiça das decisões), convém realmente que o tema seja revisitado, com vistas a adaptar sua interpretação de acordo com a garantia da efetividade do processo e da jurisdição que decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição da República” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 4).

Excelente exemplo prático da aplicabilidade dessa inovadora proposta pode se dar com a simples adoção do instituto da mediação na fase deliberatória do plano de recuperação judicial, fazendo com que o diálogo efetivo e aberto entre os sujeitos do processo (contraditório), seja utilizado como ferramenta fundamental de obtenção da solução mais eficiente para a crise da empresa.

8. MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Apesar de específico e rico em características próprias, para a correta análise do instituto, deve-se partir do pressuposto de que a recuperação judicial perfaz um *método de trabalho*¹²⁷ para a superação da crise econômica da empresa, constituído por uma relação jurídica processual *multifacetada* (itens 14 e 16) e procedimentos definidos em lei (ordinário e especial).¹²⁸

De acordo com a premissa adotada na presente tese, referido método visa alcançar objetivos de *interesse público* (função social da empresa), por meio de instrumentos capazes de garantir a obtenção de resultado idêntico àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais. Tudo isso da forma mais rápida, segura e efetiva possível à luz do princípio da economia processual.¹²⁹

Dentro desse contexto, a mediação, forma de solução de conflitos voltada à promoção da autonomia das partes, pode ser válida e eficazmente inserida no processo de recuperação judicial, notadamente quando processada pelo rito ordinário (LRF, art. 51 e ss.).

---

¹²⁷Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 23 e ss.

¹²⁸A Lei de Recuperação e Falências disponibiliza para a recuperação judicial dois tipos de procedimentos. O Procedimento ordinário (foco de estudos principal do presente trabalho) foi originalmente concebido para ser utilizado por médias e grandes empresas (muito embora não impeça que uma micro ou pequena empresa o utilize) e é definido de acordo com as normas dos artigos 51 e seguintes. Disponibiliza ainda outro procedimento mais sumarizado para as micro e pequenas empresas, conforme dispõe o artigo 70 e ss. da lei concursal. Não obstante a divergência acerca do conceito de micro e pequenas empresas no Brasil, certo é que a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, enquadra como micro empresa aquela com receita bruta anual de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e empresas de pequeno porte aquelas que detêm receita bruta anual entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). Sobre as discussões acerca do conceito de micro-empresa, bem como o estudo empírico das micro e pequenas empresas perante a Lei de Recuperação e Falências, vale a pena conferir: ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. *As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção*. Breve estudo sobre a indústria calçadista, cit., p. 22-24.

¹²⁹COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980. v. 1, p. 31 e ss.

O principal objetivo a ser perseguido dentro desse contexto é o oferecimento de uma real oportunidade para os sujeitos do processo se comporem por meio do emprego de técnicas adequadas de abordagem dos multifacetados conflitos inerentes ao processo de recuperação judicial. Embora não haja lei específica sobre a matéria no ordenamento jurídico brasileiro, sua ampla implementação encontra fundamento legal nas normas processuais referentes à conciliação, visto que ambas pertencem ao gênero comum dos meios de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro imparcial auxilia as partes na obtenção de uma solução consensual.¹³⁰

O quadro que ora se propõe envolvendo alterações no processo de recuperação judicial (especialmente em sua “fase deliberativa”)¹³¹ aponta para uma nova forma de prestação jurisdicional relacionada diretamente ao papel desenvolvido pelo juiz na condução do processo (itens 15 e 17). Diante da enorme gama de novos e desafiadores conflitos que demandam a prestação efetiva da tutela jurisdicional, não se concebe mais o desempenho do papel do juiz fundado na “qualidade” de intérprete fiel da lei para supostamente assegurar a garantia da igualdade entre as partes.¹³²

---

¹³⁰Cf. KOMATSU, Roque. *Tentativa de conciliação no processo civil*. 1978. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978. p. 85-86; GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 76.

¹³¹Apesar da existência de posições contrárias, certo é que o procedimento ordinário da ação de recuperação judicial pode ser claramente dividido em *três fases distintas: fase postulatória* (período compreendido entre a distribuição da petição inicial e a prolação da decisão interlocutória que determina o seu processamento – LRF, arts. 51 e 52); *fase deliberativa* (momento destinado à deliberação do plano de recuperação apresentado até a eventual prolação da sentença de concessão da recuperação judicial – LRF, art. 58) e *fase executiva/cumprimento* (por meio da qual é realizado o acompanhamento do cumprimento do plano de recuperação aprovado até a prolação da sentença de encerramento do processo – LRF, art. 63). Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 144. Dentro desse contexto, RICARDO NEGRÃO apresenta critério de classificação similar, embora com pequenas diferenciações terminológicas e de termo das fases: “(a) fase de pedido e processamento (arts. 51-52); (b) fase do plano (arts. 53-54); (c) fase de procedimento (arts. 55-69)” (NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205). Sobre outras formas de classificação minoritárias: Cf. DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p. 111 e ss..

¹³²Cf. CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione: rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Foro Italiano*, Parte Quinta. p. 1 e ss, 1999; COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice, cit., v. 1, p. 479; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

À medida que a sociedade evolui e surgem novos conflitos que exigem imediatas respostas pelo Poder Judiciário, o papel do juiz e sua função na interpretação e aplicação do direito merecem uma significativa releitura.¹³³

A referida revisitação do tema pode ser guiada pela promissora iniciativa de desenvolvimento de um “modelo de gerenciamento do processo” levada a cabo pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ,¹³⁴ a qual restou integralmente adotada pelo Provimento n. 953/05 editado pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹³⁵

Tendo por inspiração o “Modelo de Stuttgart” disposto no código de processo civil alemão de 1877 (o qual influenciou decisivamente o processo civil brasileiro por meio da instituição da audiência preliminar delineada no artigo 331 do Código de Processo Civil)¹³⁶ e o “Case Management” norte-americano,¹³⁷ o “modelo de gerenciamento de processos” do

---

¹³³NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium. 2006. p. 56; FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 809-820.

¹³⁴Cf. DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 81; WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: SEMINÁRIO MEDIAÇÃO: UMA PROPOSTA INOVADORA. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001. p. 42-50. (Série cadernos do CEJ, v. 22). Sobre o CEBEPEJ e seus profícuos e inovadores objetivos, vale apenas conferir: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 32-34.

¹³⁵Provimento n. 953/05 datado de 7 de julho de 2005 que “autoriza e disciplina a criação, instalação e funcionamento do ‘Setor de Conciliação ou Mediação’ nas Comarcas e Foros do Estado”.

¹³⁶Instituto cada vez mais prioritário no sistema judicial brasileiro, conforme se denota das discussões do Projeto de Lei n. 166/2010 do Senado Federal, que privilegiam, institucionalizam e flexibilizam cada vez mais o instituto da mediação no processo civil brasileiro. Nesse sentido, vide redação inserta na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal (Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009): “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intensa se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda que antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para contestação” (COMISSÃO de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. p. 29-30). Nesse sentido, vale a pena conferir a redação programática do art. 135 do Anteprojeto: “Art. 135. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. §1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. §2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.

¹³⁷FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.Trad.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-34; GALANTER, Marc; PALEN, Frank S.; THOMAS, John M. The crusading judge: judicial activism in trial courts. *Southern California Law Review*, v. 52, p. 699-741, 1978-1979.

CEBEPEJ restou calcado em duas vertentes principais,¹³⁸ notadamente (i) a condução mais ativa do processo pelo juiz e (ii) a utilização efetiva de meios alternativos de solução de conflitos.¹³⁹

Para o contexto do presente trabalho, ambos os postulados representam ferramentas ideais na busca da efetividade no processo de recuperação judicial. Nesse momento, merece destaque a proposta de introdução de sessões de mediação nas fases do *processamento* e do *plano* na recuperação judicial, tendo em vista que a defesa de postura mais **ativa** pelo magistrado será detidamente realizada posteriormente (**itens 15 e 17**).

A ideia da introdução do instituto da mediação na recuperação judicial surgiu a partir da análise empírica do dia a dia forense na qualidade de advogado de empresas em recuperação judicial ou credores, bem como no desempenho do *munus* de administrador judicial perante a Primeira (1ª) e Segunda (2ª) Varas de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central de São Paulo. No entanto, o passo preponderante para a tomada de posição definitiva a respeito foi adotado por ocasião da 19ª Reunião de Debates do Instituto Brasileiro de Estudo de Recuperação de Empresas - IBR realizada em fevereiro de 2011 e com relatoria de **Francisco Satiro de Souza Júnior**.

A partir dessas considerações, não restam dúvidas que além da ativa condução do processo pelo juiz, a grande ferramenta que possibilitaria a implantação de um efetivo *diálogo* entre os sujeitos do processo (norteados pelo princípio do contraditório) dar-se-ia por meio da estruturação de mecanismos auxiliares de composição dos litígios, com significativa maximização do prazo necessário à solução do conflito (princípio da duração razoável do processo), grande estímulo da participação de todos os sujeitos do processo (princípio do contraditório) e à promoção da pacificação como escopo social do processo.¹⁴⁰

Para tanto, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, estaria o juiz autorizado a delimitar oportunidades de sessões de mediação na fase mais significativa do processo de recuperação judicial, qual seja, a fase deliberatória, tão logo seja deferido o processamento do pedido (LRF, art. 52). Tudo isso com vistas à obtenção da tão almejada comunhão de interesses (**item 14**).

---

¹³⁸Cf. DEMARCHI, Juliana. Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro, cit., p. 91.

¹³⁹Conforme proposta inserta nas linhas de pesquisa do presente trabalho e do Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (**item 1**).

¹⁴⁰Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 131.

De mais a mais, tal possibilidade já é amplamente franqueada ao juiz e sustentada pelos princípios do devido processo legal, contraditório, fungibilidade de meios e preservação da empresa (LRF, art. 47).

Como cediço, o plano de recuperação representa a verdadeira “alma” do processo de recuperação. Portanto, impõe-se que a sua discussão (com vistas à deliberação de acordo com o regime de comunhão de interesses) seja realizada com maior maturidade possível e, principalmente, propiciando meios para a extração da mais objetiva análise da viabilidade econômica do plano de recuperação e da empresa em si (**item 10**).

Para tanto, deve-se fomentar a instituição de medidas de reequilíbrio na análise do plano de recuperação, de modo que os sujeitos do processo sejam colocados em contato com os detalhes e fundamentos fáticos e econômicos do plano de recuperação muito antes da sua apresentação em juízo no exíguo prazo legal estipulado pelo art. 53 da Lei de Recuperação e Falências (“*60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial*”).

Para que o objetivo da composição seja alcançado, toda a carga de informação compartilhada deve ser coordenada por um profissional especializado na solução de conflitos (conciliador, mediador e árbitro) por meio da combinação das diferentes técnicas empregadas nesses métodos (conciliação, mediação e arbitragem).

Isso porque o atendimento de pessoas em conflito sem a consciência dos valores próprios desses indivíduos, pode levar o terceiro a equivocadamente “compreender” o conflito com base em seus próprios valores e paradigmas. Há diferentes versões para um mesmo fato, dependendo da relevância que cada pessoa atribui aos seus diferentes aspectos.¹⁴¹ Dentro dessa perspectiva, o conflito pode ser visto como uma oportunidade para a reflexão sobre a relação jurídica da qual se originou, estabelecendo-se, a partir da mediação, uma nova “relação” entre os envolvidos.

É exatamente isso que se propõe na recuperação judicial por meio da novação das obrigações originalmente estabelecidas entre as partes. Entende-se que o meio ideal de resolução do multifacetado conflito estabelecido na recuperação judicial é a mediação, justamente por fomentar a retomada de efetivo diálogo entre as partes e o estímulo à autodeterminação. O mediador atuará como facilitador do diálogo. Tudo isso para que os

---

¹⁴¹ Cf. FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: LTr, 2004. p.146-147.

sujeitos do processo possam expor suas dificuldades em um ambiente sigiloso e imparcial e, por isso, confiável.¹⁴²

O objetivo maior da mediação é a condução das partes a um estado de cooperação tal que propicie a efetiva negociação. Exatamente tudo aquilo que se espera de um contemporâneo processo de recuperação judicial, por meio do qual todos os sujeitos do processo compartilhem a tomada de decisões e, por si só, decidam seus rumos com base no regime da comunhão de interesses (**item 14**).

Em realidade, deve-se alterar a pernóstica relação de força hodiernamente estabelecida na recuperação judicial, por meio do qual o devedor controla o ritmo do processo, sendo que somente alguns “jogadores” detêm a possibilidade de movimento a partir das regras pré-estabelecidas pelo “jogo” (diante dos privilégios legais ou força econômica de seu crédito).¹⁴³

Como as questões objetivas em debate costumam suscitar o resgate de questões de ordem subjetiva relativas ao “relacionamento” estabelecido entre as partes, cabe ao mediador tão somente estimulá-los a refletirem sobre as possibilidades de acordo e a formularem propostas (por eles mesmos e de acordo com os seus próprios interesses),

---

¹⁴²VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999. p. 113-120.

¹⁴³Apenas para ilustrar essa situação, diante dos conhecidos privilégios atribuídos aos credores com garantia, especialmente Instituições Financeiras, a Lei de Recuperação e Falências passou a receber a alcunha de “Lei Febrabam”. Nesse sentido anota MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO: “De 1993 até mais ou menos o ano 2000, o projeto trazia uma série de proposições que demonstravam preocupação efetiva com a situação da sociedade empresária, com institutos que teriam, talvez, condições de propiciar recuperação. A partir de 2000/2001, as pressões que passaram a se fazer cada vez mais presentes na elaboração da lei trouxeram a alteração de rumo que levou a uma verdadeira mudança do ponto de vista filosófico, de tal forma que o texto foi cada vez mais se distanciando das metas originais. Tanto que no meio jurídico passou-se a comentar, de forma jocosa certamente, que a Lei não seria mais “Lei de Recuperação de Empresas” e sim “Lei de Recuperação do Crédito Bancário”, ou ainda “Lei Febrabam”. Ocorreu que, nessa ocasião, o The World Bank encarregou diversos funcionários seus, de alta graduação, de distribuir nos meios acadêmicos nacionais o livreto *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, no qual trazia exatamente 35 “princípios e diretrizes para a eficácia dos procedimentos falimentares e de cobrança de dívidas”. E conclui: “A ideia foi encampada – como não poderia deixar de ser – pelas instituições bancárias sediadas no País, bem como pelo Banco Central do Brasil, que conseguiu, dessa forma, introduzir no projeto as diversas reformas que afastaram da filosofia original que o norteava” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*, cit., p. 47-48). No mesmo sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da Lei de Falências: “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”, cit., p. 128. Para conferir na íntegra: WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 122, p. 75-167, abr./jun. 2001.

estimulando a reflexão e a construção de um ambiente de colaboração em torno do plano de recuperação.¹⁴⁴

Isso não quer dizer que a conciliação ou arbitragem não possam ser utilizadas como instrumento da recuperação judicial.¹⁴⁵

Ocorre que a conciliação, por características próprias, impõe que o conciliador objetive o acordo entre as partes por meio de uma atuação convergente e criativa, cabendo a ele destacar os pontos comuns apresentados pelas partes e efetivamente contribuir para o atingimento do acordo.¹⁴⁶

Em tese, esse comportamento propositivo do conciliador pode gerar mais efeitos negativos do que positivos em uma recuperação judicial, na medida em que a simples suspeita de conduta “parcial” do conciliador poderá gerar desconfiças de grupo ou grupos de credores (no mais das vezes com pretensões antagônicas), minando todo o esforço de diálogo e convergência empreendido. Talvez seja por isso que se arrisque a afirmar que a figura equidistante do “mediador” possa ser mais adequada, ao menos em tese, do que a criativa e ativa atuação do “conciliador” no processo de recuperação judicial **(item 16)**.

A arbitragem, por sua vez, encontra maior aplicação nos conflitos em que aspectos técnicos específicos da questão objetiva controversa se sobreponham a eventuais aspectos subjetivos que envolvam as partes. Tudo isso quando as relações jurídicas estabelecidas entre as partes atinjam grau tamanho de beligerância que impossibilitem tentativas de negociação. Nesses casos, adequada a opção pela solução por um terceiro (ou terceiros) especialista na matéria.¹⁴⁷

Ainda assim, apesar da opção pela mediação em detrimento da arbitragem para o atingimento do denominado “reequilíbrio da relação de forças” da recuperação judicial (especialmente na fase de apresentação e discussão do plano de recuperação judicial), certo

---

¹⁴⁴VEZZULA, Juan Carlos. Mediação: teoria e prática e guia para utilizadores e profissionais. Edição conjunta. Lisboa: Agora Publicações, 2003. p. 24-25; DEMARCHI, Juliana. Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro, cit., p. 100.

¹⁴⁵Sobre a aplicabilidade da arbitragem na recuperação judicial **(item 10)**.

¹⁴⁶ALTAMIRO MARIN, Ignácio. El conciliador y la funcion conciliatória. *Estudios Juridicos*, Vera Cruz, n. 2, p. 165-172, 1995.

¹⁴⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 55-57; AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002. v. 1, p. 45; CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 81-89, 1997.

é que a arbitragem, diante da sua natureza contratual,¹⁴⁸ encontra grande espaço de aplicação e utilização na recuperação judicial, tal qual será pormenorizadamente explicitado no item 10 do presente trabalho.

Diante do exposto, certo é que a mediação surge como forma de tentativa de composição facilitada por uma terceira pessoa imparcial. Por meio da retomada do diálogo produtivo entre as partes, estimulando a negociação do plano de recuperação, o mediador, em ambiente sigiloso, desempenha papel não decisório centrado na reconstrução da comunicação entre as partes, sendo elas próprias responsáveis pela obtenção de eventual acordo.¹⁴⁹

Levando em consideração (i) as emoções e pretensões das partes em conflito, (ii) as dificuldades de comunicação existentes e (iii) a necessidade de equilíbrio e respeito entre os interlocutores, as sessões de mediação devem ser reguladas por regras que garantam o sigilo dos debates travados. Sigilo esse que compreende o mediador e as partes.¹⁵⁰

Recomendável, inclusive, que o mediador não comente fatos e propostas de que teve conhecimento pela sessão de mediação com qualquer pessoa, inclusive com o juiz da causa. Tudo isso porque as tratativas mantidas em sede de mediação detêm a finalidade específica de propiciar a negociação de um acordo, não repercutindo nos elementos de convicção do julgador.¹⁵¹

A confidencialidade é destacada como característica que garanta a segurança e credibilidade do procedimento. O sigilo funciona como fator de confiança, haja vista que as partes e mediador se comprometem a resguardar o que for dito somente às sessões de mediação. Por conta disso, diferente do que ocorre com a efetiva deliberação do plano de recuperação em assembleia geral de credores por meio da elaboração de ata das discussões travadas, não se admite a produção de documentação ou redução a termo das atividades desenvolvidas nas sessões de mediação. Até mesmo porque, na mediação não há a intenção

---

¹⁴⁸ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35 e ss. No entanto, importante se faz ressaltar que a natureza contratual da arbitragem, decorrente da convenção de arbitragem, em nada se afasta do princípio da natureza jurisdicional da arbitragem. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Arbitragem. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7-18; CARMONA, Carlos Alberto. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96, cit.

¹⁴⁹ DEMARCHI, Juliana. Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro, cit., p. 110-111.

¹⁵⁰ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998. p. 28-30.

¹⁵¹ DEMARCHI, Juliana. Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro, cit., p. 148.

de convencer um terceiro com autoridade decisória, mas apenas e tão somente promover a aproximação, troca de informações e o entendimento entre as partes.¹⁵²

À luz dessas premissas e ainda considerando a existência de diferentes modelos, técnicas e escolas de mediação, para o escopo do presente trabalho, entende-se que o modelo de mediação propugnado pela **Faculdade de Direito de Harvard**¹⁵³ revela-se adequado para o tratamento destinado ao processo de recuperação judicial.

Isso porque o principal objetivo da mediação, segundo esse modelo, é encontrar uma solução satisfatória (mesmo que não ideal) para o problema existente a partir da colaboração das partes e da integração de seus interesses. O modelo de mediação de **Harvard**, dentre outras técnicas, funda-se no princípio do *interested-based*, por meio do qual a solução do problema passa necessariamente pela busca da obtenção de um acordo fundado nos interesses, motivações e critérios próprios das partes.¹⁵⁴ Tudo isso de modo que o conflito existente não se imponha a qualquer custo (ou ainda coercitivamente), respeitando-se a autonomia das partes e sua autodeterminação na formação do livre consentimento.¹⁵⁵

Ou seja, tais medidas poderão/deverão ser instituídas pelo juiz, tanto na fase do processamento da recuperação judicial quanto na fase de discussão com vistas à deliberação do plano. E para tanto não seria necessária qualquer alteração legislativa (muito embora cabível e até recomendável), à luz da autorização dada pela melhor interpretação dos princípios da *fungibilidade de meios, contraditório e preservação da empresa*.

A fim de que o mediador desempenhe suas funções satisfatoriamente, qualidades como (i) sensibilidade no trato com as pessoas, (ii) vocação para a promoção da

---

¹⁵²MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*, cit., p. 174-175; LEE, Jaime Alison; GIESLER, Carl. Confidentiality in mediation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 3, p. 285-297, 1998.

¹⁵³GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph (Eds.). *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 33-42; URY, William; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. New York: Jossey-Bass, 1988.

¹⁵⁴ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 128; GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph (Eds.). *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*, cit., p. 303.

¹⁵⁵Dentro desse modelo da escola americana, o mediador auxilia as partes a entenderem suas posições e a descobrirem seus reais interesses, estimulando-as a propor soluções criativas por elas próprias, sem a sugestão ou recomendação de possíveis acordos e sem expressar sua convicção pessoal sobre possíveis resultados do caso. Cf. DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*, cit., p. 113-115. Cf. ainda: GROSMAN, Claudia F.; MANDELBAUM, Helena G. (Org). *Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 123 e ss.

comunicação eficiente e (iii) capacitação técnica específica em ambiente de negociação e de condução de processo de mediação, figuram como requisitos indispensáveis.¹⁵⁶

Além de conduta ética irrepreensível, deverá o mediador agir com independência, nos termos da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).¹⁵⁷ Independência essa conduzida de forma a atender a vontade das partes quanto à instalação e prosseguimento dos trabalhos nas sessões de mediação e, ao mesmo tempo, capaz de interromper os trabalhos quando identificado fator que obstaculize seu prosseguimento, tais como a ausência de boa-fé das partes ou mero intuito protelatório.¹⁵⁸

Dentro desse contexto, o sujeito do processo que melhor pode desempenhar essa função equidistante no processo de recuperação judicial é o administrador judicial (pessoalmente ou por meio de pessoa física ou jurídica por ele contratada nos termos do art. 22, inc. I, alínea “h” da Lei de Recuperação e Falências). Tudo isso, logicamente, desde que devidamente aprovado pelo juiz da recuperação (após a devida consulta a todos os demais sujeitos do processo) por meio da análise da capacidade técnica para o desempenho eficiente da função, bem como da capacidade financeira da empresa e credores para assunção de mais esse ônus financeiro.

---

¹⁵⁶SLAIKEU, Karl A. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Tradução do Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 68.

¹⁵⁷Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais de acordo com a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, arts. 12 c/c art. 1º (Anexo I): “Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. §1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; §2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada; §3º. Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente; §4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles; §5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável; §6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

¹⁵⁸Cf. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Mediação - Código de Ética dos Mediadores*. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr; Centro Latino de Mediação e Arbitragem, 1999. p. 195-198.

E isso se justifica na medida em que inexistente representação pelo administrador judicial de qualquer das partes envolvidas no processo. O administrador judicial é órgão do procedimento concursal ou do juízo.¹⁵⁹

Como se isso não bastasse, o papel do administrador judicial na administração da recuperação judicial é de grande relevância, pois cabe a ele informar e esclarecer o juiz sobre os fatos em que se baseiam as pretensões dos credores (como a de qualquer interessado), além da investigação completa acerca das atividades do devedor.

Em realidade, o administrador judicial é responsável pela promoção do regular desenvolvimento do processo de recuperação judicial a que as partes se submetem, permanecendo equidistante às disputas entre elas e servindo primacialmente aos interesses da obtenção da mais adequada e tempestiva outorga da tutela jurisdicional para a solução da crise da empresa (seja por meio da recuperação, seja por meio da sua rápida e eficaz liquidação).

Tendo em vista que a administração concursal não deve atuar apenas no sentido processual (tal qual o próprio processo de recuperação judicial), deve-se reconhecer legitimação negocial em favor do administrador judicial, inclusive em eventuais sessões de mediação autorizadas pelo procedimento definido pelo Juiz, aspecto esse primordial nos modernos procedimentos de recuperação da empresa, na medida em que possibilita a sua atuação no sentido de fazer valer o princípio da *eficiência processual e econômica*.¹⁶⁰

Portanto, conforme já analisado anteriormente (**item 7**), nada impediria que em detrimento do prazo legal estipulado para apresentação do plano de recuperação (LRF, art. 53), os sujeitos do processo fossem colocados em contato com o projeto de plano de recuperação logo após a distribuição do pedido (LRF, arts. 51 e 52). Ou, ainda, que referido prazo de apresentação do plano de recuperação pudesse ser prorrogado, a critério do juiz e de acordo com o princípio da proporcionalidade, desde que fossem demonstradas a efetiva implementação de medidas de prévia formatação do plano de recuperação entre a empresa em recuperação e os demais interessados (tais como a realização de reuniões

---

¹⁵⁹Sob o aspecto exclusivamente processual, o conceito de órgão é contraposto ao de parte: “*partes são os sujeitos ou pessoas interessadas no feito (na falência, o devedor e os credores), enquanto que os órgãos (pessoas físicas para isso predeterminadas) constituem os instrumentos mediante os quais o processo opera e se desenvolve*” (Cf. PROVINCIALI, RENZO. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1969, vol. I, p. 583).

¹⁶⁰NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*, cit., p. 125-129; PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*, cit., p. 119.

prévias individuais (*caucus*), sessões de mediação ou abertura de informações por meio do sistema de “data room”).¹⁶¹

9. GOVERNANÇA CORPORATIVA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

A partir do pressuposto da necessidade de fomento do diálogo efetivo entre os sujeitos do processo recuperacional (norteados pelo princípio do contraditório e fungibilidade de meios), bem como a proposta de implementação do produtivo instituto da mediação na recuperação judicial, acreditamos que a adoção de medidas de *governança corporativa* no processo de superação da crise econômico-financeira da empresa facilitará a obtenção da tão desejada *comunhão de interesses* (item 14).

O acesso a informações confiáveis e acessíveis servirá para nortear a conduta e as decisões levadas a cabo por todos os sujeitos do processo de recuperação judicial (dentro ou fora dele). Isso porque somente de posse de informações amplas sobre a gestão e situação econômico-financeira da empresa, bem como valendo-se de um foro coletivo prévio de debate e deliberação, poderão os sujeitos do processo efetivamente dispor de meios aptos à tomada da decisão que se mostrar mais adequada para o caso concreto.

---

¹⁶¹ Nesse sentido, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR chegou a defender por ocasião dos debates havidos na 19ª Reunião de debates do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação - IBR, a implementação de procedimento por meio do qual o prazo de apresentação e análise do plano de recuperação judicial seja estendido, em detrimento do prazo legal estipulado pelo artigo 53 da Lei de Recuperação e Falências. Tudo isso para propiciar a realização de ao menos três (3) reuniões prévias à efetiva submissão do plano de recuperação para deliberação em assembleia geral de credores. Por meio da Primeira Reunião, seriam disponibilizadas em prazo não superior a trinta (30) dias, informações econômicas e financeiras detalhadas da empresa em recuperação por meio de sistema “data room”. Ulteriormente, em uma Segunda Reunião, a empresa em recuperação apresentaria as “premissas” de seu plano de recuperação, oportunizando a manifestação e apresentação de sugestão pelos credores e demais interessados. Finalizada mais essa etapa, em prazo não superior a sessenta (60) dias, designar-se-ia nova e Terceira Reunião (após a efetiva entrega e apresentação do plano de recuperação em juízo), propiciando a convocação de assembleia geral de credores para a efetiva deliberação pelos grupos de credores. A ideia é tão interessante que por meio dessas reuniões, poder-se-ia até mesmo obter *quorum* de aprovação do plano de recuperação antes mesmo da realização da assembleia geral de credores. Caso isso seja possível, aprovar-se-ia o plano sem a necessidade de realização da custosa e desgastante assembleia geral de credores, nos termos do art. 58. Caso não se obtenha tal *quorum*, poder-se-ia então designar referida Assembleia, por meio da qual aos credores seria propiciada a oportunidade de apresentar propostas, as quais poderão (ou não) serem aceitas pelo devedor. Caso aceitas, aprova-se o plano e defere-se a recuperação. Por outro lado, na hipótese de rejeição, desde que inexistentes novas alternativas apresentadas por qualquer das partes (credores ou devedor), impõe-se a decretação da falência da empresa, oportunidade na qual, já reunidos em assembleia, poderiam credores e devedor determinar a mais eficiente forma de liquidação da empresa, nos termos do art. 145 da Lei de Recuperação e Falência. Até mesmo porque se deve ter a consciência de que a falência não pressupõe a eliminação da empresa ou de seus meios de produção, os quais poderão ser transferidos para as mãos de outro empresário que preservará e maximizará os entes produtivos, tornando a falência da empresa mais um dos meios de recuperação exemplificados no art. 50 da Lei de Recuperação e Falências.

Pelo fato de a Lei de Recuperação e Falências não ter disciplinado especificamente a matéria, cabe ao intérprete, a partir dos princípios e normas já disponibilizados pelo sistema legal brasileiro, suprir as eventuais lacunas deixadas com vistas à obtenção da efetiva tutela jurisdicional no processo de recuperação judicial.¹⁶²

Dentro desse contexto é que se relaciona a temática da efetividade do processo de recuperação judicial e a desejada capacidade de produzir resultados práticos aptos a alterar substancialmente a vida dos sujeitos do processo.¹⁶³ Caso contrário, o processo servirá apenas como palco de uma triste encenação de peça teatral, na qual somente os atores principais (empresa e devedor) detenham previamente o prognóstico de morte anunciada (apesar de indesejada).¹⁶⁴

A denominada “*nova disciplina jurídica das empresas em crise*” tem tudo a ver, portanto, com a aproximação estabelecida entre Direito e Economia, principalmente quando se questiona a necessidade de preservação ou eliminação de empresa inserida no mercado.¹⁶⁵

Mostra-se necessário afastar uma prejudicial e indesejada visão exclusivamente processualista do tema ora em análise, uma vez que não corresponde à demanda da sociedade brasileira contemporânea, muito menos do próprio direito processual civil: *um*

---

¹⁶²A fiscalização das atividades do devedor em recuperação judicial e a oportunidade de participação de todos os sujeitos do processo nesse sentido foi disciplina pela Lei de Recuperação e Falências em diversas passagens, entre elas, destaca-se: LRF, art. 22, inc. I, alínea “d” (“exigir dos credores, do devedor ou de seus administradores quaisquer informações”); LRF, art. 22, inc. II, alínea “a” (“fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação”); LRF, art. 22, inc. II, alínea “c” (“apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor”); LRF, art. 22, inc. II, alínea “d” (“apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei”); LRF, art. 27, inc. I, alínea “a” (“fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial”); LRF, art. 27, inc. I, alínea “b” (“zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei”); LRF, art. 27, inc. II, alínea “a” (“fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 [trinta] dias, relatório da sua situação”); LRF, art. 27, inc. II, alínea “b” (“fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial”); LRF, art. 64, *caput* (“durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador, salvo se qualquer deles”). Tudo isso sem mencionar os demais dispositivos legais que atribuem aos sujeitos do processo a possibilidade de alteração do poder de controle da empresa em recuperação, tais quais o art. 22, inc. II, alínea “b”; art. 27, inc. II, alínea “c”; art. 31; art. 35, inc. I, alíneas “a”, “b”, “d”, “e”, “f”; art. 52, inc. IV; art. 64, parágrafo único; arts. 65-66; art. 73.

¹⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 334; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 29.

¹⁶⁴Daí falar-se atualmente em processo civil de resultados. Vejamos a manifestação da nossa mais abalizada doutrina: “Sentenças, decisões, comandos e remédios ditos *heróicos* concedidos por juízes e tribunais não passariam de puras *balelas*, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Efetividade do processo e os poderes do juiz. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. t. 1, p. 592).

¹⁶⁵Cf. PAJARDI, Piero. *Radici e ideologie del fallimento*, cit., p. 149.

*processo de recuperação judicial voltado a resultados práticos de preservação da empresa, salvaguarda dos direitos dos credores, trabalhadores e, principalmente, eficiente.*¹⁶⁶

Esse processo deve se mostrar apto a permitir a adoção coletiva de medidas para a superação da crise da empresa ou, ainda, viabilizar a sua rápida e eficiente liquidação em prazo razoável, de modo que a tutela jurisdicional ao final concedida não se torne *utópica*. Tudo isso em homenagem ao princípio da razoável duração do processo.¹⁶⁷

No caso específico em análise, para que os propósitos da recuperação judicial sejam alcançados, é preciso que sua aplicação se dê de modo a preservar empresas viáveis e liquidar as inviáveis.

Sob qualquer ponto de vista, não se mostra desejável que uma empresa economicamente inviável obtenha o deferimento de recuperação judicial somente por meio da instituição de estratégia oportunista pelo devedor para aprovação de seu “plano de recuperação”. Do mesmo modo, socialmente danosa é a decisão que determina a falência de uma empresa viável e que desempenhe função social relevante. É justamente esse contrassenso que os princípios constitucionais do processo de recuperação desejam evitar.

O êxito do processo de recuperação judicial da empresa depende de muitos fatores, mas fundamentalmente de um **trinômio** caracterizado pela (i) viabilidade econômica, (ii) importância social do ente produtivo e (iii) observância dos princípios constitucionais (especialmente o devido processo legal e a isonomia por congregarem os demais, tal qual defendido no presente estudo).

É determinado, portanto, por questões econômicas e de mercado, em detrimento da mera observância de regras materiais e processuais dispostas no ordenamento jurídico. Importa a preservação do regime de comunhão de interesses e a aprovação de plano de recuperação dotado de viabilidade econômica (verdadeira “alma” do instituto da recuperação), mediante apresentação de planos de negócios e operações muito bem

---

¹⁶⁶FERRI, Corrado. Fini pubblici e interessi privati nelle procedure concorsuali (note comparatistiche). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 46, n. 4, p. 1041-1056, ott./dic. 1991; BUTTWIL, Klas; WIHLBORG, Clas. The efficiency of the bankruptcy process: an international comparison. Disponível em: <<http://swopec.hhs.se/ratioi/abs/ratioi0065.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2012; NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*, cit., p. 126.

¹⁶⁷BIELSA, Rafael; GRANÃ, Eduardo. El tempo y el proceso. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v. 55, p. 189-190, 1994; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas, cit., p. 259-260.

discriminadas (LRF, art. 50), a fim de possibilitar a salvação da empresa em face da importância para a comunidade onde atua.

Para que cumpra esse desiderato, em plena observância às regras de economia e de processo, impõe-se a criação de um livre, acessível e produtivo fluxo de informações entre os sujeitos do processo da recuperação judicial dentro do procedimento, a fim de que a determinação da viabilidade de empresa seja obtida a partir de critérios objetivos de formação de preço no mercado.¹⁶⁸

Somente de posse de informações relativas à gestão e situação econômico-financeira da empresa (de difícil acesso em momento anterior à crise) e valendo-se de um foro coletivo isonômico de deliberação, poderão os denominados *stakeholders* (assim denominados cada grupo de titulares organizados pela empresa),¹⁶⁹ chegar a uma solução quanto ao modo eficiente de superação da crise da empresa ou determinação de sua eficiente liquidação.¹⁷⁰

Na grande maioria das vezes, a determinação da viabilidade da empresa depende da resultante do conflito de interesses entre os diversos credores e o devedor. Não foi por outro motivo que um grupo de estudiosos nos Estados Unidos, ao se debruçar sobre o tema, chegou a sugerir radical e artificial modelo normativo cujo propósito seria fazer com que a determinação quanto à viabilidade econômico-financeira da empresa dispensasse o tortuoso e imprevisível processo de negociação entre os credores.¹⁷¹

Em realidade, não se pode desconsiderar que cada grupo de titulares de interesses (*stakeholders*) provavelmente adotará uma visão autointeressada diante da crise da empresa. Esse conflito é inevitável, principalmente quando se verifica empiricamente que quanto mais hierarquicamente superior for o privilégio do crédito de determinados

---

¹⁶⁸ROE, Mark. Bankruptcy and debt: A new model for corporate reorganization. *Columbia Law Review*, v. 83, p. 90-99, 1983.

¹⁶⁹LUCON, Marcelo. *O papel dos stakeholders na governança corporativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 25-28.

¹⁷⁰KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p. 21.

¹⁷¹ADLER, Barry E. Financial and political theories of american corporate bankruptcy. *Stanford Law Review*, v. 45, p. 153, 1993. O problema principal desse modelo, além de configurar “ficção”, é que pretendia lidar com a questão do conflito de interesses afastando-o por completo, o que se mostra impossível, na medida em que desconsidera a autonomia de vontade dos credores conforme expõe com o brilhantismo que lhe pertinente DEBORAH KIRSCHBAUM (Cf. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 26-27).

credores em relação aos demais, maior será a tendência de optar pela liquidação da empresa, em detrimento da recuperação.¹⁷²

Do mesmo modo, quanto menor for a prioridade de recebimento do crédito, maior a tendência de opção desse credor pela continuidade da empresa por meio do deferimento da recuperação.¹⁷³

---

¹⁷²É o que costuma acontecer com os credores com privilégio e garantias (reais ou fidejussórias) no Brasil, especialmente Instituições Financeiras, diante dos privilégios que lhe foram concedidos pela Lei de Recuperação e Falências. Entre esses privilégios, destaca-se (i) a redação do art. 49, parágrafo 3º, o qual aparentemente exclui seu crédito dos efeitos da recuperação judicial, a não ser que opte “espontaneamente” a participar do processo (a esse respeito, vale a pena conferir a discussão travada acerca das possíveis interpretações desse dispositivo, bem como eventuais medidas que poderiam ser levadas a cabo pelo magistrado para a superação desse privilégio, quando se mostrar injusto ou insustentável no caso em análise – itens 15 e 17); (ii) a redação do art. 83 e a ordem de recebimento que privilegia os credores com garantia real até mesmo sobre o sempre privilegiado credor tributário (nesse caso um odioso privilégio que se manifesta em diversas esferas, inclusive em juízo, conforme já manifestado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Cf. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 125-130). Especificamente no que diz respeito à ordem de classificação dos créditos em caso de falência, a partir de uma visão sistemática da Lei de Recuperação e Falências, tem-se que a seguinte classificação e ordem de pagamento aos credores: (I) Art. 151 – Créditos salariais correntes. Trata-se dos três últimos salários até o teto de cinco salários mínimos por trabalhador. O pagamento se dá a qualquer momento, existindo disponibilidade de caixa na conta-corrente da massa falida; (II) Art. 86, parágrafo único. Créditos decorrentes de Restituições de mercadorias (art. 85). Por exemplo, os bens em depósito, valores decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação, etc.; (III) Art. 84 – Créditos “extraconcursais”. Por exemplo, os valores gastos com a administração do processo falimentar, remuneração do administrador, obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial (fornecimentos, mútuo, etc.); (IV) Art. 83, inciso I – créditos derivados da legislação do trabalho (até limite de cento e cinquenta salários mínimos) e verbas devidas por acidente do trabalho (sem limite estabelecido); (V) Art. 83, inciso II – Créditos com garantia real (até o limite do bem gravado, pois o excesso deverá ser habilitado como quirografário; (VI) Art. 83, inciso III – Créditos tributários de qualquer natureza (excetuadas as multas tributárias); (VII) Art. 83, inciso IV – Créditos com privilégio especial (aqueles relacionados no art. 964 do Código Civil ou com algum direito de retenção; (VIII) Art. 83, inciso V – Créditos com privilégio geral (aqueles relacionados no art. 965 do CC ou art. 67, parágrafo único desta Lei). Por exemplo, os créditos anteriores à recuperação de credores-fornecedores que continuaram a fornecer durante o processo de recuperação judicial; (IX) Art. 83, inciso VI – Créditos quirografários (títulos comerciais); (X) Art. 83, inciso VII – Multas contratuais e penas pecuniárias, bem como multas tributárias; (XI) Art. 83, inciso VIII – Créditos subordinados. Aí incluídos os valores devidos a sócios e administradores estatutários sem vínculo empregatício (evitando fraudes). Importante se faz destacar que jurisprudencialmente poderá ser adotado entendimento no sentido de que as despesas com a administração da massa, principalmente as custas e honorários do administrador, deverão ser pagas com prioridade, até mesmo sobre os créditos por restituição de mercadorias, nos termos da Súmula 219 do Superior Tribunal de Justiça. Sobre o tema Cf. CRUZ, Sérgio Lúcio de Oliveira. Classificação dos créditos na falência. In: SANTOS, Paulo Penalva. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas*: Lei n. 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 218; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao art. 83 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 370).

¹⁷³No entanto, importante se faz ressaltar que situação *sui generis* costuma atingir o grupo de credores trabalhistas, especialmente aqueles que ainda exercem atividade na empresa em recuperação, na medida em que apesar de bem colocados na hierarquia de recebimento de créditos em caso de falência da empresa (LRF, art. 83, inc. I), não detêm meios de direcionar o curso de ações da devedora na complicada dinâmica de poder estabelecida na empresa, demonstrando falha de governança corporativa na recuperação judicial. O fato de depender com maior intensidade da continuidade das atividades da empresa costuma impedi-los de adotar medidas mais drásticas como forma de ameaça ponderável aos administradores da empresa em recuperação, tais como a rescisão do contrato de trabalho ou a votação pela falência em eventual

Diante da inevitabilidade do conflito e inexistindo fórmulas mágicas ou pré-determinadas para superação da crise da empresa, defende-se no presente estudo que a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações entre os sujeitos do processo,¹⁷⁴ dentro do procedimento da recuperação judicial, pode servir como instrumento ideal para a obtenção da efetiva tutela jurisdicional buscada. Para tanto, medidas ativas e corajosas devem ser adotadas pelo juiz, administrador judicial, credores, assembleia geral e todos os demais sujeitos ou órgãos do processo **(itens 14-18)**.

A assim denominada *assimetria de informações* pode se mostrar tão ou mais pernóstica do que a ausência de instrumentos econômicos, jurídicos e societários capazes de reverter a crise da empresa. Ou seja, a crise deriva também da falha de mecanismos internos e externos de governança corporativa. Falhas essas que devem ser combatidas, sob pena de inviabilidade do projeto de recuperação da empresa em crise.¹⁷⁵

Impedir a mencionada *assimetria de informações* pode se mostrar uma forma inteligente de acabar com odiosos privilégios daqueles que monopolizam o poder de controle da empresa em crise.¹⁷⁶ A simples atividade de disseminar a informação certamente gerará benefícios para todos os demais sujeitos do processo, evitando-se assim o uso oportunístico de posições relativas no âmbito da votação do plano, em detrimento dos demais interessados.

Dentro desse contexto, mostra-se fundamental o papel a ser desempenhado pelo administrador judicial e pelo juiz que o nomeia, os quais podem/devem fomentar a realização de reuniões prévias individuais (*caucus*), sessões de mediação ou abertura de informações por meio do sistema de “data room”, dentre tantos outros exemplos de fomento à governança corporativa.

Aliás, podem e devem ir além quando verificada a injusta situação de *assimetria de informações*. O uso impróprio de informação privilegiada com relação à real situação

---

assembleia geral de credores. Nesse caso, igualmente tendem a apoiar projeções excessivamente otimistas quanto às perspectivas de recuperação da empresa.

¹⁷⁴Ou “stakeholders” para se manter fiel à inspiração econômica do conceito de governança corporativa. Cf. LUCON, Marcelo. *O papel dos stakeholders na governança corporativa*, cit., p. 52.

¹⁷⁵KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 55.

¹⁷⁶Sobre a teoria do Poder de Controle nas empresas, conferir: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 135-168.

econômico-financeira da empresa em crise pode gerar efeitos tão ou mais graves do que a própria declaração de falência.¹⁷⁷

Esse potencial dano pode ser evitado ainda por meio da excepcional alteração da estrutura de poder de controle sobre a empresa em recuperação judicial, ainda que a manutenção do poder pelo devedor seja vista como regra e a sua destituição por meio da instituição da figura do gestor judicial uma exceção, nos termos dos arts. 53, 56, parágrafo 3º, 64, 65 e 66 da Lei de Recuperação e Falências.¹⁷⁸

A análise efetiva da viabilidade da empresa e do plano de recuperação, sob a égide da administração original da empresa ou não, sobreleva o interesse do particular. Dentro do quadro geral de reconfiguração da governança corporativa e da alocação de poder sobre a empresa em recuperação, os poderes fiscalizatórios devem ser exercidos pelo administrador judicial e/ou comitê de credores e os poderes decisórios devem ser transferidos fundamentalmente ao magistrado e/ou assembleia geral de credores.

Dotar o processo de recuperação judicial de instrumentos de *governança corporativa* faz com que sejam consagrados os princípios da duração razoável do processo, motivação e publicidade, na medida em que o atual perfil da atividade jurisdicional exige, além da postura tradicional de solução de controvérsias, uma atividade valorativa¹⁷⁹ dirigida à implementação do princípio da função social da empresa em prazo razoável.

Por conta disso, não se pode concordar com a afirmação daqueles que entendem que o procedimento de recuperação judicial previsto pela Lei de Recuperação e Falências seria inadequado à realidade brasileira diante dos altos custos de implementação do processo de negociação e da suposta incapacidade do Poder Judiciário brasileiro em coordená-lo.¹⁸⁰

---

¹⁷⁷KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 95.

¹⁷⁸A Lei de Recuperação e Falências confere ao devedor as prerrogativas de propor o plano de recuperação (LRF, art. 53), vetar modificações apresentadas pelos credores (LRF, art. 56, parágrafo 3º), além do direito de serem mantidos na condução da atividade empresarial, ainda que com relativa autonomia, na medida em que são fiscalizados pelo administrador judicial ou Comitê de Credores, se existente (LRF, arts. 64 e 66). Tudo isso sem deixar de considerar o risco de ser destituído pelo juiz e ver nomeado gestor judicial por meio de deliberação em Assembleia Geral de Credores (LRF, art. 65).

¹⁷⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3ª ed., cit., p. 67-78; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999. p. 25-29; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giudice civile*, cit., p. 345 e ss.

¹⁸⁰ARAUJO, Aloisio. As Leis de Falência: uma abordagem econômica. *Banco Central do Brasil*. Brasília. 2002. p. 13-17. (Trabalhos para Discussão n. 57). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps57.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

A criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações entre os sujeitos do processo dentro do procedimento da recuperação judicial independe do porte econômico da empresa em recuperação ou, ainda, de qualquer reforma legislativa (embora recomendável).

A adaptação dos instrumentos de *governança corporativa* ao perfil econômico de cada empresa em crise depende, fundamentalmente, da adoção de medidas simples por parte dos sujeitos do processo fundadas no princípio da fungibilidade de meios, especialmente o magistrado e o administrador judicial (**itens 16 e 17**). Tais medidas passam desde o estabelecimento de simples reuniões de trocas de informações entre os interessados até o eventual afastamento do devedor do controle da empresa em caso de comprovada prática de atos simulados ou fraudulentos (LRF, art. 64).

Tudo isso com vistas a propiciar elementos técnicos confiáveis à aferição da objetiva viabilidade econômica da empresa e a tão desejada composição entre os interesses dos credores e do devedor(**item 14**).

O próprio artigo 53, inciso III, da Lei de Recuperação e Falências pode servir de fundamento para a implementação de medidas de governança corporativa na recuperação judicial, na medida em que impõe à devedora a apresentação de plano de recuperação acompanhado de laudo econômico-financeiro e de avaliação dos seus bens e ativos.

Sem a efetiva aferição do valor da empresa e de seus ativos,¹⁸¹ aliado ao seu adequado posicionamento no mercado, torna-se impossível a tarefa de avaliação da viabilidade da empresa, requisito fundamental para o processamento e deferimento de qualquer recuperação judicial pelo procedimento ordinário.

Para que essa aferição se mostre possível, impõe-se a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações dentro do procedimento da recuperação judicial. E os instrumentos de governança corporativa disponibilizados pelo sistema se mostram aptos a isso, na medida em que oferecem elementos aos sujeitos do processo (assim considerados “stakeholders”) para definir se é possível obter pela recuperação judicial satisfação não inferior àquela que seria propiciada pela rápida e eficaz liquidação da empresa.¹⁸²

---

¹⁸¹Cf. BEBCHUK, Lucian A.; FRIED, Jesse M. A new approach to valuing secured claims in bankruptcy. *Harvard Law Review*, v. 114, 2001; REILLY, Robert F. Valuation adjustments in bankruptcy business valuations. *American Bankruptcy Institute Journal*, v. 24, 2005; KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 20-21.

¹⁸²Essa ideia tem clara inspiração em princípio oriundo do direito concursal norte-americano, denominado “best-interests-of-creditors” de aplicação originalmente concebida para a hipótese de aplicabilidade do

O objetivo da implementação desses instrumentos é resultar em solução eficiente, por meio da qual, ao término do processo, haja mais ganhadores do que perdedores. Assim é que a partir da análise do caso concreto em confronto com o princípio da eficiência, cabe aos sujeitos do processo definir a sua opção pela preservação da empresa ou sua imediata liquidação, impedindo que os demais agentes do mercado sofram maiores abalos, bem como que o processo de recuperação judicial tramite mais tempo que o necessário, em homenagem aos princípios da economia processual e duração razoável do processo.

Não se desconsidera que todos os esforços devem ser desenvolvidos em favor da verdadeira preservação da empresa. Afinal, como lembra GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, a empresa constitui o ponto de encontro de vários interesses “que a falência destrói na maior parte dos casos”.¹⁸³ No entanto, a busca pela preservação da empresa não pode se tornar uma obsessão na recuperação judicial, sob pena de ocorrer a diminuição do grau de efetividade da tutela jurisdicional.

Dentro desse contexto, a atuação jurisdicional deverá ponderar os valores em conflito e selecionar dentre os princípios constitucionais dispostos no sistema (aplicabilidade plena da proporcionalidade – **item 6**), aquela solução que privilegie a troca legítima e ilimitada de informações com vistas à tomada da decisão por parte de cada sujeito do processo.

Tudo isso sempre respeitando a ótica da mais adequada solução do caso em busca da efetividade, em conjugação com a menor intervenção possível na esfera de direitos da parte eventualmente afetada, à luz dos postulados dos princípios da proporcionalidade e isonomia (**itens 11 e 12**).

10. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO

Apesar da aparente contradição, a arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional garantido pelo art. 5º, inc. XXXV, da

---

instituto do “cram-down”, conforme será demonstrado no item 14 do presente trabalho. Cf. KLEE, Kenneth N. All you ever wanted to know about cram down under the New Bankruptcy Code. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 53, p. 133, 1979; BATISTA, Carolina S. J.; CAMPANA FILHO, Paulo F.; MIYAZAKI, Renata Y.; CERZETTI, Sheila C. N. A prevalência da vontade da assembleia geral de credores em questão: o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 143, p. 205, 2006.

¹⁸³MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. *Istituzioni di diritto falimentare*. 2. ed. Milano: Cedam, 1994. p. 611.

Constituição Federal.¹⁸⁴ Muito pelo contrário, reafirma-o e complementa-o dentro do escopo da tese majoritária em campo doutrinário da *jurisdicionalidade da arbitragem*.¹⁸⁵

Em realidade, a atuação da arbitragem (assim como as outras formas de solução de conflitos),¹⁸⁶ muito mais do que representar uma forma de aliviar a carga de trabalho do juiz, serve como efetivo e prioritário instrumento de pacificação colocado à disposição da sociedade, diante da sua aptidão em aliar a atuação de princípios éticos com a

---

¹⁸⁴Do princípio da inafastabilidade (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – CF, art. 5.º, inciso XXXV) se pode defluir o devido processo legal, a fim de se deduzir o direito a um procedimento adequado. Em realidade, conforme destacado no item 4 do presente trabalho, referido dispositivo deve ser interpretado e analisado sempre em conjunto com os princípios e garantias do juiz natural (art. 5.º, inc. LIII), devido processo legal (art. 5.º, inc. LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5.º, inc. LV), assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5.º, inc. LXXIV) e outros com os quais guarda íntima relação (direito processual constitucional). Isso porque, especificamente no que diz respeito ao princípio da inafastabilidade, a mera garantia de acesso em juízo e um potencial julgamento não satisfazem o enunciado dessa fundamental disposição constitucional. Dentro desse contexto, sempre proveitosa a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando afirma que para que a garantia de acesso seja plenamente satisfeita são necessárias “soluções justas e efetivas, porque, só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça e receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e resultados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 198-199). Como observam GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO: “Compreende-se, modernamente, na cláusula do devido processo legal o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob pálio do contraditório (...), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida” (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 82). Essa necessidade, colocada como inerente à garantia do devido processo legal, pode bem ser deduzida de um dos seus corolários: a inafastabilidade ou o acesso à justiça. Esse é o posicionamento de LUIZ GUILHERME MARINONI ao afirmar expressamente: “O direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela de direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 7). De mais a mais, como ensina KAZUO WATANABE: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20). Cf. Ainda: GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. *Última Instância*. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012; GERAIDE NETO, Zaidem. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 132-145.

¹⁸⁵MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; Carmona, Carlos Alberto, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 34; CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 45. Dentro desse contexto, sempre conveniente destacar lumiar acórdão paradigma proferido pelo então Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE professando o caráter jurisdicional da arbitragem e corroborando a validade do instituto em consonância com garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5.º, inc. XXXV): STF, SE 5.206-7, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j.12.12.2001, v.u.).

¹⁸⁶A respeito da composição e da heterocomposição, conferir: CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 29-31; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 124-125.

especialização do ramo de atividade onde tenha surgido a controvérsia.¹⁸⁷ Obviamente, diante da *especialidade* do tema relacionada à crise da empresa, nada mais natural do que a sua ampla utilização na recuperação judicial.

Aliás, importante se faz ressaltar que representa verdadeiro amesquinhamento do importante instituto da arbitragem e ao papel dos árbitros a atribuição de um papel acessório a essa forma de heterocomposição de litígios quando comparado àquele atribuído à jurisdição estatal investida na figura do juiz.¹⁸⁸ Até mesmo porque a arbitragem antecede ao processo judicial, o qual restou desenvolvido somente a partir do momento em que o Estado afirma seu poder e se impõe aos particulares como fonte disciplinadora das normas de regência da sociedade e dos meios de composição dos litígios.¹⁸⁹

A ideia da complementaridade e interdisciplinariedade norteia a presente tese e não poderia deixar de ser valorizada também quando se relaciona o instituto da arbitragem com a dinâmica do processo recuperação de empresas instituído pela Lei de Recuperação e Falências, com aplicabilidade prática em ambas as modalidades de recuperação do devedor (judicial e extrajudicial).¹⁹⁰

---

¹⁸⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi. (Org.). *Aspectos atuais da arbitragem*: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 167.

¹⁸⁸Poder esse decorrente da investidura da Jurisdição e inerente ao princípio do juiz natural que guarda íntima relação com a inafastabilidade (“não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado senão pela autoridade competente” – CF, art. 5.º, incisos XXXVII e LIII). Como mandamento constitucional, somente se aplica ao processo civil às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Como esclarece GIOVANNI VERDE, comentando disposição da Constituição sobre esse princípio, o constituinte teve plena consciência do comprometimento da neutralidade do juiz que fosse escolhido depois do nascimento da controvérsia. Isso porque o juiz natural é o escolhido com base em critérios objetivos preexistentes ao nascimento do processo (VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*: parte generale. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. v. 1, p. 5-6). Cf. ainda: ROMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale*. Milano: Giuffrè: 1981. v. 1, p. 197; TUCCI, Rogério Lauria. Juiz natural e competência em Tribunal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 765, p. 97-107, jul. 1999; CARNEIRO, Athos Gusmão. O listisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 195-205, out./dez de 1999; SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de funções e o juiz natural. *Justitia*, São Paulo, v.39, n. 139, p. 37-46, jul./set. 1987).

¹⁸⁹Cf. CRUZ E TUCCI, Jose Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 51-62.

¹⁹⁰A recuperação extrajudicial consiste na possibilidade concedida ao devedor em situação de crise de convocar seus credores para oferecer-lhes forma de composição para pagamento dos valores devidos. Trata-se de verdadeira legalização da denominada “concordata branca”, em detrimento da maléfica disposição legal constante da Lei de Falências anterior. Isso porque na revogada Lei Falimentar de 1945, a infrutífera convocação dos credores para renegociação das dívidas gerava a caracterização dos denominados atos de falência, possível ensejador de quebra. Era o que determinava o antigo art. 2º, inc. III, da Lei de Falências Antiga: “Art. 2º. Caracteriza, também, a falência, se o comerciante: III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”. Portanto, de grande importância foi a abertura da possibilidade de convocação dos credores para a renegociação das dívidas, não implicando qualquer risco para a empresa devedora, pois é dado a ela assim proceder por meio da recuperação extrajudicial. Senão vejamos: “Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial”. Logo, a recuperação extrajudicial

Dentro desse contexto, pretende-se examinar os efeitos jurídicos de eventual processamento da recuperação judicial em arbitragem já instaurada (ou a instalar), bem como verificar a viabilidade de o processamento integral da recuperação judicial ser submetido à arbitragem.

Portanto, a discussão acerca da recuperação judicial ligada à arbitragem envolve três situações distintas que suscitam análise na relação estabelecida com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: (I) a (*im*)possibilidade do processo arbitral como meio de regência da própria recuperação judicial; (II) os efeitos do deferimento de recuperação judicial no processo arbitral e (III) a adequação da recuperação extrajudicial com estipulação de cláusula arbitral como forma eficaz de solução de controvérsias.

O que se percebe é que a doutrina ainda não se animou a desenvolver o tema da disciplina da crise econômica da empresa sob o prisma arbitral.¹⁹¹ Talvez por equivocadamente não vislumbrar espaço para a aplicação incidental da arbitragem ao instituto da recuperação judicial.

---

regulamentou e ampliou a possibilidade de o devedor convocar seus credores para buscar soluções, visando a recuperação e evitando-se a falência. Sobre o tema da recuperação extrajudicial na Lei de Recuperação e Falências, vale a pena conferir: MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais*, cit.; SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro*, cit.; PENALVA SANTOS, Paulo. A recuperação extrajudicial na nova lei de falências. In: _____. (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/200*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; PENALVA SANTOS, Paulo. Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 109, set. 2005.

¹⁹¹ Dentre os poucos estudos dedicados ao tema destacam-se: PENALVA SANTOS, J.A. O instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, Rafaela; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, E.; MACHADO, R. B. (Orgs.). *Arbitragem no Brasil*. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2008; NUNES PINTO, José Emilio. A arbitragem na recuperação de empresas. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/download/arbitrecuper.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2012; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, cit., p. 75-79; FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista Forense Digital*, Rio de Janeiro, v. 412, p. 487-490, 2010; RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 351-171. Ainda sobre o tema da arbitragem e a falência e liquidação extrajudicial de empresas, diante da nítida relação que guarda com o tema da recuperação judicial: Cf. VINCRE, Simonetta. Fallimento e arbitratorituale (premesse per uno studio). *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, anno 50, n. 3, lugl./sett. 1995; ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007; WALD, Arnaldo. A arbitragem e as empresas em liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005, São Paulo: RT, n. 19, p. 167-190; FOUCHARD, Philippe. Arbitrage et faillite. *Revue de L'arbitrage*, n. 3, p. 471-494, 1998; HANOTIAU, Bernard. La loi applicable par l'arbitre em CAS de faillite d'une des parties a la procedure: the law applicable by the arbitrator in the event of the bankruptcy of one of the parties to the proceedings. *Revue de droit des affaires internationales – International Business Law*, Paris, n. 1, 1996.

É dentro desse complexo panorama que se insere o seguinte questionamento: *Existe espaço para a utilização da arbitragem no mecanismo legal de recuperação de empresas?*

Diante da natureza eminentemente contratual da arbitragem e da recuperação judicial (especialmente quando analisado sob o prisma do plano de recuperação judicial de nítido caráter contratual entre os sujeitos do processo), não há dúvidas acerca da resposta afirmativa a essa indagação, cabendo-nos apenas delimitar os limites e conveniência de sua utilização. Até mesmo porque não haverá surpresas se na fase de execução/cumprimento do processo de recuperação judicial surgirem divergências entre o devedor e os demais sujeitos do processo.

Não é possível se imaginar que o plano de recuperação apresentado em juízo contenha um grau de detalhamento tal que cada credor possa, de antemão, prever com razoável certeza os obstáculos que terá de enfrentar a partir da sua respectiva aprovação. É justamente aí que, teoricamente, abre-se amplo e recomendável espaço para a utilização da arbitragem no processo de recuperação judicial, uma vez que a solução de controvérsias surgidas por meio da arbitragem poderá abreviar o tempo de resolução das questões relativas ao descumprimento de obrigações.

Para tanto, necessário se faz que os credores e o devedor tenham incluído cláusula compromissória no plano de recuperação, em pleno atendimento aos artigos 5º, 8º e 9º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem (lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996), bem como que todos os sujeitos vinculados ao plano o tenham expressamente aprovado e igualmente consentido com a cláusula compromissória. A arbitragem poderia ser utilizada nesse contexto como forma de se amenizar o risco de conversão da recuperação em falência, com a solução privada de conflitos decorrentes do cumprimento do plano de recuperação judicial entre credores e devedor.¹⁹²

Ademais, o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição seria reafirmado em ambos os sentidos de utilização, na medida em que a arbitragem não escapa ao controle do Poder Judiciário, principalmente quando se considera que o árbitro não poderá impor coativamente suas decisões. Ou ainda quando incidente qualquer das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, oportunidade na qual o prejudicado detenha fundamento para pedir a anulação da sentença arbitral em juízo.¹⁹³

---

¹⁹²PENALVA SANTOS, J.A. O Instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial, cit., p. 110 e ss.

¹⁹³NUNES PINTO, José Emilio. A arbitragem na recuperação de empresas, cit., p. 14.

No entanto, em sentido diametralmente oposto se apresenta a relação estabelecida entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a arbitragem quando se pretende examinar a possibilidade de o processamento integral da recuperação judicial ser submetido ao procedimento arbitral. Isso porque compete exclusivamente à justiça estatal processar os pedidos de recuperação judicial e falência, não havendo lugar para a arbitragem como instrumento de processamento da recuperação judicial em si.¹⁹⁴

O foro estabelecido na Lei de Recuperação e Falências, no qual deverão ser processados os pedidos de recuperação judicial é cogente e improrrogável, nos termos do art. 3º da Lei Concursal. Sob qualquer dos ângulos que comporta, a competência funcional é sempre absoluta, ou seja, instituída de acordo com o interesse público e não por conveniência das partes.¹⁹⁵ Por conta disso não tolera modificação, seja ela legal ou convencional.¹⁹⁶

Constitui razão histórica da formação e desenvolvimento da recuperação judicial como instituto jurídico a necessidade de se assegurar, por um único juízo, o conhecimento de todas as ações dos diversos credores que se relacionam com aquele devedor.¹⁹⁷

Como corolário natural da necessidade de garantir tratamento igualitário aos credores perante o mesmo órgão jurisdicional, o legislador instituiu a universalidade do juízo recuperacional (LRF, art. 3º). A universalidade do juízo consubstancia *dogma* tipicamente recuperacional, não podendo ser afastada, salvo naquelas hipóteses previstas na legislação concursal (LRF, art. 6º).¹⁹⁸

---

¹⁹⁴Cf. RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro, cit., p. 351-171.

¹⁹⁵Cf. ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*: parte generale. 2. ed. Editrice Dott. Antonio Milani, 1997. v. 1, p. 213-214.

¹⁹⁶Sobre a competência do juízo universal, conferir: TARZIA, Giuseppe. Processi pendenti e fallimento. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 1, p. 67-69, genn./mar. 1990; SAMORI, Gianpiero. Conflitti positivi e regolamento di competenza nel processo per la dichiarazione di fallimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 54, n. 1, p. 67, mar. 2000.

¹⁹⁷Como bem descreve PIERO PAJARDI, a razão do sistema é evidente, pois concentra todo o contencioso e toda a atividade processual da falência no juízo falimentar (o que se aplica igualmente à recuperação judicial), para manter sob sua unidade uma complexa estrutura jurisdicional, e assegura, nas suas várias fases de desenvolvimento, uniformidade de visão, síntese de direção e economia de condução (PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto fallimentare*. 2. ed. Milano : A. Giuffrè, 1976. § 44, p. 84).

¹⁹⁸Quais sejam, as demandas relativas a créditos trabalhistas e tributários, os quais devem ser reconhecidos nos próprios juízos, para ulteriormente serem admitidos (MARTINS, Sérgio Pinto. A nova Lei de Falência e suas implicações nos créditos dos trabalhadores. *IOB-Repertório de Jurisprudência*: trabalhista e previdenciário. São Paulo, n. 6, p.178-175, mar. 2005). Por seu turno, o art. 6º da Lei de Recuperação e Falências não estipula regra de competência, mas tão somente impõe a suspensão das ações e execuções individuais em que figure no polo passivo a empresa em recuperação, justamente para evitar que tramitem processos relativos a interesses e negócios da empresa em juízos diversos. Define também regra de prevenção, por meio da qual a distribuição do primeiro pedido previne a jurisdição para novos pedidos em

A indivisibilidade do juízo da recuperação é decorrência lógica da unidade de juízo, ditada por razões de economia processual e fruto da necessidade de uma solução igualitária e eficaz para os conflitos envolvendo a empresa em recuperação em todos os seus aspectos e interesses. No que concerne à competência funcional abrangente do juízo recuperacional, tem-se que a unidade e a universalidade do órgão jurisdicional são relevantes para a eficácia e agilidade das decisões sobre as variadas questões submetidas à sua apreciação no processo de recuperação judicial.¹⁹⁹

Por conta disso, não detectamos espaço para a arbitragem ditar os rumos do processamento principal da recuperação judicial disciplinada pela Lei de Recuperação e Falências. A recuperação judicial tutela, em grande parte, *interesses públicos*, deixando espaço reduzido para a instituição da arbitragem, destinada à solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

---

face do devedor, de falência ou recuperação judicial (LRF, art. 6º, § 8º c/c CPC, arts. 106 e 219). Há de se destacar, porém, que em relação ao órgão funcionalmente incompetente o fenômeno da prevenção não traz nenhuma repercussão relevante, uma vez que a incompetência absoluta não se prorroga e a prevenção não tem o condão de fazer prevalecer uma competência que não existe (GRINOVER, Ada Pellegrini. Competência territorial funcional em matéria de falência. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre. v. 4. n. 23., mar./jun. 2003. p. 14). Vale a pena conferir a redação do dispositivo: “Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º. Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. § 2º. É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença. § 3º. O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria. § 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. § 5º. Aplica-se o disposto no § 2º deste artigo à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no quadro-geral de credores. § 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial: I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial; II – pelo devedor, imediatamente após a citação. § 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. § 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.”

¹⁹⁹ Por conta disso que CARVALHO DE MENDONÇA enunciava que “o juízo da falência é um mar onde se precipitam todos os rios”, ideia essa igualmente aplicável ao processo de recuperação judicial (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 7, p. 49). No mesmo sentido, por meio de clássica lição de RENZO PROVINCIALI entendia-se pela incompetência absoluta de qualquer outro juízo que não o universal (PROVINCIALI, Renzo. *Lezioni di diritto fallimentare*. Padova: Cedam, 1966. p. 12).

Como se isso não bastasse, teríamos grande dificuldade de formar o polo de demandantes e demandados em um processo arbitral que viesse a ser instaurado para reger o procedimento ordinário da recuperação judicial. Até mesmo porque, em sua origem, o processo arbitral deveria ser constituído minimamente pelos diversos credores, pelo devedor, pelo administrador judicial e pelo representante do Ministério Público. Sendo assim, estaríamos diante de um nítido caso de arbitragem multiparte,²⁰⁰ com as sabidas dificuldades inerentes a essa hipótese, a par da flexibilização que hodiernamente norteia o procedimento arbitral.²⁰¹

Uma vez notificados os credores acerca do pedido de instauração da arbitragem pelo devedor, poder-se-ia questionar qual a atitude que poderia ser adotada por outros credores e pelos demais sujeitos do processo diante da controvérsia alegada. Discute-se, nessa oportunidade, a possibilidade de ocorrer a intervenção de outros sujeitos, que não aqueles que já figuram em um dos polos, em um procedimento arbitral que em tese decidiria a recuperação da crise econômico-financeira da empresa.

Ocorre que a intervenção de terceiros no procedimento arbitral não está regulada em lei e dependerá sempre da concordância das partes e dos árbitros para que possa se efetivar.²⁰² Assim é que diante dos interesses multifacetários do processo de recuperação judicial (**item 7**), mostra-se praticamente impossível a obtenção desse consenso no caso concreto, de modo a inviabilizar a instituição da arbitragem como técnica capaz de regular integralmente o processamento da recuperação judicial.

---

²⁰⁰Cf. CAPRASS, Olivier. A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 8, out./dez. 2005.

²⁰¹Sobre a flexibilização do procedimento arbitral, importante conferir: CARMONA, Carlos Alberto. *Flexibilização do procedimento arbitral*. Texto disponibilizado pelo autor em 30/11/2009 aos alunos do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Conferir ainda: *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

²⁰²Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. Intervenção de terceiros na arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista, GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002; CLAY, Thomas. Extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes (fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas). *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 8, out./dez. 2005; MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem, capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista*. 2009. Disponível em: <<http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/artigos/arbcapcon.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2012; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 14, ano 4, 2001.

No entanto, diferentemente do que ocorre para o caso de decretação de falência,²⁰³ os processos arbitrais já iniciados anteriormente ao processamento da recuperação não sofrerão significativa alteração, na medida em que a empresa mantém sua regular atividade e capacidade de contratar, viabilizando a plena atuação do devedor no processo arbitral. Desse modo, poderá ocorrer o desenvolvimento paralelo e incidental entre o processo arbitral e o processo de recuperação sob exclusiva jurisdição estatal, sendo que o resultado do processo arbitral poderá importar melhora ou piora da situação da empresa em recuperação.

Por outro lado, quando o assunto se refere à *recuperação extrajudicial*, reafirma-se com ainda maior força a aplicabilidade da arbitragem como forma de solução dos litígios porventura surgidos.

Em realidade, a possibilidade da recuperação extrajudicial pode ser considerada uma das mais benéficas inovações da Lei de Recuperação e Falências.²⁰⁴ A negociação entre devedor e credores será traduzida em um plano de recuperação, de natureza contratual, que estabelecerá as condições acordadas pelas partes. Negociadas as condições do plano de recuperação extrajudicial e firmado o contrato, os credores signatários estão vinculados a este, devendo respeitar suas condições. Em caso de descumprimento pelo devedor, o plano de recuperação extrajudicial poderá ser executado, podendo até mesmo resultar na falência (LRF, arts. 161 a 167).

Por conta disso, na recuperação extrajudicial, nada impede que os credores e o devedor prevejam a arbitragem como forma de solução de conflitos provenientes da interpretação ou da falha de cumprimento das disposições estabelecidas no plano de recuperação extrajudicial, justamente pelo fato de esse instituto viabilizar a escolha daqueles credores com quem o devedor deseja “contratar”. Dentro desse contexto, a

---

²⁰³ Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 134-140. Em sentido contrário: ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial, cit., p. 16-29; WALD, Arnaldo. A arbitragem e as empresas em liquidação extrajudicial, cit., p. 167-190.

²⁰⁴ Corroborando essa ideia, destaque-se a posição defendida por LIGIA PAULA PIRES PINTO SICA em sua vitoriosa Tese de Doutorado: “A Lei n. 11.101/2005 não só viabiliza a prática de negociação de acordos com grupos de credores escolhidos pelo devedor (antes vedada pelo sistema), como garante aos atores do mercado a segurança jurídica necessária à prática da reestruturação e reerguimento da empresa por mecanismos extrajudiciais mais adequados no combate às causas que levaram a esse estado crítico”. E conclui: “Diante do contexto socioeconômico brasileiro, resta evidente a evolução que representa o instituto da recuperação extrajudicial de empresas e se revela meio lícito e eficaz para viabilizar o objetivo propugnado pelo art. 47 da LRE” (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro*, cit., p. 310).

inclusão de convenção de arbitragem em plano de recuperação extrajudicial traduz verdadeira faceta da autonomia da vontade das partes.²⁰⁵

O ponto chave, no entanto, reside na necessidade de segregação dos direitos patrimoniais disponíveis daqueles direitos indisponíveis²⁰⁶ definidos pela Lei de Recuperação e Falências, notadamente os créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho, nos termos do art. 161, §1º, da Lei de Recuperação e Falências.

Outra questão que se coloca sobre o tema é a capacidade de uma cláusula compromissória arbitral, não acordada por todos os credores, mas apenas por aqueles que representam mais de três quintos (3/5) de todos os créditos de cada espécie, ser imposta àqueles credores que não a aceitaram (LRF, art. 163), na modalidade de recuperação extrajudicial com homologação em juízo.²⁰⁷

Respeitosamente, não podemos concordar com esse posicionamento, uma vez que a questão central consiste em saber se a maioria votante, independentemente da vontade minoritária, pode afastar a competência da jurisdição estatal e, em seu lugar, adotar o juízo arbitral. Dentro desse contexto, temos que o *consentimento* é indispensável para que se possa, validamente, suprimir o conflito da apreciação da jurisdição estatal e submetê-lo à jurisdição convencional (LA, arts. 3º e 4º).

A cláusula arbitral só pode ser imposta àqueles credores que houverem expressamente aderido a ela, ainda que o *quorum* qualificado previsto no art. 163 da Lei de Recuperação e Falências seja alcançado. A minoria, apesar de vencida, não pode ser

---

²⁰⁵Cf. MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas, cit., p. 42.

²⁰⁶Cf. GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral, cit., p. 76.

²⁰⁷“Sobre a recuperação extrajudicial com homologação em juízo, trata-se de uma possibilidade atribuída ao devedor pela Lei de Recuperação e Falências. Essa homologação pode interessar ao devedor na medida em que, se deferida, vinculará outros credores que negociaram e optaram por rejeitar a proposta, além de viabilizar a formação de um título executivo judicial (LRF, art. 161, parágrafo 6º). No entanto, para a ocorrência da vinculação de credores dissidentes, deverá o plano de recuperação extrajudicial ser aprovado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) dos créditos de determinada espécie por ele abrangido. Por outro lado, cumpre observar que aqueles credores que sequer foram convocados ou não compareceram à reunião não sofrerão qualquer limitação aos seus direitos. Importante se faz ressaltar, porém, que somente a recuperação extrajudicial, com homologação em Juízo, impõe esses e outros requisitos. Isso porque a recuperação extrajudicial, sem homologação, pode ser feita a qualquer momento ou se dar por qualquer meio, seja por contrato, concessões de prazo, abatimentos, dações em pagamento, entre outros” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Recuperação judicial e extrajudicial*. São Paulo: IBC Brasil, 2005. p. 45). Sobre o tema, de forma muito mais detalhada, vale a pena conferir: MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais*, cit., p. 132-172.

obrigada a aceitar a cláusula arbitral porque não a teria subscrito expressamente, por força do art. 4º, §1º, da Lei de Arbitragem.

Até mesmo porque o compromisso em adotar a chamada jurisdição convencional para solução de controvérsias é uma opção, uma escolha do indivíduo, consubstanciando verdadeiro *ato voluntário*. Dessa forma, não poderão subsistir quaisquer incertezas sobre a intenção da parte de se submeter à jurisdição arbitral, sob pena de se macular a autonomia da vontade.²⁰⁸

A cláusula de previsão de arbitragem para a solução dos conflitos decorrentes do vínculo social não é uma cláusula direcionada aos interesses gerais da coletividade de credores e sim às partes que a compõem. O princípio da maioria vigente no instituto da recuperação não pode reduzir um direito essencial do credor de se socorrer do Poder Judiciário. Mesmo reconhecendo a existência de notáveis opiniões em sentido contrário,²⁰⁹ sem a adesão de todos os credores não há a possibilidade de se impor a cláusula compromissória de arbitragem aos demais credores que não a assentiram.

---

²⁰⁸Cf. BENEDETTI, Alberto Maria. *Autonomia privata procedimentale*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 144-145.

²⁰⁹Cf. NUNES PINTO, José Emilio. A arbitragem na recuperação de empresas, cit., p. 42.

CAPÍTULO III. NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA EMPRESA EM CRISE NO DIREITO BRASILEIRO E A ISONOMIA

11. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DEVIDO PROCESSO LEGAL E COMPLEMENTARIDADE

A proposta do presente estudo parte da inovadora premissa de abordagem do processo de recuperação judicial à luz dos princípios constitucionais do direito processual civil, especialmente o devido processo legal e a isonomia.

Isso porque a partir dos postulados do chamado *direito processual constitucional*, disponibilizam-se ferramentas para a obtenção de resultado formal e substancialmente idêntico àquele resultante da atuação espontânea do direito material, já que os princípios consubstanciam o ponto de partida para a correta interpretação do sistema jurídico.²¹⁰

O desafio reside justamente em validar o processo de recuperação judicial como ferramenta efetiva para a superação da crise da empresa. Para tanto, mostra-se fundamental a análise do sistema processual recuperacional a partir da observância das garantias, princípios e regramentos que a Constituição Federal consagra.²¹¹

No capítulo anterior demonstrou-se que o devido processo legal deve ser tido como o *princípio de convergência* dos demais princípios constitucionais processuais, oportunidade na qual se desenvolveu sua relação com a isonomia, o contraditório, a fungibilidade das formas, a razoável duração do processo, a motivação, a publicidade e a inafastabilidade do controle jurisdicional, diante das funções por eles desempenhadas na recuperação judicial. Tudo isso sem deixar de mencionar a necessidade de aplicação dos vetores sinalizados e instrumentos disponibilizados pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência (em sentido econômico e processual), preservação e função social da empresa.

---

²¹⁰Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “a) o direito processual constitucional é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) operam em dois sentidos as relações entre a Constituição e o processo: a Constituição cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema processual servindo de instrumento de atuação dos preceitos contidos na Constituição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2009, cit., p. 191).

²¹¹Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, cit., p. 91-92.

Isso não quer dizer que o princípio do devido processo legal deva ser considerado o mais importante deles. Pelo fato de a Constituição Brasileira instituir vários princípios, certo é que a Carta Magna não protege apenas um fim específico, mas o conjunto deles, corroborando a premissa “convergente” de tratamento principiológico do processo de recuperação judicial defendido no presente estudo.²¹²

A maior prova disso é que o princípio do devido processo legal só poderá ser produtivamente utilizado no processo de recuperação judicial, a partir da análise e conjugação dos demais que com ele se relacionam, conforme destacado no capítulo anterior.

O primeiro significado do *due process of law* há de se referir naturalmente ao próprio acesso à jurisdição. Do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo aos litigantes a oportunidade de ampla participação, o contato direto do juiz com as partes, a rápida tramitação e a observância da garantia da publicidade.²¹³

---

²¹² Assim entendido o conceito de princípio como “uma norma que aponta para um estado ideal de coisas, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 78). Por sua vez, ao tentar estabelecer a diferença entre os princípios e as garantias, concluímos que nem todo princípio é uma garantia e que nem toda garantia se funda em um princípio. Regras e princípios, por sua vez, podem (e não devem) representar garantias, desde que qualificados por um conteúdo específico que limite o exercício do Poder Estatal, sem deixar margem para o arbítrio. As garantias constitucionais são princípios qualificados por seu conteúdo específico, limitando o poder na defesa das disposições que formam o direito reconhecido. Transportando a idéia para os sistemas jurídicos, tem-se que os princípios são normas de maior hierarquia dentre todas, orientando não apenas o próprio processo de formulação legislativa, como também a interpretação e aplicação das leis aos casos concretos. Ainda dentro do sistema de princípios e regras, temos as chamadas garantias, tal qual a garantia do direito de propriedade, do direito à herança, ao habeas corpus e ao habeas data, entre outros. Dentro desse contexto, tanto o devido processo legal, quanto a isonomia, poderiam ser enquadrados como princípios e garantias do cidadão. Cf. ALVES, Eliana Calmon. *Princípios e garantias constitucionais do processo*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/295>>. Acesso em: 28 out. 2011. Ainda sobre a tênue distinção estabelecida entre princípios e garantias, vale a pena destacar: “A distinção não é fácil, diante da inexistência de precisão terminológica na Constituição. Mas a doutrina apresenta duas espécies de garantia: garantias gerais e garantias constitucionais, sendo que as últimas podem ser gerais ou especiais, conforme decorram do sistema de freios e contrapesos dos poderes e visem a impedir o arbítrio ou constituam prescrições constitucionais que conferem aos titulares de direitos fundamentais o instrumento necessário à imposição de respeito e exigibilidade desses direitos. Já as garantias constitucionais especiais positivadas na Constituição levam em conta a natureza do direito garantido, podendo ser individuais, coletivas, sociais e políticas, classificação idêntica à dos direitos. Mas o que interessa é o estudo das garantias individuais, destinadas a assegurar o respeito, efetividade de gozo e exigibilidade dos direitos individuais em legalidade, proteção judiciária, estabilidade dos direitos subjetivos, segurança jurídica e remédios constitucionais” (PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 70).

²¹³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, cit., p. 23-38, oportunidade na qual traça o panorama completo do desenvolvimento da cláusula do *due process of law*.

No entanto, já o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos;²¹⁴ podemos afirmar que o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório, a ampla defesa e a *isonomia*.²¹⁵

Até mesmo porque o conceito do devido processo legal é composto pelo conjunto de garantias, princípios e regras, combinados de forma harmônica e dirigidos a qualquer dos Poderes do Estado e a todos os cidadãos, propiciando a plena consecução de um “processo socialmente efetivo”.²¹⁶ Quando eventualmente “colidirem”, abre-se espaço para a plena e estruturada aplicação do princípio da proporcionalidade, obedecendo-se necessariamente à regra de precedência e subsidiariedade estabelecida entre os três elementos dessa máxima (**item 6**).

---

²¹⁴O processo pode ser examinado pelo ângulo de uma sequência de atos processuais ordenados, assim entendido como o resultado do exercício do poder conferido a um dos sujeitos do processo (juiz), conforme clássica lição de ANDREA PROTO PISANI (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 2001. p. 232), à qual se denomina “procedimento”, mas não se resume a ele, por se mostrar uma “entidade complexa”. O processo implica existência combinada de situações jurídicas subjetivas a serem realizadas no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres e ônus, denotativo da relação jurídica processual, conforme defendido por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 2, 2009, p. 25) com arrimo na doutrina pioneira de ENRICO TULLIO LIEBMAN (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, n. 71, p. 147). Tudo isso em contraposição ao conceito de processo defendido por Elio Fazzalari: “il ‘processo’ è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare la attività” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 82; _____. “Processo” e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 48, n. 1, p. 3-4, genn./mar. 1993). A dinâmica do procedimento, por sua vez, pode ser muito bem explicitada pela pontual manifestação acadêmica de ROQUE KOMATSU: “o procedimento é uma pluralidade de atos caracteristicamente coordenados de modo que cada um deles é pressuposto de admissibilidade dos seguintes e fator de eficácia dos anteriores. Assim, arrasta consigo a ineficácia dos anteriores e, sobretudo, a anulação dos seguintes, o que obriga a repor o procedimento ao estado que tinha quando a causa de nulidade se produziu” (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 114). Cf. ainda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 65-68.

²¹⁵Ainda no regime da Constituição Federal anterior, ADA PELLEGRINI GRINOVER ressaltava que essas garantias constituíam também a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 7).

²¹⁶JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA faz uso de feliz expressão para designar como “processo socialmente efetivo” aquele que a par de suas exigências formais e tradicionais, abre passagem às verdadeiras preocupações de um grupo social, servindo como veículo de afirmação de “interesses socialmente relevantes” quando necessitem ser defendidos ou analisados na seara judicial. Segundo o jurista, será “socialmente efetivo” o processo “capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”, bem como aquele que “confira aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16).

A mesma premissa que norteou o encaminhamento exposto no capítulo anterior para o princípio do devido processo legal será adotada para a análise do princípio da isonomia e suas possíveis aplicações no processo de recuperação judicial.

Em realidade, por questão meramente metodológica, optou-se pela “separação” do tratamento e análise das relações estabelecidas entre os princípios do devido processo legal e isonomia no processo de recuperação judicial.

No entanto, é cediço que a igualdade está estreitamente vinculada ao devido processo legal, uma vez que o exercício do poder estatal somente se legitima por meio de resultados justos, mediante a observância das regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico e a abertura de efetivas oportunidades de participação que assegurem o tratamento paritário dos sujeitos do processo (“direito ao processo justo”).²¹⁷ O princípio da isonomia detém, portanto, íntima ligação estabelecida com o devido processo legal e contraditório.

Isso se deve à circunstância já mencionada anteriormente de que os princípios processuais, para serem utilizados eficientemente, devem ser tratados como implicitamente integrantes de uma mesma corrente.²¹⁸ A maior prova disso é que o princípio do contraditório poderia ter sido abordado tanto no presente capítulo destinado à análise do princípio da isonomia,²¹⁹ quanto no anterior, como metodologicamente o foi (**item 7**).

A partir dessa lógica constatação, tem-se que a tarefa do intérprete consciente não parte da necessária “segregação” de um princípio em detrimento do outro. Ao contrário, diante da nítida vantagem institucional dos princípios em relação às regras,²²⁰ cabe ao operador do direito adequadamente medi-los e coordená-los (proporcionalidade).²²¹

---

²¹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 138-139.

²¹⁸Segundo doutrina de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, a conjugação de princípios contribui para formar um todo dotado de coerência teleológica, de modo que “o pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir-se um propósito às normas” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 291).

²¹⁹Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 99; GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 182; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, cit., p. 104.

²²⁰Ainda segundo a feliz abordagem de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON sobre a relação estabelecida entre princípios e regras: “Os princípios devem ser utilizados como critério superior de interpretação das demais normas, orientando sua aplicação no caso concreto”. E conclui: “Entre os princípios não se admite antinomia jurídica, ou seja, não é possível a extirpação de um deles do sistema. Quando duas normas jurídicas estão em confronto, uma delas é simplesmente excluída do ordenamento jurídico. No entanto, quando dois princípios estão em conflito nenhum deles é expulso do sistema. Na realidade, há uma conjugação dos objetivos neles contidos ou, quando isso não for possível, a escolha do princípio prevalente no caso concreto” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, cit., p. 93-94). Cf. ainda a sempre pertinente lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA a respeito do tema, identificando

Em realidade, não se desconsidera o entendimento daqueles que afirmam que o princípio da proporcionalidade não serviria a esse fundamental propósito de “otimização dos princípios”, especialmente no Brasil, por meio do qual estaria sendo indevidamente utilizado como instrumento para a tomada de decisões “arbitrárias” pelo Poder Judiciário. Em outras palavras: por meio da proporcionalidade decidir-se-ia contra ou a favor de uma medida desconsiderando todo o ordenamento jurídico. Como se isso não bastasse, “justificar-se-ia” a tomada da decisão com base no “senso comum” porque a medida revelar-se-ia “desproporcional” ou “proporcional”, conforme o interesse particular do julgador.²²²

Ocorre que com esse empírico entendimento não se pode concordar.

Em primeiro lugar porque a adequada aplicação do princípio da proporcionalidade demanda o pleno atendimento do dever de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX),²²³ consagrando inclusive o novo perfil da atividade jurisdicional a ser desempenhada pelo magistrado.²²⁴

---

os princípios como as normas mais importantes do ordenamento jurídico (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44).

²²¹Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 31, 2002; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *cit.*, p. 175-179.

²²²Cf. LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Direitos fundamentais*, 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 23 set. 2009. p. 2.

²²³Sobre o dever de motivação dos atos judiciais, explica JOSÉ FREDERICO MARQUES que a motivação constitui operação delicada, na qual o magistrado estabelece as premissas da decisão, após exame das alegações relevantes que as partes formularam e o enquadramento do litígio nas normas aplicáveis (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1, p. 395). Outra não é a ótica de MOACYR AMARAL SANTOS, deixando estampado que a sentença se traduz em um ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Por isso, fala-se que a motivação da decisão redunde de exigência de ordem pública (SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo; Saraiva, 2002. v. 1, p. 434). De mais a mais, como afirmado por SÉRGIO NOJIRI, não se concebe mais o dever de motivar como uma necessidade unicamente do processo, de ordem puramente instrumental como forma de limitação ao arbítrio do juiz (NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 31-32). A motivação, além da função endoprocessual, tem grande relevo fora do processo. A fundamentação das decisões judiciais advém como consequência natural do Estado democrático de Direito, o qual exige a participação da soberania popular, dando condições ao povo de fiscalizar os atos decisórios. Assim, dentre os destinatários da motivação se encontra a opinião pública. Nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI assevera que ao ser erigido como regramento de natureza constitucional, mais do que requisito de ordem lógica, o dever de motivar as sentenças emerge como um imperativo do próprio sistema de composição da lide (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 9-11). Dentro desse contexto, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER acentua categoricamente que entre os vícios da sentença, um dos mais graves diz respeito à ausência ou deficiente fundamentação. Até mesmo porque, fundamentação deficiente, em rigor, não é fundamentação (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 257). A esse respeito, na doutrina brasileira, a posição dominante é também aquela que sustenta que a falta de motivação acarreta a nulidade da sentença, eis que, sem a motivação, a decisão não atingiria a finalidade de compor a lide com

Em segundo lugar, porque uma vez firmada a premissa de que os princípios constituem mandamentos de otimização e, por conta disso, devem ser realizados na maior medida possível (sem sacrifícios desnecessários ou injustificados),²²⁵ impõe-se a observância da regra de precedência e subsidiariedade estabelecida entre os três (3) elementos da máxima da proporcionalidade (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* - **item 6**), como forma adicional de se garantir segurança jurídica ao cidadão.²²⁶

Até mesmo porque atingir essa “certeza” se mostraria duplamente inovador e impossível, principalmente quando se trata da tutela de interesses, direitos e necessidades das pessoas, à luz de pontos de vista geralmente tão antagônicos, tal qual ocorre no processo recuperacional.

Cabe ao sistema e aos seus intérpretes, portanto, realizar escolhas fundamentadas e baseadas na dedicada análise da situação fática em conjunto com as regras, princípios e garantias disponibilizadas pelo ordenamento jurídico. De mais a mais, não se pode negar o

---

justiça. Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “é exatamente fundamentando suficientemente seu pronunciamento final que o magistrado demonstra que suas conclusões não são fruto de arbítrio, permitindo às partes (no processo, e, fora do processo, à opinião pública), conhecerem as razões pelas quais a pretensão foi acolhida ou rejeitada e, assim, serem persuadidas a aporem sua crítica, o que resulta em maior confiança na função jurisdicional” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, cit., p. 83).

²²⁴O novo perfil da atividade jurisdicional do magistrado no processo de recuperação judicial será detidamente tratado nos itens 14 a 18 do presente trabalho.

²²⁵Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 48.

²²⁶“De existir un procedimiento decisório intersubjetivo y obligatorio en materia de preguntas normativas, tendría éste que preferirse a la ponderación. Pero un ‘mejor’ procedimiento con estas características no existe y tampoco esta a la vista. En estas circunstancias, es preferible el procedimiento relativamente mejor, y este es precisamente el concepto de la ponderación” (BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Trad. Rodolfo Arango. *Revista Española de derecho Constitucional*, Madrid, n. 59, a. 20, 2000, p. 46. Ao contrário do que sustenta RONALD DWORKIN, não há apenas uma resposta correta a uma questão normativa (DWORKIN, Ronald. No right answer? *New York University Law Review*, New York, v. 53, p. 3, 1978). Conforme lição de ROBERT ALEXY, a “natureza do direito constitucional permite somente escalões relativamente rudes dos pesos que se encontram em jogo na ponderação. Isso leva a numerosos empates de ponderação e, com isso, numerosos espaços de ponderação” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83). Inspirado nas lições de ALEXY, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA afirma que tais “espaços de ponderação” representam justamente um dos motivos pelos quais ao legislador seria atribuída certa margem de manobra e de decisão (faculdade que poderia ser estendida ao julgador), não podendo ser considerado mero “executor” da Constituição da República. Senão vejamos: “se a teoria dos princípios não defende que para todos os problemas envolvendo direitos há uma única resposta correta e, mais do que isso, que não é possível encontrar as respostas a todos os problemas na própria constituição, pois ela e os direitos fundamentais nela consagrados deixam ‘espaços abertos’, que serão preenchidos, em primeira linha, pelo legislador” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particularidades*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123).

caráter *axiológico* dos princípios, uma vez que a forma de interpretá-los evolui com o tempo e os valores vigentes na sociedade.²²⁷

Essa questão pode ser facilmente observada no dia a dia forense em matéria de recuperação judicial, já que uma medida que foi considerada adequada em determinado caso, tempo e lugar, pode simplesmente não se amoldar às circunstâncias de caso similar subsequente. Tudo isso por meio da atribuição de diferente interpretação e, conseqüentemente, diferente aplicação do mesmo instrumento, ainda que baseado em idêntico princípio.²²⁸

Acredita-se, portanto, que a partir da revisitação conceitual e funcional do princípio da isonomia (e de todas as ferramentas que ele disponibiliza aos seus intérpretes), os sujeitos do processo da recuperação judicial encontrarão meios até mesmo para superar, em casos excepcionais, verdadeiros “dogmas”, tais como o *par condicio creditorum* em

---

²²⁷ Importante exemplo disso pode ser constatado da hodierna interpretação do princípio/garantia do acesso à justiça e a necessária “coletivização” dos processos e da Justiça. Nesse sentido, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON já apontava em 1999 os caminhos que a sociedade brasileira tende a definitivamente adotar em breve com a provável promulgação do Novo Código de Processo Civil, cujos Projetos encontram-se em trâmite no Congresso Nacional (Senado Federal - Projeto de Lei n. 166/2010; Câmara dos Deputados - Projeto de lei n. 8.046/2010). Trata-se do importante tema da “coletivização da tutela jurisdicional” (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*, cit., p. 94-95). Aliás, dentro desse contexto de defesa de um processo coletivo, a dedicação da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER deve ser reconhecida (até mesmo porque permeia até hoje seus estudos). Em realidade, ao lado de KAZUO WATANABE, são considerados os principais responsáveis pelo desenvolvimento de uma Teoria da Tutela Coletiva em nosso país. Cf. nesse sentido: WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

²²⁸ Isso se assemelha ao que deve acontecer com os planos de recuperação apresentados em juízo e a impossibilidade de adoção de fórmulas “pré-determinadas”, como se o plano de recuperação pudesse ser considerado um “produto” a ser inserido em um “cardápio” pelos profissionais que militam no direito falimentar e de recuperação de empresas. Justamente por isso que não podem ser aceitos planos “pró-forma” ou “padronizados”, no mais das vezes incoerentes, inconsistentes e inexecutáveis. Infelizmente, no início da vigência da Lei de Recuperação e Falências, víamos com indesejada frequência a aprovação de supostos “planos de recuperação” em assembleia geral de credores que simplesmente desconsideravam a exigência da “demonstração de sua viabilidade econômica” (LRF, art. 53, inc. II). Tais “planos” sequer apresentavam uma única informação sobre o faturamento ou fluxo de caixa da empresa em recuperação. Não localizávamos informações objetivas acerca do desempenho passado ou projeção de faturamento futuro. No mais das vezes, limitavam-se a descrever uma história recente “triste” e um passado “glorioso”. Desconsiderando os variados e exemplificativos meios de recuperação dispostos no art. 50 da lei, limitavam-se a apresentar a moratória como a solução para todos os males. Tudo isso como se o instituto da concordata preventiva ainda estivesse em vigor e o conseqüente “favor legal” se mostrasse suficiente para superação da crise da empresa. Em geral, propunham mera “proposta de renegociação de dívidas”, estabelecendo um prazo de carência e a dilatação do prazo para pagamento em parcelas anuais “a perder de vista”, dependendo do volume da dívida. Os mais “corajosos”, desconsiderando o risco da não aprovação e conseqüente decretação da falência, propunham o “deságio” da dívida, com a incidência (ou não) de juros e correção monetária. Nesse sentido, pertinente a afirmação de ARISTIDES MALHEIROS ao pontuar que “cada empresa tem suas peculiaridades. Não há uma receita única para a solução dos problemas específicos, que devem ser tratados caso a caso. Portanto, cada plano tem suas peculiaridades e sua elaboração não está adstrita a uma determinada fórmula” (MALHEIROS, Aristides. *Plano de recuperação – isso funciona?* *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, p. 23, 2009).

sua literal e desvirtuada interpretação (**itens 15 e 17**),²²⁹ a qual muitas vezes chega a inviabilizar a eficiência do processo.

E o pior. Em certos casos, a interpretação literal da regra pode até mesmo inviabilizar a recuperação de empresas economicamente viáveis, o que revelaria a mais completa inadequação do instituto aos seus objetivos, na medida em que todos os valores sociais e os interesses econômicos restariam definitivamente perdidos (**item 13**).

Para se evitar esse grave quadro, o intérprete deve tomar consciência de que os princípios constitucionais disponibilizados pelo sistema, especialmente os princípios da isonomia, devido processo legal e função social da empresa, não vedam o tratamento que se revele ao mesmo tempo especial e paritário, a ser excepcionalmente atribuído a determinados credores. Muito pelo contrário. Coíbem apenas aqueles que se revelarem injustificáveis à luz do caso concreto.

Em realidade, demonstrar-se-á que o equívoco do intérprete muitas vezes reside na confusão de conceitos estabelecida no confronto entre a adequada regra do tratamento paritário (equilibrado) dos credores, disposta na Lei de Recuperação e Falências e a interpretação desvirtuada da imposição de um suposto “tratamento igual” dos credores, em um desgastado sentido meramente formal do princípio da isonomia (identidade de direitos).²³⁰

---

²²⁹Em realidade, diante da situação de adversidade econômica por que passa a empresa em crise ou falida, a Lei de Recuperação e Falências procura implementar o caráter isonômico do princípio da “*par conditio creditorum*”, segundo o qual todos os credores que concorrem nos processos de recuperação e falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram. Ao tratar especificamente da classificação dos créditos no processo de falência, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR apresenta, em breves palavras, o verdadeiro significado da regra do “*par conditio creditorum*” e do tratamento paritário que deve ser garantido no processo: “Ao se estabelecer, através da norma, os parâmetros para satisfação dos créditos, pretende-se aumentar a eficiência do ativo para quitação dos débitos, além de eliminar a discricionariedade do insolvente e, por consequência, seu poder de ingerência sobre o interesse dos credores, ao mesmo tempo em que se lhes garante um tratamento paritário (*par conditio creditorum*)”. E completa com a proficiência que lhe é pertinente: “O tratamento privilegiado de certos credores, obviamente, não pode basear-se em aspectos pessoais, mas sim em critérios abstratos ligados à natureza dos créditos, sob pena de expressa violação da *par conditio creditorum*. Daí porque a natureza dos créditos não se altera em função da declaração da falência, ou mesmo da sua classificação. O que muda é a forma de exercício dos direitos decorrentes do crédito. A diferenciação de tratamento através dos privilégios tem sua razão de ser na necessidade de se prover o equilíbrio dos interesses em jogo no procedimento concursal. Com efeito, os credores sujeitos aos efeitos da falência e da recuperação não representam um grupo homogêneo. São diversas as peculiaridades de seus interesses, suas carências e seu grau de ingerência na constituição do crédito. Da mesma forma, sua não satisfação pode acarretar consequências proporcional e subjetivamente diversas, com diferentes reflexos, inclusive sociais”. (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao art. 83 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 354-356).

²³⁰“O tratamento paritário dos credores pode ser visto como uma forma de o direito tutelar o crédito, possibilitando que melhor desempenhe sua função na economia e na sociedade. Os agentes econômicos sentem-se menos inseguros em conceder o crédito, entre outros elementos porque podem contar com esse tratamento parificado, na hipótese de vir o devedor a encontrar-se numa situação patrimonial que o impeça

12. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Para o encaminhamento que se pretende adotar na presente tese, não satisfaz a ideia de isonomia fundada exclusivamente na igualdade formal, por meio da qual os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.²³¹

Do mesmo modo, por se mostrar dissonante dos valores por ela atualmente abrangidos, a antiga máxima de **Aristóteles** no sentido de que a igualdade traduz-se-ia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade não revela o exato conteúdo do princípio.²³²

Dentro desse contexto, como bem ressaltado por **Paulo Henrique dos Santos Lucon**, “a paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo”.²³³

O direito da igualdade integra o rol de direitos fundamentais internacionais. Não obstante a evolução experimentada pelo princípio na Carta Magna da Inglaterra (ano 1.215) ou com a edição da Declaração de Direitos da Virgínia (ano 1.776), certo é que o maior acontecimento histórico com relação à igualdade na área jurídica ocorreu em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²³⁴

Ulteriormente, seja por sua inclusão no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ou no art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 1992), ocorreu interessante mescla entre a tradição europeia de

---

de honrar, totalmente, seus compromissos. Claro que os credores negociais, isto é, aqueles que têm condições de negociar com considerável margem de liberdade, o valor de seus créditos (p. ex., banco, importadores e fornecedores atacadistas), preservam-se de modo mais eficiente contra a insolvência do devedor através de taxas de risco embutidas nos preços que praticam (conhecidas por *spread*). Essas taxas são definidas pelo mercado, e um dos fatores que podem influir em sua variação é o grau de eficiência do direito falimentar – e da máquina judiciária que o implementa – em assegurar tratamento equilibrado aos credores” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. cit. v. 3, p. 227).

²³¹Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 426.

²³²Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10-11.

²³³Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, cit., p. 97.

²³⁴Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 75-76, 1993.

enunciar o princípio mediante a expressão “perante a lei” e a fórmula norte-americana da “equal protection”.²³⁵

Para o contexto do processo de recuperação judicial, o bom aproveitamento dos instrumentos disponibilizados pelo princípio da isonomia parte da necessária separação conceitual entre a *igualdade jurídica* e a *igualdade fática*. Enquanto a primeira ordena que os fatos iguais devem receber a mesma normatização (preocupando-se fundamentalmente com a execução do ato), a *igualdade fática* aponta a isonomia nos resultados do ato (focando portanto as suas consequências).²³⁶

Referida separação conceitual (apesar de indissociáveis à plena compreensão conceitual do princípio) se justifica a partir do momento em que se constata que respaldado apenas em uma igualdade perante a lei, não se alcançará o desejado tratamento “justo” do cidadão (CF, art. 3º, inc. I), à luz da multiplicidade dos conflitos havidos no cotidiano.

Configura-se, assim, um sistema que prima pelo tratamento jurídico igual. No entanto, pode ser afastado nos casos em que haja fundamentos razoáveis para a adoção de tratamento jurídico desigual, desde que calcado em outros adequados princípios constitucionais. Trata-se de excepcional assimetria entre o tratamento jurídico igual, que é exigido como regra, e o tratamento jurídico desigual, que se mostra possível apenas em determinados casos.²³⁷

Para os dilemas que o processo de recuperação impõe aos sujeitos do processo, não resta alternativa ao intérprete senão recorrer ao método de análise do princípio da isonomia segundo o qual o tratamento igual se impõe, desde que não incidam razões suficientes para o tratamento desigual.

Tais razões, a nosso ver, poderão ser encontradas por meio da utilização dos vetores sinalizados pelos princípios da função social da empresa, contraditório, proporcionalidade

---

²³⁵Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., p. 31-32; CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 16.

²³⁶Segundo lição de MARTIN BOROWSKI, o “princípio geral da igualdade” somente pode ser corretamente compreendido a partir dos conceitos dos princípios de igualdade fática e jurídica juntos. Senão vejamos: “El principio general de igualdad se entiende en el sentido de la igualdad jurídica, cuando la igualdad de trato ordenada constitucionalmente se comprende como relativa al acto. Esto significa que la igualdad ordena un tratamiento similar en la ejecución de un mismo acto”. Em complementação, o princípio da igualdade fática “es relativa a las consecuencias. Este tipo de igualdad apunta a la igualdad en el resultado. Si existen diferencias naturales o sociales entre las personas cuyas situaciones deben ser reguladas, para producir un igualdad fáctica es necesario que exista un trato jurídico desigual” (Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., p. 29-30).

²³⁷ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 411.

e motivação das decisões judiciais, desde que o *ônus argumentativo* sempre recaia sobre a hipótese excepcional de tratamento desigual.²³⁸

Nesse caso, aplicam-se perfeitamente as regras da denominada “lei de colisão” idealizada por **Robert Alexy**, por meio da qual estabelece-se uma relação condicionada de precedência de um princípio sobre outro à luz do “caso concreto”.²³⁹

De mais a mais, a fim de se afastarem as balizadas críticas quanto à insegurança jurídica que a aplicação indiscriminada desse importante instrumento poderia causar, deve ser destacado que serão excepcionais as soluções sopesadas pelo Poder Judiciário, na medida em que, na maioria dos casos, a solução já terá sido estabelecida pelo constituinte, pelo legislador infraconstitucional ou pelas decisões reiteradas dos tribunais.²⁴⁰

Ademais, conforme será pormenorizadamente demonstrado no presente trabalho, verifica-se espaço para a aplicação equilibrada e razoável de princípios do direito comparado no processo de recuperação brasileiro, entre eles o *best-interest-of-creditors*, o *unfair discrimination* e o *fair and equitable* (**itens 17 e 18**).²⁴¹

---

²³⁸ Cf. CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 26.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 102. Sobre o correto emprego do termo “caso concreto” e suas possíveis aplicações, seja ela relacionada à decisão de um caso específico por parte do Poder Judiciário, seja a uma decisão do legislador acerca da colisão entre direitos fundamentais, vale a pena conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 40, 2006.

²⁴⁰ Para corroborar esse posicionamento, Joaquim José Gomes Canotilho costumava empregar terminologia no sentido de que a “concretização” é mais legislativa que judicial (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., cit., p. 1.183). Cf. ainda: CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 38. E o papel da jurisprudência no exercício do mencionado sopesamento de princípios é fundamental, conforme pode ser verificado pela análise de importante precedente relacionado à recuperação judicial brasileira oriundo do Col. Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual se atribuiu importante valoração do princípio da função social da empresa no confronto estabelecido entre os divergentes escopos da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho no caso em análise: “1. A execução individual trabalhista e a recuperação judicial apresentam nítida incompatibilidade concreta, porque uma não pode ser executada sem prejuízo da outra. 2. A novel legislação busca a preservação da sociedade empresária e a manutenção da atividade econômica, em benefício da função social da empresa. 3. A aparente clareza do art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei 11.101/05 esconde uma questão de ordem prática: a incompatibilidade entre as várias execuções individuais e o cumprimento do plano de recuperação. 4. A Lei nº 11.101, de 2005, não terá operacionalidade alguma se sua aplicação puder ser partilhada por juízes de direito e por juízes do trabalho (CC 61.272/RJ, Segunda Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 25.06.07). 5. Conflito parcialmente conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo” (STJ, CC 73380-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 28.11.2007).

²⁴¹ Em realidade, o princípio da isonomia na recuperação judicial deve ser analisado também à luz dos princípios informadores do *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable* do direito comparado, por meio do qual não se admite a injusta discriminação entre os credores. Através desses princípios, o juiz somente poderá confirmar a aprovação do plano de recuperação, superando excepcionalmente a vontade do devedor, de credor ou de classe de credores, desde que: (i) todos os credores das classes que o aprovaram receberem na recuperação valor igual ou superior ao que receberiam em caso de falência (*best-interest-of-creditors*), bem como não se verifique qualquer discriminação entre credores integrantes da mesma classe ou com créditos da mesma natureza, (ii) seja nas relações horizontais

Tudo isso de modo a propiciar aos sujeitos do processo, especialmente o juiz, o controle e a excepcional intervenção jurisdicional na superação da vontade manifestada por um credor, por uma classe de credores ou devedor na assembleia geral de credores. A pontual e eventual aplicação desses princípios leva em conta a necessidade de a obtenção da *comunhão de interesses* dar-se mediante a aplicação de regras e princípios que não se atentem somente à mera obtenção dos quóruns de votação estabelecidos em lei, tal qual parece ter sido a opção inicial do legislador brasileiro.²⁴²

E o mais importante. Pelo fato de tais princípios serem conhecidos e amplamente utilizados pelos seus intérpretes, além de infirmarem qualquer sensação de insegurança por ocasião de sua aplicação, garantem a tão almejada eficiência alocativa do capital desejada pelo mercado. Isso porque o mercado, assim como qualquer outra instituição jurídica, necessita de comportamentos previsíveis para cumprir os seus objetivos, na medida em que o risco da atividade empresarial deve residir na jogada do agente e não nas “regras do jogo”.²⁴³

Cabe à doutrina nacional, portanto, o importante papel de fomentar a introdução no sistema recuperacional brasileiro de instrumentos que garantam a eficiência do processo e da empresa, ao mesmo tempo em que diminuam a sensação de “insegurança jurídica” ao se deparar com decisões que pontualmente reintroduzem o magistrado como figura central na recuperação judicial.²⁴⁴

---

estabelecidas dentro da própria classe de credores (*unfair discrimination*), (iii) seja nas relações verticais estabelecidas entre as diversas classes (*fair and equitable*). Sobre o tema, EDUARDO SECCHI MUNHOZ anota com propriedade que, embora adotando alguns critérios diferentes à luz da necessidade de adaptação às regras locais de cada País, tais princípios são encontrados e amplamente aplicados pela legislação, doutrina e jurisprudência americana, alemã e portuguesa. Apesar de originalmente aplicáveis somente aos casos em que não foram atingidos os quóruns prioritariamente eleitos pela lei (aplicável, portanto, às hipóteses de “cram down”), a grande vantagem da aplicação desses princípios residiria na possibilidade de se alcançar a efetiva “realização da função pública do direito falimentar”, afastando-se a pernóstica regra adotada pelo “cram down” da lei brasileira (LRF, art. 58, parágrafo 1º), pela qual praticamente se estabelece um “quórum alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45”. Tudo isso em detrimento da adequada observância de princípios amplamente utilizados no direito comparado e que se revelam capazes de traduzir a plena interpretação e aplicação do princípio da isonomia no processo de recuperação judicial. Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 285-286.

²⁴²Cf. BATISTA, Carolina S. J.; CAMPANA FILHO, Paulo F.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, Sheila C. N. A prevalência da vontade da assembléia geral de credores em questão: o *cramdown* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 143, p. 98-207, 2006; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 194-197.

²⁴³VASCONCELOS, Ronaldo. Nova disciplina jurídica das empresas em crise: análise do direito falimentar e de recuperação de empresas à luz do movimento de “Law & Economics”, cit., p. 268.

²⁴⁴Senão vejamos a pioneira manifestação de EDUARDO SECCHI MUNHOZ nesse sentido: “Nesse contexto, cabe à doutrina o importante papel de completar as lacunas e contribuir para a interpretação da nova lei

A colisão de princípios é tão marcante que o próprio princípio da isonomia é marcado por um “paradoxo” interno estabelecido entre a igualdade jurídica e fática.²⁴⁵ Não obstante o fato de os princípios da igualdade jurídica e fática poderem colidir entre si em determinadas situações, mais consentânea com o escopo aglutinador e convergente defendido no presente trabalho é a posição de **Ronald Dworkin** a respeito, ao afirmar peremptoriamente que “*sem dúvida, não há nada de paradoxal na ideia de que o direito de um indivíduo à igual proteção [da lei] pode às vezes entrar em conflito com uma política social desejável sob outros aspectos, inclusive aquela que tem por objetivo tornar a sociedade mais igual em termos gerais*”.²⁴⁶

Todo esse conteúdo interpretativo do princípio da isonomia se mostra muito marcante, especialmente no processo de recuperação judicial, na medida em que os valores e benefícios sociais que a superação da crise da empresa podem propiciar autorizam a excepcionalidade da implementação de algumas medidas, desde que ao final do processo haja mais ganhadores do que perdedores.²⁴⁷

Falimentar, sobretudo no que diz respeito à fixação dos princípios que devem nortear a manifestação de vontade do devedor e dos credores no processo de recuperação judicial e, por consequência, que guiarão a intervenção jurisdicional para corrigir eventuais desvios. Para tanto, seria fundamental e útil ao aperfeiçoamento do sistema o estudo de princípios como *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*, hauridos do direito comparado, sempre, porém, com a preocupação de adaptá-los e modificá-los em função da realidade econômica e social brasileira. Somente dessa forma será possível superar falsos dualismos e buscar um caminho que reconheça o importante papel do Estado-juiz na busca de soluções coerentes com o interesse público na recuperação da empresa, mas que não deixe de atribuir papel ativo aos participantes da vida econômica (devedor, trabalhadores e credores) na definição dessas soluções” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 199).

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 59.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 349.

²⁴⁷ Como não poderia deixar de ser, diante da liderança exercida em relação aos demais Tribunais de Justiça da Federação, vale a pena destacar outro importante julgado emanado pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, corroborando os vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa na adequada análise de confronto estabelecido entre o princípio da preservação da empresa (função social) e regras do procedimento da recuperação judicial. Senão vejamos: “*Agravo de Instrumento. Plano da Recuperação Judicial rejeitado pela Assembléia-Geral. Pretensão deduzida por credor no sentido de ser decretada a falência da devedora, com base nos artigos 56, par. 4 e 73, inciso III, ambos, da LRF. Soberania das deliberações da Assembléia-Geral de Credores. Decisão que concede prazo para a apresentação de plano alternativo a ser submetido aos credores. Na aplicação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5, LICC). O Juiz não é mero chancela dor ou homologa dor das deliberações assembleares, devendo examiná-las sob a óptica do princípio constitucional da função social da empresa que, por isso, deve ser preservada. A preservação da empresa é o maior princípio da Lei n 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 de que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o Juiz deve dar prevalência ao princípio. Agravo desprovido*” (TJ-SP, Câmara Especial, AI n. 461.740-4/4-00, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 10.10.2010, v.g.).

Até mesmo porque deve-se buscar, sempre que possível a sua implementação, a tão desejada máxima cooperativa do “ganha-ganha” entre os sujeitos do processo.²⁴⁸

Tudo isso, logicamente, desde que amparado pelo efetivo diálogo entre os sujeitos do processo (contraditório, com a possível implementação da mediação e ferramentas de governança corporativa), bem como pela firme direção apontada pelo princípio da função social da empresa à luz do regime da comunhão de interesses estabelecido na recuperação judicial (**itens 7, 8, 9, 13 e 14**).

De mais a mais, acreditamos que a aferição objetiva dos conflitos principiológicos eventualmente estabelecidos no processo de recuperação judicial poderá ser superada pela efetiva aplicação dos princípios da proporcionalidade e da motivação dos atos jurisdicionais, já que para o princípio da isonomia deter algum conteúdo não se pode permitir toda e qualquer diferenciação.

Pelo fato de o *ônus argumentativo* dever recair sobre os ombros daquele que pretende imprimir o tratamento diferenciado, perfeitamente adequada ao presente contexto a célebre frase de **Isaiah Berlin** quando afirma que “*o pressuposto é que a igualdade não necessita de razões, só a desigualdade faz isso*” (tradução livre).²⁴⁹

Portanto, ao mesmo tempo em que o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal determina a fórmula clássica que todos os homens são iguais perante a lei, em nenhuma passagem proíbe a excepcionalidade do tratamento diferenciado.²⁵⁰

Ou seja, de acordo com a própria Constituição Federal, diferenciações são permitidas, desde que para elas existam fundamentos razoáveis e devidamente fundamentados. Acreditamos que a Lei de Recuperação e Falências deve ser interpretada à luz do mesmo pressuposto.²⁵¹

---

²⁴⁸Cf. DUZERT, Yann. *Manual de negociações complexas*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 36.

²⁴⁹Extraída do seguinte trecho “the assumption is that equality needs no reason, only inequality does so”. E complementa: “no reason need be give for not withholding them i.e., for an equal distribution of benefits – for that is ‘natural’ – selevidently right and just, and needs no justification, since it is in some sense conceived as being self-justified” (BERLIN, Isaiah. *Equality. Proceedings of the Aristotelian Society*, London, New Series, v. 56, p. 304-305, 1955/1956).

²⁵⁰Cf. CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 40-42.

²⁵¹As únicas normas que vedam peremptoriamente a atribuição de tratamento diferenciado na recuperação judicial são encontradas nos seguintes artigos: (i) LRF, art. 56, parágrafo 3º (“o plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”) e (ii) LRF, art. 58, parágrafo 2º (“a recuperação somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”).

Partindo dessa premissa, pergunta-se: Por qual motivo a moderna percepção do princípio da isonomia não poderia ser estendida à aplicação em casos excepcionais havidos no contexto da Lei de Recuperação e Falências? É o que será pormenorizadamente tratado nos itens a seguir.

13. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: VETOR PARA A IGUALDADE SUBSTANCIAL

Como cediço, a Constituição Federal estatuiu que a propriedade atenderá a sua função social (CF, art. 5º, inc. XXIII). Ao mesmo tempo, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estabeleceu como um dos princípios gerais da atividade econômica a função social da propriedade (CF, art. 170, inc. III), aplicando-se o mesmo princípio ao estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista (CF, art. 173, parágrafo 1º, inc. I).

Reafirmando a ideia de Estado Social, diversos dispositivos constitucionais apontam para o fomento da solidariedade, livre iniciativa e dignidade da pessoa humana como atributos essenciais para o desenvolvimento da sociedade brasileira (CF, art. 1º, incs. III e IV e art. 3º, inc. I).²⁵²

Sob a ótica infraconstitucional, a ideia da “utilidade do instituto na sociedade” como designadora do conceito de função social se faz presente em diversos e variados textos legais.²⁵³ O Código Civil, por exemplo, regula a função social estabelecendo que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (CC, art. 421).²⁵⁴

---

²⁵²Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 204-207.

²⁵³A esse respeito, FÁBIO KONDER COMPARATO ensina que o termo função social está relacionado ao poder-dever do proprietário de vincular o objeto da propriedade à persecução de interesses coletivos e não de seus próprios, infirmo a teoria defendida por alguns no sentido de que a “função social da propriedade” traduziria “limitação” ao direito da propriedade. Em realidade, atribui-se ao titular de um determinado direito o poder-dever de utilizá-lo mediante a promoção de benefícios ao todo social. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 75-76, 1986; Id. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, p. 38-46, 1996. No mesmo sentido: Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, cit., p. 210.

²⁵⁴Considerando a importância do instituto contrato para o mercado e para a sociedade, tendo em vista que assegura a circulação de riquezas e a consecução da atividade econômica, é certo que à luz desse importante dispositivo legal (CC, art. 421), a propriedade e a atividade econômica organizada (empresa) devem ser exercidas atendendo a sua função social. Cf. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O*

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal em 1988, na qual a função social teria sido (em tese) prevista como forma de limitação ao direito de propriedade,²⁵⁵ mostra-se admirável que o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro tenha ocorrido de forma equilibrada (apesar de incompleta conceitualmente).²⁵⁶

A maior prova desse equilíbrio se dá com a análise do Estatuto da Terra (lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964), por meio do qual limitou-se o direito de propriedade, condicionando-o a uma função social, ao mesmo tempo em que se afastou de uma tentação totalitária,²⁵⁷ garantindo a segurança do cidadão contra o Estado por meio do

---

Estado, a empresa e o contrato, cit., p. 24 e ss.; Id. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 250.

²⁵⁵A conceituação da função social da propriedade foi introduzida no condicional porque, conforme balizado posicionamento de GILBERTO BERCOVICI, a função social deve ser encarada como “fundamento, razão e justificação da propriedade” e não limitação, corroborando assim a posição de Fábio Konder Comparato (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 147). Em realidade, o conceito de “função social” como forma de limitação à propriedade surgiu entre o final do século XIX e o início do século XX no “Funcionalismo”, uma das três principais correntes da Sociologia, na obra do francês ÉMILE DURKHEIM. Para o funcionalismo, a sociedade é com um organismo vivo: cada órgão ou ente exerce uma função que lhe é própria, mas que gera consequências sobre todos os outros. Nascido na Sociologia, o funcionalismo logo foi apropriado por outras ciências sociais, dentre as quais o Direito. A ideia de relativizar o direito de propriedade havia ganhado espaço com a crítica marxista do Século XIX, inclusive perante aqueles que acreditavam que seu enfraquecimento poderia ser uma forma de impedir sua abolição. Estabelecer que o direito de propriedade devesse servir não apenas ao proprietário, mas à sociedade como um todo (“limitando-o”), parecia então ser uma forma adequada de operar esta suavização. Nesse sentido, confira-se: LENIN, Vladimir Ilitch. *Esquerdismo: doença infantil do comunismo*. São Paulo: Global, 1989; MELLO FRANCO, Vera Helena. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 96, p. 125, mar. 2008.

²⁵⁶Se por um lado a “função social” poderia (em tese) se apresentar como um limite à propriedade, a verdade é que não se sabia em que local tal limite havia sido colocado. Evidentemente, a função social era um conceito jurídico indeterminado, pois a função de determinado instituto na sociedade muda conforme a concepção política que se faz desta. Identificando o problema de que o conceito jurídico indeterminado é preenchido primordialmente pela ideologia, o filósofo austríaco FRIEDRICH AUGUST HAYEK alertou para o fato de o adjetivo “social” poder ser utilizado no Direito como cláusula aberta para legitimar o exercício arbitrário do poder do estado sobre os indivíduos, assim como apontava ocorrer em países fascistas e comunistas. Segundo ele, uma empresa, por exemplo, tem funções absolutamente distintas conforme uma óptica capitalista, socialista ou fascista. De forma reducionista, tem-se que: (i) para o *capitalista*, o papel da empresa na sociedade é perseguir seus objetivos sociais, ou seja, gerar lucros por meio de determinada atividade econômica, pagando salários que serão utilizados em novas transações comerciais; (ii) para o *socialista*, a função da “empresa socialista” seria atender aos interesses de seus trabalhadores (vítimas da pernóstica regra da “mais valia”) e dos membros da sociedade que dela necessitassem; (iii) a função da empresa fascista, por sua vez, seria atender aos “interesses nacionais” daquela sociedade totalitária, interesses esses que poderiam ser completamente diversos daqueles dos sócios, administradores e indivíduos. Nesse sentido, vale a pena conferir: HAYEK, Friedrich August. *Law, legislation and liberty: the mirage of social justice*. Chicago: University of Chicago Press, 1978; Id. *The road to serfdom*. London: Routledge Classics, 2001.

²⁵⁷Talvez ainda mais surpreendente seja observar que esta lei tenha sido promulgada na aurora do regime militar, menos de oito meses após a revolução de março de 1964.

estabelecimento de requisitos mínimos para esse exercício (Estatuto da Terra, art. 2º, §1º).²⁵⁸

Apesar de não honrar as melhores tradições legislativas brasileiras por ter sido “fruto de elaboração de gabinete” refletindo o regime autoritário inaugurado em 1964, a Lei das Sociedades por Ações promulgada em 1976 (lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976) inseriu a *função social* como forma de garantir a proteção do interesse coletivo, impondo deveres e responsabilidades ao acionista controlador.²⁵⁹ Tudo isso para fomentar a consecução do objeto e função social da empresa, diante do impacto que a conduta do controlador acarreta aos demais acionistas, aos que nela trabalham, bem como em toda comunidade onde atua (LSA, art. 116, parágrafo único).

No entanto, muito embora a função social da empresa tenha sido prevista em matéria societária pela Lei das Sociedades por Ações, certo é que toda e qualquer atividade empresarial, sob qualquer forma de sociedade, deve pautar-se por esse princípio, afastando-se a ideia individualista da busca do lucro a qualquer custo.

A maior crítica formulada a esse dispositivo societário (assim como sobre todos os demais dispositivos infraconstitucionais acima mencionados) é que embora nele estejam identificados os destinatários da função social da empresa (acionistas, trabalhadores e comunidade), o legislador não se preocupou em explicitar qual seria exatamente essa função e quando ela se consideraria cumprida.²⁶⁰

De fato, é notável que o próprio texto constitucional não traga maiores detalhes sobre qual seria essa função. Ela precisa ser identificada por meio da análise sistemática de outros dispositivos que tratam da liberdade de iniciativa, da dignidade da pessoa humana e

---

²⁵⁸Conforme o art. 2º, §1º, do Estatuto da Terra, a propriedade cumpre sua função social quando, simultaneamente, “a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”.

²⁵⁹Conforme anota MODESTO CARVALHOSA: “Apesar de o caráter autoritário do anteprojeto ter sido atenuado com importantes emendas apresentadas pelo Congresso Nacional, por pressão de diversas entidades de classe, como a ABRASCA e a OAB, instituições de mercado, como a Bolsa de valores de São Paulo, e ainda em razão dos debates públicos que se sucederam, o texto final aprovado, em diversos aspectos, refletiu a involução do sistema político autoritário daquele passado recente, especialmente quanto aos direitos individuais dos acionistas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: comentários aos artigos 1 a 74, cit., v. 1, Introdução à edição de 1997, p. LXIX-LXX).

²⁶⁰CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: arts. 75 a 137. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 475-497.

da justiça social (CF, art. 170, III).²⁶¹ Para a superação dessa suposta dificuldade, impõe-se o preenchimento do conceito por meio dos princípios que a ele se relaciona, ainda que pelos órgãos jurisdicionais. Em realidade, devem ser ponderados e respeitados os interesses gerais da sociedade na atividade empresarial, atuante na circulação do capital e na criação de riquezas.

Certo é que a partir da experiência pioneira da Lei de Sociedades por Ações, o princípio da função social da empresa foi consagrado na Lei de Recuperação e Falências (lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2011), reafirmando assim os interesses diretos dos trabalhadores, credores, devedor e Fazenda Pública na preservação da empresa (LRF, art. 47).

No caso específico da Lei de Recuperação e Falências, não se discute o quão expressivamente essa lei federal ordinária modificou o enfoque do tratamento das empresas em crise,²⁶² dando destaque à preservação das empresas viáveis e prestigiando soluções de índole negocial entre o devedor e seus credores.²⁶³

Não obstante a adoção do princípio da preservação da empresa (LRF, art. 47), não se pode aceitar um mecanismo indiscriminado para manter qualquer atividade econômica. A experiência mostra que a legislação atual, interpretada de maneira desvirtuada, pode viabilizar o indevido ajuizamento de recuperação judicial com vistas à preparação da empresa (e principalmente dos empresários, futuros “falidos”) para um esvaziado processo falimentar.

Até mesmo porque não se pode desconsiderar a influência potencialmente devastadora que os denominados “problemas de agência” podem causar à empresa a partir

---

²⁶¹ Alguns deles, conceitos jurídicos igualmente indeterminados, especialmente a justiça social. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual*: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64.

²⁶² A par das duras críticas formuladas pelo tradicional estudioso FREDERICO AUGUSTO MONTE SIMIONATO, que critica veementemente a nova lei consursal: “A Lei 11.101, de 2005, é lesiva ao crédito. A Lei 11.101, de 2005, tem uma péssima redação. A Lei 11.101, de 2005, abre inúmeros caminhos para a fraude. É lamentável ver o Decreto-lei 7.661, de 1945, sucumbir diante de uma lei tão simplista, tão incauta e tão medíocre. Espero que a Lei 11.101 tenha vida breve, principalmente nos capítulos da habilitação e verificação de créditos e da ação revocatória. O Judiciário deverá fechar porta da fraude desabusada, que pode ocorrer”. Cf. SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 4.

²⁶³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 83; DE LUCCA, Newton. Teoria Geral. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28-32; DE LUCCA, Newton. Nova Lei de Falências. Separata da: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 40, p. 12-15, 2005.

do momento que a crise econômico-financeira demanda o ajuizamento da recuperação judicial.²⁶⁴

A introdução da “Teoria da Agência” no contexto de crise da empresa enriquece a compreensão do fenômeno que incide sobre as decisões da administração, que devem satisfazer agora não apenas os interesses dos sócios, mas também de todos aqueles que contratam com a empresa, muitas vezes em detrimento dela própria.

A denominada “Teoria da Agência” foi apresentada como forma de combater as teses pioneiras defendidas pelos ilustres professores de finanças corporativas **Franco Modigliani** e **Merton H. Miller**, os quais afirmavam peremptoriamente que o valor de mercado das empresas independiam da composição da sua estrutura de capital. Por meio dos avanços importantes à formação da Teoria de Agência, chegou-se a conclusão de que a composição da estrutura de capital da empresa afeta significativamente o valor da empresa no mercado e as formas de se obter financiamento para o desempenho de suas atividades.²⁶⁵ Isso porque, de acordo com o postulado da “teoria da agência”, quanto maior o capital próprio, maior a liberdade de assunção de riscos pelos administradores. Por outro lado, quanto mais endividados, menor liberdade detêm para selecionar projetos de investimento rentáveis, tendo em vista a obrigação de gerar caixa para o pagamento do valor principal e dos juros.

Dentro desse contexto, impõe-se maior controle das atividades do devedor, especialmente em momentos de crise, uma vez que a ausência de monitoramento favorece a tendência de expropriação das riquezas da empresa em benefício dos sócios ou administradores. Daí porque se reafirmam as medidas de governança corporativa no

---

²⁶⁴ Quando nos referimos à “teoria da agência” fazemos referência ao estudo original de MICHAEL JENSEN e WILLIAM MECKLING (Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, p. 305-360, 1976) que visava definir uma forma de alinhar a ação do “agente” que recebe “mandato” por meio de um contrato para agir em nome de outro, nomeado “principal”. Uma vez estabelecido que ambas as partes desejam prioritariamente a maximização dos seus próprios interesses, supõe-se a hipótese de o “agente” agir de forma a buscar prioritariamente os seus objetivos, em detrimento dos interesses do “principal”. O problema fundamental que a teoria da agência coloca, portanto, é o de como alinhar a ação do “agente” aos interesses do “principal”, maximizando os benefícios do contrato. Desse modo, a “teoria da agência” foi introduzida no contexto do presente trabalho como metáfora útil para compreender a dinâmica das relações estabelecidas entre os credores e o devedor, bem como entre o próprio devedor e seus administradores em uma situação de crise econômico-financeira da empresa. Tudo isso gerando diversos e variados custos econômicos, políticos e sociais para todos os envolvidos. Nesse sentido, vale a pena conferir o brilhante estudo elaborado por DEBORAH KIRSCHBAUM que tão bem expõe e explica o tema da teoria da agência: KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 47-49.

²⁶⁵ Para o adequado aprofundamento do tema, vale a pena conferir: KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 51-53; MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. The cost of capital: corporate finance and theory of investment. *American Economic Review*, v. 47, 1958. p. 261-297.

processo de recuperação judicial (**item 9**). Tudo isso em atenção à plena consecução dos valores traçados pelo princípio da função social da empresa.

Talvez por isso que já em 1955 **Tullio Ascarelli** havia anotado a enorme defasagem dos vários institutos reguladores da crise econômica da empresa, na medida em que desconsideravam o enorme ferramental que as ciências econômicas disponibilizavam para a superação da crise.²⁶⁶ No Brasil, certamente influenciados pelo desenvolvimento das ideias de **Ascarelli**, a maioria dos doutrinadores igualmente insistia na necessidade de reforma da lei de regência.²⁶⁷

Além das conhecidas dificuldades para a elaboração de leis regulatórias da crise da empresa, uma vez que elas se desgastam rapidamente com a fraude,²⁶⁸ contemplar efetivos instrumentos que possibilitem a salvação de empresas ou das unidades produtivas em jogo

---

²⁶⁶Conforme se verifica pelo seguinte trecho de suas lições: “o desenvolvimento de nossa legislação, foi posto gradativamente sobre uma consideração sempre mais marcadamente processual do instituto, consideração traduzida legislativamente na acentuação dos poderes do juiz delegado, na desvalorização da comissão de credores e assim por diante. Teremos, então, a oportunidade de examinar criticamente tal orientação e, conjuntamente, a crise do instituto falimentar, segundo o meu entendimento, a consequência dessa orientação que acabou por olvidar a peculiaridade dos problemas para a solução dos quais é entendido o instituto” (ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 309).

²⁶⁷A esse respeito, RUBENS REQUIÃO, em uma conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 8 de março de 1974, destacara com precisão: “Muito mais que o Código Civil e do que o Código de Processo, tanto quanto, sem dúvida, o Código Penal e o Código de Processo Penal, se evidencia e se impõe a reforma da lei falimentar. A consciência jurídica nacional, constituída pelos Tribunais e pelos Magistrados, pelo Professores e pelo Ministério Público, pelos advogados e pelos Serventuários da Justiça, todos estão a reclamar, em uníssono, a revisão das regras formais e dos conceitos substanciais do velho instituto falimentar. Estive em vários centros universitários, desde o Rio Grande do Sul, a convite de seu Instituto dos Advogados, até Belém do Pará convocado pela sua Ordem dos Advogados e de sua Universidade, para expor as concepções mais modernas de Direito Falimentar, e em todos os lugares colhi os mais graves depoimentos sobre a ineficácia da atual legislação específica. A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional.” (REQUIÃO, Rubens. *A crise do direito falimentar brasileiro: reforma da Lei de Falências*, cit., p. 23-24). E, finalmente, para ficar em apenas mais um exemplo, o saudoso NELSON ABRÃO também assinalara: “o Direito Comparado, a doutrina e a vida forense nos ensinam que o velho Dec.-lei de 1945 não atende mais à nossa realidade socioeconômica”, sustentando, em síntese, a necessidade de: I – extensão dos procedimentos de execução universal, também aos não comerciantes, aos sócios de responsabilidade solidária e ilimitada e aos dirigentes responsáveis pela insolvência da sociedade; II – consideração da insolvência como causa dos procedimentos concursais (estado), e não o inadimplemento ou a mera impontualidade (fato); III – maior participação da organização judiciária na prevenção ou na regularização da insolvência” (ABRÃO, Nelson. *Da caracterização da falência*, cit., p. 90).

²⁶⁸“Uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas, que ardilosos conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2, p. 10).

representa trabalho de ainda maior magnitude. Tudo isso porque a defesa de uma norma que permita a aplicação generalizada do princípio da preservação da empresa, ao invés de diminuir, podem aumentar os custos sociais que se pretende evitar,²⁶⁹ à luz da correta interpretação do princípio da função social da empresa.

Logo, a afirmação até hoje tida como verdadeira de que “ninguém ganha com a falência” deve ser relativizada.²⁷⁰ Isso porque, no presente regime normativo e dentro do espírito dos princípios aplicáveis ao processo de recuperação, a rápida e eficaz liquidação da empresa pode ser muito mais benéfica à comunidade.²⁷¹ Tudo isso em pleno atendimento ao princípio da função social da empresa.

Cabe ao intérprete optar pela preservação da empresa ou sua imediata e eficaz liquidação, impedindo que os demais agentes do mercado sofram maiores abalos e continuem exercendo regularmente suas atividades. Não resta alternativa aos operadores do direito, uma vez que seria ingênuo legislar acerca de critérios eminentemente econômicos.²⁷²

---

²⁶⁹ A falência teria, portanto, essa função regulatória no mercado. Nesse sentido, NATALINO IRTI, descreve o risco de toda empresa com o possível insucesso de sua atividade e a necessidade de a falência regular isso: “l’istituto del fallimento acquista così la sua propria collocazione sistemica, como fase insopprimibile del circuito competitivo. Esso va riguardato nella regolare funzionalità del mercato, e non già tenuto per eccezione ed anomalia” (IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*, cit., 2004, p. 142).

²⁷⁰ Nesse contexto, anotam MARCOS DE BARROS LISBOA, OTÁVIO RIBEIRO DAMASO, BRUNO CARAZZA DOS SANTOS e ANA CARLA ABRÃO COSTA ao analisar as diferentes diretrizes entre o processo de recuperação e o processo falimentar americano. Segundo os autores: “Se por um lado o processo de recuperação americano tem inspiração nos modelos pró-devedor, pois incentiva a continuidade da empresa, mesmo que conte com a governança dos credores, no instituto da liquidação a lógica se inverte. A alienação dos ativos é estimulada de forma a maximizar a receita com sua venda, proporcionando o melhor resultado possível para os credores. Na distribuição da arrecadação também se evidencia a preocupação com a proteção dos credores: recebem em primeiro lugar os credores com garantias reais, em seguida as chamadas despesas extraconcursais, créditos trabalhistas referentes a no máximo 90 dias anteriores à decretação da falência (limitados a US\$ 4 mil por trabalhador), demais credores e, por fim, os créditos tributários” (LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 38). Ao analisar o regime falimentar inglês, os autores pontuam que “a Inglaterra, cujo Ato de Insolvência data de 1986, tem um regime no qual a falência, combinada com um processo célere de alienação dos ativos e pagamentos dos credores, é mais frequente, apesar de coexistirem condições factíveis que propiciam a recuperação de empresas, principalmente via acordos informais (‘workout’). Com isso, o regime falimentar inglês tende a ser apontado como de viés pró-credor” (LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, cit., p. 38-39).

²⁷¹ Como bem esclarece PAULO PENALVA SANTOS: “nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente seriam mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos trabalhadores pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as consequências de baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas” (PENALVA SANTOS, Paulo. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 31).

²⁷² E o art. 75 da Lei de Recuperação e Falências confirma esse entendimento ao pontuar que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva

Portanto, deve-se ter em mente que a recuperação só será oportuna se os custos sociais e econômicos com a conservação da empresa forem menores do que sua rápida liquidação.²⁷³ Desse modo, somente a real viabilidade econômica da empresa em dificuldade pode legitimar a aplicação de um plano visando à sua recuperação, o que pode ser facilmente implementado com instrumentos de governança corporativa no seio do procedimento da recuperação judicial, com vistas a fomentar a *transparência* (item 9).²⁷⁴

Diante das inevitáveis situações de conflito estabelecidas entre os interesses na preservação da empresa, os interesses dos credores, dos trabalhadores e do próprio Estado, deve-se definir a quem compete decidir pela continuidade da empresa ou pela quebra.

---

dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”. Ao prefaciar o livro de MARIA ISABEL CANDELARIO MACÍAS e LUISA RODRIGUES GRILLO, Salvador Dário Bergel esclarece que: “La experiencia universal nos enseña que las soluciones ensayadas por los diversos sistemas legale para afrontar el fenómeno de la crisis de las empresas no ha sido del todo satisfactorias y esto no tiene nada que ver con la agudeza de mira del legislador, sino con un dato insoslayable: los límites propios de la actuación del legislador y del juez en un campo en el que prevalecen los fenómenos económicos” (CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel; GRILLO, Luisa Rodrigues; BERGE, Salvador Dário. *La empresa em crisis: derecho atual*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 17).

²⁷³“Para uma mentalidade de hoje, a busca da satisfação dos credores ‘a todo custo’, mediante a liquidação do patrimônio do devedor, constitui uma colocação inaceitável e inadequada. Em primeiro lugar, porque dificilmente (na prática, em quase nenhum caso) poderá proporcionar-se aos credores por meio da liquidação a satisfação pretendida. E, em segundo lugar, porque as consequências ordinárias quase inevitáveis da liquidação se opõem diretamente à consecução da uma meta prioritária para a preocupação econômica e social de nosso tempo: a conservação das organizações ou unidades produtivas, entre as quais se destaca a empresa como a mais relevante” (NELSON, Abrão. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*, cit., p. 27).

²⁷⁴Tudo isso em plena consonância com a crescente preocupação com a conduta ética da administração das empresas em crise, preocupação essa compartilhada por organismos internacionais, conforme anota MODESTO CARVALHOSA ao mencionar as regras de governança corporativa promulgadas em 1999 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: arts. 75 a 137, cit., v. 2, p. 480. A esse respeito, ALEXANDRE ALVES LAZZARINI anota que o *princípio da transparência* deve ser ordenador dos instrumentos de governança corporativa, a fim de que os credores detenham capacidade técnica de avaliar as informações relativas à situação financeira e econômica da empresa em recuperação. Senão vejamos: “Verifica-se, portanto, a importância no fornecimento das informações corretas no pedido de recuperação judicial, razão pela qual conveniente que se exija que a empresa postulante apresente declaração de seu contador de que os documentos de natureza contábil estão em ordem, sem se esquecer da própria responsabilidade do advogado, que tem, com exclusividade, a capacidade postulatória, de ao formular o pedido de recuperação judicial, o faça de acordo com as exigências legais (artigo 51 da lei n. 11.101/05)” (Cf. LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 128-129). A propósito, NEWTON DE LUCCA registrou em conferência proferida em 23 de agosto de 1999 que, “na qualidade de agraciado com Bolsa de Estudos pelo Ministero Affari Esteri do Governo Italiano, foi participante do Seminário denominado ‘Troubled Business Enterprises’, no período de 10 a 22.10.1995, na cidade de Roma, promovido pelo International Development Law Institute, tendo assistido a numerosas exposições de especialistas internacionais a respeito da matéria. Uma dessas palestras era voltada, especialmente, para o instituto da reorganização no direito norte-americano. Foi referido, naquela oportunidade, que apenas 5% (cinco por cento) dos planos de reorganização davam certo, evitando-se a aplicação do Capítulo 7 a respeito da liquidação. É preciso, pois, que a advertência seja devidamente feita em tempo oportuno. Não bastará criar-se, entre nós, o plano de recuperação. A sua transparência e viabilidade serão elementos absolutamente decisivos para que o instituto tenha êxito” (DE LUCCA, Newton. *Nova Lei de Falências*, cit., p. 48).

Tudo isso de modo a analisar se ela está ou não cumprindo adequadamente a sua função social.

Apesar de inexistir uma resposta única para essa questão, certo é que somente o diálogo livre e efetivo entre os sujeitos do processo (por meio do contraditório, sessões de mediação e medidas de governança corporativa – **itens 7, 8 e 9**) ensejará a oportunidade ideal para a obtenção de resposta a tão inquietante questão do processo de recuperação judicial.

Até mesmo porque, conforme já destacado anteriormente, é razoável supor que quanto mais alta for a prioridade do crédito de determinados grupos de credores em relação aos demais igualmente sujeitos à recuperação judicial, maior será a tendência de preferirem a liquidação à recuperação. É o caso dos credores com garantias reais, desde que vislumbrem a perspectiva de obter o pagamento de ao menos parte do seu crédito com o produto auferido pela liquidação imediata da empresa em recuperação. Nesse caso, provavelmente apresentarão projeções e argumentos excessivamente pessimistas quanto à possibilidade de recuperação da empresa devedora, independentemente da objetiva análise de viabilidade.

Por outro lado, credores com baixa prioridade de recebimento por seus créditos tendem a ser favoráveis à continuidade da empresa por meio da recuperação judicial, independentemente do critério objetivo da viabilidade (LRF, art. 53, inc. II). Tudo isso em virtude da relação de dependência recíproca que costuma se estabelecer entre eles, de modo que a crise da devedora passa a se comunicar diretamente ao credor, ensejando a adoção de medidas de auxílio mútuo entre eles.

Ademais, situação *sui generis* costuma atingir o grupo de credores trabalhistas, especialmente aqueles que ainda exercem atividade na empresa em recuperação, na medida em que apesar de bem colocados na hierarquia de recebimento de créditos em caso de falência da empresa (LRF, art. 83, inc. I), na grande maioria das vezes não detêm meios de direcionar o curso de ações da devedora na complicada dinâmica de poder estabelecida na empresa, denotando a falha na governança corporativa. Assim é que o fato de depender com maior intensidade da continuidade das atividades da empresa, costuma impedi-los de adotar medidas mais drásticas como forma de ameaça ponderável aos administradores da empresa em recuperação, tais como a rescisão do contrato de trabalho ou a votação pela falência em eventual assembleia geral de credores. Nesse caso, igualmente tendem a apoiar projeções excessivamente otimistas quanto às perspectivas de recuperação da empresa.

Dentro desse contexto, **Rachel Sztajn** já pontuou em sede doutrinária o risco de o discurso assistencialista interferir diretamente no encaminhamento do processo de recuperação judicial, o que pode fazer com que os credores coloquem seus interesses individuais sempre à frente do princípio da função social da empresa. Para superar esse problema, deve-se ter em mente que “*a função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente*”.²⁷⁵

A fim de mitigar os efeitos deletérios que a interpretação tendenciosa e parcial dos credores quanto à viabilidade do negócio afete diretamente o êxito de uma recuperação judicial, podem ser instituídos instrumentos de controle (dentro e fora do procedimento) a serem exercidos pelos sujeitos imparciais do processo, quais sejam: o juiz, o administrador judicial e o representante do Ministério Público (se e quando atuante).²⁷⁶

A fim de que o procedimento da recuperação judicial seja o mais ordenado possível, requer-se, em primeiro lugar, uma sistematização de prioridades, por meio da qual obtenha-se uma solução *eficiente*. Para tanto, impõe-se o oferecimento de incentivos no sentido de preservar as prioridades relativas. Tudo isso de modo a abarcar o apoio majoritário dos acionistas, credores e trabalhadores. Ou pelo menos que os interessados não atrapalhem uma solução em que ao término do processo de recuperação haja mais ganhadores do que perdedores.²⁷⁷

Dentro desse contexto, **Mauro Rodrigues Penteado** pondera a necessidade de uma maior participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial (a despeito do veto do art. 4º da lei), a quem competiria zelar pela melhor aplicação do sentido da função social da empresa insculpida no art. 47 da Lei de Recuperação e Falências na qualidade de fiscal da lei. Tudo isso de modo a reprimir o comportamento desleal de

---

²⁷⁵Cf. SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 222.

²⁷⁶Excelente exemplo de tais instrumentos de controle poderão ser observados a partir de uma atuação firme de perito contador contratado pelos órgãos de administração da recuperação, cumprindo seu dever de fiscalização e informação, especialmente voltados à análise da verificação dos créditos, bem como da fiscalização das atividades do devedor, em conjunto com o administrador judicial. Cf. MASSON DOS SANTOS, José Vanderlei. Da atuação do perito contador na nova lei de falências e recuperação de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 341-355.

²⁷⁷Nesse sentido, vale a pena conferir a manifestação de ECIO PERIN JUNIOR: “a empresa deve buscar, em uma análise criteriosa, sob o auspício do Judiciário e de todos os atores envolvidos nesse processo reorganizatório, um equilíbrio entre a efetiva busca da eficiência econômica, com a redução de salários, transferências de ativos e do controle da empresa, fusões, cisões, etc., e a manutenção da fonte produtiva, como forma de humanização das relações empresariais. Esse ponto de equilíbrio é o que talvez seja a grande dificuldade na análise dos casos em concreto; contudo, mostra-se essencial, diante da dimensão social que a preservação da empresa encerra” (PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*, cit., p. 117).

alguns credores, tendo em vista que a decisão quanto à continuidade ou não da empresa coube prioritariamente a eles de acordo com a legislação em vigor (LRF, art. 73, inc. I).²⁷⁸

No entanto, acreditamos que somente a adoção dessa medida de incentivo à atuação do representante do Ministério Público no processo de recuperação judicial não será capaz de materializar uma interpretação do conceito de função social da empresa mais consentânea com as necessidades de nossa sociedade como um todo.

A dificuldade hercúla dessa tarefa reside na necessidade de se privilegiar, na medida certa, cada um dos interesses tão bem colocados no art. 47 da Lei de Recuperação e Falências, bem como nos demais princípios constitucionais e processuais que regem a matéria.

A doutrina tem sido unânime em contrapor dois vetores informativos do direito concursal, quais sejam: o intuito de preservação da empresa e a necessidade de se proteger os direitos de propriedade dos credores.²⁷⁹

Adiciona-se a esses princípios a necessidade de lastrear as decisões da empresa em recuperação para a obtenção da melhor eficiência alocativa ao capital, de modo que os meios econômicos, jurídicos, societários e procedimentais não sejam dispendidos contraproducentemente, senão em empresas que detenham efetivas possibilidades de superação da crise às quais estão submetidas.

Adicione-se ainda a necessidade de fomento dos benefícios sociais gerados pela manutenção do emprego (faceta da dignidade da pessoa humana), arrecadação de tributos e circulação de bens e serviços.²⁸⁰

---

²⁷⁸PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 127-129.

²⁷⁹Tal movimento ficou conhecido como o famoso dualismo pendular do direito falimentar brasileiro, em referência à expressão usada por FÁBIO KONDER COMPARATO em sua obra *“Aspectos jurídicos da macro-empresa”*, cit.: “Em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, cit., p. 98).

²⁸⁰Sobre a indispensável relação estabelecida entre os princípios da função social da empresa e da dignidade da pessoa humana, afastando-se a pernóstica e aparente antinomia estabelecida entre eles e o princípio da eficiência econômica, vejamos: “Haveria um aparente paradoxo entre a preservação da empresa, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, e a busca pela eficiência econômica, o que desde já refutamos. Nesse aspecto, entendemos que a eficiência econômica é mitigada com o princípio da preservação da empresa, uma vez que não se excluem, e sim complementam-se; exatamente porque não exortamos o discurso maniqueísta das virtudes da preservação da empresa do ponto de vista humano, em detrimento da implacável perseguição da eficiência econômica que poderia destruir a base da empregabilidade” (PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na lei de falências*, cit., p. 116-117).

Por conta dessa enorme disparidade de vetores e caminhos é que a Lei de Recuperação e Falências previu que os sujeitos do processo, reunidos, deveriam promover soluções de índole negocial. E o desafio reside em identificar quando se deve buscar o aperfeiçoamento da alocação de todos os recursos empregados para a recuperação da empresa (desde que com potencial de rentabilidade) ou promover o afastamento do mercado das empresas ineficientes por meio da decretação de sua falência.²⁸¹

A propósito, deve-se ter em mente que a decretação da falência só tem sentido uma vez retirado o empresário responsável da sua direção, cessando as consequências deletérias de sua permanência. Até mesmo porque, uma vez restabelecida a segurança das relações comerciais, especialmente nos casos excepcionais em que se mostre viável a continuação de atividades da empresa (LRF, art. 99, inc. XI), deve-se fomentar a venda das unidades produtivas da empresa falida para outras mãos mais competentes (credores, empregados, outros empresários), uma vez que o princípio da preservação da empresa também está presente na falência.²⁸²

O fomento da denominada “solução de mercado” recepcionado pela Lei de Recuperação e Falências é de nítida inspiração norte-americana, na medida em que fundada no modelo de negociação entre devedor e credores.²⁸³

Esse sistema contrapõe-se frontalmente ao sistema adotado pela Lei de Falências revogada (decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945), de cunho marcadamente

---

²⁸¹Vista à perspectiva de seus próprios objetivos, a falência apresenta-se como uma execução concursal cujo escopo é o de lograr a melhor liquidação possível para os créditos de todos os credores do devedor empresário. Não há como deixar de ver, porém, um segundo propósito na falência, qual seja: o do saneamento do meio econômico empresarial. O referido propósito é emergente do interesse coletivo em não permitir a presença de empresários inadimplentes no meio profissional de produção e circulação de riquezas, já que o empresário inadimplente prejudica com sua impontualidade o normal desenvolvimento dos negócios, causando embaraços à ordem econômica e ao sistema de crédito (Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, cit., v. 1, p. 22).

²⁸²“Por outros meios também busca o legislador, mesmo na falência, preservar a empresa. Assim é que a alienação ‘poderá compreender a transferência de contratos específicos’ sem a necessidade de anuência do outro contratante, o que certamente contribuirá para o normal seguimento dos negócios. Além disso, o adquirente receberá os bens livres de ônus, não será sucessor da falida nas obrigações desta, e poderá manter os empregados da falida sem se preocupar com os direitos trabalhistas que tiveram eles adquirido antes da alienação do negócio, uma vez que, desfeitos os vínculos relativos às contratações anteriores, os trabalhadores ‘serão admitidos mediante novos contratos de trabalho’. Para encerrar, uma curiosidade: a ideia de que a atividade econômica do falido pode ter prosseguimento com outro empresário não é nova. Paulo Bonfim conta que no início do século XIX, decretada a quebra de uma fábrica de tecidos (por sinal, pioneira em terras paulistas), as máquinas foram entregues a outro comerciante (para usar o termo da época) que retomou a atividade industrial. A ideia retorna, como se viu, desenvolvida e mais sofisticada, com a Lei 11.101/2005”. Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 533.

²⁸³Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 280.

procedimentalista, no qual a figura do juiz assumia uma posição central na condução dos procedimentos da concordata preventiva e da falência.²⁸⁴

A par de tudo isso, não se pode desconsiderar a importância da atuação dos sujeitos imparciais do processo de recuperação judicial, especialmente o juiz e o administrador judicial por ele nomeado, os quais podem/devem fomentar a realização de reuniões prévias (*caucus*), sessões de mediação ou abertura de informações por meio do sistema de “data room” (exemplo de fomento à governança corporativa).

O fomento a tais medidas está fundado na premissa de que a disseminação da informação certamente gerará benefícios para todos os sujeitos do processo, mitigando os malefícios do uso oportunístico de posições preferenciais no âmbito da votação do plano, em detrimento dos demais interessados e do próprio requisito objetivo de viabilidade econômica da empresa. Impedir a já mencionada *assimetria de informações* é uma forma inteligente de acabar com odiosos privilégios daquele ou daqueles que monopolizam o controle da empresa em crise (**item 9**).

Nesse contexto, não devem causar perplexidade as pontuais e fundamentadas decisões judiciais que reintroduzem o magistrado como figura protagonista na recuperação judicial. Ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar a grande possibilidade de os acordos celebrados entre o devedor e a coletividade dos credores atingirem o escopo ideal do encaminhamento de soluções economicamente eficientes para a crise.

---

²⁸⁴“Na verdade, a concordata preventiva caminhou para tornar-se, apenas, um meio de extinção das obrigações do devedor (via compra de créditos por terceiro, na ‘bacia das almas’ e subsequentes remissão obrigacional dessas dívidas por parte do generoso ‘terceiro’ e desistência do pedido). Ou, alternativa pior, um meio de enriquecimento ilícito (dilatar vencimento para fazer desaparecer o ativo, antes da inevitável falência). Essa a lição que o DL 7.661 nos legou, sem prejuízo da homenagem devida aos autores do anteprojeto (Nominando: Filadelfo de Azevedo, Hannemann Guimarães, Noé Azevedo, Canuto Mendes de Almeida, Sylvio Marcondes e Luiz Lopes Coelho. Notável, também, a exposição de motivos do então Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho). A LRE alterou a finalidade da falência, pois não se trata mais de uma execução coletiva, visando a melhor execução possível para os credores com o menor ônus possível ao devedor. A falência, no regime da Lei atual passou a ter por meta preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa – literal do art. 75 – tudo às custas de promover o afastamento do devedor – também literal desse preceito. Para otimizar a utilização produtiva dos bens, com vistas a serem estes descomissionados de sua vocação clássica – a garantia comum dos credores – focou-se a falência com ênfase na preservação do ativo do falido. Esse ativo pode, por exemplo, ser transferido para um novo titular – geralmente pessoa jurídica – despreendendo-se de sua função de garantia dos credores. No âmbito de prevenir ou superar a falência, a LRE criou a recuperação, judicial ou extrajudicial. Deu papel ativo aos credores e reformulou a função do administrador judicial, novo nome do antigo síndico, e do antigo comissário – neste caso um administrador que não administra... A ideia central da LRE foi a preservação da empresa, uma realidade econômica no plano dos grandes e imensos negócios. Ainda estamos em fase experimental, a respeito. O Poder Judiciário adotou a teoria da preservação da empresa, surgida doutrinariamente no Brasil na década de 1.970” (FRONTINI, Paulo Salvador Frontini. *Evolução do direito das recuperações judiciais de empresas no Brasil*. Texto escrito de aula ministrada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009. p. 3-4).

O maior desafio reside, portanto, em encontrar o equilíbrio entre a força gravitacional estabelecida entre a soberania do juiz e a soberania dos credores, tendo por fundamento o princípio da isonomia e da função social da empresa. É o que será apresentado e justificado nos itens a seguir.

14. COMUNHÃO DE INTERESSES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como cediço, a Lei de Recuperação e Falências adotou expressamente o regime da *comunhão de interesses* dos credores como critério principal para a obtenção dos objetivos insculpidos nos arts. 47 e 75 da Lei de Recuperação e Falências. Essa ótima ideia parte do seguinte e hipotético pressuposto: fazendo com que a vontade da maioria prevaleça sobre a minoria, alcançar-se-á o bem maior do interesse público, em detrimento do individual direito de crédito envolvido na recuperação judicial ou na falência.

A observação da experiência internacional sugere uma diversidade de ordenamentos legais, cada um deles com estruturas que definem diferentes balanceamentos entre os direitos dos credores e devedor e que geram, portanto, diferentes resultados de acordo com as particularidades de cada país.²⁸⁵

No Brasil essa situação não se mostrou diferente.²⁸⁶ Depois do clamor doutrinário existente desde 1960 no sentido da necessária reforma do direito falimentar brasileiro, sempre buscou-se uma concreta e adequada perspectiva de tratamento das crises econômico-financeiras das empresas, encerrando-se assim o pernóstico ciclo do “dualismo pendular” do direito falimentar brasileiro.²⁸⁷

---

²⁸⁵Cf. BULGARELLI, Waldirio. A reforma da lei das falências e concordatas, cit., p. 49-56; LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartir Latin, 2005. p. 37-38; SEVERINI, F., I problemi procedurali del concordato preventivo. In: DI MARZIO, Fabrizio. *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*. Torino: Itaedizioni, 2006.

²⁸⁶No Brasil, podemos identificar anteriormente ao decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 pelo menos cinco (5) momentos históricos para o regime falimentar brasileiro. São eles: Código Comercial de 1850, o Regime do Decreto Republicano de 917 de 1890, a Reforma Falencial de 1902, a Lei 2.024/1908 e o Decreto 5.746 de 1929. Cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

²⁸⁷Conforme mencionado no item anterior, esse fato levou FÁBIO KONDER COMPARATO, já nos idos de 1970, a mencionar a sua existência: “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos

Esse indesejado dualismo ora prestigia o devedor (tal qual ocorria com o decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945), ora prestigia o credor, tal qual ocorre atualmente com a Lei de Recuperação e Falências em vigor.²⁸⁸

A maior prova da opção adotada pela lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 pode ser obtida pela pontual observação do ilustre Procurador de Justiça **Alberto Camiña Moreira**, ao afirmar que “*não é o juiz que concede a recuperação judicial, são os credores. O juiz homologa a vontade dos credores, expressa em assembleia e registrada em ata*”.²⁸⁹

Conforme demonstrado nos itens anteriores, a Lei de Recuperação e Falências deve ser interpretada no sentido de viabilizar um ambiente formal de negociação e de cooperação, estimulando credores e devedor no sentido da busca da solução mais eficiente (seja ela a tentativa de recuperação ou a liquidação adequada da empresa).²⁹⁰

---

empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômico” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, cit., p. 102).

²⁸⁸Essa afirmação, inclusive, foi corroborada por EDOARDO F. RICCI e JAY LAWRENCE WESTBROOK, os quais identificaram uma tendência de convergência político-legislativa no sentido de conferir aos processos falimentares e de recuperação de empresas uma prioritária proteção aos direitos dos credores. Segundo o Prof. Ricci “in the last years the interest of creditors has come into limelight. At the same time also the interest of the debtor managed to emerge. Inevitably, the interest of employees for the conservation of their job has had to pay; and also the interest of the collectivity has been somehow forgotten. But is this right? Are we sure that in insolvency law the interests that need protection are those of the creditors and that of the debtor instead of that of employees for the conservation of their job and that of the collectivity for the conservation of its sources of richness? I strongly doubt that. In any case, I am sure this is the fundamental question that shall dominate insolvency law in future” (RICCI, Edoardo F. New trends in insolvency proceedings. General Reporter – Civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coords.). *Direito processual comparado organizado: XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense: Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007, p. 282). Cf. ainda: WESTBROOK, Jay Lawrence. New trends in insolvency proceedings. General Report – Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coords.). *Direito processual comparado organizado: XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense: Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007. p. 183-192.

²⁸⁹Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 253-254. No mesmo sentido leciona FÁBIO ULHOA COELHO: “na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembleia dos Credores” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. cit., p. 166).

²⁹⁰Sobre a natureza jurídica do conclave e diferença em relação aos contratos, vale a pena anotar a posição da melhor doutrina: “A doutrina, segundo esclarecemos em monografia sobre o tema da invalidade das deliberações assembleares, tem-se inclinado no sentido de caracterizar as deliberações assembleares como atos coletivos (mais propriamente, na hipótese das sociedades, atos colegiais, como se precisará um pouco mais adiante), justamente para diferenciá-las dos contratos ‘em que as partes somente se vinculam nos termos de suas respectivas declarações’. É que as deliberações de assembleia vinculam todos os membros, ainda que ausentes ou dissidentes” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Ilegitimidade da parte*

Para tanto, mostra-se fundamental o estabelecimento de incentivos procedimentais adequados (tais como a instituição de sessões de mediação e/ou a implementação de instrumentos de governança corporativa - **itens 8 e 9**), a partir de um balanceamento adequado dos direitos do devedor e das diversas classes de credores por meio de uma justa distribuição dos riscos.

Trata-se de uma questão de administração dos interesses em jogo, seja os dos diferentes credores, seja os dos trabalhadores (direitos sociais), seja ainda os do devedor por meio da sistematização de prioridades. A eficiência do sistema deve ser o objetivo norteador de qualquer processo de recuperação judicial em que se pretenda um mecanismo justo, célere e que preserve, na medida do possível, a maximização da riqueza social.

Até mesmo porque a recuperação judicial não envolve somente interesses exclusivos do credor e do devedor, mas interesses múltiplos e coletivos derivados da função social da empresa, razão pela qual se exige maior celeridade e eficiência na solução do processo.²⁹¹

Dentro desse contexto, não se discute mais a necessidade de se propiciar uma maior participação dos credores no processo (os principais interessados), com vistas a garantir que sejam capazes de definir o destino da empresa e seu crédito. O legislador deixou clara a sua preferência ao instituir aos credores o encargo de aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pelo devedor (LRF, art. 73, inc. I). Com a preservação da entidade econômica deliberada de acordo com o regime de *comunhão de interesses*, de forma programática, a Lei de Recuperação e Falências procura evitar o desaparecimento de unidades produtivas sempre que possível (LRF, art. 47).

Cada classe de credores deve arcar com a parcela de sacrifícios que lhe foi imposta no plano de recuperação e as divergências certamente ocorrerão quando o assunto disser respeito ao modo de distribuição dos “prejuízos” entre as classes.²⁹² No emaranhado dessa

---

e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações. In: *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 380-381).

²⁹¹ Cf. NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*, cit., p. 129-130.

²⁹² Essa circunstância é igualmente observada por FABIO ULHOA COELHO. De acordo com ele, nos processos concursais, os credores possuem interesses convergentes e divergentes. No caso da recuperação judicial, sustenta ele que cada classe deve arcar com parcela do “prejuízo” que lhes é imposto forçosamente, para que o devedor encontre meios de se recuperar. E afirma: “Em que medida se pode distribuir com justiça o prejuízo entre as classes é assunto em que os credores certamente divergem. Todos os credores têm interesse em que o devedor se recupere e pague suas dívidas, mas cada um quer empurrar para os demais a conta da recuperação judicial” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 86).

complexa trama de interesses é preciso que se identifique a solução que melhor atenda ao conjunto de credores.

Assim é que deve ser levada em conta a aplicação do *regime de comunhão de interesses*, fazendo com que a vontade da maioria prevaleça sobre a minoria, sempre visando a um bem maior do que o direito de crédito individualmente considerado ou a “cega” busca da preservação da empresa, em consonância com a melhor interpretação do princípio da função social da empresa (**item 13**).

Para tanto, os credores são chamados a se reunir sob o regime de comunhão de interesses em assembleia geral de credores.²⁹³ Trata-se, portanto, de um órgão da recuperação judicial ou falência, tal como o administrador judicial, o Comitê de Credores e o Gestor Judicial, onde as funções são desempenhadas pela atuação conjunta de seus membros (colegiado), conferindo-lhe caráter deliberativo a partir de formalidades e ritualísticas próprias.²⁹⁴

No contexto da legislação concursal vigente, a assembleia geral se caracteriza como a reunião de credores da empresa em recuperação, devidamente convocada (LRF, art. 36) e instalada (LRF, art. 37), para deliberar sobre os assuntos de sua competência (LRF, art. 35), observados os quóruns legais (LRF, arts. 45 e 58). A assembleia geral de credores é integrada pela comunidade de credores do devedor e presidida pelo administrador judicial com a necessária participação do devedor.

Nos termos do art. 53 da Lei de Recuperação e Falências, o plano de recuperação judicial deve ser apresentado no prazo improrrogável de sessenta (60) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, ao qual pode se opor qualquer

---

²⁹³ Espelha a adoção pela Lei n. 11.101/05 do chamado *princípio da autonomia dos credores*, que determina caber aos estes, principais envolvidos na crise econômico-financeira da empresa, decidir sobre as mais relevantes questões suscitadas nos respectivos processos judiciais. Reflete, por isso, uma ‘desjudicialização’ dos processos concursais – em particular, da recuperação judicial. Cf. LOBO, Jorge. Da assembleia geral de credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94-208.

²⁹⁴ Todas essas prerrogativas da Assembleia concernem à formação e à expressão da *vontade* coletiva da comunhão de credores. Conforme salienta ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA, com apoio em H. WIEDEMANN, enquanto na pessoa natural a formação e a expressão da vontade (i.e., a *decisão* de praticar ou não um determinado ato jurídico) tem natureza *psicológica*, nos grupos a formação da vontade (i.e., a *deliberação*) tem natureza *jurídica*, a depender de *órgão competente* e de *procedimento regular*. Assim, cumpre à assembleia, mediante regular convocação, instalação e deliberação, manifestar validamente a vontade da comunhão de credores nos limites de suas atribuições (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Da assembleia-geral de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 188).

credor (LRF, art. 55). Apresentada objeção ao plano de recuperação, compete ao juiz convocar a assembleia geral para aprovação (LRF, art. 56, § 2º), modificação (LRF, art. 56, § 3º) ou rejeição (LRF, art. 56, § 4º) do plano inicialmente apresentado.

Assim, a realização da assembleia geral de credores é *facultativa*, salvo na hipótese de apresentação de objeção ao plano de recuperação por parte de qualquer dos credores, quando será obrigatória.²⁹⁵ Na ausência de objeção, o juiz concederá a recuperação judicial sem a convocação de qualquer assembléia (LRF, art. 57).²⁹⁶

A assembleia geral tem como fundamento formar a vontade majoritária do grupo a partir das vontades individuais. Para tanto, pressupõe uma confrontação de interesses. Não é, portanto, a assembleia geral foro de consulta aos credores, como ocorre com o voto por correspondência.²⁹⁷ O conclave proporciona, ao menos teoricamente, o confronto de ideias

---

²⁹⁵Sobre a questão das apresentações de objeções ao plano de recuperação judicial, deve-se ressaltar importante precedente oriundo do Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio do qual fixou-se o entendimento de que o credor pode retirar sua impugnação contra o plano de recuperação judicial até a convocação da Assembleia Geral de Credores. Segundo o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA “se o credor, voluntariamente, abriu mão do seu intento e julgou melhor acolher as condições postas no plano do devedor, não há por que não acolher a desistência apresentada” (STJ, REsp n. 101.415-3-RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 08.09.11, v.u.). Cf. Ainda: FERRAZ, Luiz Augusto de Souza. Recuperação judicial: a soberania do art. 6º, § 4º, e sua correlação com o art. 56, § 1º, e o art. 7º, § 2º, na Lei nº 11.101/2005. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 101-106, set. 2005.

²⁹⁶Diante da situação em que não são apresentadas objeções ao plano apresentado pelo devedor, não cabe qualquer indagação a se caberia ao juiz realizar algum julgamento do mérito do plano apresentado, analisando previamente sua viabilidade. A despeito do entendimento de alguns no sentido de que a eles seria atribuída essa faculdade, não nos parece que o texto legal abra margem a esta possibilidade. A redação do §4º do artigo 56 da Lei de Recuperação e Falência é clara ao dispor: “*rejeitado o plano de recuperação pela Assembléia-Geral de Credores, o juiz decretará a falência do devedor*”. Desta forma, por uma interpretação literal, rejeitado o plano, deve o juiz decretar a falência do devedor. Tal interpretação é compartilhada por EDUARDO SECCHI MUNHOZ, segundo o qual, rejeitado o plano pela assembleia geral de credores, leva-se necessariamente à decretação da falência pelo juiz: “tal norma encerra uma profunda modificação em relação ao sistema anterior, pois retira do juiz o poder de decidir pela falência ou pela reorganização da empresa, cabendo tal deliberação ao conjunto de credores, reunidos em assembleia geral” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 280). No mesmo sentido, vale a pena conferir posicionamento de FÁBIO ULHOA COELHO (*Curso de direito comercial*, cit., v. 3, p. 423), corroborado por entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP, AI nº 482.851-4/4-00). Por outro lado, PAULO SALVADOR FRONTINI entende que seria “viável considerar duas alternativas, que a assembleia geral de credores pode adotar. A primeira consiste na rejeição pura e simples do plano de recuperação; a segunda, consiste na rejeição do plano, cumulada essa deliberação com pedido de falência, expresso e fundamentado, formulado pela mesma assembleia geral” (FRONTINI, Paulo Salvador. Do estado de falido: sua configuração: inovações da nova lei de recuperação e falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 138, p. 22, abr./jun. 2005). A nosso ver, não se pode desconsiderar a valiosa posição de PAULO SALVADOR FRONTINI, de forma complementar ao vitorioso posicionamento defendido por EDUARDO SECCHI MUNHOZ. Outra solução cogitada para a situação seria a extinção da ação sem julgamento do mérito. No entanto, com ela não se pode concordar, tendo em vista que estimularia comportamentos egoísticos do devedor, na medida em que obteria a suspensão das ações por seis meses e depois não teria que arcar nem com a recuperação e nem com a falência (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 282).

²⁹⁷O direito de presença e de manifestação (direito de voz) são franqueados a todos os credores, estejam ou não autorizados a votar. Assinala ERASMO VALLADÃO ter desejado o legislador que as deliberações da

mediante a ampla discussão das matérias pelos presentes, com a possibilidade adicional de surgirem explicações, apreciações do mérito do plano e novas propostas.²⁹⁸

É o instrumento eficaz que tem o credor para trocar suas opiniões com as dos demais sujeitos do processo. É na assembleia geral que pode ocorrer a intervenção minoritária, na medida em que, ao arguir as questões propostas, não se considera a representatividade do seu crédito diante do montante total da dívida. Diferentemente do voto por consulta, que isolaria os credores, a deliberação em assembleia geral os reúne para formar a vontade coletiva.²⁹⁹

No entanto, chama a atenção dos intérpretes as distorções que têm sido verificadas no sentido de o *regime de comunhão de interesses* instituído pela Lei de Recuperação e Falências permitir que os credores, por vezes, deliberem sob pressão do seu exclusivo interesse individual, deturpando o interesse coletivo da deliberação e tornando até certo ponto ilegítima a sujeição da minoria.³⁰⁰

Dentro desse contexto, a fim de se alcançar um resultado prático ideal, por meio do qual se disponibilize instrumentos aptos a conciliar o papel do juiz, do devedor e dos diversos credores na produção de soluções que atendam ao *interesse público* do direito da

---

assembleia fossem efetivamente tomadas “*em contraditório*”, na presença dos credores interessados (ainda que por representação, LRF, art. 37, parágrafos 4º e 6º). Essa ideia, no seu entender, afasta qualquer possibilidade de “*voto por correspondência, telegrama, telefone, fax, e-mail, etc.*” (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Da assembleia-geral de credores, cit., p. 205, 206 e 211). Contrariamente, é de se observar que a lei brasileira é omissa sobre a obrigatoriedade de presença do próprio devedor, sendo lícito concluir pela mera faculdade. Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, cit., p. 260. Cf. ainda, em complementação sobre o direito americano: “*À assembleia (na qual os credores tratarão de assuntos de seu interesses [...]) deverá comparecer o devedor, prestando declarações, sob juramento, respondendo às indagações que lhe forem formuladas pelos presente*” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*, cit., n. 3.2, p. 38).

²⁹⁸CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: arts. 75 a 137, cit., v. 2, p. 593-615.

²⁹⁹A respeito do tema, o ERASMO VALLADÃO reconhece não ser “fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores”. Em complementação, ao tratar da natureza da coletividade de credores na falência (extensível à recuperação judicial), refuta individualmente diversas teorias existentes na doutrina. Isso porque não reconhece natureza de associação, pois está ausente o elemento volitivo e presente o intuito econômico. Tampouco de sociedade, por carecer de voluntariedade. Não seria o caso universalidade de direito, já que composta de pessoas. Muito menos de comunhão sobre os bens do devedor, já que na quebra, o falido, embora desapossado, mantém a propriedade dos bens até ulterior alienação. Na recuperação não é diferente, já que o devedor, via de regra, mantém a posse dos bens. Embora pontuando a crítica de TRAJANO MIRANDA VALVERDE (para quem os credores agem no próprio interesse, contrariando o dos demais concorrentes, o que afastaria a ideia de comunhão), conclui tratar-se de comunhão de interesses: “É certo, porém, que, a par dos interesses individuais, pode haver também, tanto na recuperação, como na falência, interesses coletivos ou comuns dos credores (...). é lícito falar, assim, em uma comunhão de interesses entre os credores” (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Da assembleia-geral de credores, cit., p. 187 e 192).

³⁰⁰Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 186.

empresa em crise, cabe o questionamento no sentido de indagar se o princípio majoritário (*regra da maioria*) é ou não a melhor opção para o encaminhamento do processo de recuperação de empresas.

Ou seja, é preciso verificar se as regras de organização (materiais e processuais) dos interesses dos sujeitos do processo de recuperação judicial no conclave são equilibradas e coerentes a ponto de garantir a soberania do interesse público envolvido no direito recuperacional. Até mesmo porque, conforme já afirmado em sede doutrinária por **Calixto Salomão Filho** “apenas a conjugação da vertente material com a vertente procedimental da definição do interesse social pode levar a soluções coerentes”.³⁰¹

Sobre a discussão acerca da validade ou não da adoção da *regra da maioria* em confronto com a autonomia individual, deve-se considerar que muitas das críticas dirigidas ao próprio regime democrático derivam das objeções ao princípio majoritário. Tais críticas fundamentam-se nos pressupostos de que a democracia seria incapaz de proteger os direitos fundamentais, viabilizando o risco da materialização de uma espécie de “tirania da maioria” fundada na arbitrariedade. Em realidade, o temor por vezes manifestado ao longo da história residia no fato de a maioria formada nas reuniões deliberativas supostamente oprimir as minorias e desrespeitar os direitos individuais.³⁰²

Ocorre que o temor ante o despotismo majoritário está fundado em ao menos duas premissas equivocadas.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a democracia perfaz um conjunto de regras que estabelecem “*como devem ser tomadas as decisões coletivas*”.³⁰³ Nesses termos, a regra da maioria deve ser encarada como condição necessária à existência de uma democracia.

Não obstante seja inevitável a discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade coletiva, a democracia exige que tal dissonância se reduza ao mínimo. Talvez seja

---

³⁰¹Reafirma-se portanto o postulado defendido na presente tese de que a partir do estabelecimento do equilíbrio entre substância e procedimento viabiliza-se a obtenção dos resultados desejados. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução aos comentários da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

³⁰²Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. Campinas: Ed. Max Limonad. 2000. p. 27-28; GODINHO, Eduardo. A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 21 e ss.

³⁰³BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000. p. 426-427.

por isso que **Hans Kelsen** aponta a regra da maioria como um instrumento capaz de maximizar a liberdade política do indivíduo, o qual “*pressupõe, como condição essencial, o princípio da igualdade*”.³⁰⁴

Para a indispensável redução dessa discordância, impõe-se, segundo a clássica tese de **Ian Shapiro** a respeito dos fundamentos morais da política, que os indivíduos afetados por ela *participem* adequadamente da sua elaboração, bem como detenham significativas *oportunidades* de se opor ao “governo” da situação.³⁰⁵

Ou seja, o temor de que a maioria possa tyrannizar as minorias com seu comportamento interesseiro tem sentido apenas quando se ignoram as circunstâncias da Política, o que se mostra impossível. Isso porque Política e Democracia não podem ser dissociadas, sob qualquer pretexto e/ou fundamento. A persistência da discórdia não significa necessariamente má-fé, ao mesmo tempo em que não comprova uma atitude interesseira por parte dos indivíduos. Em realidade, a persistência dos desacordos é da essência da política, mostrando-se natural que os indivíduos discordem sobre um tema, mesmo após terem refletido longamente sobre ele, com imparcialidade e isenção.³⁰⁶

Em segundo lugar, a *regra da maioria* justifica-se porque permite, mais do que qualquer outra, a satisfação de valores fundamentais como a liberdade e a igualdade. O princípio majoritário é visto como um *expediente técnico* para se alcançar a tomada da decisão coletiva entre pessoas com opiniões diversas em consonância com o princípio da isonomia.³⁰⁷

Desse modo, reafirma-se a validade do princípio majoritário por sua aptidão em produzir decisões coletivas de um modo respeitoso em relação à ampla variedade de opiniões existentes, mesmo discordantes.³⁰⁸

---

³⁰⁴KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 179.

³⁰⁵SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 3.

³⁰⁶WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí; QUIROGA, Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2005. p. 221-222; GODINHO, Eduardo. A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill, cit., p. 124-125.

³⁰⁷BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*, cit., p. 432; GODINHO, Eduardo. A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill, cit., p. 108.

³⁰⁸“*This rule is highly important, because it addresses a fundamental problem of debt restructuring: eliminating the incentive to hold out. (...) Such incentives can make agreement impossible to reach, leaving aside the risk of pure cursedness on the part of one creditor or a small group. Every bankruptcy system around the world that contemplates court-approved workouts provides for some form of majority rule*” (WARREN, Elizabeth. *The law of debtors and creditors: text, cases, and problems*. New York: Aspen, 2006. p. 627).

Em realidade, a regra da maioria respeita os desacordos justamente porque não exige o consenso. Portanto, o papel relevante exercido pela regra da maioria reside justamente em permitir a tomada de decisões coletivas, a despeito da falibilidade humana e seus desacordos.³⁰⁹

Até mesmo porque, pelo fato de geralmente inexistir uma única resposta certa para cada conflito humano, cabe ao intérprete conhecer todas as diversas possibilidades de resposta, filtrando e refinando aquelas que pareçam as melhores.³¹⁰ Isso só poderá ser alcançado por meio da razão e do livre debate, conforme já defendido anteriormente, ainda mais quando se está diante dos *multifacetados* conflitos estabelecidos no processo de recuperação judicial (**item 7**).

Por outro lado, deve-se ter em mente que o princípio majoritário não deve ser aplicado indiscriminadamente e em quaisquer circunstâncias. Em caso de vícios ou falhas comprovadas, deve-se estabelecer limites a ele, mesmo que oriundos de órgão jurisdicional. Não se trata aqui de simplesmente retornar ao velho dilema do “dualismo” pendular do direito falimentar e recuperacional brasileiro, reafirmando a figura do juiz como o elemento central do processo de recuperação, tal qual ocorria com a concordata.³¹¹

Trata-se do verdadeiro desafio de encontrar técnicas procedimentais eficazes que justifiquem a excepcional interferência jurisdicional na apreciação do plano de recuperação (de competência originária exclusiva dos credores da empresa recuperanda), desde que estejam de acordo com a melhor interpretação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e função social da empresa.

Ou seja, a excepcional intervenção jurisdicional terá por escopo afastar a implementação de soluções pautadas por interesses individualistas e, portanto, incompatíveis com o interesse público do direito de recuperação de empresas.³¹² Mas, ressalte-se, somente se justificariam em casos excepcionais e de acordo com os princípios da isonomia, proporcionalidade, função social da empresa e outros eventualmente

---

³⁰⁹ WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos, cit., p. 140.

³¹⁰ GODINHO, Eduardo. A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill, cit., p. 128.

³¹¹ TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/194, cit., p. 165.

³¹² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução aos comentários da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 48-49.

aplicáveis (inclusive oriundos do direito comparado, tais como o *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable* – **itens 12, 17 e 18**).³¹³

Dentre as técnicas possíveis de implementação na recuperação judicial, defende-se a adoção no direito brasileiro de critérios objetivos para a aferição da viabilidade da empresa, especialmente por meio de instrumentos de controle de *governança corporativa* (**item 9**). Isso quer dizer que a empresa deve valer mais em funcionamento do que liquidada pela falência. Desse modo, a premissa básica para justificar a decisão pela recuperação judicial em detrimento da falência é que seja possível identificar um excedente de valor resultante da continuidade da empresa.³¹⁴

Dentro desse contexto, encaixa-se a uma quarta técnica do direito comparado que poderia muito bem ser utilizada no direito brasileiro, independentemente de qualquer alteração legislativa (embora recomendável). Trata-se da ideia de estipulação de *preços de reserva* (*reservation prices*) mínimo e máximo para cada sujeito do processo de recuperação judicial, de modo a definir os limites que estão dispostos a conceder.³¹⁵ Essa tarefa poderia muito bem ser desempenhada pelo administrador judicial, na qualidade de sujeito imparcial do processo e garantida pelo sigilo inerente ao instituto da mediação (**itens 9 e 16**).

O ponto chave para o encaminhamento da questão é a lógica que deve ser empregada pelo credor ao considerar a proposta de novação do seu crédito por meio da implementação do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Ao avaliar se faz ou não sentido aceitar a proposta de novação recuperacional,³¹⁶ o credor deve ponderar se o valor representa quantia superior ao montante que lhe seria pago caso a empresa fosse liquidada imediatamente por meio da falência.

---

³¹³Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 194-199; GOODE, Roy. Principles of corporate insolvency law. London: Thomson - Sweet & Maxwell, 2005, p. 69-81.

³¹⁴Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 167.

³¹⁵Cf. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao Sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 45 e ss.; KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 165.

³¹⁶Afirmando que a novação da lei concursal é diferente da tradicional do Código Civil (art. 364, primeira parte). Cf. MILANI, Mário Sérgio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 267.

Esse pressuposto é a base do já mencionado princípio do *best-interest-of-creditors* existente no direito americano (Bankruptcy Code, parágrafo 1.129 [a] [7])³¹⁷ e utilizável prioritariamente nos casos em que o instituto do “cram-down” é franqueado ao magistrado, diante da necessidade/possibilidade de se superar a vontade manifestada pelo devedor ou credores no caso de não atingimento do quórum originário estabelecido em lei.³¹⁸

Dentro desse contexto, importante se faz ressaltar que a negociação estabelecida entre uma empresa em crise e seus credores se assemelha muito ao “Dilema dos Prisioneiros” difundido na conhecida “Teoria dos Jogos” (ramo da matemática aplicada à Sociologia, Ciências Políticas e Direito).³¹⁹ Isso porque a maioria dos sujeitos do processo detém informações incompletas quanto ao efetivo estado da crise econômica da empresa (com exceção do devedor). Desse modo, poderia o devedor aproveitar esse estado de incerteza ou *assimetria de informações* para operacionalizar ações oportunísticas na busca de uma melhor negociação sob a ótica de seus exclusivos interesses **(item 9)**.

A fim de mitigar os maléficos efeitos dessa *assimetria de informações*, além da implementação de medidas de governança corporativa e sessões de mediação fomentadas pelo administrador judicial e juiz da recuperação **(itens 8, 9, 16 e 17)**, indispensável que o sistema confira as denominadas *opções de saída das negociações*. Ou seja, o sistema deve dispor de instrumentos eficazes disponibilizados aos credores contra a imposição dos

---

³¹⁷Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 287; Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 195-197.

³¹⁸Sobre o “Cram-Down” vale à pena conferir: SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias gerais de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 138, p. 62 e ss., 2005; TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation, 1997. p. 123 e ss.

³¹⁹O dilema do prisioneiro é um problema oriundo da “Teoria dos Jogos”. Neste problema, supõe-se que cada jogador, de modo independente, deseja aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem lhe importar o resultado do outro jogador. O dilema do prisioneiro (DP) dito clássico funciona da seguinte forma: Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva cinco (5) anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. Portanto, o dilema sugere que a cooperação oferece o resultado mais benéfico para o grupo de jogadores. Nesse sentido: Cf. DAVIS, Morton D. *Game theory: a nontechnical Introduction*. 1. ed. New York: Dover, 1997; BAROSS FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 137, p. 233-239, jan./mar. 2005.

termos do plano de recuperação de acordo exclusivamente com os interesses privados do devedor.³²⁰

De acordo com os doutrinadores americanos **Douglas Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker**, ao aplicar a Teoria dos Jogos aos casos de empresa em crise, impõe-se a atribuição de saídas eficazes aos credores para que não se tornem reféns da proposta encaminhada pelo devedor. Isso porque, quando o ordenamento jurídico confere *opções de saída* eficazes, o resultado da negociação tenderá a se aproximar daquilo que as partes teriam negociado antes da implementação da recuperação judicial. Por outro lado, a sua ausência faria com que as partes dependessem exclusivamente da paciência de uma em relação à outra, o que se mostra contraproducente em termos práticos para a efetiva obtenção da comunhão de interesses.³²¹

Dentre essas alternativas, destaca-se, por exemplo, (i) o legítimo exercício do direito de greve pelos credores trabalhadores que ainda exercem a atividade na empresa em recuperação ou (ii) a possibilidade de liberação das garantias reais para pagamento dos créditos dos credores com garantia e quirografários, desde que, logicamente, os referidos bens não sejam considerados relevantes para a continuidade das atividades da empresa. Tudo isso em consonância com os vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa, obrigando o devedor a “descer do seu pedestal” e se esmerar no oferecimento de propostas de qualidade no âmbito do plano de recuperação da empresa.

De tudo isso, se extrai que o mais importante elemento do processo de recuperação judicial é o **plano de recuperação** e a Lei de Recuperação e Falências atribui competência exclusiva da assembleia para sua análise. Depende exclusivamente do plano a realização ou não dos objetivos precípuos do instituto da recuperação, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de função social da empresa (LRF, art. 47).

Se o plano de recuperação é consistente, há chances efetivas de a empresa se reestruturar e superar sua crise. Por outro lado, se o projeto for inconsistente, tenderá a cumprir mera formalidade processual e o futuro desse processo de recuperação judicial certamente será a decretação da quebra. Até mesmo porque, um bom plano de recuperação não é, por si só, garantia absoluta de reerguimento da empresa em crise. Fatores macroeconômicos globais ou nacionais, acirramento da concorrência no segmento de

---

³²⁰Cf. Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 171-172.

³²¹Cf. BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press. 1994. p. 232-237.

mercado ou mesmo imperícia na sua execução podem comprometer a reorganização pretendida.³²²

No entanto, se ao menos se impuserem instrumentos objetivos de incentivos para a efetiva participação dos sujeitos do processo no conclave, tal qual a regra do *best-interests-of-creditors* de inspiração norte-americana, poderíamos adotá-la como ponto de partida para a obtenção do referencial mínimo daquilo que deve ser oferecido aos credores da devedora nas sessões de mediação prévias à efetiva e eventual deliberação em assembleia geral de credores.

15. AÇÕES AFIRMATIVAS NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES

Conforme demonstrado nos itens anteriores, o reconhecimento do interesse social nas empresas é de inegável utilidade para o bom desenvolvimento teórico das relações estabelecidas entre os sujeitos do processo da recuperação judicial.³²³

Dentro desse contexto, é certo que a Assembleia Geral de Credores pode ser considerada o mais complexo dentre os órgãos previstos pela Lei de Recuperação e Falências, uma vez que se coloca como o foro competente de deliberação das mais significativas matérias atinentes à recuperação judicial (LRF, art. 35).³²⁴

Como se não bastasse a relevância das suas atribuições e a existência de rígida disciplina procedimental própria (tais como a existência de normas sobre convocação, instalação e deliberação – LRF, arts. 36-38, 45 e 58), a Assembleia Geral é composta por uma pluralidade heterogênea de credores com seus respectivos direitos, interesses e pretensões (muitas vezes antagônicos, outros tantos convergentes).

Tais credores são separados em até três classes diferentes (LRF, art. 41), segundo critério de homogeneidade interna definido pelo legislador. Tudo isso colocado programaticamente pela Lei de Recuperação e Falências, a fim de que a *comunhão de*

---

³²²Cf. MALHEIROS, Aristides. Plano de recuperação – isso funciona?, cit., p. 21-28.

³²³Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução aos comentários da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 43-53.

³²⁴Sobre a natureza jurídica e principais características da assembleia geral de credores, especialmente seus sistemas de aprovação (tácita, ordinária e extraordinária): Cf. FILHO, Adalberto Simão. Interesses transindividuais dos credores nas Assembléias-Gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 33-52.

interesses se manifeste de forma equilibrada, evitando eventual prevalência individual e injustificada dos titulares de créditos vultosos.³²⁵

Independentemente do fato de a lei concursal oferecer critérios isonômicos para a tomada de decisões pela Assembleia Geral, a fria, literal e isolada interpretação da norma pode eventualmente implicar sacrifício da *função social da empresa* em recuperação.

Diante disso, defende-se que em casos excepcionais, desde que respeitados objetivos critérios, cabe ao intérprete apresentar soluções construtivas que melhor se adaptem à situação fática e à concretização dos objetivos da Lei de Recuperação e Falências, em especial a preservação da empresa viável e a retirada do mercado daquela inviável (LRF, arts. 47 e 75).

Até mesmo porque, sem desconsiderar as notáveis posições em sentido contrário,³²⁶ entende-se que diferentemente do que ocorre na Lei de Sociedades Anônimas (lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a assembleia geral de credores da Lei de Recuperação e Falências não pode ser considerada um órgão totalmente soberano. Dentro desse contexto, conforme defendido no presente estudo, admite-se excepcional relativização quando se mostrar desvirtuada do *interesse público* do direito de recuperação de empresas.

Ao mesmo tempo em que se reafirma o seu poder deliberativo (LRF, art. 73, incs. I e III), consta-se que a própria Lei de Recuperação e Falências não sobrepõe ou substitui a atividade jurisdicional, na medida em que ainda conserva a competência decisória e a prestação jurisdicional (LRF, art. 73, “caput”, incs. II e IV). Abre-se espaço aí para a implementação excepcional e parcimoniosa das denominadas *ações afirmativas* pelo Estado-Juiz na recuperação judicial.³²⁷

Sobre o tema, **Eduardo Secchi Munhoz** anota com propriedade que apesar de se mostrar inviável a prevalência da ideia de o Estado-Juiz superar a vontade do devedor ou dos credores, parece-lhe natural e imperiosa a sua intervenção desde que norteada pela realização da função pública do direito concursal, de modo que “a intervenção

---

³²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 105.

³²⁶ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, cit., p. 253-254; COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 166.

³²⁷ Assim entendidas como uma categoria de políticas públicas destinadas, em última análise, a promover a inclusão social, política e econômica de grupos de certo modo fragilizados. As políticas de ação afirmativa pressupõem a ocorrência de desigualdades fáticas parciais que afetam um grupo social determinado. Cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, p. 121-151, 2001; CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 76.

jurisdicional corrigiria os eventuais desvios entre as vontades manifestadas pelos particulares no processo e o interesse público e social reservado à recuperação da empresa”.³²⁸

Tradicionalmente, relacionam-se as *ações afirmativas* às políticas públicas destinadas à superação ou atenuação de desigualdades fundadas no critério de diferenciação etnicorracial ou na defesa das chamadas “minorias”.³²⁹ Logicamente, não é esse o enfoque da presente tese.

A ideia da promoção ponderada das *ações afirmativas* na recuperação judicial aproxima-se muito da definição e conceito defendido por **Paulo Lucena de Menezes**, no sentido de que as medidas de ação afirmativa devem ser dirigidas a determinados grupos ou categorias que são afetados por desigualdades fáticas parciais.³³⁰

Nessa linha, acreditamos que qualquer medida pontual e devidamente fundamentada que viabilize o tratamento jurídico desigual, mediante a inclusão política, social ou econômica de determinado grupo fragilizado, pode ser considerada uma *ação afirmativa*. Consequentemente, para o escopo do presente trabalho, não existiria qualquer razão para deixar de compatibilizar a recuperação judicial a esse importante instrumento de alcance do tratamento paritário dos sujeitos do processo (**itens 11 e 12**).

E o caso do atingimento do princípio da função social da empresa pode ser emblemático nesse sentido, na medida em que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal estabeleceu um fim específico, não definiu precisamente quais as medidas podem ser tomadas para a implementação desse fim (**item 13**).

Até mesmo porque o legislador deve primar pela concessão de certa margem de manobra na determinação dos fins a serem perseguidos. É o que **Robert Alexy** denomina *espaços de ponderação*. Em realidade, tais “vácuos” constituem um dos motivos pelos

---

³²⁸ Tudo isso à luz dos princípios informadores do “best-interest-of-creditors”, “unfair discrimination” e “fair and equitable” do direito comparado. Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 197.

³²⁹ Cf. MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1996; CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 44.

³³⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

quais o legislador democraticamente legitimado detém uma margem de manobra e decisão, não podendo ser caracterizado como mero “executor” da Constituição Federal.³³¹

A fim de viabilizar a implementação das *ações afirmativas* na recuperação judicial, além de primar pela plena observância dos princípios da isonomia, função social da empresa e proporcionalidade, deve-se ter em mente que a Constituição Federal tanto *ordena*, *proíbe* ou *faculta* algo ao legislador (e conseqüentemente aos seus intérpretes), caracterizando-a como uma espécie de “Constituição-Moldura”. Dentro desse contexto, aquilo que a Constituição proíbe pode ser denominado constitucionalmente *impossível*; o que ordena, constitucionalmente *necessário*; e o que não proíbe ou ordena, mas faculta, constitucionalmente *possível*.³³²

Abre-se espaço, portanto, para a plena aplicação das *ações afirmativas* na recuperação judicial. O fato de as medidas de ação afirmativa instituírem tratamentos jurídicos desiguais exige que a diferença de tratamento seja devidamente ponderada e justificada, pois é certo que há uma relação intrínseca entre justiça, correção e justificação. Afirmar que algo é *justo* significa dizer que é *correto* e devidamente *justificado*. Desse modo, quem propõe que uma medida de ação afirmativa seja justa quer dizer que tal medida se justifica, é correta e é devida.³³³

Ou seja, conforme já defendido anteriormente quando enfrentamos o encaminhamento produtivo do princípio da isonomia para os fins da presente tese, a resposta que o direito recuperacional reclama acerca dos limites dos poderes do juiz na apreciação das deliberações assembleares poderão ser encontradas por meio da utilização dos vetores sinalizados pelos princípios da função social da empresa, contraditório,

---

³³¹ALEXYY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 83; QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*, cit. p. 53; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209; ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, cit., p. 159.

³³²Nesse sentido, LUIS FELIPE FERREIRA MENDONÇA CRUZ exemplifica com a proficiência que lhe é própria, demonstrando que a interpretação da constituição permite a análise caso a caso da possibilidade de implementação das medidas de ação afirmativa: “Primeiramente - e excepcionalmente - há medidas de ação afirmativa constitucionalmente obrigatórias. Mais uma vez se cita o exemplo da reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII da CF). (...) A grande discussão reside nas medidas facultadas ou proibidas, principalmente em razão da infinitude de medidas de ação afirmativa que se podem enquadrar nesses modais” (CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 94-95).

³³³Cf. ALEXYY, Robert. Justicia como corrección. Ana Inés Haquín. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante. n. 26, p. 163-164, 2003; CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 86.

proporcionalidade e motivação das decisões judiciais, desde que o *ônus argumentativo* sempre recaia sobre a hipótese excepcional de tratamento desigual (**item 12**).

O direito processual e o direito comercial têm de lidar com as mais variadas situações do cotidiano, não sendo diverso o desafio da Lei de Recuperação e Falências. Ao analisar a questão dos poderes do juiz perante a homologação do plano de recuperação, deparamo-nos imediatamente com o mencionado paradoxo contido na lei concursal, qual seja, a eventual prevalência da vontade coletiva dos credores e o possível não atingimento dos escopos do princípio da função social da empresa.

A nosso ver, a *convergência* e não a *dissonância* deve ser a tônica da relação estabelecida entre a prevalência da vontade coletiva dos credores e o princípio da função social da empresa.

No entanto, em casos excepcionais de dissonância cognitiva estabelecida entre a decisão assemblear e o princípio da função social da empresa, abre-se espaço para a aplicação do princípio da isonomia, sendo as ações afirmativas um dos muitos instrumentos disponibilizados ao juiz para diminuição dessa desigualdade.

Em realidade, trata-se da adoção literal do clássico argumento do benefício geral para sustentar o estabelecimento de medidas de ação afirmativa. As referidas medidas não beneficiam apenas os integrantes do grupo beneficiado, mas toda a coletividade. Traduz exatamente aquilo que se procura no direito recuperacional: a maximização dos benefícios e a socialização dos prejuízos.³³⁴

Assim é que diante da diversidade dos casos de recuperação judicial em que poderão colidir princípios, certo é que com base na efetiva aplicação do princípio da isonomia tal qual defendido no presente trabalho, mostra-se perfeitamente possível estabelecer tratamentos jurídicos diferenciados, restringindo até mesmo o princípio da igualdade jurídica ou outros princípios eventualmente apresentados por meio da atuação da proporcionalidade (**itens 11 e 12**).

De mais a mais, pelo fato de a Constituição Federal não trazer autorização expressa para a definição de critérios, limites e modalidades das medidas de ação afirmativa

---

³³⁴ Segundo JOHN RAWLS, uma medida de ação afirmativa que estabelece um tratamento jurídico desigual só seria justificada se todos ganhassem com ela: “inequalities are arbitrary unless it is reasonable to expect that they will work out for everyone’s advantage” (Cf. RAWLS, John. *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press. 1999. p. 48).

(especialmente na recuperação judicial para o escopo da presente tese), isso significa que esse instrumento, em princípio, não é vedado.³³⁵

Em realidade, importante se faz ressaltar que não é o objetivo deste trabalho defender que a adoção indiscriminada de um critério de diferenciação (*ação afirmativa*) seja melhor do que qualquer outro para a redução de certas desigualdades.

O objetivo é deixar claro que o critério da ponderação dos princípios do devido processo legal, isonomia e função social da empresa ora defendidos para o escopo do tratamento do processo de recuperação judicial é, em tese, juridicamente possível e recomendável como forma de superação das dificuldades impostas aos sujeitos do processo no tormentoso tratamento da crise da empresa.

É dentro desse contexto que se insere a necessidade de estabelecer instrumentos para a superação do dilema havido entre aqueles que defendem que o juiz deva interferir nas questões de mérito do plano de recuperação,³³⁶ em contraposição àqueles que afirmam que o juiz não deva se imiscuir nas questões econômicas do plano de recuperação, já que essa decisão deve ficar a cargo dos credores.³³⁷

A questão não pode se resumir na busca de uma resposta afirmativa ou negativa da possibilidade de o juiz apreciar o conteúdo das deliberações da assembleia geral de credores nos processos de recuperação judicial.³³⁸

---

³³⁵Seja porque supostamente violaria o princípio da igualdade jurídica ou outros princípios igualmente relevantes, tais como a legalidade. Nesse sentido: Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 196; CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*, cit., p. 95.

³³⁶Sob esta ótica, os juízes poderiam alargar os limites da lei com o objetivo de permitir a recuperação de empresas, de modo que essa superação legal seria uma forma de beneficiar a economia e a sociedade. Alguns autores defendem ainda que o papel do juiz não deve se resumir ao de cancelar as decisões tomadas pelos credores; o juiz deveria, pelo contrário, ter voz ativa para decidir questões de mérito e opor-se aos credores quando considerar necessário para preservar o valor dos ativos da empresa e os interesses coletivos envolvidos. Não compartilhamos esse entendimento, na medida em que o equilíbrio entre os poderes disponibilizados aos sujeitos do processo se mostra imperioso no processo de recuperação judicial.

³³⁷Dessa forma, os próprios credores deveriam decidir se preferem receber os seus créditos nos termos propostos em um plano de recuperação ou em um processo falimentar. Há autores que defendem que o juiz deve limitar-se à análise formal da aprovação do plano, com o objetivo de verificar se os credores tiveram a oportunidade de se manifestar de forma adequada; e há autores que admitem a interferência excepcional em aspectos substanciais do plano para evitar ilegalidades. Segundo uma interpretação restrita da Lei de Recuperação e Falências, os poderes do juiz estariam expressamente previstos, em redação fechada e sem possibilidade de alargamento. Diante disso, prevê-se o potencial conflito a existir entre todos os envolvidos no processo: “a ausência de norma aberta para o juiz brasileiro poderá significar um convite à ilegalidade, que ocorreu, com frequência, no fim do regime de 1945, gerando dúvidas e perplexidades” (Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, cit., p. 248 e 260).

³³⁸De acordo com EDUARDO SECCHI MUNHOZ: “de um lado, posicionam-se aqueles que creem no papel supremo do juiz como guardião do interesse público e que veem com enorme desconfiança soluções

Em realidade, a questão é tão polêmica que o humilde objetivo deste trabalho cinge-se a apresentar possíveis alternativas para a superação desse intrincado “dilema”. Até mesmo porque, a nosso ver, a atuação juiz na busca da efetiva tutela jurisdicional pelo processo de recuperação judicial depende muito mais da *coordenação* adequada da relação jurídica estabelecida entre os sujeitos do processo e do procedimento escolhido para esse fim, do que propriamente da análise do *conteúdo econômico* das decisões assembleares ou do plano de recuperação.

Não se desconsidera o papel ativo do juiz no contraditório estabelecido entre as partes, conforme já defendido em passagens anteriores (**item 7**), mas esse ativismo deve servir fundamentalmente para fomentar a escolha da melhor decisão por parte dos credores e do devedor em pleno atendimento ao princípio da função social da empresa.

Dentro desse contexto, excelente exemplo de medida afirmativa a ser adotada pelo juiz no processo de recuperação judicial (especialmente na assembleia geral de credores) seria permitir o excepcional afastamento da pernóstica regra que agrupa os credores em apenas três (3) classes para votação (LRF, art. 41), ampliando-se o “leque” para os critérios mais expansivos do rol estabelecido pelo art. 83 da Lei de Recuperação e Falências (ou qualquer outro que se mostrar mais adequado para a efetiva obtenção da “comunhão de interesses” entre os sujeitos do processo).³³⁹

De acordo com os postulados defendidos na presente tese, após a implementação de sigilosas sessões de mediação e/ou *caucus* coordenadas pelo administrador judicial (ou pessoa por ele contratada) e a adoção de prévias medidas de governança corporativa com vistas a diminuição da *assimetria de informações* estabelecida entre os sujeitos do processo (**itens 8 e 9**), caberia ao juiz autorizar ou não a implementação do benéfico sistema de agrupamento em classes para votação do plano, refletindo assim a flexível ordem prevista no art. 83 da Lei de Recuperação e Falências (ou outra que se mostrar objetivamente adequada ao caso concreto).

---

baseadas na participação dos credores, as quais somente poderiam levar ao atendimento de interesses puramente privados e egoísticos. De outro, cerram fileiras os que não acreditam na possibilidade de o Estado-juiz encaminhar soluções economicamente eficientes, defendendo não haver ninguém melhor que os próprios credores, afetados pela crise da empresa, para definir os rumos a serem tomados” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 185).

³³⁹Tal qual ocorre no Bankruptcy Code Americano por meio dos arts. 101(5) e 501(a), que permitem que a própria devedora indique no “reorganization plan” o modo pelos quais os créditos deverão ser agrupados.

Tudo isso com vistas a formular um procedimento que melhor assegure a representatividade de cada grupo de credores e atribua pesos aos votos da maneira mais adequada, mesmo que distoante do critério programático inicialmente formulado pelo legislador (LRF, art. 41).

E a “bússola” utilizada para a implementação dessa importante e excepcional ação afirmativa está calcada na plena aplicação dos princípios do devido processo legal, isonomia e função social da empresa. Até mesmo porque toda a “legitimidade do procedimento” (Niklas Luhmann) depende dessas questões.³⁴⁰

O procedimento deve ser capaz de contemplar o atendimento mais satisfatório possível a cada um dos interessados e ainda assim proporcionar a superação dos impasses, uma vez que é certo que os credores reunidos em torno de uma execução coletiva ou recuperação judicial possuem alguns interesses convergentes e muitos divergentes.

A Lei de Recuperação e Falências tratou de forma muito simplista e estratificada as classes de credores (LRF, art. 41), o que faz com que em determinadas situações, a “regra geral” não sirva para obtenção dos resultados desejados, muito embora essa técnica adotada pelo legislador tenha tido o legítimo objetivo de evitar distorções na formação da comunhão de interesses.

Ocorre que ao dividir os credores em apenas três (3) classes (trabalhistas, quirografários e/ou com garantia) e exigir o voto afirmativo de todas elas, o legislador equiparou o “peso” desses grupos na aprovação do plano.³⁴¹ Tencionou o legislador brasileiro, segundo o critério da natureza crédito (*posizione giuridica*), aglutinar credores com interesses próximos, ainda que não homogêneos.³⁴²

Ao mesmo tempo em que obstou que determinado credor, grupo de credores ou classe detentora de vultoso crédito “controlasse” a deliberação, a despeito da vontade dos demais e do devedor (LRF, art. 42), despropositadamente propiciou que em determinadas

---

³⁴⁰LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*: pensamento político, cit., p. 119-126.

³⁴¹Ao assim proceder, o legislador não evitou que a classificação se dê de modo que parte do crédito não coberto por eventual valor atribuído ao bem dado em garantia conferira ao credor o direito de votar em uma classe composta por credores com interesses semelhantes, ao invés de simplesmente direcioná-lo à classe comum dos créditos não cobertos por garantias reais. Esse é um equívoco que também precisa ser corrigido pelo magistrado por meio de implementação de ação afirmativa. Nesse sentido, já se posicionou em sede doutrinária FÁBIO ULHOA COELHO (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed., cit., p. 105).

³⁴²Cf. SADDI, Jairo. O Comitê e a Assembleia de Credores na nova Lei Falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 209.

situações excepcionais uma classe que possui apenas um credor detenha (perigosamente) o destino da recuperação judicial em suas mãos.³⁴³

Nesse caso, conforme já apresentado no item anterior, reafirma-se a necessidade de o sistema conferir as denominadas “opções de saída das negociações”. Ou seja, o sistema deve dispor de instrumentos eficazes contra a imposição de termos ao plano de recuperação de acordo exclusivamente com os interesses privados do credor. Conforme já demonstrado, quando o ordenamento jurídico confere *opções de saída* eficazes, o resultado da negociação tenderá a se aproximar daquilo que as partes teriam negociado antes da implementação da recuperação judicial (**item 14**).

Infelizmente, com relação à possibilidade de superação do veto de uma classe que tenha desaprovado o plano (mesmo fundada em credor único), a Lei de Recuperação e Falências brasileira não previu nenhuma “*válvula de escape que permita ao juiz a superação desse veto*”,³⁴⁴ nem mesmo por meio do nacionalizado instituto do “cram-down”, uma vez que não seriam cumpridos os requisitos para tanto (LRF, art. 58, parágrafo 1º).

Logo, com base em uma literal interpretação da lei, o voto contrário do indigitado credor teria o condão de impedir que o juiz aprovasse o plano, até mesmo com base no

---

³⁴³ Nesse sentido, vale a pena destacar dois julgados oriundos de outros Tribunais da Federação que, de certa forma, implementaram medidas de ação afirmativa diante da dissonância estabelecida entre a posição do credor único e a comunhão de interesses dos demais sujeitos do processo à luz do princípio da função social da empresa. PRIMEIRO JULGADO: “Agravado de Instrumento. Recuperação de empresa. Função social. Proteção trabalhadores. Não provimento. Nega-se provimento ao agravo de instrumento, quando a decisão agravada atender ao espírito da lei de recuperação de empresas e falência, Lei n. 11.101/2005, preservando a função social da empresa e protegendo seus empregados” (TJ-RO, AI n. 100.010.2006.006147-0, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia). Segundo esse julgamento, confirmou-se a decisão proferida em 1ª instância que homologou o plano de recuperação judicial, a despeito da rejeição por credor único, embasando-se nos seguintes dados: (i) o plano foi aprovado por duas classes de credores, trabalhistas e quirografários e, rejeitado pelo credor, único representante da classe de credores com créditos de garantia real; (ii) o interesse dos 130 credores trabalhistas, 270 fornecedores e 1781 pequenos produtores de leite, muitos em regime de subsistência familiar e; (iii) o poder de veto de um único credor, que possui garantias reais de quase 95% do crédito. SEGUNDO JULGADO: “Agravado de Instrumento. Falência. Plano de Recuperação Judicial. Alegação de omissão quanto à fixação da forma de incidência de encargos ao valor a ser pago. Não infringência ao artigo 54 da Lei de Quebras. Atendimento do prazo estabelecido em lei para pagamento de créditos trabalhistas ou decorrentes de créditos oriundos de acidente do trabalho. Aplicação do instituto do ‘cram down’. Decisão mantida” (TJ-RS, AI n. 70018219824, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul). Segundo esse julgamento, afastou-se a rejeição do plano apresentada por credor Instituição Financeira pelo fato de a proposta ter sido aprovada por 100% dos credores trabalhistas integrantes da Assembleia, não sendo justo que o plano deixe de ser aprovado quando os credores realmente interessados nos valores decorrentes da relação do trabalho e na preservação dos empregos quedem-se diante do credor com garantia real e “superprivilegiado” que até não se submete aos efeitos da recuperação, a este só interessando a quebra, pois tem seu crédito garantido por alienação fiduciária, afirmando que o Julgador monocrático aplicou, corretamente, o método “cram down”, afastando a rejeição do plano pelo credor único e minoritário, não prejudicando a maioria.

³⁴⁴ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 291.

instituto do “cram down”, posto que não se cumpriria o requisito de aprovação de pelo menos um terço (1/3) dos credores da classe dissidente, inviabilizando, por conseguinte, o plano de recuperação.³⁴⁵

A difícil questão que se coloca nesse momento não deveria ser resolvida com base na discussão dos limites do poder do juiz na concessão da recuperação judicial, na prolatada tese que defende a limitação da atuação do credor em virtude do abuso de poder ou ainda na defesa da aplicação da teoria do conflito de interesses oriunda do direito societário.³⁴⁶

A *ação afirmativa* a ser implementada pelo magistrado estaria calcada na operacionalização de instrumentos procedimentais adequados, pois, conforme proposta estampada na introdução do presente trabalho, é do equilíbrio entre substância e procedimento que depende a obtenção dos resultados desejados.³⁴⁷

Essas medidas afirmativas seriam implementadas com base na busca da solução procedimental que melhor propiciasse o pleno desenrolar da relação jurídica (material e processual) estabelecida entre os sujeitos do processo de recuperação judicial e, com isso, maximizasse o valor total disponível para ser dividido entre os credores, devedor, trabalhadores e consumidores, em consonância com os vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa (**item 13**).

Assim é que para a solução do “dilema” estabelecido na assembleia geral de credores a partir da atuação “egoística” de determinado *credor único* integrante de uma classe detentora de voto, recomenda-se que, além da adoção da regra do *best-interests-of-creditors*, garantindo a estipulação de *preços de reserva* (*reservation prices*) nos debates a serem travados no seio do conclave (**itens 12 e 14**), sejam recepcionados pelos sujeitos do processo de recuperação judicial (especialmente o juiz), as importantes diretrizes dispostas pelo princípio do *unfair discrimination*, igualmente de inspiração norte-americana.³⁴⁸

Apesar de o princípio do *unfair discrimination* ter sido concebido para a hipótese de rejeição do plano por determinada classe de credores, certo é que orienta firmemente o

---

³⁴⁵BATISTA, Carolina S. J.; CAMPANA FILHO, Paulo F.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, Sheila C. N. A prevalência da vontade da assembléia geral de credores em questão: o *cramdown* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes, cit., p. 209.

³⁴⁶Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Da assembléia-geral de credores, cit., p. 192 e ss.

³⁴⁷Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução aos comentários da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 48.

³⁴⁸Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 195-296. Sobre o tema: POLIVY, D. R. Unfair discrimination in Chapter 11: a comprehensive compilation of current case law. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 72, p. 192, 1988.

intérprete no sentido de que os credores pertencentes a classe que envolvam créditos similares devem receber seus créditos ao mesmo tempo e na mesma proporção.³⁴⁹

Desse modo, a plena aplicação do princípio *unfair discrimination* no direito brasileiro corroboraria a decisão do juiz que autoriza a instituição do benéfico sistema de agrupamento em classes que reflita a ordem mais flexível prevista no art. 83 da Lei de Recuperação e Falências (ou qualquer outra que se mostrar mais adequada para a efetiva obtenção da *comunhão de interesses* entre os sujeitos do processo).

Isso porque, fomentar a aplicação do princípio do *unfair discrimination* viabilizaria a mais flexível “compartimentalização” dos credores em classes diversas (desde que heterogêneos em seus direitos e interesses), propiciando que o devedor detenha condições mais favoráveis de negociar a aprovação (ou mesmo a modificação do plano), com base em uma nova e mais abrangente maioria obtida por meio da instituição de outras classes de credores. Tudo isso se comparada com negociações estabelecidas com base no valor total da massa de credores ou ainda com reduzido número de classes de credores, tal qual fora originalmente estabelecido pelo legislador brasileiro (LRF, art. 41).

De mais a mais, é certo que tal *ação afirmativa* justifica-se plenamente quando se verifica que a mencionada proposta de divisão do órgão deliberativo dos credores em maior número de classes é frequente na legislação estrangeira, tais como no sistema do Bankruptcy Code Americano (arts. 101 [5] e 501 [a]) ou na lei de regência alemã (InsO, § 226).³⁵⁰

Considerando-se que poucos dos eficientes princípios presentes na legislação de outros países foram absorvidos pela Lei de Recuperação e Falências, verifica-se a abertura de abrangente campo de atuação do juiz no processo de recuperação judicial, desde que pautado pelos princípios da isonomia, devido processo legal e função social da empresa, na forma como apresentados na presente tese.³⁵¹

---

³⁴⁹Cf. BATISTA, Carolina S. J.; CAMPANA FILHO, Paulo F.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, Sheila C. N. A prevalência da vontade da assembléia geral de credores em questão: o *cramdown* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes, cit., p. 206.

³⁵⁰A esse respeito Jairo SADDI informa: “Em outras jurisdições, há muito mais classes de credores; em alguns estados americanos, por exemplo, há doze ou mais delas (tais como credores bancários, credores com arrendamento mercantil, e assim por diante)” (Cf. SADDI, Jairo. O Comitê e a Assembleia de Credores na nova Lei Falimentar, cit., p. 209. Cf. ainda outros exemplos em: SEVERINI, F. I problemi procedurali del concordato preventivo, cit., p. 323-324.

³⁵¹Desde que não descurando a necessidade de adaptação aos valores vigentes na sociedade brasileira, conforme alertado por EDUARDO SECCHI MUNHOZ: “seria fundamental e útil ao aperfeiçoamento do sistema o estudo de princípios como *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*, hauridos do direito comparado, sempre, porém, com a preocupação de adaptá-los e modificá-los em função da

Em realidade, tais princípios pautariam a atuação do juiz de forma mais objetiva e em maior consonância com os programáticos artigos 47 e 75 da Lei de Recuperação e Falências.

Até mesmo porque, conforme afirmado com proficiência por **Eduardo Secchi Munhoz**, são preceitos que conferem instrumentos procedimentais para que o juiz excepcionalmente interfira no aspecto material do plano de recuperação judicial, alcançando-se os efeitos almejados pela lei de realizar o *interesse público* do direito de recuperação de empresas.³⁵²

16. SUJEITOS IMPARCIAIS DO PROCESSO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme proposta estampada na introdução e ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, tem-se que o processo de recuperação judicial pode ser definido como um *método de trabalho* para a superação da crise da empresa, constituído por uma relação jurídica processual *multifacetada* e procedimentos definidos em lei (ordinário e especial).

O referido *método* visa alcançar objetivos de interesse público (função social da empresa) por meio da soma de todos os princípios e garantias constitucionais e legais (especialmente o devido processo legal e isonomia) que delimitam os atos jurídicos e processuais de cada um dos sujeitos processuais.³⁵³

Superadas as históricas correntes que procuraram explicar a natureza jurídica do processo, certo é que o procedimento (*corpo físico*) e a relação jurídica processual (*alma*) coexistem no conceito e materialização instrumental do processo, de modo que “*cada ato do procedimento pode ser realizado porque o sujeito que quer realizá-lo tem a faculdade ou poder de fazê-lo; ou deve ser realizado porque ele têm um dever ou um ônus*”.³⁵⁴

---

realidade econômica e social brasileira” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 199).

³⁵²MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, cit., p. 197.

³⁵³O ato processual tem natureza jurídica de ato jurídico, assim entendido o ato humano voluntário que se reflete na relação jurídica (constituindo-a, modificando-a ou extinguindo-a), mas com a peculiaridade de ocorrer no âmbito do processo. Em síntese, podemos afirmar que os atos processuais se interligam de forma coordenada no procedimento em direção a um determinado fim. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 286-288.

³⁵⁴Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 2, p. 26.

Para que tanto o *escopo social* (consistente em pacificar e educar), *escopo político* (de preservação do poder, liberdade e oportunidade de participação popular) e *escopo jurídico* (de aplicação da lei material e do devido processo legal) do processo sejam conjuntamente alcançados,³⁵⁵ impõe-se a adoção de uma nova mentalidade pelos seus sujeitos. Mentalidade essa voltada para o desempenho próativo da função instrumental do processo de realização do direito material pelo exercício da atividade jurisdicional que cabe ao Estado.³⁵⁶

Até mesmo porque o atingimento das primorosas concepções do *processo civil de resultados*³⁵⁷ e do *acesso à ordem jurídica justa*³⁵⁸ não podem ser ofuscados por aqueles

---

³⁵⁵É de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a maior contribuição para a compreensão dos objetivos a serem alcançados pelo processo, bem como para alargamento destas finalidades no contexto contemporâneo (*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 129-149).

³⁵⁶Essa atividade dirigida ao ato de julgar o conflito de interesses mediante a interpretação e aplicação das leis, valorando e diferenciando o justo do injusto, o lícito do ilícito, recebeu o nome de jurisdição. Como observa ENRICO TULLIO LIEBMAN: “Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando-se, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso [fatispecie] em exame (...). Livre de vínculos no exercício de sua função, é o juiz no entanto obrigado a aplicar a lei, da qual é o intérprete qualificado (...)”. Para ele a jurisdição é “a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”, sendo essa a concepção que predomina atualmente no Brasil (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, p. 19-23).

³⁵⁷Em contraposição à visão tradicional do processo, visto sem preocupação com os objetivos de direito material a realizar diante de sua autonomia e independência como ramo científico, defende CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a ideia do processo civil de resultados, consistente “na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 108). Ainda em outra oportunidade, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heróicos concedidos por juízes e tribunais não passariam de puras balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida” (Efetividade do processo e os poderes do juiz, cit., n. 298. p. 592). Para corroborar esse conceito, vale a pena destacar a observação de Galeno Lacerda: “fala-se muito em interesse público na preservação do rito do due process of law, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana causam à parte inerte. Não. Não é isso fazer justiça. Não é para isso que existe o processo. Esquecem os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses do mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser” (LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual, cit., p. 10).

³⁵⁸Essa expressão foi utilizada por KAZUO WATANABE ao tratar da assistência judiciária: “Em suma, a assistência judiciária deve ser conceituada em prática como um instrumento de acesso à ordem jurídica justa, e não apenas da defesa técnica ou pré-processual” (WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e Juizados especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 163). O forte conteúdo ético da expressão vem ao encontro à moderna constatação dos diversos escopos do processo, que não deve ser instrumento meramente técnico, e sim instrumento ético. Essa expressão foi recebida com especial agrado pela melhor doutrina processual (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 59; A

que ainda vislumbram o processo como algo voltado a si mesmo, como se pudesse ser dissociado do direito material ou dos objetivos constitucionais a realizar.³⁵⁹

Seguindo a premissa defendida no presente trabalho, caucada no aumento da participação de todos os envolvidos no processo nas decisões da recuperação judicial como forma de alcance de uma efetiva comunhão de interesses (à luz dos princípios do contraditório e isonomia), deve-se ter em mente que todos os sujeitos do processo de recuperação judicial são os únicos responsáveis pela *qualidade* da tutela jurisdicional a ser conferida pelo Estado.

Tradicionalmente, conceituam-se os sujeitos do processo como todas as pessoas que figuram como titulares das situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual.³⁶⁰ Cada *faculdade*, *ônus*, *poder* ou *dever* atribuído aos sujeitos do processo ao longo do procedimento não podem ser desprezados irracionalmente, sob pena de se desconsiderar toda a evolução experimentada pela indispensável relativização do binômio direito-processo.³⁶¹

No procedimento da recuperação judicial ordinária, caracterizam-se claramente como *sujeitos do processo*: o devedor, os diversos credores, o representante do Ministério Público, o Juiz, o Administrador Judicial, os órgãos eventuais da recuperação judicial (Assembleia Geral de Credores, Comitê de Credores e Gestor Judicial), os auxiliares da justiça e os advogados que representam as partes. Isso porque somente tais sujeitos estão

---

instrumentalidade do processo, cit., p. 32; *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 42.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed., cit., p. 18-21).

³⁵⁹ Como observa JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “o correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 63).

³⁶⁰ Sujeitos esses que detêm suas respectivas faculdades, ônus, poderes e deveres. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 2, 2009, cit., p. 203.

³⁶¹ Cf. KAZUO WATANABE onde o autor desenvolveu com maior profundidade a questão do relacionamento entre o plano material e o plano processual (*Da cognição no processo civil*, cit., p. 59; WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional dos atos administrativos e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. n. 14, p. 37). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “A relativização do binômio direito/processo constitui inafastável premissa de um sistema processual eficiente, pois a tutela jurisdicional vai atuar exatamente no plano das relações substanciais” (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed., cit., p. 18). FLÁVIO LUIZ YARSHALL: “O processo, mero (embora digno) instrumento posto a serviço do direito material, não deve ficar aquém pois que, em ambas as hipóteses, o processo estaria funcionando, distorcidamente diga-se, como fonte autônoma de direitos e, por essa razão, traindo sua missão institucional” (*Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993. p. 110). Este pensamento tem exata correspondência nas palavras de WALTER J. HABSCHEID: “Como efeito, o processo civil é a instituição que faz valer, na hipótese de litígio, as regras do direito material; terá ela, assim, por objeto, nem mais, nem menos, que a realização daquilo que a ordem jurídica garante através do direito material” (HABSCHEID, Walter J. *As bases do direito processual civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11/12, p. 120, 1994).

legitimados a realizar atos no processo de recuperação judicial ao longo dos procedimentos ordinário ou especial/sumário fixado na Lei de Recuperação e Falências (arts. 51 e 70).

Dentro desse contexto, nem se diga que os órgãos eventuais da recuperação judicial (Assembleia Geral de Credores, Comitê de Credores e Gestor Judicial) não poderiam fazer parte desse exclusivo rol, na medida em que a Lei de Recuperação Judicial atribui a eles papéis e funções relevantes, ainda que de facultativa operacionalização (LRF, art. 27, 35 e 65).

Como se isso não bastasse, para o adequado encaminhamento do processo de recuperação judicial à luz dos princípios constitucionais processuais defendidos na presente tese, não se pode desconsiderar como integrantes do grupo dos sujeitos do processo de recuperação judicial (ainda que não formalmente inseridos na relação jurídica processual), a figura do *Estado* (enquanto arrecadador de tributos), da *Empresa* (enquanto fonte geradora de riquezas organizada) e da *Sociedade* (enquanto destinatária final dos “lucros” e “prejuízos” da atividade econômica).

Em realidade, diante da necessidade de *composição* de interesses tão antagônicos e da heterogeneidade de pretensões formuladas pelos diversos sujeitos envolvidos no processo recuperacional, não resta alternativa ao intérprete senão *ampliar os efeitos* projetados por essa relação jurídica processual multifacetada. Tudo isso guiado pelo alcance do interesse público inerente ao processo de recuperação judicial (função social da empresa).

Não é por outro motivo que se defende a necessidade de adaptação e revisitação do conceito do *contraditório* para o processo de recuperação judicial, bem como a ampla aplicação do *princípio da fungibilidade* das formas no processo, de modo a oferecer instrumentos aptos e efetivos para superação da crise da empresa (**item 7**).

Dentre tantos sujeitos processuais, merece especial destaque a atuação dos denominados *sujeitos imparciais do processo*, assim considerados aqueles que atuam de forma quase “altruísta” na recuperação judicial (juiz, administrador judicial e representante do Ministério Público).³⁶² Tais sujeitos imparciais buscam, antes de tudo, a produtiva efetivação da tutela jurisdicional no processo de recuperação.

---

³⁶²O adjetivo “altruísta” é empregado nessa oportunidade em seu sentido mais comum, assim caracterizado como aquele comportamento em que as ações dos indivíduos beneficiam o outro. Por outro lado, não pretende alcançar o “puro” significado do termo, na medida em que suas ações solidárias não acarretam nenhum tipo de prejuízo para si próprio e ainda trazem benefícios traduzidos nas remunerações recebidas

Desde as origens dos procedimentos concursais, a figura do administrador se impunha por força do princípio geral que determinava que o devedor deveria ser substituído na posse e na gestão dos bens que constituíam seu patrimônio (especialmente na falência).³⁶³ Ocorre que somente nos Estatutos Medievais das cidades do Norte da Itália é que encontramos os mais preciosos subsídios para o estudo da falência e da recuperação judicial, os quais remanesceram, com diversas modificações pelos séculos, chegando até os nossos dias.³⁶⁴

Especificamente no que diz respeito à perquirição da origem do instituto da recuperação e dos seus respectivos “órgãos de administração”, verifica-se no Período Clássico Romano o surgimento do instituto do *beneficium competentiae*, pelo qual alguns devedores não eram obrigados a pagar a totalidade da dívida (apenas uma parte).³⁶⁵ Essa

---

pelo desempenho do trabalho. Enquadra-se mais na ideia do “altruísmo”, defendida pelo filósofo francês AUGUSTO COMTE, para caracterizar o conjunto das disposições humanas (individuais e coletivas) que inclinam os seres humanos a dedicarem-se aos outros, como sinônimo do solidariedade. O “altruísmo” dos mencionados sujeitos imparciais do processo contrapõe-se ainda à atuação daqueles sujeitos que figuram na relação jurídica processual com vistas apenas e tão somente à busca da satisfação de uma pretensão própria (ou alheia no caso dos advogados). Cf. VALENTIM, Oséias Faustino. O Brasil e o positivismo. Rio de Janeiro: Publit, 2010.

³⁶³“Tirando ao falido o direito de administrar seus bens e deles dispor, perde ele a posse direta de tais bens, que passa para o síndico, e cuja tomada se faz pela arrecadação, que equivale, assim, à penhora das execuções singulares (VALVERDE, Trajano de Miranda (Ed.). *Comentários à lei de falências*: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, cit., p. 278). No mesmo sentido: “A execução forçada se torna coletiva e universal; coletiva, porque os credores perdem seu direito de agir individualmente, sendo obrigados a fazer valer seu direito de crédito em concurso com os outros, segundo o privilégio romano do par conditio creditorum; universal, porque a execução atinge todo o patrimônio do devedor que é, por consequência, desapossado de todos os seus bens e porque, de outra parte todos os credores, sem exceção, são compelidos a tomar parte na execução. É o regime da falência e do regulamento judicial. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, 1978. p. 455).

³⁶⁴Segundo PERCEROU, a história da tutela da crise começa com a falência, parte dos processos de execução (PERCEROU e DESERTEAUX. *Des faillites, banqueroutes et des liquidations judiciaires*. Paris: Rousseau et Cie, 1935. v. 1, p. 3. *Apud* SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas*: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro, cit., p. 28). A legislação estatutária, fonte valiosa da gênese do instituto falimentar, editou-se no período compreendido entre os séculos XIII e XVII. A nota marcante dessa época é que foi um verdadeiro despertar do interesse público pelos casos de insolvência, dotando a execução de caráter coletivo com penas severíssimas para os devedores falidos (Cfr. RASI, Piero. *Diritto intermedio*. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1966. v. 15, p. 431-448). Em realidade, a falência, por si só, constituía crime, sendo que a finalidade primeira era a liquidação do patrimônio do devedor, por meio da execução coletiva. Segundo doutrina de NELSON ABRÃO: “Nesse período, que vai desde o surgimento do instituto da falência até a Primeira Guerra Mundial, cuida-se estritamente da execução dos bens do devedor” (ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997. p. 21). Talvez seja por isso que CARVALHO DE MENDONÇA pontuou em sede doutrinária que “o velho direito italiano constituiu o laboratório da falência moderna” (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5.ed., cit., p. 169).

³⁶⁵A tradição jurídica romana está intimamente ligada à sua história ou mesmo aos quatro períodos em que os historiadores usualmente dividem o Império Romano (PATRICIO, Javier; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Historia del derecho romano y su recepción Europea*. 5. ed. Madrid: Paideia Ediciones, 2000. p. 27-29). O primeiro deles é a *Monarquia*, surgida com o nascimento de Roma em 753 a.C. e que se desdobrou até 509 a.C. Esse período caracterizou-se pelo caráter *eletivo* da figura do Monarca e da presença na participação da vida pública de instituições eminentemente aristocráticas como o Senado e outras democráticas tais como os Comícios (Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. *História do direito processual brasileiro*. São

prática representa exceção à regra geral pela qual o devedor seria necessariamente compelido a oferecer o cumprimento integral das suas obrigações.³⁶⁶

De acordo com as fontes romanas, sobretudo o Digesto, alguns devedores eram condenados, em determinadas circunstâncias, a pagar não a totalidade da dívida, mas apenas aquilo que estivesse dentro de suas possibilidades patrimoniais.³⁶⁷ É o que a doutrina denomina *beneficium competentiae*.³⁶⁸

As consequências práticas deste favorecimento do devedor eram notáveis. Antes de tudo, afastava a possibilidade da execução pessoal que o devedor sofreria caso seu patrimônio não bastasse para saldar seus débitos. Ademais, em qualquer caso, evitava os indesejáveis desdobramentos do processo executório, o qual culminava na *bonorum*

Paulo: Manole, 2002, item 2.2.3, p. 32). O período da Monarquia foi seguido pelo da República (509-27 a.C.), que no auge adquiriu um sistema político oriundo de um pacto havido entre a aristocracia e o povo. Desse modo, o poder era exercido por príncipes ou colegiados (em períodos de *revezamento*), sempre eleitos por uma assembleia que lhes conferia tal legitimidade política. O terceiro período é o do *Principado*. Com início em 27 a.C. e término em 235 d.C., o terceiro período é caracterizado pela enorme concentração de poderes políticos, militares e jurisdicionais (*imperium*) em torno do Príncipe, com os quais se buscou melhor administrar a extensão territorial e os problemas daí oriundos como a diversidade de culturas, a distância de Roma das províncias e as guerras. O *Dominado*, quarto e último período histórico romano iniciou-se em 235 d.C. e seu termo foi a derrubada de Roma em 476 d.C. Caracterizou-se pelo exercício de poder autocrático, eliminando-se por completo a tradição republicana, no qual a burocracia imperou. Dentro desse contexto, podemos inserir a atividade jurisdicional romana e dividi-la em três (3) fases: (I) o da *legis actiones* (ações da lei), em vigor desde a fundação de Roma (Monarquia) até fins da República; (II) o da *per formulas* (formular), com início no declínio da República; e (III) o da *extraordinária cognitio*, de início no Principado até a queda de Roma (Cf. POVEDA VELASCO, Ignacio M. *A execução do devedor no direito intermédio (Beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002. p. 19-21: “A deposição de Romulo Augústulo, no ano 476, com a conseqüente queda de Roma, é apontada pela maioria dos historiadores como o marco final do Império Romano do Ocidente e da chamada civilização antiga ou greco-romana. É, também, o termo inicial de tão mal denominada Idade Média”). Ressalte-se, no entanto, como afirma a maciça doutrina, não é possível dividir tais sistemas em três (3) fases estanques e com início e termos determinados, tendo ocorrido até mesmo a coexistência desses três (3) sistemas durante determinado período do Império Romano (Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério; Azevedo, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 69; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 40).

³⁶⁶Cf. POVEDA VELASCO, Ignacio Maria. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002. p. 19. Já no Período da República, encontravam-se várias leis que (I) concedem facilidades de pagamento aos devedores, (II) perdoam uma quota dos débitos e (III) combatem a usura, estabelecendo taxa máxima de juros, bem como sanção por sua inobservância. A propósito, ROTONDI (Vecchie e nuevetendenze per la repressione dell’usura. In: SCRITTI giuridici. Milano: UlricoHoepli, 1922. v. 3, p. 390, nota 4), cita a seguintes passagens: L. LiciniaSextia, 267 a.C.; Liv. 6, 35; cf. plebiscito del 347: Liv., 7, 27; Cães., B. civ., 2, 48; Dio C., 41, 37; 42, 22 e 51. In MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris – do direito romano ao direito latino americano. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, n. 3, p. 52, 1997).

³⁶⁷A esse respeito, Cf. BETTI, Emilio. Processo civile (diritto romano). In: NOVÍSSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1966. v. 13, p. 1099-1120, esp. p. 1.104 e ss.

³⁶⁸Quanto à terminologia, ressaltamos que o nome *beneficium competentiae* não se encontra nas fontes, podendo, por isso, ser considerado, tecnicamente, incorreto. Trata-se, contudo, de expressão consagrada pela doutrina, conforme denota: POVEDA VELASCO, Ignacio M. *A execução do devedor no direito intermédio (Beneficiumcompetentiae)*, cit., p. 9.

venditio, incluindo a pena de *infâmia*. Esse abrandamento do rigor do direito de crédito insere-se em um contexto de humanização do Direito Romano.³⁶⁹

Não obstante a constatação do inegável tratamento mais ameno destinado à figura do devedor, certo é que no Direito Romano não havia qualquer menção à existência da figura da concordata para o devedor insolvente.³⁷⁰

Houve, todavia, dois institutos que se aproximavam da concordata judicial preventiva, quais sejam: (I) o *pactum ut minus solvatur* e as (II) *inducio e quinquennales*. Especialmente no que diz respeito ao *pactum ut minus solvatur*, verifica-se que tal instituto limitava-se ao caso do herdeiro de uma herança onerada por dívidas.³⁷¹ Apesar dessa restrição operacional, importante se faz ressaltar o surgimento da valiosa ideia de formalização de um “pacto” para a hipótese da herança insolvente, pelo qual os herdeiros podiam acordar com os credores a fim de diminuir proporcionalmente os seus créditos.³⁷²

Como se isso não bastasse, é certo que esse instituto apresenta, de maneira original, normas que vieram a ser ulteriormente adotadas pelos institutos medievais e contemporâneos correlatos, servindo como autêntico precedente romano da moderna recuperação judicial (antiga concordata preventiva).³⁷³ Por meio do *pactum ut minus solvatur*, os credores decidiam acerca da concessão ou não do benefício da moratória e da novação ao devedor. Tudo isso a partir da aferição da maioria computada pelo valor dos

---

³⁶⁹ Assim é que a maior vantagem do *beneficium competentiae* concedido ao falido é a possibilidade de sua defesa perante a voracidade dos credores, evitando sua sujeição a novas execuções toda vez que conseguir amealhar novo patrimônio. Conforme expressão de GUARINO, o motivo da concessão do benefício parece ter sido certa compaixão perante a lamentável situação do falido, antepondo-se à “*vileza dos credores*” (GUARINO, La condanna nei limiti del possibile, p. 22. Apud MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 249). Até mesmo porque o instituto da falência apresentou-se, desde o início, com caráter repressivo. Seu propósito era o de punir o devedor que iludira a confiança de outros, ficando marcado com a *infâmia*. O maior problema é que com isso agravava-se dia a dia a situação do devedor, principalmente aquele que sempre agira honestamente, o qual ficava apavorado com a simples e vaga ideia de cair em falência. Por esses e outros motivos passou-se a cogitar meios que moderassem a severidade para com os devedores honestos, mas que, ao mesmo tempo, não sacrificassem os direitos e interesses dos credores e de terceiros.

³⁷⁰ BONELLI, Gustavo. Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali. *Riv. Del Dto. Com.*, 1905. n. 722.

³⁷¹ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*. Roma: Del Grifo, 1997. p. 51.

³⁷² Ressalte-se que para se operar a validade e eficácia desse acordo necessário que fosse homologado pelo magistrado, atingindo tanto os credores quirografários, como aqueles que gozassem de privilégios (garantia real, por exemplo). Nesse sentido, registre que os arts. 58 e 163 da Lei de Recuperação e Falências, também adotam o critério de necessidade de homologação pelo magistrado, a fim de submeter todos os credores ao processo de recuperação, seja ele judicial ou extrajudicial.

³⁷³ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*, cit., p. 183.

créditos (forma embrionária do regime de comunhão de interesses, tal qual ocorre no atual instituto da recuperação).³⁷⁴

Especialmente no que diz respeito à origem da administração concursal, é cediço que remonta à circunstância fática da perda total ou parcial, pelo devedor, do direito de administrar seus bens e deles dispor. Por conta disso, restou evidente a necessidade de que alguém o substitua na administração do patrimônio. Surgem, assim, os *órgãos da administração*³⁷⁵ da falência e recuperação judicial: síndicos e comissários (atual figura do administrador judicial), liquidatários, além daqueles que funcionam nos processos concursais por já fazerem parte da organização judiciária, tais como o juiz, o representante do Ministério Público e os demais serventuários, inclusive peritos, contadores, avaliadores, depositários e os próprios advogados.³⁷⁶

Muitas foram as teorias desenvolvidas no sentido de caracterizar a natureza jurídica da administração concursal. Para uns, o síndico ou comissário representaria os credores,³⁷⁷ entrando na posse e administração dos bens, bem como atuando ativa ou passivamente em todos os negócios e interesses relativos à massa falida ou empresa em crise. Para outros,

---

³⁷⁴MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*, cit., p. 123. Sobre o regime da comunhão de interesses, destaque-se a valiosa posição apresentada por LIGIA PAULA PIRES PINTO SICA: “Mas a praescriptio moratória, que dependia de concessão do príncipe, como uma graça ao devedor, por força de uma deliberação de Justiniano, passou a subordinar-se à deliberação dos credores, tomada por maioria de votos, prática que foi seguida e por muitos anos, sob o imperio do jus commum” (SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro*, cit., p. 30-31). Tudo isso porque se verificou que era mais vantajoso deixar o devedor à frente de seus negócios, sendo que nesse caso a minoria teria que acatar a concessão do benefício pela maioria, desde que o prazo de moratória não excedesse a cinco (5) anos. Ressalte-se ainda que tal qual hoje ocorre (LRF, art. 6º), durante a vigência do benefício, suspendia-se o curso da prescrição.

³⁷⁵“Mesmo tendo a lei italiana utilizado a denominação ‘órgãos da falência’, conceituação essa prevalecentemente seguida pela doutrina peninsular, várias críticas são feitas à problemática da organicidade na falência: “dado que tal enfocação tem um sentido e um significado concreto apenas no quadro da exigência de garantir a vida de pessoas não físicas” (PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di Diritto Fallimentare*. v. I. 5ª ed. Milão, 1969. p. 583. *Apud* ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, cit., p. 189). No entanto, mais prudente seria corroborar a posição de NELSON ABRÃO: “A expressão ‘órgãos’, contudo, pode ser aceita no sentido de ‘pessoas físicas’ que constituem os instrumentos mediante os quais o processo opera e se desenvolve, por oposição ao termo partes, que é constituído por aquelas que suportam a atividade deles. Assim, este conjunto de pessoas está, em sentido lato, incumbido de zelar pelo procedimento falimentar, como regulação jurídica especial da insolvência. Praticam-se na falência não só atos jurisdicionais, mas também de caráter instrumental, destinados a atender às complexas necessidades do processo concursal. Ao conjunto desses atos assim cumpridos chama-se ‘administração da falência’” (ABRÃO, Nelson. *Curso de direito falimentar*, cit., p. 189-190).

³⁷⁶De acordo com o Decreto n. 5.746/29, a parte administrativa da falência estava entregue ao síndico e ao liquidatário. O síndico era responsável pela fase preparatória ou informativa do procedimento e o liquidatário exercia as funções na fase de liquidação até o encerramento do processo (SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Manual de direito falimentar*, cit., p. 125-126). Apesar de o Decreto lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, fazer desaparecer a figura do liquidatário, passando o síndico a exercer desde o início até o encerramento, todas as atribuições que dizem respeito à administração da falência, o mais importante é que ambos estavam, como hoje acontece com o administrador judicial, sob a imediata fiscalização do juiz e do Comitê de Credores (LRF, art. 22), quando criado.

³⁷⁷Cf. FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano: Giuffrè, 1959. n. 43, p. 239.

diante da pluralidade de atribuições que podiam ser desempenhadas simultaneamente pelo síndico e comissário, excogitou-se a teoria de que o síndico e comissários seriam representantes do devedor e dos credores, conforme o caso.³⁷⁸

Não obstante isso, podemos afirmar, sem margens a outras interpretações, que inexistente representação pelo administrador judicial de qualquer das partes envolvidas no processo. O administrador judicial é órgão do procedimento concursal ou do juízo.³⁷⁹ Sob o aspecto exclusivamente processual, o conceito de órgão é contraposto ao de parte: “*partes são os sujeitos ou pessoas interessadas no feito (na falência, o devedor e os credores), enquanto que os órgãos (pessoas físicas para isso predeterminadas) constituem os instrumentos mediante os quais o processo opera e se desenvolve*”.³⁸⁰

O papel do administrador judicial na administração da recuperação judicial é de grande relevância, pois cabe a ele informar e esclarecer o juiz sobre os fatos em que se baseiam as pretensões dos credores ou de qualquer interessado, além da investigação completa acerca do devedor, principalmente em relação ao seu procedimento antes e depois da crise da empresa. Daí a origem da célebre sentença proferida por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA sobre a administração na falência, de similar aplicação prática para o processo de recuperação judicial: “*procurai saber quem administra a massa e conhecereis imediatamente o bom ou mau êxito provável da liquidação*”.³⁸¹

Em realidade, o administrador judicial é o responsável pelo desenrolar do processo a que as partes se submetem, permanecendo equidistante às disputas entre elas e servindo primordialmente aos interesses da justiça (fato que corrobora a opção do exercício pelo administrador judicial do papel de mediador sugerido na presente tese – **item 8**).

Mas a administração concursal não atua apenas no sentido processual. Mesmo quando ainda não prevalecente o escopo da preservação da empresa em crise econômica, já se reconhecia a legitimação negocial em favor do administrador judicial, aspecto esse

---

³⁷⁸FARIA, Bento de. *Direito comercial: falências e concordatas*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco Filho, 1947. v. 4, pt. 1, p. 88; SATTA, Salvatore. *Diritto fallimentare*. Padova: Cedam, 1974. p. 132; CANDIAN, Aurélio. *Il processo di fallimento*. 2. ed. Padova, 1939. p. 31 e ss.

³⁷⁹“A velha discussão acerca da natureza jurídica da função do síndico, isto é, se era um representante do devedor ou dos credores, ou de todos juntos, ou do ente falimentar, ou da massa, está hoje superada: o síndico, qual órgão da falência, tem a mesma natureza dos outros; também ele representa aquele fim publicístico que está na base da execução, espécie coletiva, e que determina a natureza comum de seus órgãos. Daí se explica como possa, de um lado, substituir ao falido, na legitimação negocial ou processual, ativa e passiva, e, ao mesmo tempo, exercer a mesma substituição no exercício de determinados direitos e ações dos próprios credores” (PROVINCIALI, RENZO. *Manuale di Diritto Fallimentare*. v. I. 5ª ed. Milão, 1969. p. 622).

³⁸⁰PROVINCIALI, RENZO. *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milão, 1969, vol. I, p. 583.

³⁸¹*Apud* SAMPAIO DE LACERDA. J. C. *Manual de direito falimentar*, cit., p. 129.

primordial nos modernos procedimentos, na medida em que possibilita sua atuação no sentido de fazer valer os princípios da isonomia e da função social da empresa.

O administrador judicial, em conformidade com o que dispõe a lei, é nomeado pelo juiz, seja na decisão que defere o processamento da recuperação judicial (art. 52, inc. I), seja na sentença declaratória da falência (art. 99, inc. IX). É escolhido pelo magistrado independentemente de quaisquer propostas ou da prévia oitiva do representante do Ministério Público.³⁸²

Ante a relevância da função de administrador judicial, a Lei de Recuperação e Falências procura discipliná-la cuidadosamente: (i) seja enumerando detidamente todos seus deveres e atribuições; (ii) seja preconizando a destituição do administrador quando excede prazos, descumpre deveres, ou tem interesses contrários aos da empresa em recuperação; (iii) seja ainda ao explicitar sua responsabilidade civil por prejuízos causados durante a administração do processo (LRF, art. 22 e ss.). Ademais, o administrador judicial responde por eventuais crimes falimentares que tenha praticado durante a condução do processo (LRF, art. 177), demonstrando assim o cuidado reservado pela lei na disciplina de sua atuação.³⁸³

O artigo 22 da Lei de Recuperação e Falências explicita um a um os deveres do administrador judicial, seja no processo de recuperação, seja no processo de falência. As

---

³⁸² Ao assinar o termo de compromisso em cartório, no prazo de quarenta e oito (48) horas da decretação da quebra ou deferimento do processamento da recuperação judicial, fica o administrador obrigado a bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir as responsabilidades de sua administração (LRF, art. 33). Assim é que após a assinatura do termo de compromisso, imediatamente decorrem os efeitos da função do administrador judicial. Por isso a lei dispôs no sentido de que a escolha deverá recair, preferencialmente, em advogados, economistas, administradores de empresas, contadores ou pessoas jurídicas (sejam credores ou empresas criadas para esse fim). Todos, necessariamente especializados. Desta maneira, estará o juiz capacitado a dar impulso ao processo e rapidamente distribuir a justiça, tão demorada em nossos dias (LRF, art. 21). Até mesmo porque fica fácil constatar a dificuldade de uma pessoa não versada em leis (particularmente na Lei de Recuperação e Falências), desempenhar a contento a função de administrador, sem causar inúmeros problemas dentro do processo, tumultuando-o e sobrecarregando o juiz, que se vê obrigado a despachar pedidos mal formulados. O processo de recuperação e de falência, em certos aspectos, é mais complexo que um processo comum cível, do crime, fiscal ou trabalhista, por encerrar em seu bojo inúmeras e complexas proposições, que só o técnico, cientificamente habilitado, poderá resolver a contento, sem sobrecarregar o juiz e o escrivão com perguntas e consultas intempestivas e, às vezes, impertinentes. Mesmo entre os advogados, economistas, administradores, contadores e outros profissionais especializados, nem todos estão capacitados a exercer tais funções com segurança, porque, por sua complexidade técnica, são mais facilmente assimiladas por aqueles que se especializam em Direito Comercial, especialmente em Direito Falimentar.

³⁸³ Ao poder que a lei atribuiu ao administrador, corresponde uma severa responsabilização. Vejamos outro exemplo, referente à tipificação do crime de desobediência ou iniciativa de destituição, se, mesmo intimado, o administrador judicial não prestar as contas de sua administração: “Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência. Parágrafo único. Decorrido o prazo do caput, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor”.

atribuições determinadas em um ou outro caso são semelhantes, observando-se que na falência ocorre a assunção da administração da massa falida,³⁸⁴ enquanto na recuperação judicial seu papel, via de regra, está mais voltado à fiscalização das atividades do devedor.

Ocorre que contraditoriamente à inegável importância do administrador judicial para o desenvolvimento do processo de recuperação judicial, verifica-se que, na Lei de Recuperação e Falências, sua figura foi construída com muito menor autonomia, se comparado com os poderes de administração do antigo síndico ou comissário na vigência do decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Tal “perda” se dá em função dos maiores poderes atribuídos ao Juiz (tendência legislativa brasileira), da maior influência do Comitê de Credores (se houver), além das fundamentais decisões de competência exclusiva da assembleia de credores.

Para superar esse *déficit* de poder, impõe-se adequar a forma objetiva do direito de recuperação de empresas à sua real substância real com base no princípio da *fungibilidade das formas*.

Por conta disso, sugere-se que o “*dano marginal do processo*”³⁸⁵ seja combatido por meio da simplificação do procedimento e, conseqüentemente, uma melhor repartição das funções exercidas pelo juiz com o administrador judicial. Trata-se fundamentalmente de dotar o administrador judicial de maiores instrumentos para o atingimento do interesse público do processo de recuperação judicial. Até mesmo porque será responsabilizado pessoalmente caso se comprove atitude contrária aos interesses da empresa em recuperação (LRF, art. 32).

Assim é que, em regra, deverá o juiz nomear administrador judicial pessoa de sua confiança e capaz de bem dirigir a recuperação. Por outro lado, quando a administração é exercida por pessoa jurídica, tal exercício se dará por intermédio de seus diretores ou

---

³⁸⁴Enquanto na recuperação judicial, em regra, o devedor mantém a administração da sociedade (LRF, art. 64).

³⁸⁵“A expressão *dano marginal*, decorrente da lentidão do processo, é atribuída por CALAMANDREI (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 8, p. 173) a ENRICO FINZI. *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*, v. 2., p. 50. Por isso, a presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça, pois a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recursos para suportar a espera. O processo passa a ser uma fonte de vantagens econômicas, pois, entre adimplir com pontualidade e esperar a decisão desfavorável, ao devedor passa ser muito mais vantajoso patrimonialmente a segunda opção. O *dano marginal* decorrente da demora do processo tem graves efeitos na vida das pessoas” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 171-172).

representantes legais, os quais exercem o cargo em nome da empresa (e obrigando, consequentemente, a sociedade pelos atos praticados em seu nome).³⁸⁶

O exercício da função de administrador é personalíssimo, sendo-lhe inadmissível delegá-lo a outrem. Em casos circunstanciais, não há delegação (no máximo representação), devendo o administrador custear, às suas expensas, o profissional contratado. Da mesma forma, quando o administrador constitui advogado para representá-lo, seja no processo de recuperação judicial, seja em ações incidentais, não há que se falar em delegação de poderes, podendo ainda ser contratado mediante a homologação de honorários pelo juiz da causa (LRF, art. 22, inc. I, letra “h”).

É dever e obrigação do administrador judicial conduzir o processo obedecendo aos prazos prescritos em lei e administrando os conflitos de interesses no sentido da máxima efetividade, notadamente equilibrando a satisfação total ou parcial da universalidade dos credores e o atingimento do escopo do princípio da função social da empresa. Tudo isso por meio de instituição de um sistema objetivo de análise das prioridades relativas de todos os sujeitos do processo.

Nesse sentido, deve zelar para que os sujeitos do processo não procrastinem o seu andamento, alertando o juiz sobre qualquer irregularidade tendente a paralisar o processo, principalmente em face do *interesse público* que a recuperação ostenta e os postulados da garantia constitucional da razoável duração do processo.

Dentro desse contexto, reafirma-se a adoção de medidas de *governança corporativa* no processo de recuperação judicial, norteadas a conduta e as decisões levadas a cabo por todos os sujeitos do processo, dentro ou fora dele. Conforme já defendido no presente estudo, somente de posse de informações relativas à gestão da empresa (de difícil acesso em momento anterior à crise) e valendo-se de um foro coletivo isonômico de deliberação, podem os denominados *stakeholders* (aqui entendidos como os sujeitos do processo com poder de decisão sobre os destinos da empresa),³⁸⁷ chegar a uma solução quanto ao modo eficiente de superação da crise ou determinação da sua liquidação (**item 9**).

---

³⁸⁶ Ressalte-se que tal representação não afronta a regra da indelegabilidade da função do administrador, na medida em que estaria ocorrendo tão somente a constituição de advogado para a hipótese de ser exigida a sua intervenção em Juízo, propiciando inclusive significativas vantagens na defesa dos interesses da massa falida.

³⁸⁷ Empregando o termo no mesmo sentido, vale a pena conferir a manifestação de EDUARDO SECCHI MUNHOZ: “De uma perspectiva voltada para a função social da empresa e, por consequência, para a tutela dos diversos interesses em jogo em torno dela, que vão muito além do interesse dos seus sócios e administradores, seria de se admitir a aprovação de um plano de recuperação que se demonstrasse viável

Diante da inevitabilidade do conflito, é certo que a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações, dentro do procedimento da recuperação judicial, pode servir como instrumento ideal para a solução da crise da empresa. Para tanto, medidas ativas e corajosas devem ser adotadas pelo juiz, administrador judicial, credores, assembleia geral e todos os demais sujeitos ou órgãos do processo.

Impedir a já mencionada *assimetria de informações* é uma forma inteligente de acabar com odiosos privilégios daqueles que monopolizam o controle da empresa, uma vez que é certo que a crise também deriva da falha de mecanismos internos e externos de governança corporativa. Dentro desse contexto, mostra-se fundamental o papel a ser desempenhado pelo administrador judicial e pelo juiz que o nomeia, os quais podem/devem fomentar a realização de reuniões prévias (*caucus*), sessões de mediação ou abertura de informações por meio do sistema de “data room” **(itens 8 e 9)**.

Dotar o processo de recuperação judicial com os instrumentos de mediação e governança corporativa faz com que sejam consagrados os princípios da duração razoável do processo, motivação e publicidade. Tudo isso de maneira mais compatível com o moderno perfil da atividade jurisdicional.

Ademais, a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações no procedimento da recuperação judicial independe do porte econômico da empresa em recuperação ou, ainda, de qualquer reforma legislativa (embora recomendável). A adaptação dos instrumentos de *governança corporativa* ao perfil econômico de cada empresa em crise depende fundamentalmente da adoção de medidas simples por parte dos sujeitos do processo e fundadas no princípio da fungibilidade de meios **(item 7)**.

De igual forma, o instituto da mediação poderia ser validamente inserido no processo de recuperação judicial, notadamente quando processada pelo rito ordinário (LRF, art. 51 e ss.). Diante do imprescindível sigilo e confidencialidade que norteiam as sessões de mediação, o sujeito imparcial do processo que melhor poderia desempenhar essa função equidistante seria o administrador judicial, uma vez que não representa quaisquer das partes envolvidas no processo. Tudo isso, logicamente, desde que devidamente aprovado pelo juiz da recuperação após a detida análise da capacidade técnica

---

economicamente e que, além disso, constasse com o amplo apoio do conjunto de *stakeholders* (credores, trabalhadores, etc.), ainda que o devedor (ou, melhor dizendo, sócios ou administradores do devedor) discordasse de sua implantação” (Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 276-277).

desse profissional para o desempenho da função, bem como da capacidade financeira da empresa para assunção de mais esse encargo financeiro (**item 8**).

Assim é que além da ativa condução do processo pelo juiz, a instituição da mediação coordenada pelo administrador judicial poderia servir como grande ferramenta para a implantação de um efetivo *diálogo* entre os sujeitos do processo.

Por fim, para que o administrador judicial desempenhe com excelência suas atribuições, prestando o necessário auxílio que permitirá o correto e rápido encaminhamento do processo de recuperação judicial, deve estar atento a tudo que ocorre no dia a dia da empresa. Ao mesmo tempo, deter conhecimento suficiente do texto legal que lhe permita tomar a medida correta no momento adequado (geralmente o quanto antes).

Tudo isso sem deixar de mencionar a importância da sua atuação no conclave, uma vez que é o administrador quem preside a assembleia geral de credores.³⁸⁸ Dentro desse contexto, norteado pelos vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa, caberia ao administrador organizar os trabalhos assembleares de forma a amainar os ânimos quando se isso se revele necessário, inclusive suspendendo os trabalhos assembleares para fins da obtenção parcimoniosa da comunhão de interesses.

Ademais, especial atenção deve ser dispensada à elaboração e observação criteriosa dos elementos dos seus relatórios no processo de recuperação judicial, os quais podem determinar o sucesso ou o fracasso da administração.

Na recuperação judicial, o relatório do art. 22, inc. II, alínea “c” da lei é o primeiro “documento” que deve ser apresentado pelo administrador judicial, que deve ser renovado mensalmente no intuito de apurar a conduta dos devedores, bem como informar as medidas levadas a cabo pela administração da empresa para a superação da crise. Trata-se, portanto, de atividade decorrente do fundamental *dever de informação* instituído pelo art. 22, inc. II,

---

³⁸⁸“A assembleia-geral de credores, na Lei 11.101, é órgão que, na recuperação judicial e na falência, manifesta a vontade coletiva da comunhão de credores. (...) será presidida (art. 37), salvo hipótese de incompatibilidade (art. 37, 1º), pelo administrador judicial, que designará um secretário, dentre os credores presentes, para auxiliá-lo em suas tarefas” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Assembleia-Geral de credores na nova lei falimentar. In: *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 8-9 e 15).

alínea “a”, consistente em “*fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial*”.³⁸⁹

Há de se destacar também que a destituição do administrador judicial ou membro do Comitê de Credores, diferentemente da figura substituição especificamente autorizada no § 2º do art. 30 da Lei de Recuperação e Falências, é recomendada nos casos em que exceda aos prazos previstos em lei ou infrinja seus deveres, caracterizando assim interesses contrários às atividades ou soerguimento do devedor (LRF, art. 31).³⁹⁰

O montante da responsabilidade do administrador judicial deverá ser apurado judicialmente por meio de demanda pelo procedimento ordinário, a fim de constituir título executivo judicial (LRF, art. 32). A responsabilidade será fixada por meio de cognição exauriente, em processo judicial com as garantias inerentes aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CF, art. 5.º, incisos LIV e LV). Isso porque mostra-se imperioso evitar que a aplicação de medida tão drástica como essa se dê de forma pouco criteriosa.

No que diz respeito à remuneração do administrador judicial, será ela arbitrada exclusivamente pelo Juiz, considerando, além dos fatores mencionados no art. 24 da Lei de Recuperação e Falências: (I) a sua diligência, (II) o trabalho desenvolvido, (III) a extensão da responsabilidade do cargo e (IV) a importância social da empresa dentro do contexto social por ela abrangido. Certo é que cabe ao Juiz estipular a qualidade e a complexidade do trabalho do administrador, tendo como limite cinco (5%) por cento sobre o valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial (LRF, art. 24, § 1º).

---

³⁸⁹ Destaque-se ainda a existência de outro relatório determinado pelo art. 22, inc. II, alínea d (“apresentar relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei”) igualmente decorrente do mencionado dever de informação imposto ao administrador judicial. Cf. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*, cit., p. 95-96.

³⁹⁰ A determinação da substituição tem por pano de fundo não marcar pela improbidade o administrador judicial ou membro do Comitê de Credores. Até mesmo porque a figura da destituição só será utilizada quando verificada a ocorrência de graves irregularidades na administração da empresa em recuperação. Por qualquer forma de abandono da função, seja pela substituição, seja pela destituição, deverá o administrador ou membro do Comitê de Credores, de imediato, entregar ao seu substituto os bens, livros e documentos da empresa que ficaram sob sua responsabilidade, bem como prestar as contas de sua administração (LRF, art. 31, parágrafo 2º). LRF, art. 31: “O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros. § 1º No ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê. § 2º Na falência, o administrador judicial substituído prestará contas no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos §§ 1º a 6º do art. 154 desta Lei”.

Papel importante também deverá ser desempenhado pelo representante do Ministério Público. Apesar do veto imposto ao art. 4º da Lei de Recuperação e Falências,³⁹¹ é certo que o Ministério Público deve atuar ativamente nos processos de recuperação judicial, cumprindo a função constitucional de fiscal da lei.

Impõe-se a sua intimação a partir da decisão que determinar o processamento da recuperação judicial (LRF, art. 52, inc. V), a fim de que tome conhecimento do processamento do feito e da importância social da empresa em recuperação. Até mesmo porque o tema da crise da empresa denota relevante *interesse social* que demanda a firme intervenção do Ministério Público.³⁹²

17. PODERES-DEVERES DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Na esteira do quanto exposto, enquanto aos demais sujeitos do processo impõe-se uma atuação ativa na recuperação judicial, ao juiz deve ser reservado papel adicional e inerente ao mencionado ativismo. Isso porque, ao exercer a superintendência do procedimento, não existe espaço para uma atuação judicial que se mostre refém do formalismo, diante da exigência pela obtenção de resultados.³⁹³

---

³⁹¹LRF, art. 4º (vetado): “O representante do Ministério Público intervirá nos processo de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único: Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra essa”. Defendendo a atuação do Ministério Público, a par do veto, apresenta-se, com a razão que lhe é peculiar, NEWTON DE LUCCA: “O veto, porém, segundo acredito, não retirará esse caráter, pois não proíbe ao magistrado, sempre que entender necessária, a remessa dos autos ao MP, por considerar presente o interesse público, independentemente do extenso rol nas quais essa intervenção continua obrigatória” (Cf. DE LUCCA, Newton. Comentário ao art. 4º da lei. In: Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. CORRÊA LIMA, Oscar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 70-71). Hodiernamente, em relação aos processos falimentares, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entende que embora a intervenção do Ministério Público não seja obrigatória em ações que tenham relação com a falência de empresas, nada impede a sua atuação, e o processo só será nulo se o prejuízo da intervenção for demonstrado. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi anota: “Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte” (STJ, Resp n. 1.230.431, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 23.10.2010, v.u.).

³⁹²Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público, cit., p. 266-273; PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 127-129.

³⁹³“O formalismo processual é apontado como um elemento central na morosidade do Judiciário. Sem adentrar no debate mais profundo das razões ou das justificativas, é fato que está se tentando reformar partes do Direito Processual com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Medidas como a antecipação de tutela (e o seu uso generalizado, a partir de 1994, pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, especificamente o art. 273) e a reforma da lei de execução indicam que é necessário avançar em novos institutos para tentar atenuar a grave situação da morosidade da Justiça. Por outro lado, novos institutos

Em realidade, conforme pontuado por **José Roberto dos Santos Bedaque**, deve-se buscar o *equilíbrio* entre a forma e o informalismo, harmonizando-se interesses supostamente conflitantes. Enquanto o culto à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede, por outro lado, o inviável desprezo à técnica gera insegurança e eterniza os processos.³⁹⁴

Trata-se de verdadeiro dilema que deve ser superado pelos sujeitos do processo. Não por meio das propaladas e inglórias batalhas por alterações legislativas (ao menos não exclusivamente), mas fundamentalmente sob a ótica teleológica, da finalidade do processo (tutela de pessoas).³⁹⁵

Até mesmo porque, de nada valerá a existência de sofisticados e bem intencionados instrumentos processuais disponibilizados pelo legislador na Lei de Recuperação e Falências, se os intérpretes por natureza não assumirem postura corajosa e ativa na interpretação das normas processuais, buscando a proteção da efetividade e a perquirição da função social da empresa quando em confronto com outros valores.

Diante da impossibilidade de se afirmar a natureza eminentemente processual ou material da recuperação judicial (**item 2**), é evidente que para a correta caracterização do instituto recuperacional deve ser focada a relação creditória estabelecida entre devedor e credores.³⁹⁶ Disso, facilmente se infere que tanto a sentença que concede a recuperação judicial (LRF, art. 58), quanto a sentença que decreta o seu encerramento (LRF, art. 63), apenas declaram juridicamente uma situação fática preexistente à sua prolação e que foi obtida por meio dos atos materiais e processuais praticados ao longo (e até mesmo fora) do procedimento da recuperação judicial.

---

jurídicos (além de novos diplomas legais) continuamente são editados e continuam a causar dúvidas e incertezas, além do natural congestionamento do Judiciário” (SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*, cit., p. 217). Nesse sentido: Cf. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: “Repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança, portanto, apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, a algum valor considerado importante” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 6). Cf. ainda: TARZIA, Giuseppe. *Il processo di fallimento e L'imparzialità del giudice*. Rivista di Diritto Processuale. A. LII. Seconda Serie. Milano: CEDAM, 1997 (gennaio-marzo), p. 13-26.

³⁹⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 103.

³⁹⁵ Importa reconhecer que o sistema não busca a chamada *tutela de direitos*, mas sim a *tutela de pessoas* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2009, n. 39, p. 105).

³⁹⁶ Nesse sentido, são pontuais as palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “nascem as situações subjetivas substanciais, invariavelmente, do concreto acontecimento de algum ato ou fato previsto em norma jurídica geral. (...) O devedor não o é porque o juiz o haja constituído tal, mas porque já o era antes do processo e da sentença. (...) As sentenças judiciais limitam-se a revelar essas situações criadas pela vida e regidas pelo direito material, eliminando dúvidas e valendo como palavra final a respeito (coisa julgada). Elas não criam situações jurídicas novas. Direitos e obrigações preexistem ao processo. *Ex facto oritur jus*” (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., v. 1, 2009, cit., p. 41-42).

Apesar da relevância inigualável que a sentença adquire dentre os atos processuais (especialmente os atos judiciais),³⁹⁷ diferentemente daquilo que se espera de um processo comum regulado pelo procedimento ordinário, talvez os provimentos judiciais mais importantes da recuperação judicial não residam em uma das quatro (4) sentenças que o juiz pode proferir ao longo do procedimento recuperacional. Reside fundamentalmente naquelas decisões interlocutórias destinadas a ordenar o procedimento (“regras do jogo”) com vistas à obtenção da efetiva comunhão de interesses dos sujeitos do processo (**item 14**).

Essa peculiar situação pode ser explicada parcialmente pelo fato de o processo de recuperação judicial permitir a prolação de até quatro (4) sentenças em um único processo, fazendo com que sejam diferidas ao longo do procedimento a atividade jurisdicional de análise da pretensão trazida pelo autor.

São elas: (I) a sentença que indefere o processamento da recuperação judicial pelo procedimento ordinário (LRF, art. 52 c/c CPC, art. 162, § 1º);³⁹⁸ (II) a sentença que

---

³⁹⁷ Historicamente, a sentença é definida como o ato com o qual o Estado-juiz aplica a norma ao caso concreto, declarando a tutela jurídica que o direito objetivo concede a um determinado interesse. Tanto pode ser uma regra de direito material como uma regra de direito processual (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 62). No Brasil, FREDERICO MARQUES conceituava o ato sentença como o mais típico e genuíno ato jurisdicional, porque compõe o litígio ou mostra ser inadmissível sua composição (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 144). A dificuldade em conceituar o ato processual “sentença” era tão grande que há muito a doutrina procurava modificar seu significado no Código de Processo Civil (focando-se o seu conteúdo material). O impulso reformista venceu com a promulgação da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, sob o argumento de que era muito imprecisa a definição de sentença como ato que põe fim ao processo, infirmando assim a anterior opção do legislador ao eleger critério pertinente ao momento processual no qual o *decisum* é proferido (critério topológico). Apesar de metodologicamente impreciso, certo é que ao tornar despidianda a análise do conteúdo do ato jurisdicional, facilitada é a diferenciação entre as sentenças e as decisões interlocutórias, tornando relativamente simples a tarefa de definir se o recurso cabível era o agravo de instrumento ou a apelação. Independentemente da análise do acerto ou não dessa mudança legislativa e da evidente tautologia, na medida em que o novo conceito busca a definição a partir da análise dos efeitos do ato processual, no sistema processual civil brasileiro os atos processuais do juiz passaram a ser classificados em: (I) despachos de mero expediente, que são atos destituídos de caráter decisório (CPC, art. 162, § 3º); (II) decisões interlocutórias, “ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (CPC, art. 162, § 2º) e (III) sentenças, que até o advento da lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, eram definidas como “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (CPC, art. 162, § 1º) e que passou a traduzir “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas no arts. 267 e 269 desta Lei”. A alteração do critério distintivo teve o nítido objetivo de compatibilizar o conceito de sentença com as demais alterações introduzidas pela referida lei processual, mais especificamente com a transformação dos processos de liquidação de sentença e de execução de título judicial em *fases do próprio processo* onde houve a condenação (processo sincrético).

³⁹⁸ Por outro lado, a decisão que defere o processamento da recuperação judicial (LRF, art. 52, caput e art. 53) deve ser caracterizada como interlocutória (CPC, art. 162, parágrafo 2º). Nem se diga, com arrimo na literal interpretação do texto legal, que o ato que indefere o processamento da recuperação judicial teria a natureza de decisão interlocutória, na medida em que julga o processo e extingue-o sem julgamento do mérito, inexistindo qualquer fase ulterior. Essa questão certamente decorre da confusão implementada pela recente alteração do conceito de sentença (CPC, arts. 267 e 269) e o consequente recrudescimento de dúvidas objetivas acerca do meio adequado de impugnação dos *decisum* dele decorrentes. No entanto, com o

concede a recuperação judicial (LRF, art. 59, § 1º); (III) a sentença que decreta a falência durante o processamento da recuperação judicial (LRF, art. 73 e 94, inc. III, alínea “g”) e (IV) a sentença de encerramento do processo de recuperação judicial (LRF, art. 63).

Adotando o eficiente critério de classificação trinário da tutela jurisdicional,³⁹⁹ tem-se que tanto a sentença que concede a recuperação judicial (LRF, art. 59, § 1º), quanto a sentença que decreta a falência durante o processamento da recuperação judicial (LRF, art. 73 e 94, inc. III, alínea “g”) contêm o inegável caráter constitutivo.⁴⁰⁰ A maior prova

---

aparecimento dessa dúvida objetiva, haverá um incentivo à tese da fungibilidade entre a apelação e o agravo, até que a jurisprudência traga uma resposta segura sobre o recurso cabível nesses casos. O critério *topológico*, ao tornar despicenda a análise do conteúdo do ato jurisdicional, facilitava a diferenciação entre as sentenças e as decisões interlocutórias, tornando relativamente simples a tarefa de definir se o recurso cabível era o agravo de instrumento ou a apelação. Agora, com a necessidade de análise do conteúdo da decisão, são imponderáveis as dificuldades com que irá deparar-se o intérprete para um adequado enquadramento conceitual. Sobre a suficiência da dúvida objetiva para a incidência do princípio da fungibilidade. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. n. 2.5.2.2, p. 161). Todo esse confuso cenário faz com que se corrobore a ideia lançada por LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI no sentido de que “*sentença é aquilo que o legislador diz ser sentença*” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43).

³⁹⁹ Sem desmerecer a basilar característica da atipicidade da tutela jurisdicional, recomenda-se a busca de uma classificação das tutelas disponíveis (Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 35-50). A primeira dessas tipologias (tradicional ou clássica) é composta das tutelas de conhecimento, executiva e cautelar. Dentro da primeira, também classicamente, dividem-se as tutelas meramente declaratória, constitutiva e condenatória (teoria trinária). Ao lado dessas, é sabido que parte da doutrina identificou outras duas formas ou tipos de tutela: a mandamental e a executiva *lato sensu* (teoria quinária), decorrente da necessidade de se aproximar o direito processual do material (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 5, p. 440 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. In: _____. *Temas de direito processual civil: 7ª. Série*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 53-69; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: _____. *Temas de direito processual civil: 8ª. Série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125-142). Essa aproximação acabou resultando em outras formas de sistematização que, baseadas em critérios diversos, passaram a conviver com a tradicional, pois as modalidades de tutela jurisdicional mais conhecidas se mostravam incapazes de desempenhar seus objetivos, mesmo para aqueles direitos passíveis de satisfação pela via jurisdicional tradicional. E a matéria da classificação das sentenças não poderia deixar de ser diferente. Na grande maioria das vezes é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela *declaratória*, *constitutiva* ou *condenatória* (inclusive as chamadas mandamentais e executivas *lato sensu*) em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor. Em função da variedade das crises jurídicas lamentadas pelos demandantes, variam os modos pelos quais esses julgamentos interferem na realidade da vida das pessoas: (I) há *crises de certeza*, debeláveis por um ato jurisdicional que torne certa a relação jurídica sobre a qual havia dúvida, resolvidas pelas sentenças meramente declaratórias; (II) há *crises de adimplemento*, a serem superadas por medidas capazes de oferecer ao credor o mesmo resultado que o devedor teria produzido, se adimplisse. São superadas pelas sentenças condenatórias, cujo efeito é impor ao obrigado o adimplemento da obrigação, sob pena de suportar as medidas consistentes na execução forçada, ou ainda, a cumprir o mandamento, sob pena de suportar mal maior (sentenças condenatórias mandamentais); (III) há, por sua vez, *crises das situações jurídicas*, elimináveis pela implementação de uma situação jurídica nova. Sua superação se dá pelas sentenças constitutivas, que criam uma relação jurídica antes inexistente ou impõem a modificação ou extinção da que já existe (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 196-197).

⁴⁰⁰ Talvez, por conta disso, poderíamos adotar a nomenclatura de “sentença constitutiva da falência durante o processamento da recuperação judicial”. No entanto, pelo fato de a sentença constitutiva conter, invariavelmente, um momento declaratório anterior, acreditamos que não há maiores problemas em manter a qualificação tradicionalmente adotada.

disso é que fazem nascer uma *situação jurídica nova*,⁴⁰¹ por meio da concessão da recuperação judicial (*p.ex.* novação – LRF, art. 59) e da decretação da falência da empresa (*p.ex.* a modificação e extinção de relações jurídicas, viabilizando a abertura do processo de execução concursal e a consequente perda do direito do devedor de administrar seus bens e direitos – LRF, art. 103).⁴⁰²

Por seu turno, tanto a sentença que indefere o processamento da recuperação judicial⁴⁰³ quanto a sentença de encerramento do processo de recuperação judicial (LRF,

---

⁴⁰¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, cit., n. 47, p. 156.

⁴⁰² Dentre tantos outros efeitos tipificados na Lei de Recuperação e Falências especialmente concentrados nos arts. 52 e 99. Especialmente no que diz respeito à sentença declaratória da falência: “tal sentença, enquanto reconhece a preexistência de uma situação de fato, é declaratória constitutiva, porém, no dizer dos processualistas porque, e na verdade, instaura um novo estado jurídico, o de falência, previsto e regulado na lei, valendo *erga omnes*” (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, v. 1, cit., p. 106). Para FABIO ULHOA COELHO: “A sentença declaratória da falência não é declaratória, mas constitutiva, porque altera as relações entre os credores em concurso e a sociedade devedora falida, ao fazer incidir sobre elas as normas específicas do direito falimentar” (*Curso de direito comercial*, v. 3, cit., p. 3). RUBENS REQUIÃO, por sua vez, prefere chamá-la de *sui generis*, mas não nega o caráter constitutivo: “A sentença, com efeito, é mais do que uma simples declaração de um estado de direito: ela cria a massa falida objetiva e a massa falida subjetiva, esta constituída pelos credores e aquela formada pelo patrimônio do falido, dando-lhe nítido status jurídico” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*, cit., v. 1, p. 79), assim como CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006. p. 293-294. No mesmo sentido se manifesta: FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 4, n. 1465, p. 132; ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*, cit., p. 107-108. Em sentido contrário, entendendo ser eminentemente declaratória: SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Manual de direito falimentar*, cit., p. 69. Enquanto JOSÉ DA SILVA PACHECO entende ser executiva: “A sentença que decreta a quebra é uma das partes resolutivas da prestação jurisdicional executiva, a qual tem a força de intrometer-se na esfera jurídica, patrimonial e pessoal do executado” (*Processo de falência e concordata*, cit., p. 52-53). PIERO CALAMANDREI, analisando o sistema italiano anterior, apontava a natureza cautelar da sentença declaratória da quebra (CALAMANDREI, Piero. *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, ano 34, p. 279-307, 1936).

⁴⁰³ A *mens legis* do texto recuperacional leva a crer que o legislador optou por definir como de natureza interlocutória o ato de indeferir o processamento da recuperação judicial (LRF, arts. 52 e 53). Essa conclusão decorreria da natureza do ato que defere o processamento da recuperação judicial (LRF, art. 52 e 53). Independentemente das razões que conduzam à classificação do *decisum* como de natureza interlocutória, a boa técnica processual define a natureza de sentença do ato, tendo em vista que define a causa sem julgamento do mérito (CPC, art. 162, parágrafo 1º e 267, inc. IV). Ademais, a par da existência de posicionamento na doutrina e jurisprudência caracterizando o ato de deferimento do processamento da recuperação judicial como despacho de mero expediente (Cf. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.09.2005. Barueri: Manole, 2008. p. 240-241) e Súmula n. 264 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “é irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva” (que resta sendo indevidamente aplicado nos processos de recuperação judicial), certo é que referido *decisum* deve ser enquadrado como decisão interlocutória (CPC, art. 162, parágrafo 2º), na medida em que decide sobre matéria de interesse relevante do processo e que, dentre outras consequências (LRF, art. 52), determina a importante suspensão do curso e prazo prescricionais das demandas ajuizadas em face da empresa devedora – LRF, art. 6º). Do mesmo modo, ao indeferir o processamento, projeta imediatamente o efeito de extinguir o processo em atenção a uma das hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil (inc. IV), corroborando a natureza de sentença desse ato de indeferimento. Nesse sentido: Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 509. Por outro lado, com o devido respeito, não se pode concordar com a classificação atribuída por Paulo Sérgio Restiffe no sentido de que “o despacho que defere o processamento da recuperação judicial de empresas tem, como visto, natureza de adiantamento da eficácia (ou, ainda nas suas palavras, ‘antecipatória da eficácia do provimento jurisdicional definitivo – p. 223’), o que o inclui, portanto, na

art. 63) possuem natureza eminentemente declaratória, já que ambas julgam extintos o processo sem e com resolução do mérito, respectivamente.⁴⁰⁴

No entanto, considerando que o foco de atenção principal de um juiz na recuperação judicial deve ser concentrado nas decisões interlocutórias destinadas a ordenar o procedimento com vistas à obtenção da efetiva *comunhão de interesses*, de acordo com o encaminhamento proposto no presente trabalho, tem-se que o juiz poderá extrair do processo o melhor aproveitamento possível quando assegurar a plena observância do devido processo legal e dos demais princípios a ele inerentes (especialmente o contraditório e a máxima da proporcionalidade – **itens 6 e 7**).⁴⁰⁵

Como corolário de tudo isso, desde que preservada a finalidade do processo e o princípio da isonomia (**item 12**), não há justificativa para o tratamento formalista do processo, em busca de uma *utópica* perfeição que inexiste e que somente serve para eternizar o conflito.

Justamente por conta disso que, na mesma linha de ideias de **José Roberto dos Santos Bedaque**, defende-se a dotação de instrumentos mais flexíveis para o exercício do poder de direção do processo pelo juiz, adequando-os às especificidades dos problemas encontrados durante o desenvolvimento da relação jurídica processual (alma do processo).⁴⁰⁶

---

categoria de tutela jurisdicional diferenciada” (Cf. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.09.2005, cit., p. 229). Apesar do nítido caráter constitutivo desse comando, não se encontram presentes quaisquer dos requisitos da tutela de urgência ou diferenciada no caso em tela, devendo ser enquadrado com a natureza interlocutória.

⁴⁰⁴ A sentença meramente declaratória é a mais simples entre todas as sentenças de mérito, porque se limita à mera declaração, sem nada lhe acrescentar. Geralmente, são sentenças cujo único efeito substancial é a declaração da existência ou inexistência de relações jurídicas, direitos e obrigações (daí a origem do termos “meramente declaratórias”). O resultado dessa sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a certeza quanto à existência, inexistência ou valor da relação jurídica. Enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (declaração), as demais contêm esse e outro elemento. Desse modo, o segundo momento lógico das sentenças constitutivas consiste na implantação de uma situação jurídica nova, seja pela criação de uma relação jurídica antes inexistente, seja pela modificação ou extinção da que existia. Por seu turno, o momento ulterior da sentença condenatória é a criação de um título. Já nas sentenças condenatórias mandamentais, o momento sancionador inclui um comando. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 45 e ss.

⁴⁰⁵ Ao juiz é dado adotar (ou não) o princípio da proporcionalidade na condução do processo. A extração das potencialidades plenas da proporcionalidade exigirá que o magistrado esteja atento à necessidade de ponderação de valores, interpretando e preenchendo os conceitos indeterminados contidos na norma, além de viabilizar a adoção do princípio da função social da empresa. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, cit., p. 179-212.

⁴⁰⁶ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 109.

Tanto é assim que não restaram maiores dúvidas ao defender a flexibilização do procedimento por meio da instituição da mediação e técnicas de governança corporativa na recuperação judicial (**itens 7 e 8**).

A referida flexibilização deverá autorizar ainda que os sujeitos do processo sejam colocados em contato com o projeto de plano de recuperação logo após a distribuição do pedido, em detrimento do prazo legal estipulado para apresentação do plano de recuperação (LRF, art. 53). Ou, ainda, que o referido prazo possa ser prorrogado, a critério do juiz e de acordo com o princípio da proporcionalidade, desde que demonstradas a implementação de materiais medidas de prévia formatação do plano de recuperação entre a empresa em recuperação e os demais interessados (tais como a realização de reuniões, sessões de mediação, *caucus* ou abertura de informações por meio do sistema de “data room”).

A ampliação dos poderes do juiz, desde que devidamente sopesada por meio do princípio da proporcionalidade e da isonomia, autorizaria ainda a adoção de *ações afirmativas* pontuais e excepcionais no âmbito de questões delicadas das deliberações da assembleia geral de credores (**item 15**). Tudo isso porque, norteado pela concepção da função social do processo, tomou-se consciência de que é preciso abandonar a vetusta ideia de que os atos processuais deveriam atender rigorosamente à forma prevista em lei.⁴⁰⁷

De mais a mais, é cediço que o processo visa à pacificação social e a garantia das liberdades. Para que seus objetivos sejam alcançados, necessário que os atos processuais sejam praticados validamente, mas, principalmente, que atinjam suas finalidades sem causar maiores gravames às partes. Ou seja, prega-se a eliminação do formalismo inútil por meio da simplificação do procedimento e da valorização da confrontação da finalidade com os eventuais prejuízos causados pelo ato processual.⁴⁰⁸

Todo esse encaminhamento lógico de ideias abre espaço para a implementação de medidas ainda mais enérgicas, mas que garantiriam, em casos específicos, a efetiva superação da crise da empresa por meio da recuperação judicial.

Trata-se nessa oportunidade do polêmico tema da cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de crédito na hipótese de recuperação judicial do devedor-fiduciante. Toda a

---

⁴⁰⁷Tudo isso seguindo a máxima de ENRICO TULLIO LIEBMAN no sentido de que “as formas são necessárias, o formalismo é uma deformação”. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1.

⁴⁰⁸Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 133.

polêmica em torno da Lei de Recuperação e Falências tem origem no discutível artigo 49, parágrafo 3º, por meio do qual se exclui dos efeitos da recuperação judicial, entre outros, os “proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis”.

A maior parcela da doutrina e jurisprudência defende que os titulares de créditos cedidos fiduciariamente estão compreendidos na definição de “proprietário fiduciário de bem móvel” prevista no referido dispositivo legal da lei concursal e, portanto, excluídos dos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante.⁴⁰⁹

De outro lado, parcela minoritária da doutrina e jurisprudência defende que o indigitado dispositivo não menciona expressamente “os titulares de crédito cedidos fiduciariamente”. Desse modo, tendo em vista a regra geral de que todos os credores estão sujeitos à recuperação judicial do devedor (LRF, art. 49, *caput*), por consubstanciar exceção legal, sua redação deveria ser interpretada restritivamente, razão pela qual os credores titulares de créditos cedidos fiduciariamente estariam sim sujeitos à recuperação judicial do devedor-fiduciante.⁴¹⁰

Muito embora não se desconsidere a força dessas correntes, acreditamos que o tema deveria ser analisado sob outro prisma, especialmente sob a ótica dos princípios do devido processo legal, contraditório, proporcionalidade e função social da empresa.⁴¹¹

Como premissa para qualquer discussão produtiva do tema, deve-se compreender o instituto da cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de créditos sob a ótica do direito brasileiro e regulado pelo artigo 66-B da Lei de Mercado de Capitais, com a redação atribuída pela lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004.

Ao assim proceder, o intérprete chegará à conclusão de que na cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de crédito em garantia há a efetiva transferência do crédito para o cessionário-fiduciário (diferindo-o do penhor onde ocorre a simples constituição de

---

⁴⁰⁹Cf. TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 188; CARVALHO, Ernesto Antunes de. Cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 54-60, set. 2005; ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 135-141, set. 2005.

⁴¹⁰KATUDJAN, Elias. Pela (re)inclusão dos créditos excluídos da recuperação. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 48-53, set. 2005.

⁴¹¹Mais consentâneos com esse escopo figuram: Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 61-65, set. 2005; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 33-47, set. 2005; PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*, cit., p. 428.

garantia real sobre a coisa alheia), devendo retransmiti-lo ao devedor tão logo seja cumprida a obrigação do negócio jurídico subjacente.⁴¹²

Aliás, esse certamente foi o maior estímulo para que tal garantia pudesse ser amplamente utilizada pelas Instituições Financeiras em substituição ao penhor de direitos creditórios. Esse suposto mecanismo “auto-satisfativo” permite que, no caso de inadimplemento do devedor-fiduciante, sejam utilizadas as importâncias recebidas pelos créditos cedidos para se abater a dívida principal e os encargos incorridos para a cobrança do crédito.⁴¹³

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que tanto os créditos como os títulos de crédito são bens móveis à luz da correta interpretação dos princípios da autonomia e cartularidade e nos termos do artigo 83, inciso III, do Código Civil.⁴¹⁴

Em terceiro lugar, importante se faz ressaltar que a dúvida nunca poderá ser dirimida adequadamente enquanto o foco de análise dos intérpretes residir no confronto histórico e insolúvel do dilema estabelecido entre a insegurança jurídica das instituições financeiras quanto ao uso da cessão fiduciária como forma de garantia, de um lado; e a preservação da empresa em recuperação à luz de uma interpretação isolada do art. 47 de Lei de Recuperação e Falências, de outro.⁴¹⁵

Ao assim proceder, continuaríamos diante de uma situação de instabilidade tamanha a ponto de privilegiar pontualmente os interesses de uma parte (seja credor ou devedor), dependendo fundamentalmente da qualidade dos argumentos apresentados por

---

⁴¹²Cf. ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas, cit., p. 136.

⁴¹³Cf. TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante, cit., p. 187.

⁴¹⁴Cf. CARVALHO, Ernesto Antunes de. Cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis), cit., p. 55.

⁴¹⁵Dentro desse contexto, nas hipóteses expressamente previstas em lei não poderia haver dúvidas, tal qual ainda ocorre com a discussão acerca da possibilidade ou não de prosseguimento de execuções movidas contra os sócios avalistas de operações financeiras de sociedades empresárias em recuperação judicial. A par da existência de tese (de aceitação cada vez mais minoritária) no sentido de que a mera continuidade de processamento dessas execuções contra a pessoa física inviabilizaria a opção pelo empresário do instituto da recuperação judicial, adequado o entendimento maciço da doutrina e jurisprudência, à luz da interpretação dos arts. 49, parágrafo 1º e 59 da Lei de Recuperação e Falências (TJ-SP, AI n. 994.09.338732-0, rel. Des. Elliot Akel. j. 23.02.2010: “Execução. Recuperação judicial da devedora principal. Novação que não atinge automaticamente os coobrigados. Hipótese, ademais, em que houve desconsideração da personalidade jurídica da executada. Pronta extinção da execução incabível. Recurso improvido”). O pífio argumento de que o empresário ao defender o patrimônio da sociedade da qual é membro, por meio do ajuizamento da recuperação judicial, estaria a clamar aos credores para que invistam contra o seu patrimônio não se sustenta, pelo simples fato de que a novação não atinge automaticamente os coobrigados, fiadores e obrigados de recesso já que se tratam de obrigações distintas. Nesse sentido: Cf. PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação recuperacional, cit., p. 115-128.

meio de seus advogados e o posicionamento pessoal de cada magistrado sobre o tema. Não se pode admitir que (pre)conceitos determinem uma solução idêntica para todos os casos, ainda que a situação fática da crise da empresa se apresente de forma similar.

Deve-se ter em mente que cada crise é diferente da outra, na medida em que as empresas são diferentes entre si (cada uma detém características próprias). Deve-se ter em mente ainda que a relação jurídica estabelecida entre o devedor e os seus diferentes credores é única, inexistindo casos idênticos entre si. Até mesmo porque, apesar da grande similitude fática que possa eventualmente incidir entre os diferentes processos (constatando-se até mesmo a existência dos mesmos credores e mesmos advogados defendendo os interesses de parte a parte), certo é que cada caso é diferente do outro e demanda uma solução “sob medida”.

A maior prova disso é a recomendação uníssona entre os profissionais do meio que não se pode promover a apresentação de planos de recuperação por meio de modelos pré-determinados, como se fizessem parte integrante do “cardápio” padronizado de redes de “fast-food”.

Como se isso não bastasse, certo é que até que ocorra eventual modificação legislativa do indigitado parágrafo 3º do artigo 49 da Lei de Recuperação e Falências (fazendo constar expressamente que os titulares de crédito cedidos fiduciariamente estão - ou não - excluídos dos efeitos da recuperação judicial do devedor-fiduciante), não se autoriza a simplista interpretação de que o legislador se “equivocou” ao utilizar a alcunha de alienação fiduciária de direitos, levando a crer que sua “intenção” era mesmo a de excluir os mencionados créditos da recuperação judicial.

Aliás, a interpretação gramatical do dispositivo não levará a discussão para nenhum caminho produtivo. Em realidade, de acordo com os postulados defendidos no presente trabalho, cabe ao juiz aproveitar o “espaço” que já lhe fora disponibilizado pelo sistema recuperacional e que lhe permite uma atuação diferenciada com base em princípios constitucionais.

A partir dos postulados do devido processo legal e contraditório, autoriza-se o maior envolvimento do juiz com a causa, alterando-se a própria natureza do seu trabalho e permitindo maior contato com as partes litigantes. Tudo isso de modo a melhor (i) delimitar a atividade probatória, (ii) esclarecer as questões postas no processo e (iii) delinear as providências necessárias à condução do caso para julgamento.

O protagonismo exercido pelo princípio do devido processo legal no encaminhamento do presente estudo (princípio da proporcionalidade e contraditório), deve ser compartilhado com o princípio da isonomia e todas as ferramentas que ele disponibiliza ao intérprete do processo de recuperação judicial.

A partir da revisitação conceitual e funcional do princípio da isonomia e da função social da empresa, o juiz da recuperação judicial encontrará meios suficientes para justificar a discriminação excepcional estabelecida entre os diferentes credores e o devedor, incluindo ou excluindo dos efeitos da recuperação judicial, caso a caso, os créditos garantidos por cessão fiduciária de títulos de crédito.⁴¹⁶

Tudo isso à luz da detida análise do caso concreto e após o efetivo diálogo com os sujeitos do processo. Não resta alternativa ao juiz senão recorrer ao método de análise do princípio da isonomia segundo o qual o tratamento igual se impõe, desde que não incidam razões suficientes para o tratamento desigual.

Tais razões, a nosso ver, poderão ser encontradas por meio da utilização dos vetores sinalizados pelos princípios da função social da empresa, contraditório, proporcionalidade e motivação das decisões judiciais, desde que o *ônus argumentativo* sempre recaia sobre a hipótese excepcional de tratamento desigual (**item 12**).

Todo esse conteúdo interpretativo do princípio da isonomia se mostra muito marcante, especialmente no processo de recuperação judicial, na medida em que os valores e benefícios sociais que a superação da crise da empresa podem propiciar autorizam a excepcionalidade da implementação de algumas medidas, tais como a sujeição à recuperação judicial dos créditos garantidos por cessão fiduciária de títulos de crédito, desde que ao final do processo haja mais ganhadores do que perdedores.

Tudo isso, logicamente, amparado pelo efetivo diálogo entre os sujeitos do processo (contraditório, mediação e governança corporativa) e pela firme direção apontada pelo princípio da função social da empresa à luz do regime da comunhão de interesses estabelecido. De mais a mais, acreditamos que a aferição objetiva dos conflitos principiológicos eventualmente estabelecidos no processo de recuperação judicial poderá

---

⁴¹⁶ Apesar de se entender que a regra está consubstanciada na não sujeição de tais créditos à recuperação judicial. A exceção é a sujeição. Nessa mesma linha: Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária, cit., p. 61-65; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa, cit., p. 33-47.

ser superada pela efetiva aplicação dos princípios da proporcionalidade e da motivação dos atos jurisdicionais.

Nesse sentido, inclusive, é a doutrina balizada de **Ecio Perin Junior**, ao se apoiar nos princípios da proporcionalidade, da função social da empresa e da dignidade da pessoa humana para afirmar que “*a lei deve ser aplicada para reconhecer a sujeição dos créditos garantidos por cessão fiduciária ao regime da recuperação e, por consequência, a liberação das chamadas ‘travas bancárias’ em benefício das empresas em crise, como medidas de fundamental importância para a superação*”.⁴¹⁷

Portanto, o maior desafio no tormentoso e controverso tema do tratamento da cessão fiduciária de créditos e/ou títulos de crédito na hipótese de recuperação judicial do devedor-fiduciante reside em encontrar o *equilíbrio* entre a força gravitacional estabelecida entre a soberania do juiz e a soberania dos credores. Tudo isso tendo por fundamento o princípio do devido processo legal, contraditório, proporcionalidade, isonomia e função social da empresa.

Para que o princípio da isonomia tenha algum conteúdo, não se pode permitir toda e qualquer diferenciação ou distinção. Pelo fato de o *ônus argumentativo* sempre recair sobre os ombros daquele que pretende imprimir o tratamento diferenciado, não devem causar perplexidade as pontuais e fundamentadas decisões judiciais que reintroduzem o magistrado como figura protagonista na recuperação judicial e excepcionalmente autorizem a sujeição dos créditos garantidos por cessão fiduciária à recuperação judicial com o objetivo de atingir o almejado interesse público do processo recuperacional.

18. CREDOR COLABORATIVO, ISONOMIA E FINANCIAMENTO DA EMPRESA EM CRISE

A Lei de Recuperação e Falências modificou expressivamente o enfoque do tratamento das empresas em crise, dando destaque à preservação das empresas viáveis e prestigiando soluções de índole negocial entre o devedor e seus credores.⁴¹⁸ Há especial

---

⁴¹⁷Refutando a tese de que a sujeição dos créditos violaria o princípio do *pauta som servanta*: Cf. PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*, cit., p. 426-428.

⁴¹⁸Cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, cit., p. 83; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores*. In: Revista do Advogado. A nova lei de falências e de recuperação de empresas. Ano XXV, n. 83. São Paulo, 2005.

ênfase na participação dos credores nos procedimentos da recuperação judicial, em contraposição ao que se verificava na extinta concordata, na qual os credores eram meros espectadores passivos.⁴¹⁹

Aos credores cabe atuar ativamente no processo de recuperação judicial para fazer valer o princípio da *comunhão de interesses*. Ao mesmo tempo, impõe-se a necessidade de o devedor, o juiz e o administrador judicial incentivarem o interesse da maior participação e intervenção dos credores, tanto no procedimento, quanto na gestão e acompanhamento das atividades da empresa.

Tudo isso com vistas a garantir que estejam efetivamente aptos a definir o mais proveitoso modo de recebimento de seus créditos (à luz da regra do *best-interests-of-creditors* – **item 14**) e, conseqüentemente, o destino da empresa (recuperação ou eficaz liquidação).

O ponto de partida reside na lógica que deve ser empregada pelo credor ao considerar a proposta de novação de seu crédito, de modo a ponderar se ela representa algo superior ao montante que lhe seria pago caso a empresa fosse liquidada via falência. Dentro desse contexto é que se reafirma a necessidade de instituição de instrumentos de governança corporativa na recuperação judicial (**item 9**), incentivando a efetiva participação dos sujeitos do processo por meio do estabelecimento do valor mínimo que deve ser oferecido aos credores da devedora nas sessões de mediação prévias à efetiva e eventual deliberação em assembleia geral de credores.

Para tanto, deve-se buscar o equilíbrio da relação estabelecida entre os credores (e a supremacia que a Lei de Recuperação e Falências lhes atribui); o devedor (que detém o controle das informações relevantes e estratégicas da empresa); e o juiz (que detém o Poder Jurisdicional de superintendência do processo).

Dentro desse contexto e a fim de fomentar a maior participação dos credores no processo, diminuindo a pernóstica situação de *assimetria de informações*, recomenda-se a formação do Comitê de Credores naqueles processos de grande repercussão econômica e social,⁴²⁰ na medida em que resta uníssona a opinião de que a instituição desse órgão

---

⁴¹⁹ Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda (Ed.). *Comentários à Lei de Falências*: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, cit., v. 3.

⁴²⁰ Anote-se, desde logo, que enquanto o administrador judicial é figura que obrigatoriamente existirá na recuperação judicial, o Comitê de Credores não é órgão de constituição obrigatória, podendo o processo de recuperação chegar ao fim sem que tenha sido formado (LRF, art. 28). O referido Comitê será formado por: (I) um representante dos trabalhistas e credores decorrentes de acidentes do trabalho; (II) um representante

somente se mostrará produtiva e necessária diante do alto grau de complexidade do processo recuperacional.⁴²¹

No entanto, além de se institucionalizar um ambiente de diálogo livre e efetivo entre os sujeitos do processo, garantindo sua efetiva participação por meio do contraditório (materializado dentro e fora do procedimento, seja em reuniões prévias para apresentação do plano de recuperação, seja em sessões de mediação ou na eventual formação de Comitê de Credores), certo é que o próprio procedimento, a fim de viabilizar o alcance da tão desejada tutela jurisdicional, deve auxiliar na superação de uma das mais difíceis tarefas para o soerguimento da empresa: a sua *capitalização*.

De nada adiantará o estabelecimento de um procedimento apto a contornar a crise da empresa e perfeitamente realinhado aos mais modernos instrumentos jurídicos e princípios disponibilizados pelo sistema, se não houver idêntica inserção e realocação dos ativos e passivos da empresa que aumente a eficiência das suas relações comerciais perante o mercado.⁴²²

Conforme proposta estampada na introdução, não se pode imaginar que somente o direito processual constitucional, mesmo que alinhado aos mais modernos instrumentos de direito societário e financeiro, seja capaz de solucionar sozinho a crise da empresa.

O estudo do processo judicial para a obtenção da efetiva recuperação da empresa pode não ser o principal elemento, mas certamente merece maior atenção dos intérpretes e pode contribuir firmemente para a superação da crise da empresa. Essa é a metodologia que se propõe no presente trabalho, qual seja, a de contribuir para o melhor tratamento de instituto quase que eminentemente econômico como o da recuperação.

---

da classe dos credores com direitos reais de garantia e privilégios especiais e (III) um representante dos créditos quirografários e com privilégios gerais (LRF, art. 26). Trata-se de órgão consultivo e de fiscalização. Dentre as suas principais atribuições, destacam-se: (I) fiscalizar a administração da empresa e do administrador judicial; (II) fiscalizar a execução do plano de recuperação e (III) submeter ao juiz a alienação de bens, constituição de garantias ou atos de endividamento necessários à atividade empresarial, entre outras (LRF, art. 27). Sobre o Comitê de Credores, anotando que não é figura nova no nosso ordenamento concursal (LF, arts. 122 e 123), vale a pena conferir: CARVALHOSA, Modesto. Comentário ao art. 35 da lei. In: *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. CORRÊA LIMA, Oscar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 255-256.

⁴²¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, cit., p. 123 e ss.; BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*, cit., p. 106; SADDI, Jairo. O Comitê e a Assembleia de Credores na nova Lei Falimentar, cit.

⁴²²SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 75 e ss., set. 2005.

Dentro do escopo de incentivar a efetiva participação dos credores na superação da crise da empresa, a Lei de Recuperação e Falências inovou ao instituir os chamados “créditos extraconcursais” (LRF, art. 67), por meio dos quais os credores que continuassem a fornecer insumos ou crédito para a empresa em recuperação obteriam prioridade de recebimento desses valores em caso de falência (LRF, art. 84, incs. II e V).

Além disso, para os eventuais créditos quirografários desses credores extraconcursais já submetidos aos efeitos da recuperação judicial (geralmente fornecedores de matéria-prima), destinou tratamento privilegiado ao serem reclassificados “para cima” em caso de falência. Deixariam, portanto, de ser caracterizados como simples “quirografários” e passariam ao tratamento de créditos “com privilégio geral” até o limite do valor fornecido durante a recuperação judicial (LRF, 67, parágrafo único e art. 83, inc. V, alínea “b”).

Ocorre que, apesar de salutar, a simples instituição dos denominados créditos extraconcursais não satisfaz a necessidade de capitalização da empresa. Até mesmo porque a perspectiva de o recebimento prioritário do crédito implementar-se somente em caso de insucesso do plano e decretação da falência inibe aqueles poucos que se encontravam dispostos a financiar a atividade econômica da empresa em recuperação.

A efetiva recuperação da empresa depende da apropriação de medidas que visem promover sua *liquidez imediata*. Isso pode ser obtido pela liquidação de ativos⁴²³ e/ou o seu financiamento pela tomada de empréstimos.

Diante da crise instaurada na empresa, o financiamento com capital próprio e o debenturístico não devem ser desprezados. No entanto, é certo que aqueles que dificilmente detinham a capacidade de realizá-lo já o fizeram (e ainda assim aparentemente não superaram o problema, já que demandou o ajuizamento da recuperação judicial). Resta assim, em tese, a alternativa do mútuo fornecido por terceiros.

Existem, porém, ao menos três limitações financeiras a esse financiamento: *a primeira* diz respeito à limitada capacidade de endividamento dos tomadores de recursos; *a segunda*, aos padrões de prudência financeira estabelecidos por aqueles que emprestam os

---

⁴²³E nesse contexto a Lei de Recuperação e Falências também foi feliz ao estimular a participação de terceiros pela compra sem a sucessão tributária e trabalhista dos débitos da empresa. Cf. SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências, cit., p. 80-81.

recursos;⁴²⁴ e a terceira decorrente do fato de que o quadro da recuperação judicial impõe uma total suspensão da credibilidade a respeito do destino da empresa.⁴²⁵

Nesse contexto, que é o da *garantia geral do crédito*, situa-se o direito recuperacional, pois, (i) se os agentes econômicos são racionais, (ii) se seus recursos são escassos e (iii) se o objetivo individual consiste na maximização de tais recursos para obter-se o maior bem-estar possível, é importante compreender quais são os “custos de negociação” para se estabelecer uma superavitária relação de custo e benefício.⁴²⁶ Ademais, para que o financiamento à empresa em recuperação se mostre desejável e passível de aprovação pelos credores, impõe-se que detenha potencial de gerar valor presente líquido positivo para todos.⁴²⁷

Nenhum investidor irá se dispor a correr riscos para, ao final, perder seus investimentos. Daí a sabida dificuldade de capitalização da empresa em recuperação. Esse quadro se agrava ainda mais quando se considera a remota hipótese de os próprios credores, que já foram prejudicados com a recuperação judicial da empresa, se dispuserem a figurar como “investidores”.

Dentro desse contexto, o comportamento e a expectativa dos credores são fatores fundamentais para que o processo de recuperação judicial se mostre eficiente. Para tanto, é certo que o direito processual constitucional tem muito a contribuir, e é exatamente sobre esse enfoque que se apresenta a ideia da valorização e estímulo ao denominado “credor colaborativo” na recuperação judicial.⁴²⁸

Se o objetivo do processo de recuperação judicial é garantir a sobrevivência das empresas solventes e o pleno desempenho da sua função social (geradora de riquezas, tributos e empregos), apresenta-se como possível caminho garantir ao juiz instrumentos adequados e seguros pelos quais poderia se servir. Tudo isso de modo a preservar o *investidor-credor* e, ao mesmo tempo, assegurar que o resultado final do processo seja consentâneo com o *interesse público* reservado à recuperação da empresa.

---

⁴²⁴Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. v. 1, p. 9-13.

⁴²⁵Cf. MENDEZ, Joaquin Bisbal. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986. p. 44 e ss.

⁴²⁶Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*, cit., p. 10.

⁴²⁷Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 202-203.

⁴²⁸Termo empregado com pioneirismo por FÁBIO ULHOA COELHO na Reunião de debates do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação - IBR realizada em 15 de setembro de 2011.

Logicamente que o estímulo ao surgimento e à implementação dos denominados *credores colaborativos* não depende prioritariamente do juiz. Como tudo aquilo que envolve a recuperação judicial, depende fundamentalmente da vontade do devedor e de toda a plêiade de credores, de acordo com seus próprios interesses. Cumpre ao juiz apenas e tão somente oferecer a segurança jurídica que o *credor colaborativo* tanto precisa para assumir o risco de fomentar a atividade econômica do devedor.

Devem ser considerados credores colaborativos todos aqueles que participarem ativamente do processo de recuperação judicial e da conformação do plano de recuperação, financiando de alguma forma o devedor (seja realizando empréstimos, seja fornecendo matéria-prima ou serviços, seja abrindo mão de garantias em proveito da recuperação da empresa). No entanto, importante se faz ressaltar que somente poderão assim serem enquadrados, desde que sejam abertas idênticas *oportunidades* a todos os credores por ocasião da conformação do plano de recuperação e consequente definição das prioridades de recebimento.

O primeiro passo para tanto situa-se na conscientização de que o princípio da isonomia não veda o tratamento diferenciado entre os credores. Apenas coíbe as discriminações injustificáveis. De acordo com a própria Constituição Federal, diferenciações são permitidas desde que para elas existam fundamentos razoáveis, devidamente fundamentados (**item 12**). E a maior justificativa reside justamente no objetivo maior de atingimento do *interesse público* da recuperação judicial com a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses da comunhão dos credores visando superar a crise da empresa (**item 13**).

Dentro desse contexto, deve ser ressaltado novamente que, para que o princípio da isonomia tenha algum conteúdo, não se pode permitir toda e qualquer diferenciação ou distinção. No entanto, pelo fato de o *ônus argumentativo* sempre recair sobre os ombros daquele que pretende imprimir o tratamento diferenciado, cabe ao juiz sopesar os valores em confronto por meio do princípio da proporcionalidade (**item 9**).

O segundo passo também já foi ressaltado no âmbito do presente trabalho (**itens 14 e 15**). Trata-se da adaptação ao direito recuperacional brasileiro do princípio denominado *unfair discrimination* (de inspiração norte-americana), por meio do qual autorizaria a implementação pelo juiz de uma classificação dos credores dentro de uma ordem de votação do plano de recuperação e pagamento dos respectivos créditos mais consentânea

com as peculiaridades das relações jurídicas estabelecidas com a empresa em recuperação, em detrimento do rígido *tripé* estabelecido pelo art. 41 da Lei de Recuperação e Falências.

Ou seja, tal classificação dar-se-ia por meio de relevantes e objetivos critérios estabelecidos pela empresa em recuperação (devidamente aprovado pelos credores, administrador judicial e juiz em reuniões prévias de análise do projeto de plano de recuperação), de modo a permitir a instituição do benéfico sistema de agrupamento em classes que reflita a mais flexível ordem prevista no art. 83 da Lei de Recuperação e Falências (ou outra que se mostrar mais adequada para a efetiva obtenção da *comunhão de interesses* entre os sujeitos do processo).

Fomentar a aplicação do princípio do *unfair discrimination* viabilizaria-se a mais adequada compartimentalização dos credores em classes mais heterogêneas em seus direitos e interesses, propiciando que o devedor detenha condições mais favoráveis de negociar a aprovação do plano de recuperação.

Essa ação afirmativa de divisão do órgão deliberativo dos credores em maior número de classes propiciaria a instituição de eventual categoria de *credores colaborativos*, os quais obteriam prioridade para recebimento dos seus créditos e/ou outros privilégios, em troca do financiamento da atividade produtiva da empresa em recuperação.

Tal estímulo, além de facilitar a difícil tarefa de *capitalização* da empresa em recuperação, detém o condão de incentivar os credores a participar ativamente e apostar na recuperação da empresa, facilitando a já difícil tarefa da obtenção da *comunhão de interesses* (**item 14**).

A perspectiva de sucesso de uma medida como essa é tão grande que ousamos afirmar que em determinados casos será necessário estabelecer até mesmo um *limite* de valor para os assim denominados *credores colaborativos*, de modo que o devedor não frustre a expectativa de todos aqueles que nele confiaram.

Nesse caso, poderá o devedor instituir uma espécie de “leilão reverso” devidamente coordenado pelo administrador judicial (sujeito imparcial do processo), por meio do qual os credores que oferecerem as melhores condições de financiamento da empresa em recuperação terão prioridade no enquadramento na categoria de *credores colaborativos*. Até mesmo porque certamente não existiriam recursos suficientes disponíveis na empresa em recuperação para recepcionar todos os credores em categoria que garanta a prioridade de recebimento.

Ao assim proceder, acreditamos que todos os sujeitos do processo estariam adotando a mais adequada interpretação do princípio da isonomia no processo de recuperação judicial, com vistas à obtenção da tão almejada função social da empresa.

De mais a mais, o terceiro passo que autorizaria a aplicação desse importante instrumento de incentivo à participação dos credores se dá pela instituição de rígidos instrumentos de transparência e governança corporativa, impedindo que a pernóstica *assimetria de informação* favoreça injustificadamente a tomada de decisão do devedor ou de qualquer credor, tal qual igualmente ressaltado no presente trabalho (**item 9**).

As referidas medidas visam propiciar maior convicção a todos os sujeitos do processo de que estão trilhando o caminho correto; seja o juiz ao fomentar a prática e garantir que o procedimento esteja apto a dirimir as incertezas; seja o devedor e os diversos credores, que não encontrarão espaço para “mascarar” a situação objetiva de viabilidade do plano de recuperação e da empresa como um todo.

Como se tudo isso ainda não bastasse, a própria Lei de Recuperação e Falências propicia um quarto instrumento para a implementação dessa forma de incentivo ao financiamento da empresa em recuperação, ao instituir em seu art. 45, parágrafo 3º, o conceito do “credor não prejudicado”.⁴²⁹

Tal dispositivo permite que a empresa devedora ofereça a satisfação integral de determinada obrigação sujeita ao plano de recuperação, sem que isso implique tratamento desfavorável sancionável, abrindo mais um espaço para a materialização da categoria dos denominados credores colaborativos com a plena observância do princípio da isonomia.

Assim é que somente poderá votar no conclave o credor que tiver seu crédito original modificado pelo plano de recuperação, assumindo que a novação recuperacional prejudica o credor. Ao mesmo tempo, a exclusão do direito de voto desse credor deve ser imediatamente operada quando não prejudicado pelo plano de recuperação diante da satisfação integral do seu crédito.

Além de a aplicação do conceito do credor não prejudicado (LRF, art. 45, parágrafo 3º) oferecer ambiente mais favorável à aprovação do plano e à obtenção da comunhão de interesses, o pagamento integral a determinados credores justifica-se especialmente nos casos em que se enquadrarem na categoria de *credores estratégicos* (denominados pela

---

⁴²⁹Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 182-183.

doutrina norte-americana de *essential vendors*).⁴³⁰ Ostentam essa condição quando deles depender a continuidade do negócio da empresa em recuperação.

Permitir a instituição dos denominados *credores colaborativos* que financiam a empresa por meio da regra do *credor não prejudicado*, desde que devidamente inserida no plano de recuperação da empresa, em nenhuma hipótese consubstancia favorecimento injusto de credor, na medida em que proporciona vantagem não disponível no mercado à empresa em recuperação, além de oferecer efetivos incentivos para a manutenção das relações contratuais com fornecedores fundamentais à continuidade dos negócios (seja com matéria-prima, seja com recursos financeiros).⁴³¹

De mais a mais, a exclusão do direito de voto de determinado credor pela satisfação integral de seu crédito pode ser encarada como um correto e inteligente mecanismo de *neutralização* de credor que detenha a pré-determinada intenção de rejeitar o plano de recuperação à luz dos seus exclusivos e egoísticos interesses.⁴³²

Por fim, importante se faz ressaltar que o conceito de *credor não prejudicado* instituído pelo artigo 45, parágrafo 3º, da Lei de Recuperação e Falências guarda correspondência com norma do Bankruptcy Code americano (Section 1.124), denotando sua manifesta inspiração.⁴³³

No entanto, a fim de que a “importação” do instrumento não desvirtue os legítimos motivos que o inspiraram, bem como se adapte ao espírito paritário de tratamento dos credores insertos em ambos os textos legais, impõe-se que o conceito de *credor não prejudicado* seja vetorizado pelos princípios do *fair and equitable* e *absolute priority rule*, que visam a proteção da hierarquia das classes em função da natureza de seus créditos **(item 15)**. Tudo isso porque, no direito norte-americano, segue-se a orientação geral de o plano de recuperação revelar-se necessariamente justo e isonômico (*fair and equitable*).⁴³⁴

Para a concretização deste princípio de proteção aos credores, a lei norte-americana prevê minuciosamente as regras para sua aplicação. Uma de suas vertentes é encontrada no princípio da *absolute priority rule*, nos termos do qual se impossibilita a superação do veto de uma classe que, superior a outra na ordem de recebimento dos créditos, ainda não tenha

---

⁴³⁰Cf. TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*, cit., p. 121.

⁴³¹Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 183.

⁴³²Cf. FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Da assembléia-geral de credores, cit., p. 192 e ss.

⁴³³Cf. KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*, cit., p. 182.

⁴³⁴Tradução livre.

recebido o seu crédito de forma integral (enquanto a classe inferior o receba, ainda que parcialmente).⁴³⁵

Assim, os credores de classes hierarquicamente superiores deverão receber com prioridade em relação àqueles de classes subordinadas, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia. Importante se faz ressaltar que tal princípio, no direito americano, é aplicável prioritariamente nos casos de “cram down”, já que se aprovado por todas as classes, o plano não precisaria necessariamente se revelar *fair and equitable*.

No Brasil sua aplicação poderia ser até mesmo estendida, possibilitando a justa discriminação de credores integrantes de classes que possuam créditos de mesma prioridade, desobrigando-os a tratá-los igualmente, desde que se ofereçam oportunidades idênticas a todos os credores se tornarem *credores colaborativos* ao fomentar a atividade econômica da empresa.⁴³⁶

---

⁴³⁵O princípio da *absolute priority rule* pode ser, também, passim enunciado: “the absolute priority rule provides that no class may receive anything under the plan or even retain its ownership interest unless all senior classes who vote against the plan are paid in full” (HAYES, M. Jonathan. *Formulating and Confirming a Chapter 11 Plan of Reorganization*. p. 21. Disponível em: <www.heinonline.org>. Acesso em: 15 out. 2011).

⁴³⁶Essa medida corroboraria o clássico conceito de que “o Poder Judiciário costuma intervir apenas para garantir o tratamento justo e equitativo entre as diversas classes de credores” (Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3. p. 381).

CAPÍTULO IV. CONCLUSÕES

19. CONCLUSÕES

As conclusões desta tese foram apresentadas no decorrer dos três (3) capítulos anteriores, com a abordagem da ação de recuperação judicial pelo procedimento ordinário à luz dos princípios constitucionais do direito processual civil, especialmente o *devido processo legal* e a *isonomia*. Identificou-se, assim, que a doutrina ainda não havia se animado a desenvolver o tema da disciplina da crise econômica da empresa sob o prisma processual constitucional (**item 1**).

Por conta da ausência de um tratamento propriamente *interdisciplinar* da matéria, julgou-se oportuno perquirir os diversos *pontos de estrangulamento* entre os diferentes sistemas que a matéria encerra (constitucional-comercial-processual). Tudo isso de modo a validar o instrumento do processo de recuperação judicial como *método de trabalho* apto para a superação da crise da empresa, constituído por uma relação jurídica processual multifacetada e procedimentos definidos em lei (ordinário e especial), bem como norteada pelos vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa. Daí a *relevância*, *conveniência* e a *originalidade* em se desenvolver um estudo mais apurado acerca do tema, justificando a sua escolha para a elaboração da tese de doutorado (**item 1**).

1. Partiu-se então para a verificação do conceito de *empresa*, enquadrando-o dentro de sua perspectiva *institucionalista*, em detrimento da visão *contratualista*. Isso porque o propósito da empresa não pode se limitar apenas à maximização do lucro dos sócios ou acionistas nela reunidos, mas, fundamentalmente, ao alcance do bem-comum por meio da *coordenação* dos mesmos interesses. Embora constituída por meio de um contrato privado, deve privilegiar o *interesse público*, ainda mais quando inserida dentro do contexto do direito concursal, uma vez que, diante da possibilidade de cessação das suas atividades, identifica-se com ainda mais força o caráter institucional da empresa e a função social por ela desempenhada (**item 2**).

2. Observou-se ainda que o conceito de *preservação da empresa* que integra o direito concursal é aquele que prima pela defesa da empresa enquanto atividade empresarial. Mas não a “cega” e irrestrita defesa da empresa em si, evitando-se assim

eventual “assistencialismo” por meio da Lei de Recuperação e Falências. Ao considerar a empresa um ente *organizativo de múltiplos interesses*, o desafio reside justamente em validar o direito de recuperação de empresas como sistema efetivo para a superação da crise econômico-financeira nela instaurada, ora possibilitando a adoção de medidas coletivas para a superação da crise, ora viabilizando a sua rápida e eficiente liquidação em prazo razoável (**item 2**).

3. O estudo também destacou que a metodologia da análise da recuperação judicial a partir dos princípios processuais constitucionais não infirma a necessidade se proceder à investigação do tema por outros prismas, na medida em que somente a incorporação de novas ferramentas permitirá a superação dos diferentes conflitos que surgem habitualmente no contexto dinâmico da crise da empresa. Nessa associação entra o Direito (Constitucional, Processual, Comercial ou Econômico), enquanto meio necessário à consecução dos fins da política social ou econômica desejada pelo Estado. Especialmente em relação ao Direito Econômico, defendeu-se a necessidade de integração de instrumentos dele decorrentes, tais como a *governança corporativa* e o postulado da eficiência alocativa do capital decorrente do movimento de *Law & Economics*, desde que consentâneos com os escopos e limites da *nossa* realidade, a fim de fomentar o desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro (**item 3**).

4. O processo de recuperação judicial, nesse sentido, deve servir de instrumento para proteção de direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios constitucionais, especialmente os do devido processo legal e da isonomia, ambos norteados pelos vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa. Ao se assim entender, deverão os sujeitos do processo atuarem de forma consciente a evitar que os princípios não sejam adequadamente promovidos ou, ainda, restringidos (**item 3**).

5. Daí a conclusão de que dentre os princípios processuais constitucionais tradicionais, avulta o devido processo legal, praticamente compreensivo dos demais, justificando a sua escolha a partir de um *binômio* estabelecido com o princípio da isonomia. Demonstrou-se que o devido processo legal não é só segurança jurídica, impondo-se a ampla e efetiva oportunidade de diálogo entre os diversos sujeitos do processo para identificar a melhor forma de encaminhamento da superação da crise econômico-financeira da empresa por meio de um adequado regime de comunhão de interesses (feição processual - **item 4**).

6. Com arrimo na lição de **Oreste Nestor de Souza Laspro**, demonstrou-se que de nada adianta garantir o devido processo legal processual sem garantir igualmente a feição substancial do princípio (*convergência*), dotando os sujeitos do processo de meios aptos a promover o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, bastaria proceder à valoração ou relativização dos princípios em jogo, na medida em que não se admite a antinomia jurídica entre eles (**item 5**).

7. O devido processo legal deve, portanto, assegurar resultados formal e substancialmente justos, legitimando-o pelo procedimento (**Niklas Luhman**). Caso contrário, tanto o *corpo físico* (procedimento) como a *alma* do processo (relação jurídica processual) nada mais representarão senão uma mera “encenação” em sua pior faceta: aquela que viola o direito e oprime o indivíduo com a devida “pompa e circunstância”, o que se mostra inaceitável aos olhos do detentor de um direito de crédito não satisfeito e/ou do devedor ávido por preservar a atividade econômica da empresa (**item 5**).

8. Passando para a análise do princípio da proporcionalidade, identificou-se a possibilidade de ele servir como método de interpretação e aplicação do direito de recuperação de empresas por meio da utilização da regra de precedência e subsidiariedade estabelecida entre os três (3) elementos da máxima da proporcionalidade (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*). Assim é que, racionalizando a ponderação de princípios colidentes (*sopesamento*), aumenta-se substancialmente a probabilidade de se atingir um resultado correto, muito embora não garanta fornecer uma resposta dotada de certeza em todos os casos (**item 6**).

9. Dentro desse contexto, o *princípio da proporcionalidade* pode ser amplamente aplicado ao processo de recuperação judicial de empresas, auxiliando na tomada de decisões de modo mais ativo e seguro por parte do juiz, a partir da percepção do que é melhor para o atingimento do escopo da função social da empresa. De nada valerá a existência de sofisticados e bem intencionados instrumentos disponibilizados pela Lei de Recuperação e Falências, se os intérpretes e aplicadores por natureza, os juízes, não assumirem postura corajosa e ativa na interpretação das normas processuais e materiais (**item 6**).

11. Conjugando a análise dos princípios processuais constitucionais, viu-se ainda que o princípio do contraditório não pode ser entendido sem os demais que se ligam a ele. A palavra-chave para se definir o contraditório é *participação*, na medida em que a ampla gama de pretensões e a própria existência de um maior número de sujeitos interessados no

processo de recuperação judicial (devedor, credores, Juiz, Ministério Público, administrador judicial, terceiros interessados, Estado, Empresa e Sociedade) demandam a necessidade de revisitação do seu conceito (**item 7**).

12. Para tanto, impõe-se a aplicação conjunta do *princípio da fungibilidade das formas* (flexibilização procedimental) que permitiria a superação do rigor formal ao autorizar o juiz a estender o prazo para a realização de assembleia geral de credores, ao mesmo tempo em que, em sentido contrário, não ampararia o retorno de fases já superadas do procedimento em virtude da preclusão, tal qual ocorreria na hipótese da não apresentação do plano de recuperação judicial no prazo legal (LRF, arts. 53 e 73, inc. II – **item 7**).

13. De tudo isso se extrai que somente com a participação real e pelo envolvimento ativo de todos os sujeitos do processo alcançar-se-á os objetivos da recuperação judicial, sempre norteados pelos princípios da proporcionalidade e fungibilidade de formas. Excelente exemplo prático disso se dá pela adoção do instituto da *mediação* na fase deliberatória da recuperação judicial (**itens 7 e 8**).

14. Daí a consequência apresentada de que a mediação pode ser válida e eficazmente inserida no processo de recuperação judicial, notadamente quando processada pelo rito ordinário (LRF, art. 51 e ss.). Sua ampla implementação encontra fundamento legal nas normas processuais referentes à conciliação, além de restar hodiernamente corroborada pela Resolução n. 125/2010 (CNJ), bem como pelas prováveis alterações do Novo Código de Processo Civil (Senado Federal, PL n. 166/2010, art. 135 – **item 8**).

15. Sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, estaria o juiz autorizado a delimitar oportunidades de reuniões prévias (*caucus*) e sessões de mediação efetivas na fase deliberatória da ação de recuperação judicial, tão logo seja deferido o processamento do pedido (LRF, art. 52). Tudo isso de modo que os sujeitos do processo sejam prontamente colocados em contato com os fundamentos fáticos e econômicos do plano de recuperação com vistas à almejada comunhão de interesses (**item 8**).

16. Por meio da retomada do diálogo produtivo entre as partes, o mediador (administrador judicial ou pessoa por ele designada), em ambiente sigiloso, desempenharia papel não decisório centrado na reconstrução da comunicação entre as partes, sendo elas próprias responsáveis pela obtenção de eventual acordo, de acordo com o método de mediação propugnado pela Faculdade de Direito de Harvard (*interested-based* - **item 8**).

17. Além de conduta ética irrepreensível, deverá o mediador agir com independência, de forma a atender à vontade das partes quanto à instalação e prosseguimento dos trabalhos nas sessões de mediação e, ao mesmo tempo, capaz de interromper os trabalhos quando identificado fator que obstaculize seu prosseguimento, tais como a ausência de boa-fé das partes ou mero intuito protelatório **(item 8)**.

18. Tendo em vista que a administração concursal não deve atuar apenas no sentido processual (tal qual o próprio processo de recuperação judicial), deve-se reconhecer legitimação negocial em favor do administrador judicial, inclusive em eventuais sessões de mediação ou reuniões prévias (*caucus*) autorizadas pelo procedimento, fazendo valer o princípio da eficiência processual e econômica **(item 8)**.

19. Analisando-se as características mais importantes relacionadas ao fomento do diálogo efetivo entre os sujeitos do processo recuperacional, a adoção de medidas de *governança corporativa* igualmente facilitará a obtenção da tão desejada comunhão de interesses. Somente de posse de informações amplas sobre a gestão e situação econômico-financeira da empresa, bem como valendo-se de um foro coletivo prévio de debate e deliberação, poderão os *stakeholders* (assim denominados cada grupo de titulares organizados pela empresa) chegar a uma solução quanto ao modo eficiente de superar a crise da empresa ou determinar a sua eficiente liquidação **(item 9)**.

20. É cediço que provavelmente cada parte adotará uma visão autointeressada diante da crise da empresa. Quanto mais hierarquicamente superior for o privilégio do crédito de determinados credores em relação aos demais, maior será a tendência de optar pela liquidação da empresa (*p.ex.* credores com garantia). O inverso também se mostra verdadeiro, na medida em que quanto menor for a prioridade de recebimento do crédito, maior será a tendência de opção desse credor pela continuidade da empresa, independentemente da análise de sua viabilidade **(item 9)**.

21. Ocorre que a assim denominada *assimetria de informações* decorrente dessa situação típica, denota a falha de mecanismos internos e externos de *governança corporativa* e pode se mostrar tão ou mais pernóstica do que a ausência de instrumentos econômicos, jurídicos e societários capazes de reverter a crise. Impedi-la, por outro lado, pode se mostrar uma forma inteligente de acabar com odiosos privilégios daqueles que monopolizam o poder de controle da empresa em crise **(item 9)**.

22. Daí a conclusão de que dotar o processo de recuperação judicial com instrumentos de governança corporativa faz com que sejam consagrados os princípios da duração razoável do processo, motivação e publicidade (*p.ex.* a instituição obrigatória e prévia de “data room” pela empresa em recuperação). O próprio artigo 53, inciso III, da lei de regência serve de fundamento para a sua implementação, na medida em que impõe à devedora a apresentação de plano de recuperação acompanhado de laudo econômico-financeiro para aferição da viabilidade da empresa; requisito esse que deve ser cada vez mais exigido e sopesado para o deferimento de qualquer recuperação judicial pelo procedimento ordinário **(item 9)**.

23. Passando para a análise da relação estabelecida entre o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* e os institutos da *arbitragem e recuperação* (judicial ou extrajudicial), concluiu-se que a ideia da complementaridade e interdisciplinariedade que norteia a presente tese não poderia deixar de valorizar a utilização da via arbitral nos conflitos relacionados à crise da empresa **(item 10)**.

24. Apesar de não ter sido detectado espaço para o processo arbitral reger o processamento integral da ação de recuperação judicial, pelo fato de ela tutelar, em grande parte, *interesses públicos* (deixando espaço reduzido para a arbitragem destinada à solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis), não há dúvidas de que diante da *natureza contratual* da arbitragem e do instituto da recuperação, vislumbra-se amplo espaço para a utilização da arbitragem na solução de conflitos relativos aos eventuais descumprimentos de obrigações encartadas no plano de recuperação. Tudo isso desde que todos os envolvidos tenham assentido e incluído cláusula compromissória no âmbito do plano de recuperação **(item 10)**.

25. Do mesmo modo, diferentemente do que ocorre com a falência, poderá ainda se verificar o desenvolvimento paralelo e incidental entre o processo arbitral e o processo de recuperação sob exclusiva jurisdição estatal, sendo que a sentença arbitral importará necessária melhora ou piora da situação da empresa em crise **(item 10)**.

26. Observou-se ainda que quando o assunto se refere à *recuperação extrajudicial*, reafirma-se com maior força a aplicabilidade da arbitragem como forma de solução dos litígios porventura surgidos, traduzindo verdadeira faceta da autonomia da vontade das partes, desde que sejam fielmente segregados os direitos patrimoniais disponíveis daqueles indisponíveis. Em sentido contrário, porém, sem a adesão de todos os credores, não há a possibilidade de se impor a cláusula compromissória de arbitragem aos demais credores

que não a assentiram, na medida em que a cláusula não pode ser direcionada aos interesses gerais da coletividade de credores, e sim, às partes que a compõem. Até mesmo porque, o requisito do *consentimento* se mostra indispensável para que se possa, validamente, suprimir o conflito da apreciação da jurisdição estatal e submetê-lo à jurisdição convencional (LA, arts. 3º e 4º - **item 10**).

27. Encerrado o tratamento dedicado ao devido processo legal, partiu-se para a análise do princípio da isonomia. A partir da sua revisitação, os sujeitos do processo da recuperação judicial encontrarão meios para, em casos excepcionais, superar verdadeiros *dogmas*, tais como a regra do *par condicio creditorum* em sua desvirtuada interpretação, a qual, muitas das vezes, chega a inviabilizar o processamento eficiente do processo de recuperação judicial de empresas (**item 11**).

28. O estudo também destacou que o bom aproveitamento dos instrumentos disponibilizados pelo princípio da isonomia parte da necessária separação conceitual entre a *igualdade jurídica* (que se preocupa com a execução do ato) e *igualdade fática* (aquela que se atenta para as consequências do ato), não restando alternativa ao intérprete senão recorrer ao método segundo o qual o tratamento igual se impõe, desde que não incidam razões suficientes para o tratamento desigual, oportunidade na qual sobre esse último recai o *onus argumentativo* (**item 11**).

29. Analisando-se as características mais importantes do princípio da isonomia, verificou-se que o equívoco mais comum do intérprete reside na confusão de conceitos estabelecida entre a adequada regra do tratamento paritário (equilibrado) dos credores disposta na Lei de Recuperação e Falências e a interpretação desvirtuada da imposição de um desgastado sentido meramente formal do princípio da isonomia (identidade de direitos – **item 12**).

30. Em todo o caso, impede-se a aplicação indiscriminada desse importante instrumento, na medida em que, na maioria dos casos, a solução já terá sido estabelecida pelo constituinte, pelo legislador infraconstitucional ou pelas decisões reiteradas dos tribunais. Quando se verificarem os espaços, cabe à doutrina nacional o importante papel de fomentar a introdução no sistema de instrumentos que garantam a eficiência do processo e da empresa, tais como a possibilidade da aplicação cuidadosa e razoável de princípios do direito comparado tais como o *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*. Tudo isso de modo a propiciar ao juiz a excepcional intervenção jurisdicional na superação da vontade manifestada por um credor, por uma

classe de credores ou devedor na assembleia geral de credores, mediante a aplicação de regras e princípios que não se atentem somente à mera obtenção dos quóruns de votação estabelecidos em lei, tal qual parece ter sido a opção do legislador brasileiro (**item 12**).

31. Observando-se que a partir da experiência pioneira da Lei de Sociedades por Ações, o *princípio da função social da empresa* restou finalmente consagrado na Lei de Recuperação e Falências (LRF, art. 47), e impõe-se cada vez maior controle das atividades do devedor, especialmente em momentos de crise, uma vez que a sua ausência favorece a tendência de expropriação das riquezas da empresa em benefício dos sócios ou administradores. Reafirma-se, assim, as *medidas de governança corporativa* no processo de recuperação judicial (**item 13**).

32. Conjugando ainda a análise do direito processual com o direito econômico, viu-se que não poderia mais ser desconsiderada a influência potencialmente devastadora que os denominados *problemas de agência* podem causar, especialmente a partir do momento em que a crise econômico-financeira demanda o ajuizamento da recuperação judicial. Tudo isso porque, a partir desse momento, deverão ser satisfeitos não apenas os interesses dos sócios, mas de todos aqueles que detêm relações jurídicas com a empresa, especialmente os credores. Por meio da análise da *Teoria da Agência*, chegou-se à conclusão de que a composição da estrutura de capital da empresa afeta significativamente o seu valor no mercado e as formas de se obter financiamento para o pleno desempenho de suas atividades (**item 13**).

33. O estudo também destacou que a interpretação tendenciosa e parcial de alguns credores quanto à viabilidade do negócio não pode mais afetar tão diretamente o êxito de uma recuperação judicial. Para se evitar isso, deverão ser instituídos instrumentos de controle (dentro e fora do procedimento) a serem exercidos pelos *sujeitos imparciais* do processo (juiz, administrador judicial e representante do Ministério Público). O fomento a tais medidas está fundado na premissa de que a disseminação da informação certamente gerará benefícios para todos, mitigando assim os malefícios do uso oportunístico de posições preferenciais na votação do plano, em detrimento dos demais interessados e do próprio requisito objetivo de viabilidade econômica da empresa (**item 13**).

34. Nesse contexto, não devem causar perplexidade as pontuais e fundamentadas decisões judiciais que reintroduzem o magistrado como figura protagonista na recuperação judicial. Ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar a grande possibilidade de os acordos celebrados entre o devedor e a coletividade dos credores atingirem o escopo ideal do

encaminhamento de soluções economicamente eficientes para a crise. Trata-se, portanto, da difícil tarefa de se encontrar o *equilíbrio* entre a força gravitacional estabelecida entre a soberania do juiz e a dos credores, tendo por instrumento os princípios da isonomia e função social da empresa (**itens 13-14**).

35. Analisando-se as características mais importantes do regime de *comunhão de interesses*, impôs-se o estabelecimento de incentivos procedimentais adequados para se alcançar o desejado balanceamento entre os direitos do devedor e das diversas classes de credores por meio de uma justa distribuição dos riscos (**item 14**).

36. Viu-se, dentro desse contexto, que a assembleia geral tem como fundamento formar a vontade majoritária do grupo a partir das vontades individuais e da confrontação de interesses. Não pode ser, portanto, mero foro de consulta aos credores. A par dessa importante premissa, chama a atenção as distorções que têm sido verificadas no sentido de o regime de comunhão instituído pela lei concursal permitir que alguns credores deliberem sob pressão do seu exclusivo interesse individual, deturpando o interesse coletivo e tornando quase que ilegítima a sujeição da minoria (**item 14**).

37. Daí a conclusão de que a instituição de um procedimento criativo e consensual por parte dos sujeitos do processo permitirá a conciliação, em grande parte, dos diferentes interesses envolvidos, com vistas ao fomento de soluções que atendam ao *interesse público* do direito de recuperação de empresas. Reafirma-se, portanto, a validade do princípio majoritário como *expediente técnico* apto ao alcance da tomada de uma decisão coletiva entre pessoas com opiniões diversas. Tudo isso em consonância com o princípio da isonomia, uma vez que a regra da maioria respeita os desacordos justamente porque não exige o consenso (**item 14**).

38. Por outro lado, deve-se ter em mente que o princípio majoritário não deve ser aplicado indiscriminadamente e em quaisquer circunstâncias. Em caso de vícios ou falhas comprovadas, deve-se estabelecer limites a ele, mesmo que oriundos de órgão jurisdicional. Não se trata, porém, de simplesmente retornar ao velho dilema do “dualismo” pendular do direito concursal brasileiro, reafirmando o “juiz” como o elemento central do processo de recuperação, tal qual ocorria com o instituto concordata (**item 14**).

39. A excepcional intervenção jurisdicional terá por escopo afastar a implementação de soluções pautadas por interesses individualistas e, portanto, incompatíveis com o interesse público do direito de recuperação de empresas, desde que

em consonância com os princípios da isonomia, proporcionalidade, função social da empresa e outros eventualmente aplicáveis, tais como o *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair-and-equitable* (**item 14**).

40. Dentro desse contexto, encaixa-se perfeitamente outra técnica do direito comparado que poderia muito bem ser utilizada no direito brasileiro. Ela é baseada na estipulação de preços de reserva (*reservation prices*), mínimo e máximo, para cada sujeito do processo de recuperação judicial, definindo assim os limites que estão dispostos a negociar. Essa tarefa poderia muito bem ser desempenhada pelo administrador judicial (sujeito imparcial), desde que garantido pelo sigilo inerente ao instituto da mediação. Desse modo, ao avaliar se faz ou não sentido aceitar a proposta de novação recuperacional, o credor deverá ponderar se o referido valor representa quantia superior ao montante que lhe seria pago caso a empresa fosse liquidada eficazmente por meio da falência (**item 14**).

41. Como se tudo isso ainda não bastasse, defende-se a prudente aplicação da *Teoria dos Jogos* aos casos da empresa em crise, oferecendo-se, assim, *opções de saída* eficazes aos credores, a fim de que não se tornem “reféns” da primeira proposta apresentada pelo devedor. Tudo isso para que o resultado da negociação tenda a se aproximar daquilo que as partes teriam acordado antes do ajuizamento da recuperação judicial (**item 14**).

42. Observou-se também que independentemente do fato de a lei concursal oferecer critérios isonômicos para a tomada de decisões pela assembleia geral de credores, a fria, literal e isolada interpretação da norma pode eventualmente implicar sacrifício da função social da empresa em recuperação. Abre-se espaço aí para a implementação parcimoniosa das denominadas *ações afirmativas* pelo Estado-Juiz na recuperação judicial, quais sejam, aquelas que excepcionalmente autorizem o tratamento jurídico desigual, mediante a inclusão política, social ou econômica de determinado grupo fragilizado. Tudo isso como importante instrumento de alcance do tratamento paritário dos sujeitos do processo (**item 15**).

43. A questão complexa reside justamente na suposta contradição existente entre a inviabilidade da prevalência da ideia de o Estado-Juiz superar a vontade do devedor ou dos credores, em contraposição à natural e imperiosa possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, desde que norteadas pela realização da função pública do direito de recuperação de empresas (**item 15**).

44. Daí a consequência, apresentada pelo próprio princípio da isonomia, baseada no fato de as medidas de ação afirmativa, ao instituírem tratamentos jurídicos desiguais, exigem que a diferença de tratamento seja devidamente justificada. Deve a ação afirmativa, portanto, se impor naturalmente quando incidente excepcional dissonância cognitiva entre a decisão assemblear e o princípio da função social da empresa (**item 15**).

45. O estudo também destacou que a questão não pode se resumir à busca de uma resposta afirmativa ou negativa da possibilidade de o juiz apreciar o mérito das deliberações da assembleia geral de credores nos processos de recuperação judicial. Em realidade, a atuação do juiz na busca da efetiva tutela jurisdicional depende muito mais da *coordenação* adequada da *relação jurídica material* estabelecida entre os sujeitos do processo e do *procedimento* escolhido para esse fim, do que propriamente da análise do conteúdo econômico das decisões assembleares ou do plano de recuperação (**item 15**).

46. Ao sopesar tudo isso, apresentou-se excelente exemplo de medida afirmativa a ser eventualmente adotado pelo juiz no processo de recuperação judicial. Trata-se do excepcional afastamento da pernóstica regra que agrupa os credores em apenas três (3) classes para votação (LRF, art. 41), ampliando-se o “leque” para os critérios mais expansivos do rol estabelecido pelo art. 83 da Lei de Recuperação e Falências (ou qualquer outro que se mostre mais adequado para a efetiva obtenção da comunhão de interesses – **item 15**).

47. Tudo isso com vistas a formular um procedimento que melhor assegure a representatividade de cada grupo de credores e atribua pesos aos votos da maneira mais adequada, mesmo que distoante do critério programático inicialmente sugerido pelo legislador. Viu-se, com isso, que a implementação dessa excepcional ação afirmativa estaria calcada na simples operacionalização de instrumentos procedimentais norteados pelos princípios do devido processo legal, isonomia e função social da empresa, confirmando a premissa do presente trabalho de que é a partir do estabelecimento do *equilíbrio* entre *substância* e *procedimento* que depende a obtenção dos resultados desejados no processo de recuperação judicial (**item 15**).

48. Daí a consequência, apresentada com proficiência por **Eduardo Secchi Munhoz**, no sentido de que tais preceitos conferem instrumentos procedimentais para que o juiz, excepcionalmente, interfira no aspecto material do plano de recuperação judicial, a fim de alcançar os efeitos desejados da realização do *interesse público* do direito de recuperação de empresas (**item 15**).

49. O estudo também destacou que os sujeitos do processo de recuperação judicial são os únicos responsáveis pela *qualidade* da tutela jurisdicional a ser conferida pelo Estado. Desse modo, cada *faculdade*, *ônus*, *poder* ou *dever* atribuído a eles não podem ser desprezados irracionalmente **(item 16)**.

50. Dentre tantos sujeitos processuais, merece especial destaque a atuação dos denominados *sujeitos imparciais do processo*, assim considerados aqueles que atuam de forma quase “altruísta” na recuperação judicial (juiz, administrador judicial e representante do Ministério Público). Tais sujeitos imparciais buscam, antes de tudo, a produtiva efetivação da tutela jurisdicional no processo de recuperação **(item 16)**.

51. Depois de demonstrar a origem dos procedimentos concursais e da figura daquele a quem cumpre organizar o modo do exercício da posse, propriedade e gestão dos bens do devedor (atual figura do administrador judicial), afirmou-se que ele é o responsável pelo desenrolar do processo a que as partes se submetem, permanecendo *equidistante* às disputas entre elas e servindo primacialmente aos interesses da justiça **(item 16)**.

52. Também se analisou o conjunto normativo da Lei de Recuperação e Falências, de modo a atestar que, contraditoriamente à inegável importância do administrador judicial para o desenvolvimento do processo de recuperação judicial, verifica-se que a sua figura foi construída com muito menor autonomia quando comparado aos poderes de administração do antigo síndico ou comissário na vigência da Lei de Falências revogada. Tudo isso em virtude dos maiores poderes atribuídos ao Juiz, das decisões de competência exclusiva da Assembleia de Credores, bem como da maior influência do Comitê de Credores, se formado **(item 16)**.

53. Para superar esse *déficit* de poder, impõe-se adequar a forma objetiva do direito de recuperação de empresas à sua real substância real com base no princípio da fungibilidade das formas. Daí que se sugere o combate ao “dano marginal do processo” por meio da simplificação do procedimento e, conseqüentemente, uma melhor repartição das funções exercidas pelo juiz com o administrador judicial, dotando-o de maiores instrumentos para o atingimento do interesse público do processo de recuperação judicial **(item 16)**.

53. Ao mesmo tempo em que se defende a melhor divisão de poder entre o juiz e o administrador judicial, especial atenção deve ser dispensada à elaboração e observação

criteriosa dos elementos dos seus relatórios no processo de recuperação judicial, os quais podem determinar o sucesso ou o fracasso da administração concursal. Tudo isso como atividade decorrente do fundamental *dever de informação* instituído pelo art. 22, inc. II, alínea “a” consistente em “*fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial*” (**item 16**).

54. Passando para a análise dos Poderes-Deveres do Juiz, afirma-se que os provimentos jurisdicionais mais importantes da recuperação judicial não residem em uma das quatro (4) possíveis sentenças de serem proferidas ao longo do procedimento. Encontram-se, fundamentalmente, naquelas decisões interlocutórias destinadas a ordenar o procedimento (“regras do jogo”) com vistas à obtenção da efetiva comunhão de interesses dos sujeitos do processo (**item 17**).

55. Justamente por conta disso que, na mesma linha das ideias originais de **José Roberto dos Santos Bedaque**, impõe-se a dotação de instrumentos mais flexíveis para o exercício do poder de direção do juiz no processo de recuperação judicial, adequando-os às especificidades dos problemas encontrados durante o desenvolvimento da relação jurídica processual (*alma do processo*). Tais como as pontuais e excepcionais medidas de ação afirmativa no âmbito das deliberações da assembleia geral de credores. Tudo isso porque, norteado pela concepção primorosa da função social do processo, tomou-se consciência de que é preciso abandonar a vetusta ideia de que os atos processuais deveriam atender rigorosamente à forma prevista em lei, mas, fundamentalmente, às suas finalidades, desde que não causem maiores gravames às partes – *pas de nullité sans grief* (**item 17**).

56. Todo esse encaminhamento lógico de ideias abre espaço para a implementação de medidas ainda mais enérgicas, mas que garantiriam, em casos ainda mais específicos e excepcionais, a efetiva superação da crise da empresa por meio da recuperação judicial. Trata-se da possibilidade de o juiz, a partir da revisitação conceitual e funcional dos princípios da isonomia e da função social da empresa, excepcionalmente discriminar, caso a caso, o tratamento destinado aos créditos garantidos por cessão fiduciária, submetendo-os, assim, aos efeitos da recuperação judicial (**item 17**).

57. Tais razões, a nosso ver, poderão ser encontradas por meio da utilização dos vetores sinalizados pelos princípios da função social da empresa – contraditório, proporcionalidade e motivação das decisões judiciais, desde que o *ônus argumentativo* sempre recaia sobre a hipótese excepcional de tratamento desigual. Afirma-se, portanto, que o maior desafio no tormentoso e controverso tema do tratamento da cessão fiduciária

de créditos e/ou títulos de crédito na hipótese de recuperação judicial do devedor-fiduciante está na busca do equilíbrio entre a força gravitacional estabelecida entre a soberania do juiz (que detém o poder jurisdicional de superintendência do processo), a supremacia que a legislação concursal atribui aos credores e o controle prioritário do devedor sobre as informações estratégicas da empresa **(item 17)**.

58. Analisando finalmente o importante papel designado aos credores na recuperação judicial, encerrando assim o ciclo de análise do tema pelo prisma de todos os sujeitos do processo, chega-se mais uma vez à conclusão de que o próprio procedimento criativamente disposto pelas partes, à luz dos limites estabelecidos pela lei concursal, pode efetivamente auxiliar na superação de uma das mais difíceis tarefas para o soerguimento da empresa: a sua *capitalização* **(item 18)**.

59. A partir da premissa já disposta de que o direito processual constitucional, isoladamente, mesmo que alinhado aos mais modernos instrumentos de direito societário e financeiro, nunca será seja capaz de solucionar sozinho a crise da empresa, toma-se consciência de que a sua efetiva recuperação depende principalmente da apropriação de medidas que visem promover sua capitalização (liquidez), seja por meio da liquidação de ativos e/ou pelo financiamento pela tomada de empréstimos **(item 18)**.

60. É cediço que nenhum investidor se disporá a correr riscos para, ao final, perder seus investimentos. Esse quadro se agrava ainda mais quando se considera a remota hipótese de os próprios credores, que já foram prejudicados com a recuperação judicial, se dispuserem a figurar como “investidores” da empresa **(item 18)**.

61. A partir da análise das características mais comuns do comportamento e expectativa dos credores, é certo que o direito processual constitucional tem muito a contribuir por meio da valorização e estímulo ao denominado *credor colaborativo* na recuperação judicial **(item 18)**.

62. Para tanto, deve-se ter em mente que o estímulo ao surgimento e à implementação dos denominados *credores colaborativos* não depende prioritariamente do juiz. Depende fundamentalmente da vontade do devedor e de toda a plêiade de credores, de acordo com seus próprios interesses. Cumpre ao juiz, apenas e tão somente, oferecer a *segurança jurídica* que o credor colaborativo tanto precisa para assumir o risco de, novamente, fomentar a atividade econômica do devedor **(item 18)**.

63. Daí a conclusão de que devem ser considerados *credores colaborativos* somente aqueles que participarem ativamente do processo de recuperação judicial e da conformação do plano de recuperação, financiando de alguma forma o devedor: seja realizando empréstimos; fornecendo matéria-prima ou serviços; ou abrindo mão de garantias em proveito da recuperação da empresa – **item 18**).

64. De mais a mais, em consonância ao quanto já defendido anteriormente, as eventuais ações afirmativas baseadas na prudente adaptação do direito recuperacional brasileiro ao princípio de inspiração norte-americana do *unfair discrimination* viabilizaria a adequada compartimentalização dos credores em classes mais heterogêneas (em direitos e interesses), propiciando assim a instituição de eventual categoria de *credores colaborativos*, os quais obteriam prioridade para recebimento dos seus créditos e/ou outros privilégios, em troca do financiamento da atividade produtiva da empresa em recuperação **(item 18)**.

65. Tal estímulo, além de facilitar a difícil tarefa de capitalização da empresa em recuperação, detém o condão de incentivar os credores a *participar ativamente* no processo, bem como a *apostar* na recuperação da empresa, facilitando a difícil tarefa da obtenção da *comunhão de interesses* **(item 18)**.

66. Como se tudo isso ainda não bastasse, a própria Lei de Recuperação e Falências propicia um quarto instrumento para a implementação dessa forma de incentivo ao financiamento da empresa em recuperação, ao instituir em seu art. 45, parágrafo 3º, o conceito de *credor não prejudicado*. Tal dispositivo permite que a empresa devedora ofereça a satisfação integral de determinada obrigação sujeita ao plano de recuperação, sem que isso implique tratamento desfavorável sancionável, abrindo mais um espaço para a materialização da categoria dos denominados *credores colaborativos*. Tudo isso em plena observância do princípio da isonomia, na medida em que proporciona vantagem não disponível no mercado à empresa em recuperação, além de oferecer efetivos incentivos para a manutenção das relações contratuais com fornecedores, fundamentais à continuidade dos negócios (seja com matéria-prima ou recursos financeiros – **item 18**).

67. No entanto, a fim de que a “importação” do instrumento não desvirtue os legítimos motivos que o inspiraram, impõe-se que o conceito de *credor não prejudicado* seja vetorizado pelos princípios do *fair and equitable* (justo e isonômico) e *absolute priority rule* do direito comparado, por meio do qual se impossibilite a superação do veto

de uma classe que, superior a outra na ordem de recebimento dos créditos, ainda não tenha recebido o seu crédito de forma integral (**item 18**).

68. Tais postulados visam à proteção da hierarquia das classes em função da natureza de seus créditos, impedindo, assim, a injusta situação de os credores de classes hierarquicamente superiores eventualmente não receberem seu crédito, com prioridade, em relação àqueles de classes subordinadas, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia (**item 18**).

69. No Brasil, sua aplicação poderia inclusive ser estendida, possibilitando até mesmo a discriminação de credores integrantes de classes que possuam créditos de mesma prioridade, desobrigando-os a tratá-los igualmente, desde que se ofereçam oportunidades idênticas a todos os credores se tornarem *credores colaborativos* fomentando a atividade econômica da empresa em recuperação (**item 18**).

70. Ao assim proceder, acreditamos que todos os sujeitos do processo estariam adotando a mais adequada interpretação dos *princípios da isonomia* e do *devido processo legal* na ação de recuperação judicial, com vistas à obtenção da almejada *função social da empresa* (**item 18**).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

20. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *Continuação do negócio na falência*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1998.

_____. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. São Paulo: Leud, 1997.

_____. *Da caracterização da falência*. São Paulo: Leud, 1970.

_____. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

ADLER, Barry E. Financial and political theories of american corporate bankruptcy. *Stanford Law Review*, v. 45, p. 153, 1993.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Justicia como corrección*. Ana Inés Haquín. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, 2003.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Os direitos trabalhistas na falência e concordata do empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

ALTAMIRO MARIN, Ignácio. El conciliador y la función conciliatoria. *Estudios Jurídicos*, Vera Cruz, n. 2, p. 165-172, 1995.

ALVAREZ, Gladys S. *La mediación y el acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 44, n. 1/2, p. 179-212, 2003.

_____. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ALVES, Eliana Calmon. *Princípios e garantias constitucionais do processo*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/295>>. Acesso em: 28 out. 2011.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Turim: Giapicchelli, 1990.

ANTONIO, Nilva Maria Leonardi. *As micro e pequenas empresas na nova lei de recuperação de empresas e falências: principais problemas enfrentados e soluções passíveis de adoção. Breve estudo sobre a indústria calçadista*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ARAUJO, Aloisio. As Leis de Falência: uma abordagem econômica. *Banco Central do Brasil*. Brasília. 2002. p. 13-17. (Trabalhos para Discussão n. 57). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps57.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 16-29, abr./jun. 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Evolução e papel do direito comercial. In: _____. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: São Paulo, 1947.

_____. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999.

_____. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Red Livros, 1945.

ASQUINI, Alberto. Os perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela à luz da garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. A propriedade fiduciária e a recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 135-141, set. 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile: parte generale*. 2. ed. Editrice Dott. Antonio Milani, 1997. v. 1.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 159, jan./mar. 1999.

_____. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

_____. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002. v. 1.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press. 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1994.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual civil*. 2ª ed. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual civil*. 2ª ed. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil. In: _____. *Temas de direito processual civil*: 7ª. Série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 53-69.

_____. Arbitragem. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: _____. *Temas de direito processual civil*: 8ª. Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: _____. *Temas de direito processual civil*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual*: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: _____. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAROSSO FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 137, p. 233-239, jan./mar. 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 336, p. 125-136, out./dez. 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Carolina S. J.; CAMPANA FILHO, Paulo F.; MIYAZAKI, Renata Y.; CEREZETTI, Sheila C. N. A prevalência da vontade da assembléia geral de credores em questão: o *cramdown* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 143, 2006.

BEBCHUK, Lucian A.; FRIED, Jesse M. A new approach to valuing secured claims in bankruptcy. *Harvard Law Review*, v. 114, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BENEDETTI, Alberto Maria. *Autonomia privata procedimentale*. Torino: Giappichelli, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERLIN, Isaiah. Equality. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, New Series, v. 56, p. 304-305, 1955/1956.

BETTI, Emilio. Processo civile (diritto romano). In: NOVÍSSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1966. v. 13, p. 1099-1120.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da Lei de Falências: “recuperação de empresa” ou “recuperação do crédito bancário”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 822, p. 128-138, abr. 2004.

_____. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BIELSA, Rafael; GRANÃ, Eduardo. El tempo y el processo. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v. 55, p. 189-190, 1994.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di diritto. In: NOVÍSSIMO Digesto Italiano. Milano, 1957. v. 13.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONELLI, Gustavo. Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali. *Riv. Del Dto. Com.*, 1905.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. Trad. Rodolfo Arango. *Revista Española de derecho Constitucional*, Madrid, n. 59. Año 20, mayo/agosto 2000.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A garantia do devido processo legal: aplicação contra excesso do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BULGARELLI, Waldirio. A reforma da lei das falências e concordatas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 85, p. 49-56, 1991.

BUTTWIL, Klas; WIHLBORG, Clas. The efficiency of the bankruptcy process: an international comparison. Disponível em: <<http://swopec.hhs.se/ratioi/abs/ratioi0065.htm>>. Acesso em: jan. 2012.

CALAMANDREI, Piero. La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, ano 34, p. 279-307, 1936.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. Campinas: Ed. Max Limonad. 2000.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel; GRILLO, Luisa Rodrigues; BERGE, Salvador Dário. *La empresa en crisis: derecho atual*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

CANDIAN, Aurélio. *Il processo di fallimento*. 2. ed. Padova, 1939.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999.

CAPRASS, Olivier. A constituição do tribunal arbitral em arbitragem multiparte. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 8, out./dez. 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2004.

_____. Das boas relações entre juízes e os árbitros. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 81-89, 1997.

_____. *Flexibilização do procedimento arbitral*. Texto disponibilizado pelo autor em 30/11/2009 aos alunos do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 195-205, out./dez de 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARREIRA ALVIM, J. E. Intervenção de terceiros na arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista, GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 7.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 1.

_____. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 7.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. Cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 54-60, set. 2005.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil*: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Atlas, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: arts. 75 a 137. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: comentários aos artigos 1 a 74. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Comentário ao art. 35 da lei. In: *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. CORRÊA LIMA, Oscar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A lei de recuperação e falência e o princípio da preservação da empresa: uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione: rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. *Foro Italiano*, Parte Quinta. p. 1 e ss, 1999.

CLARO, Carlos Roberto. *Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTr, 2009.

CLAY, Thomas. Extensão da cláusula compromissória às partes não contratantes (fora grupos de contratos e grupos de sociedades/empresas). *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 8, out./dez. 2005.

COASE, R. H. The nature of the firm. In: _____. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. A trava bancária. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 61-65, set. 2005.

_____. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

_____. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMISSÃO de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1.

_____. Giudice civile. In: ENCICLOPÉDIA Giuridica. Padova: CEDAM, 1970.

_____. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980. v. 1.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, 1978.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, p. 38-46, 1996.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, 1986.

_____. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 75-76, 1993.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Mediação - Código de Ética dos Mediadores. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr; Centro Latino de Mediação e Arbitragem, 1999.

COUTURE, Eduardo J. Inconstitucionalidad por privación de La garantía del debido proceso. In: ESTUDIOS de derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. t. 1.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CRUZ, Sérgio Lúcio de Oliveira. Classificação dos créditos na falência. In: PENALVA SANTOS, Paulo. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi. (Org.). *Aspectos atuais da arbitragem*: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALTRO, Ana Luiza. Queimou o filme. *Veja*, São Paulo, ed. n. 2.251, ano 45, n. 2, p. 64-67. Seção Negócios.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, abr. 1948.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DAVIS, Morton D. Game theory: a nontechnical Introduction. 1. ed. New York: Dover, 1997.

DE LUCCA, Newton. Nova Lei de Falências. Separata da: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 40, p. 12-15, 2005.

_____. Teoria Geral. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Comentário ao art. 4º da lei. In: *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. CORRÊA LIMA, Oscar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. A atividade empresarial no âmbito do projeto de Código Civil. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton. *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 260-294, 2005.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação*: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- _____. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- _____. Efetividade do processo e os poderes do juiz. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- _____. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2000,
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. v. 1, 2 e 3.
- _____. Relendo princípios e renunciando a dogmas. In: _____. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- DÓRIA, Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula 'due process of law'*. 1964. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1964.
- DUZERT, Yann. *Manual de negociações complexas*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre recuperação e falência*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. No right answer? *New York University Law Review*, New York, v. 53, p. 3, 1978.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson Cesar Cardoso Souza. 14. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996.
- FARIA, Bento de. *Direito comercial: falências e concordatas*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco Filho, 1947. v. 4.
- FARIA, Luis Cláudio Furtado; COZER, Felipe Rodrigues. A arbitragem e a recuperação judicial: um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. *Revista Forense Digital*, Rio de Janeiro, v. 412, p. 487-490, 2010.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 82; _____. “Processo” e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 48, n. 1, p. 3-4, genn./mar. 1993.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRARA, Francesco. *Il fallimento*. Milano: Giuffrè, 1959.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto, mercato ed efficienza: diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Luiz Augusto de Souza. Recuperação judicial: a soberania do art. 6º, § 4º, e sua correlação com o art. 56, § 1º, e o art. 7º, § 2º, na Lei nº 11.101/2005. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 101-106, set. 2005.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 4 e v. 5.

FERRI, Corrado. Fini pubblici e interessi privati nelle procedure concorsuali (note comparatistiche). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 46, n. 4, p. 1041-1056, ott./dic. 1991.

FILHO, Adalberto Simão. Interesses transindividuais dos credores nas Assembléias-Gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

IORELLI, José Osmir; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao Sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord. Trad.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, José Júlio Borges da. Da recuperação da empresa em crise. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 87, p. 70-86, 1973.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 54, n. 139, jul./set. 2005.

FOUCHARD, Philippe. Arbitrage et faillite. *Revue de L'arbitrage*, n. 3, p. 471-494, 1998.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Da assembleia-geral de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros Ed., 1993.

_____. Ilegitimidade da parte e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações. In: *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Assembleia-Geral de credores na nova lei falimentar. In: *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. Evolução do direito das recuperações judiciais de empresas no Brasil. Texto escrito de aula ministrada no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

_____. Do estado de falido: sua configuração: inovações da nova lei de recuperação e falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 138, abr./jun. 2005.

GALANTER, Marc; PALEN, Frank S.; THOMAS, John M. The crusading judge: judicial activism in trial courts. *Southern California Law Review*, v. 52, p. 699-741, 1978-1979.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

GERAIDE NETO, Zaidem. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GHIDINI, Mario. *Lineamenti del diritto dell'impresa*. Milano: Giuffrè, 1978.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.

GODINHO, Eduardo. A regra da maioria e a autonomia individual: um estudo a partir de John Stuart Mill. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOODE, Roy. *Principles of corporate insolvency law*. London: Thomson - Sweet & Maxwell, 2005.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph (Eds.). *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, p. 121-151, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no direito processual civil*. 1972. Dissertação (Livre-Docência de Direito Judiciário Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. *Última Instância*. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Competência territorial funcional em matéria de falência. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre. v. 4. n. 23. p. 5-14, mar./jun. 2003.

_____. O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo. In: _____. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro, 1984. v. 2.

_____. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 175, p. 9, 1990.

GROSMAN, Claudia F.; MANDELBAUM, Helena G. (Org). *Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

HABSCHEID, Walter J. As bases do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11/12, p. 120, 1994.

HANOTIAU, Bernard. La loi applicable par l'arbitre em cas de faillite d'une des parties a la procedure: the law applicable by the arbitrator in the event of the bankruptcy of one the parties to the proceedings. *Revue de droit des affaires internationales – International Bussiness Law*, Paris, n. 1, 1996.

HAYEK, Friedrich August. *Law, legislation and liberty: the mirage of social justice*. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

_____. *The road to serfdom*. London: Routledge Classics, 2001.

HAYES, M. Jonathan. *Formulating and Confirming a Chapter 11 Plan of Reorganization*. Disponível em: <www.heinonline.org>. Acesso em: 15 out. 2011.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza. 2004.

_____. *Teoria generale del diritto e problema del mercato*. 4. ed. Roma: Laterza, 2003.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, 1976.

JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (reprodução inalterada da 5. ed. De Leipzig de 1898). Aalen: ScientiaVerlag, 1968. v. 2, t. 2.

KATUDJAN, Elias. Pela (re)inclusão dos créditos excluídos da recuperação. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 48-53, set. 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

KLEE, Kenneth N. All you ever wanted to know about cram down under the New Bankruptcy Code. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 53, p. 133, 1979.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991

_____. *Tentativa de conciliação no processo civil*. 1978. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

LA CHINA, Sérgio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milano, 1970.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Ajuris*, São Paulo v. 28, 1983.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1985.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Devido processo legal e a irreversibilidade da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LAURENTIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a constituição: conceito, técnicas e efeitos*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 128, p. 13-14, out./dez. 2002.

_____. Proibição de voto e conflito de interesses nas assembleias gerais – ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante. In: _____. *Pareceres*. São Paulo: Ed. Singular, 2004. v. 1.

LEE, Jaime Alison; GIESLER, Carl. Confidentiality in mediation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 3, p. 285-297, 1998.

LENIN, Vladimir Ilitch. *Esquerdismo: doença infantil do comunismo*. São Paulo: Global, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga. *Direitos fundamentais*, 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 23 set. 2009.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LISBOA, Marcos de Barros et al. A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 668, p. 35-46, jun. 1991.

_____. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 125, p. 29-40, jan./mar. 2002.

_____. Da assembleia geral de credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94-208.

_____. *Direito concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 109, p. 64-92, jan./mar. 1998.

_____. O moderno direito concursal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 87-97, jul./set. 1995.

_____. Proteção à minoria acionaria. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 105, p. 25-36, jan./mar. 1997.

_____. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCON, Marcelo. *O papel dos stakeholders na governança corporativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento: pensamento político*. Trad. Maria da Conceição Côrte Leal. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, E.; MACHADO, R. B. (Orgs.). *Arbitragem no Brasil*. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. *Istituzioni di diritto falimentare*. 2. ed. Milano: Cedam, 1994.

MALHEIROS, Aristides. Plano de recuperação – isso funciona? *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, p. 21-28, 2009.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. Sobre a recuperação e falência de empresas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 127, jul./set. 2002.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*. Roma: Del Grifo, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARTINS, Glauco Alves. *A recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos extrajudiciais*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; Carmona, Carlos Alberto, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem, capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista*. 2009. Disponível em: <<http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/artigos/arbcapcon.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. A nova Lei de Falência e suas implicações nos créditos dos trabalhadores. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*. São Paulo, n. 6, p.178-175, mar. 2005.

MARX, Karl. *O capital*. Trad. Reginaldo Sant'Ana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. v. 1.

MASCARO, Alysso Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MASSON DOS SANTOS, José Vanderlei. Da atuação do perito contador na nova lei de falências e recuperação de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO FRANCO, Vera Helena. A função social da empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 96, mar. 2008.

_____; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise - Comparação com as posições do Direito Europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário e constitucional*, São Paulo, n. 23, p. 475-479, dez. 1994.

MENDEZ, Joaquin Bisbal. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

MENEZES, Paulo Lucena de. *Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2001.

MILANI, Mário Sérgio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 5.

MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. The cost of capital: corporate finance and theory of investment. *American Economic Review*, v. 47, 1958.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris – do direito romano ao direito latino americano. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, n. 3, 1997.

_____. *Direito romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MOREIRA, Alberto Camiña. Os poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, Kabengele (Org.). *Estratégias e políticas de combate à discriminação racial*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1996.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 194-199, 2007.

_____. Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 33-47, set. 2005.

_____. Comentários ao art. 58 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MURAD, Acir. *Princípios constitucionais do processo civil*. 2004. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium. 2006.

NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NORTH, Douglass C. *The political economy of merchant empires*. New York: Cambridge University Press, 1991.

NUNES PINTO, José Emilio. A arbitragem na recuperação de empresas. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/download/arbitrecuper.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei n. 11.127/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Apresentação do plano de recuperação pelo devedor e a atuação dos credores. In: Revista do Advogado. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas*. Ano XXV, n. 83. São Paulo, 2005.

PAJARDI, Piero. *Manuale di diritto fallimentare*. 2. ed. Milano : A. Giuffrè, 1976.

_____. *Radici e ideologie del fallimento*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

PATRICIO, Javier; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Historia del derecho romano y su recepción Europea*. 5. ed. Madrid: Paideia Ediciones, 2000.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. *História do direito processual brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002.

PENALVA SANTOS, J. A.; PENALVA SANTOS, PAULO. In: VALVERDE, Trajano de Miranda (Ed.). *Comentários à Lei de Falências*: Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1999. v. 3.

_____. O Instituto da arbitragem no âmbito da recuperação judicial. In: FERRAZ, Rafaela; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PENALVA SANTOS, Paulo. A recuperação extrajudicial na nova lei de falências. In: _____. (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas*: Lei nº 11.101/200. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 109, set. 2005.

_____. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

_____. *Falência requerida pela fazenda pública*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v. 4.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Comentários ao art. 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. “Novação recuperacional”. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 29, n. 105, p. 115-128, set. 2009.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Preservação da empresa na lei de falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PISANI, Andrea Proto. Publico e privato nel processo civile in Itália. Palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Salvador, 2001.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 2001.

POLIVY, D. R. Unfair discrimination in Chapter 11: a comprehensive compilation of current case law. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 72, 1988.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *The Chicago Working Paper Series Index*. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em 19.01.12.

POVEDA VELASCO, Ignacio M. *A execução do devedor no direito intermédio (Beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

PROVINCIALI, Renzo. *Lezioni di diritto fallimentare*. Padova: Cedam, 1966.

_____. *Manuale di diritto fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 1..

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RASI, Piero. Direito intermédio. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1966. v. 15.

RAWLS, John. *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press. 1999.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

REILLY, Robert F. Valuation adjustments in bankruptcy business valuations. *American Bankruptcy Institute Journal*, v. 24. 2005.

REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro: reforma da Lei de Falências. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 14, p. 23-24, 1974.

_____. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.09.2005. Barueri: Manole, 2008.

RICCI, Edoardo F. New trends in insolvency proceedings. General Reporter – Civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coords.). *Direito processual comparado organizado: XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense: Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007.

_____. *Lezioni sul fallimento*. Vol. I. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROE, Mark. Bankruptcy and debt: A new model for corporate reorganization. *Columbia Law Review*, v. 83, p. 90-99, 1983.

ROMBOLI, Roberto. *Il giudice naturale*. Milano: Giuffrè: 1981.v. 1.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 783, p. 11, 2001.

ROTONDI, Giovanni. Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura. In: SCRITTI giuridici. Milano: Ulrico Hoepli, 1922. v. 3.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*: uma análise de direito & economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 75 e ss., set. 2005.

_____. O Comitê e a Assembleia de Credores na nova Lei Falimentar. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *O poder e o cofre*. São Paulo: Ed. Textonovo, 1997.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: Direito e Economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16. Acesso em: 10, out 2010.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 119, p. 94-108, jul./set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução aos comentários da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

_____. Recuperação de empresas e interesse social. Introdução aos comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SAMORI, Gianpiero. Conflitti positivi e regolamento di competenza nel processo per la dichiarazione di fallimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 54, n. 1, mar. 2000.

SAMPAIO DE LACERDA, J. C. *Manual de direito falimentar*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo; Saraiva, 2002. v. 1.

SATTA, Salvatore. *Diritto fallimentare*. Padova: Cedam, 1974.

SCHWAB, Karl Heinz. Divisão de funções e o juiz natural. *Justitia*, São Paulo, v.39, n. 139, p. 37-46, jul./set. 1987.

SEVERINI, F. I problemi procedurali del concordato preventivo. In: DI MARZIO, Fabrizio (Coord.). *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*. Torino: Itaedizioni, 2006.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. *Recuperação extrajudicial de empresas: desenvolvimento do direito de recuperação de empresas brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particularidades*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 40, 2006.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 31, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. A reforma da lei de falências frente a reorganização econômica da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 109, p. 16-61, jan./mar. 1998.

_____. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SLAIKEU, Karl A. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Tradução do Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Comentários ao art. 83 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade*. São Paulo, 2002. Mimeo.

_____. Notas sobre as assembleias gerais de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 138, p. 62 e ss., 2005.

_____. Os custos provocados pelo direito. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 112, p. 75-78, out./dez. 1998.

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation, 1997.

TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: BESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta. *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000.

TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. In: Studi in onore de Enrico Tullio Liebman. Milano: Giuffrè, 1979. v. 3.

_____. Il curatore fallimentare e la prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 50, n. 4.

_____. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: _____. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

_____. Processi pendenti e fallimento. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 1, p. 67-69, genn./mar. 1990.

_____. *Il processo di fallimento e L'imparzialità del giudice*. Rivista di Diritto Processuale. A. LII. Seconda Serie. Milano: CEDAM, 1997 (gennaio-marzo).

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma do processo civil: simplificação e agilização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 133-153, jul./set. 1992.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 128, p. 165-173, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 14, ano 4, 2001.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 40, n. 122, p. 168-172, abr./jun. 2001.

_____. *A empresa em crise no direito francês e americano*. 1987. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

_____. A nova lei de falências e de recuperação de empresas. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 83, p. 103, 2005.

_____. Da caracterização da insolvabilidade civil. Pressupostos objetivos e subjetivos do processo de execução concursal. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 24, n. 57, p. 42-50, jan./mar. 1985.

_____. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). In: *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Juiz natural e competência em Tribunal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 765, p. 97-107, jul. 1999.

URY, William; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. New York: Jossey-Bass, 1988.

VALENTIM, Oséias Faustino. *O Brasil e o positivismo*. Rio de Janeiro: Publit, 2010.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931. v. 1.

_____. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Disposições legais comuns à recuperação e à falência: aspectos de direito material e de direito processual*. São Paulo: IBC, 2005.

_____. Nova disciplina jurídica das empresas em crise: análise do direito falimentar e de recuperação de empresas à luz do movimento de “Law & Economics”. In: PEREIRA, Guilherme Teixeira (Coord.). *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Recuperação judicial e extrajudicial*. São Paulo: IBC Brasil, 2005.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile: parte generale*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. v. 1.

VEZZULA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999. p. 113-120.

_____. *Mediação: teoria e prática e guia para utilizadores e profissionais*. Edição conjunta. Lisboa: Agora Publicações, 2003.

VIANA, Rui Geraldo de Camargo. *A novação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

VIDIGAL, Geraldo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

VINCRE, Simonetta. Fallimento e arbitratorituale (premesse per uno studio). *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, anno 50, n. 3, lugl./sett. 1995.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e as empresas em liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005, São Paulo : RT, n. 19, p. 167-190.

WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Trad. José Luis Marti; QUIROGA, Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

WARREN, Elizabeth. *The law of debtors and creditors: text, cases, and problems*. New York: Aspen, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Assistência judiciária e Juizados especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Controle jurisdicional dos atos administrativos e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Modalidade de mediação. In: SEMINÁRIO MEDIAÇÃO: UMA PROPOSTA INOVADORA. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001. p. 42-50. (Série cadernos do CEJ, v. 22).

_____. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WESTBROOK, Jay Lawrence. New trends in insolvency proceedings. General Report – Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON FILHO, Petrônio (Coords.). *Direito processual comparado organizado: XIII World Congress of Procedural Law*. Rio de Janeiro: Forense: Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007.

WORLD BANK. *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 122, p. 75-167, abr./jun. 2001

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2006.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993.