



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE VIEIRA BATISTA

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO

Salvador

2017

FELIPE VIEIRA BATISTA

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior

Salvador

2017

Vieira Batista, Felipe
A recuperação judicial como processo coletivo/
Felipe Vieira Batista. -- Salvador, 2017.
154 f.

Orientador: Fredie Souza Didier Junior.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -
- Universidade Federal da Bahia, Direito, 2017.

1. Recuperação judicial. 2. Processo coletivo. 3. Legitimidade.
I. Souza Didier Júnior, Fredie.

FELIPE VIEIRA BATISTA

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Fredie Souza Didier Jr.

Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Universidade Federal da Bahia.

Professor Edilton Meireles de Oliveira Santos

Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Universidade Federal da Bahia.

Professor Edilson Vitorelli

Doutor (Universidade Federal do Paraná).

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Salvador, Bahia ____/____/2018.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Fredie Didier, agradeço pela paciência, disponibilidade, bem como pelas diversas provocações indispensáveis à concretização desta dissertação. Fredie é realmente um professor e orientador fora de série, sobretudo por saber e expressar suas metas sem rodeios — o que é muito raro — e pela generosidade com que envolve todos em seus projetos.

Agradeço também a Paula Sarno Braga, a quem devo realmente muito: Paula foi minha professora em quase todas as cadeiras de processo civil ao longo da graduação, tendo sido também minha orientadora no trabalho de conclusão de curso. O incentivo inicial para ingresso no PPGD/UFBA também veio de Paula.

Aos meus colegas do Joau Bastos Lopes Batista Advogados, agradeço nas pessoas de Cesar Joau, Renato Bastos, Rebeca Silva Lima e Fausto Kupcsh Filho, que me incentivaram a ir adiante e assumiram gentilmente parte de minhas tarefas ao longo da etapa final de elaboração da dissertação. Cesar e Renato, particularmente, tiveram um papel relevantíssimo na minha trajetória profissional e acabaram se tornando grandes amigos, tendo incentivado o projeto desde sempre.

Agradeço também aos amigos Daniela Bomfim, Hanna Tavares, Lara Britto e Ruy Andrade, pela constante e entusiasmada torcida e ajuda. Daniela, Hanna, Lara e Ruy foram essenciais em diversos momentos. Sem a ajuda e disponibilidades de cada um deles a conclusão do mestrado não teria sido possível.

Aos professores integrantes do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, agradeço nas pessoas dos professores Wilson Alves de Souza, Ricardo Maurício Soares e Rodolfo Pamplona Filho pelas valiosas lições e prazerosa convivência.

Felizmente, o PPGD/UFBA também trouxe bons e novos amigos. Aqui o agradecimento é duplo: ao Programa, por proporcionar a oportunidade de conhecer novas pessoas, bem como aos amigos que fiz — João Liberato Filho, Marcus Seixas e Analu Paim —, pela convivência interessantíssima, bem como pela presença e apoio constantes ao longo do curso e da elaboração do trabalho.

Agradeço também a meu primo, João Henrique Batista Pereira Leite, bem como a Nairo Elo e Isabelle Morgana pela ajuda com a obtenção de bibliografia nas bibliotecas da Faculdade de Direito da USP e da Faculdade Baiana de Direito.

Por fim, agradeço aos meus familiares e a meus pais: Ana Lúcia e Paulo Benigno, pelo constante apoio, amizade e compreensão. Enquanto meu pai foi fundamental por insistir na necessidade de buscar o aprimoramento acadêmico, minha mãe e meu padrasto ajudaram assumindo diversos afazeres pessoais para garantir que eu tivesse tempo para atender às necessidades do curso.

Meu muito obrigado a todos.

*“O louco sente-se imperador ou deus
e crê-se, crê com firmeza e
certeza absoluta.
Se é assim, com que inteira segurança
Posso eu crer no que creio,
Não mais certezas tenho
Que o louco.”*

(Obra poética de Fernando Pessoa, Vol.I, p. 288)

RESUMO

A Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperações de Empresas e Falências - LRF) foi editada há mais de uma década. Entretanto, a respectiva aplicação cotidiana é um fenômeno relativamente recente, estando associado à crise econômica dos últimos anos. Trata-se de lei que contém dispositivos de natureza material e processual, sendo indiscutível que o referido instituto se desenvolve por meio de um processo. Nesse contexto, e embora a doutrina revele alguma preocupação com os aspectos processuais da Lei nº 11.101/2005, não existem estudos específicos voltados a definir com clareza a natureza do referido processo, o que prejudica a coerência e linearidade do conhecimento jurídico produzido a respeito do tema. A presente dissertação pretende preencher justamente essa lacuna, demonstrando que o processo de recuperação judicial abarca situações jurídicas coletivas, bem como que se trata de um processo coletivo. Além disso, o referido processo envolve a reestruturação de uma instituição, o que faz com que se conclua que o mesmo compartilha de características próprias ao chamado processo coletivo estrutural. Diante de tais premissas, é necessário repensar a legitimação para a prática de atos na recuperação judicial, utilizando-se meios voltados a garantir que os indivíduos e coletividades afetadas – ainda que ausentes – tenham os respectivos interesses efetivamente representados dentro do processo.

Palavras-chave: recuperação judicial; processo coletivo; Lei nº 11.101/2005; legitimidade para o ato.

ABSTRACT

Federal Law n. 11.101/2005 (Law on Judicial Recovery and Bankruptcy - LRF) was issued more than a decade ago. However, its frequent application is a relatively recent phenomenon, associated with the recent economic crisis. This law contains provisions of both a material and procedural nature; in addition, it is certain that the judicial recovery is developed through a legal process. Although the literature has demonstrated some concern with the procedural aspects of the LRF, there are no specific studies aimed at defining the nature of the aforementioned legal process, which impairs the coherence and linearity of the legal knowledge produced on the subject. This dissertation intends to fill this gap, demonstrating that the judicial recovery is collective legal process. In addition, this process involves the restructuring of an institution, which makes it possible to conclude that it shares characteristics of the so called structural injunctions. Faced with such a premise, it is necessary to rethink the legitimacy to practice acts in judicial recovery, even considering the use of means aimed at ensuring that affected individuals and communities - even if absent - have their respective interests effectively represented within the process.

Keywords: judicial reorganization; collective process; Law n. 11.101/2005; legitimacy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
§§	parágrafos
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	Conforme
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
CPC/73	Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973
CTN	Código Tributário Nacional
LRF	Lei de Recuperações de Empresas e Falências
MP	Ministério Público
p.	página
p. ex.	por exemplo
Pags.	páginas
PRJ	Plano de recuperação judicial
REsp	Recurso Especial
REx	Recurso Extraordinário
ROMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	Tomo
TJ	Tribunal de Justiça
TJ/BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJ/MS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TRF	Tribunal Regional Federal
v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. O CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	16
1.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	16
1.2. O CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	21
1.2.1. Generalidades	21
1.2.2. Da recuperação judicial em sentido material	22
1.2.3. A recuperação judicial como processo	23
2. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO: ABRANGÊNCIA E PRINCIPAIS ETAPAS 26	
2.1. O ALCANCE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A TENSÃO ENTRE OS INTERESSES SUBMETIDOS AOS RESPECTIVOS EFEITOS	26
2.2. OS SUJEITOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	29
2.2.1. Generalidades	29
2.2.2. O devedor	30
2.2.3. Os credores	31
2.2.4. Do administrador judicial	32
2.2.5. Do comitê de credores	34
2.2.6. Da assembleia geral de credores	36
2.2.7. O Ministério Público	37
2.2.8. O juiz	41
2.3. AS PRINCIPAIS FASES/ATOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	43
2.3.1. Do pedido de recuperação judicial	43
2.3.2. Da decisão de processamento da recuperação	45
2.3.3. Da apresentação de proposta de plano de recuperação pelo devedor	46
2.3.4. Da fase de votação do plano de recuperação	47
2.3.5. O plano de recuperação judicial	50
2.3.6. A decisão homologatória do plano de recuperação	52
2.4. O PLANO DE RECUPERAÇÃO NA TEORIA DO FATO JURÍDICO	54

2.4.1.	Do conceito de fato jurídico na Teoria Geral do Direito	54
2.4.2.	Das diferentes espécies de fato jurídicos lícitos	56
2.4.2.1.	Generalidades	56
2.4.2.2.	Do fato jurídico em sentido estrito.....	57
2.4.2.3.	Do ato-fato jurídico	58
2.4.2.4.	Do ato jurídico em sentido lato	59
2.4.2.5.	Do ato jurídico stricto sensu	60
2.4.2.6.	Do negócio jurídico.....	60
2.4.3.	O elemento subjetivo do suporte fático abstrato dos negócios jurídicos.....	62
2.4.3.1.	Unilateralidade, bilateralidade, plurilateralidade e o princípio da incolumidade das esferas jurídicas	62
2.4.3.2.	Do negócio jurídico coletivo.....	63
2.4.4.	O plano de recuperação judicial como negócio jurídico coletivo.....	64
3.	CONCEITOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DA TUTELA COLETIVA .	67
3.1.	CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO	67
3.2.	DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS	68
3.2.1.	Quanto à titularidade.....	68
3.2.2.	Das situações jurídicas coletivas ativas	69
3.2.2.1.	Direitos difusos e coletivos stricto sensu.....	69
3.2.2.2.	Direitos individuais homogêneos.....	70
3.2.3.	Das situações coletivas passivas.....	73
3.3.	DOS DIFERENTES TIPOS DE LITÍGIO COLETIVO: UM BREVE EXAME DA CONTRIBUIÇÃO DE EDILSON VITORELLI.....	74
3.3.1.	O problema posto e o critério encontrado.....	74
3.3.2.	Da definição das situações jurídicas coletivas a partir dos tipos de litígio coletivo.	77
3.3.2.1.	Das premissas utilizadas para classificação dos litígios	77
3.3.2.2.	Litígios coletivos de difusão global	78
3.3.2.3.	Litígios coletivos de difusão local	79
3.3.2.4.	Litígios coletivos de difusão irradiada.....	81
3.4.	A LEGITIMAÇÃO COLETIVA	84
3.4.1.	Noções gerais de legitimação ad causam e classificação respectiva	84

3.4.2.	A legitimação coletiva: natureza e características.....	87
3.4.3.	A legitimação para prática do ato processual e dinamicidade de posições processuais.....	90
3.5.	LEGITIMAÇÃO COLETIVA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA	91
3.5.1.	Generalidades	91
3.5.2.	Do controle judicial da representatividade adequada	92
3.5.3.	A proposta de Edilson Vitorelli para a participação em litígios coletivos	95
3.6.	O PROCESSO ESTRUTURAL	98
3.6.1.	Conceituação inicial	98
3.6.2.	Os processos estruturais na teoria dos litígios coletivos: a complexidade e conflituosidade como atributos	102
3.6.3.	Da multipolaridade e zonas de interesses no processo estrutural.....	103
4.	A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO.....	105
4.1.	A CRISE EMPRESARIAL COMO LESÃO COLETIVA	105
4.1.1.	Da lesão a direitos coletivos	105
4.1.2.	Do potencial litígio: complexidade e conflituosidade	108
4.2.	A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO.....	112
4.3.	RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.....	116
4.4.	O CARÁTER ESTRUTURAL DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO.....	118
4.5.	ALGUNS REFLEXOS DA PERCEPÇÃO DA RECUPERAÇÃO COMO PROCESSO COLETIVO.	125
4.5.1.	Generalidades.	125
4.5.2.	Participação e representação na recuperação judicial.	126
4.5.2.1.	Perspectiva geral: a legitimidade para cada ato.....	126
4.5.2.2.	A distribuição da representação para prática de atos.	128
4.5.2.3.	Da adoção de medidas voltadas a induzir a constituição do comitê de credores...	131
4.5.3.	Participação e representação na etapa recursal: algumas propostas específicas..	132
4.5.4.	Desistência e legitimação ad actum na recuperação judicial.	137
4.5.5.	O hibridismo entre cognição e execução, bem como entre jurisdição e negociação: uma premissa geral.....	140

CONCLUSÕES..... 142

REFERÊNCIAS 144

INTRODUÇÃO

A crise empresarial é um fenômeno que se tornou corriqueiro nos últimos anos. Grandes conglomerados empresariais passaram por graves dificuldades de liquidez, o que, naturalmente, incrementou sensivelmente o número de recuperações judiciais propostas perante o Poder Judiciário brasileiro.

Como não poderia deixar de ser, houve um crescimento considerável dos estudos e discussões relacionados à questão da recuperação judicial de empresas. O tema saiu da condição de mera curiosidade jurídica — como ocorria logo nos primeiros anos da Lei nº 11.101/2005 (“LRF”) — para se tornar um dos tópicos mais importantes para o Direito Comercial Brasileiro, a ponto de ter ocupado posição de destaque nas duas últimas edições do Congresso Brasileiro de Direito Comercial.

Entretanto, a recuperação judicial é um instituto eminentemente interdisciplinar, tangenciando uma série de temas de natureza processual. Aliás, a recuperação judicial se desenvolve processualmente, sendo que a Lei n. 11.101/2005 é marcada por seu conteúdo processual. Apesar disso, existem apenas estudos pontuais a respeito dos aspectos processuais da recuperação judicial, inexistindo uma preocupação em construir conhecimento de forma linear e coerente a respeito do tema.

A presente dissertação tem por objetivo tentar estabelecer uma primeira premissa para sistematização dos aspectos processuais da recuperação judicial: a definição da natureza do processo de recuperação. A hipótese a ser experimentada, portanto, se expressa na afirmação de que o processo de recuperação judicial envolve situações jurídicas coletivas e se resolve por meio de uma reorganização institucional estrutural, o que levaria à respectiva caracterização como processo coletivo estrutural. A partir dessa primeira premissa, e numa abordagem muito mais propositiva, será examinada a questão da legitimação para prática de atos no processo de recuperação, abordando-se ainda a participação ao longo do referido processo.

Para testar a hipótese, a dissertação partiu das diferentes acepções do termo recuperação judicial, de modo a demonstrar que o referido instituto é uma forma de resposta/tutela para crise empresarial e que tal modelo se desenvolve processualmente, ou seja, foi apontada a existência de um processo de recuperação judicial.

Num segundo momento, fez-se uma abordagem panorâmica a respeito dos principais tipos de interesse materiais passíveis de discussão no âmbito de um processo de recuperação judicial, apontando-se, inclusive, para a própria possibilidade de contraposição de interesses. Por outro lado, foram examinados os diferentes sujeitos processuais que atuam no processo de recuperação, o que se fez com enfoque na questão da parcialidade respectiva e na própria correlação entre a atuação processual e as situações jurídicas materiais em jogo.

Ainda nesse segundo momento, o trabalho passa por uma exposição das principais fases do processo de recuperação judicial, bem como por um exame da natureza jurídica de seu principal ato: o plano de recuperação judicial. No ponto, busca-se classificar o referido fato jurídico a partir da concepção da Teoria do Fato Jurídico tal como concebida por Pontes de Miranda e desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello.

O terceiro capítulo, por sua vez, é voltado à exposição de alguns conceitos necessários à compreensão do processo coletivo. O item tem início com a definição do que se entende por processo coletivo, passando ainda pelo estudo da noção clássica de situações jurídicas coletivas, bem como pelo exame da proposta de Edilson Vitorelli quanto à definição de uma tipologia dos litígios coletivos e utilização respectiva como elemento de estruturação de um processo coletivo adequado/devido. O capítulo busca ainda trazer algumas noções de legitimação coletiva e sua correlação com a questão do devido processo legal, examinando, já numa etapa final, a questão dos processos coletivos estruturais.

O quarto capítulo tem por objetivo conjugar as noções desenvolvidas ao longo do trabalho e enfrentar a hipótese propriamente dita. A abordagem, portanto, girou em torno do enquadramento do processo de recuperação judicial como uma espécie de processo coletivo, definindo-se, ainda, que o referido processo envolve a reforma de uma instituição (ainda que privada) e que, conseqüentemente, trata-se de um processo de natureza eminentemente estrutural.

Por fim, e invocando as noções de legitimidade coletiva *ad actum* em cotejo com a própria estrutura do processo de recuperação judicial, foram discutidas questões ligadas as situações de legitimação no processo de recuperação, bem como propostas para adequar o respectivo exercício e desenvolvimento ao devido processo legal. Foram examinadas ainda questões específicas envolvendo a participação dos afetados no procedimento recursão, bem como a desistência no processo de recuperação judicial.

1. O CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

O Código Civil brasileiro adotou a teoria da empresa tal como delineada no Código Civil italiano de 1942 sob a inspiração de Cesare Vivante². De acordo com tal concepção (prevista no art. 966, do CC), empresa é “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Logo, para caracterização da atividade e consequente atração do regime jurídico que lhe é peculiar deve haver: organização/articulação profissionalizada de meios materiais e de trabalho alheio, tudo isto com o objetivo de gerar riqueza³.

O modelo empresarial de produção está enraizado no estilo de vida da sociedade atual. É o exercício da empresa que viabiliza a produção de bens e serviços indispensáveis ao funcionamento da comunidade, gerando empregos, bem como receita para o Estado. Justamente por tais motivos, as repercussões de eventual crise econômico-financeira do empresário⁴ (e da empresa) atingem a sociedade como um todo. Trata-se, pois, de dificuldade que afeta não só o empresário, mas todos aqueles tocados direta ou indiretamente pelo exercício da atividade empresarial, inclusive o próprio Estado como arrecadador de tributos⁵.

Tais aspectos tornam a matéria socialmente relevante a ponto de justificar a respectiva regulamentação, inclusive com o estabelecimento de mecanismos jurídicos de superação da crise empresarial. Trata-se, é bom que se diga, de uma proteção imediata da atividade empresarial e

¹ De acordo com Fredie Didier, regime jurídico é um conjunto de enunciados normativos que estruturam o modo de ser de determinado instituto jurídico. (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 62).

² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 14-15.

³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p., p. 17.

⁴ De acordo com Rachel Sztain, “entende-se que há crise na empresa quando esta experimente constrangimento econômico financeiros que, incidindo sobre a capacidade de operar, possa levar à paralisação das atividades.” (SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 221).

⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 223-224.

mediata dos benefícios respectivos, não se estendendo – ao menos diretamente - ao empresário individualmente considerado⁶.

Apenas a empresa viável (socialmente interessante) pode ser alvo de mecanismos de superação da crise⁷. Nos casos em que a crise já se tornou aguda a ponto de impedir, em absoluto, a retomada da atividade, não há relevância social apta a justificar a aplicação de mecanismos jurídicos de preservação. Para tais casos, os diferentes ordenamentos jurídicos costumam estabelecer regimes jurídicos de liquidação rápida do patrimônio do empresário e mitigação dos nefastos efeitos decorrentes do fim da atividade empresarial (falência)⁸.

No Brasil, coube à Lei nº 11.101/2005 traçar a forma de atuação do Estado na recuperação de empresas, bem como no eventual encerramento e liquidação da atividade (falência). A aludida lei permite que o empresário peça a intervenção do Poder Judiciário para auxiliar na superação de tais entraves sistêmicos com a consequente preservação da atividade empresarial, bem como dos reflexos salutares por ela proporcionados (emprego, abastecimento, recolhimento de tributos e fomento à própria vitalidade da economia interna em geral).

O referido auxílio envolve a incidência e concretização de um regime jurídico processual e material próprio, que, dentre outras coisas, facilita a *negociação coletiva* do passivo e de medidas voltadas ao saneamento da atividade. Isto é, o ordenamento oferece um regime jurídico diferenciado com a possibilidade de reestruturação concentrada e negociada do passivo, o que evita que o devedor tenha de recorrer a cada um de seus credores para buscar em soluções atomizadas o fôlego necessário à superação dos entraves de liquidez enfrentados⁹.

⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

⁷ Como lembra Fábio Ulhoa Coelho, “algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 165).

⁸ De acordo com Rachel Sztajn, quando o patrimônio da sociedade for inferior ao passivo, o receituário da recuperação judicial já não seria aplicável, cabendo ao ordenamento jurídico regulamentar a forma de liquidação do passivo e ulterior rateio proporcional do respectivo resultado entre os credores. (SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 219)

⁹ “O instituto da recuperação judicial, normatizado pela Lei nº 11.101/2005 (LRF), tem por finalidade alcançar o soerguimento da empresa economicamente viável em situação de crise econômico-financeira passageira, por meio de um regime jurídico especial de benefícios e de um plano de reorganização da empresa.” (MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. Vol. 63., versão eletrônica, São Paulo: RT, jan., 2014)

Em termos práticos, a sistemática é basicamente a seguinte: (i) o devedor expõe em juízo a situação de crise, inclusive trazendo uma série de documentos específicos exigidos pela legislação; (ii) preenchidos os requisitos legais, o juízo defere o processamento da recuperação, atraindo assim uma série de efeitos materiais e processuais integrantes do chamado regime jurídico de recuperação de empresas; (iii) o juízo e seus auxiliares dimensionam e consolidam *processualmente* o passivo; (iv) o devedor apresenta plano de superação da crise que contemple formas de afastamento respectivo, inclusive com a reestruturação do passivo; (v) o plano é apresentado aos credores organizados em classes mais ou menos homogêneas¹⁰; (vi) o devedor e credores negociam *coletivamente* o plano com as classes; (vii) havendo aprovação coletiva do plano nas diferentes classes, o juízo avalia a regularidade formal e legalidade do plano e leva a efeito sua homologação, o que resulta na novação de todos os créditos; e, (viii) há a efetivação do plano com a fiscalização do juízo e de seus auxiliares.

Diante de tais premissas, é possível conceber o regime de recuperação judicial como *um regime jurídico voltado a encerrar a crise e preservar a empresa*; isto é, a lei estabelece uma série de efeitos jurídicos voltados a viabilizar no mundo dos fatos o reergimento da sociedade em crise e, conseqüentemente, o reestabelecimento da atividade empresarial (empresa) e benefícios econômicos e sociais daí resultantes.

A apresentação de pedido de recuperação judicial – e o ulterior deferimento do processamento respectivo - trazem uma série de conseqüências sobre as situações jurídicas de direito material e processual do empresário, bem como de todos aqueles que com ele mantenham relações em geral.

Tais conseqüências incidem sobre situações jurídicas dos mais diversos tipos. Sob a perspectiva penal, por exemplo, o processamento do pedido de recuperação atrai um regime jurídico punitivo diverso daquele comumente aplicado ao empresário, inclusive com fatos típicos específicos. Do ponto de vista tributário, por sua vez, a recuperação judicial (embora não afete diretamente a obrigação tributária) abre possibilidades de parcelamento inacessíveis aos demais empresários (art. 68, da Lei nº 11.101/2005); de mais a mais, e embora o crédito tributário não

¹⁰ Para críticas às classes de credores, conferir: SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Nº 138, p. 53-70, São Paulo: Malheiros, abr/jun. 2005.

seja diretamente afetado, o pedido de recuperação judicial desloca para o juízo concursal a competência para realização de penhoras (ainda que em execuções de natureza tributária).

Nessa mesma linha (de trazer meios para reestabelecimento da atividade), a lei estabelece que o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial leva à suspensão da exigibilidade dos créditos submetidos à recuperação pelo prazo de cento e oitenta dias (*stay period*); trata-se, pois, de ferramenta que visa impedir que a reestruturação da empresa seja inviabilizada pelo andamento de eventuais ações e execuções aforadas contra o devedor, garantindo-se, assim, o tempo necessário à criação negocial de meios normativos de soerguimento da sociedade.

O referido regime jurídico abarca ainda diversos incentivos para a concessão e obtenção de crédito por parte da sociedade em dificuldades, a saber: (i) os créditos concedidos durante a recuperação judicial serão considerados extraconcursais em caso de convação em falência (art. 84, V, da Lei nº 11.101/2005); (ii) créditos anteriores titularizados pelo chamado “credor financiador” terão privilégio especial em caso de liquidação da sociedade (falência); e, (iii) a venda de ativo no âmbito de plano de recuperação judicial pode afastar o regime habitual de fraude à execução e/ou fraude contra credores (isto é, uma mitigação às regras de responsabilidade patrimonial)¹¹.

Já numa perspectiva de proteção aos interesses dos credores, o referido regime jurídico material cria algumas limitações para a figura do devedor. Em certa medida, subtrai a própria disponibilidade respectiva sobre os bens que integram seu patrimônio; ou seja, a distribuição do pedido de recuperação judicial faz com que o devedor *não* possa alienar bens ou direitos do seu ativo permanente, salvo se houver evidente utilidade efetivamente reconhecida em juízo com prévia oitiva dos credores (ou de seus representantes). Percebe-se, pois, que o regime jurídico em questão desloca o patrimônio da sociedade para a esfera de interesses dos próprios credores e da coletividade em geral, que, no âmbito de um processo de recuperação judicial, podem apresentar insurgência contra eventual tentativa de alienação/dilapidação do patrimônio social¹².

¹¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 225.

¹² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 295.

Os efeitos traçados pelo referido regime jurídico são variados e não é objetivo do presente trabalho fazer uma análise exauriente de cada um deles, sendo que o exame acima possui pretensão meramente exemplificativa¹³.

No que importa às conclusões a que se pretende chegar, contudo, cabe chamar atenção para mais uma particularidade do regime em questão: observados certos limites, o processamento da recuperação judicial garante ao devedor a possibilidade de apresentar uma proposta de reestruturação de sua atividade (e de seus créditos) e negociar coletivamente a aludida proposição (e não individualmente com cada credor). O devedor apresenta uma proposta de reestruturação de sua atividade (inclusive de seus débitos) e tal proposta é negociada com órgãos representativos dos credores (classes). Assim, e embora os credores se submetam individualmente a eventual proposta aprovada, a negociação efetiva não envolve a participação individual do credor (que se limita a votar dentro dos órgãos criados para fim de análise da proposta).

Tal modelo tem uma razão de ser.

Como os credores possuem interesses potencialmente desalinhados (e não *necessariamente* comprometidos com a preservação da atividade empresarial), o regime passa a pressupor tal desalinhamento e, conseqüentemente, um custo elevadíssimo para obtenção do consenso. Justamente por isso, e como se reconhece na empresa viável um genuíno valor a ser protegido, o ordenamento institui órgãos de credores (participativos, mas como vontades tecnicamente segregáveis da de seus integrantes) com legitimidade para avaliar e aceitar proposições do devedor, inclusive eventualmente em desacordo com parte dos respectivos integrantes¹⁴.

Eventuais sacrifícios impostos aos credores dissidentes e/ou terceiros se justificam à luz do benefício decorrente do soerguimento da sociedade empresária, bem como pelo afastamento de prejuízo maior representado pela falência e encerramento da atividade. Além disso, a referida solução estaria procedimentalmente amparada/legitimada pela aprovação do plano em *procedimento* assemblear permeado por ampla transparência e possibilidade de debate plural e

¹³ Para melhor exame do tema, conferir: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática* na Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

¹⁴ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107

participativo¹⁵. Como se verá, o regime jurídico instituído para o plano de recuperação judicial é uma exceção à lógica da relatividade dos atos jurídicos, isto é, a recuperação judicial envolve o deslocamento da legitimidade negocial para órgãos compostos por credores; estes últimos, em certa medida, perdem a possibilidade de expressar a vontade individualmente fora dos órgãos que os representam¹⁶.

A aplicação do regime jurídico de recuperação judicial pressupõe um processo; isto é, os efeitos previstos em lei só têm início caso o devedor postule judicialmente a recuperação. Portanto, a aplicação do regime jurídico e incidência dos efeitos respectivos pressupõem um ato postulatório apresentado perante o Poder Judiciário, ao passo que o desenrolar da negociação com os credores e reestruturação da atividade se desenvolve processualmente. Logo, o regime jurídico em questão possui é integrado também por normas necessárias à sua própria aplicação.

1.2. O CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

1.2.1. Generalidades

O regime jurídico de recuperação judicial é o conjunto das normas que conferem os contornos dogmáticos da recuperação judicial no Brasil¹⁷. O referido regime, por sua vez, delinea aspectos de natureza material e processual do instituto, uma vez que a reestruturação da atividade e das diferentes relações jurídicas materiais a ela atreladas pressupõe que o devedor peça em juízo: (i) a mudança de seu estado jurídico e consequente aplicação de tal regime; e, (ii) as consequências jurídicas necessárias ao soerguimento da empresa, o que ocorre por meio da aprovação e homologação de plano de recuperação.

¹⁵ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Nº 138, São Paulo: Malheiros, abr/jun. 2005, p. 53-70..

¹⁶ “Enquanto o devedor manifesta ordinariamente sua vontade para formação do contrato que o plano de recuperação representa, só se poderia falar em típica manifestação de vontade dos credores se todos efetivamente declarassem sua intenção de aderir ao plano. Sem o apoio da legislação especial, o plano aprovado por unanimidade dos credores seria o único que satisfaria plenamente o princípio da relatividade das convenções, segundo o qual o contrato só vincula as partes contratantes – aquelas que se manifestaram validamente pela contratação” (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107)

¹⁷ Sobre o conceito de regime jurídico, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 62.

Logo, é possível pensar em duas faces conceituais jurídico-positivas de recuperação judicial: (i) uma de natureza material (pertencente à Ciência do Direito Empresarial) e (ii) outra de natureza processual (pertencente à Ciência do Direito Processual Civil)¹⁸. Trata-se, portanto, de instituto de natureza bifronte, eis que só aparece especificamente no processo, mas é integrado “por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material”, dizendo respeito à “própria vida dos sujeitos entre si e com os bens da vida”¹⁹. Ou seja, trata-se de instituto de direito material que se opera em juízo, demandando, portanto, um regramento de como proceder²⁰.

1.2.2. Da recuperação judicial em sentido material

Os arts. 58 e 59, da Lei nº 11.101/2005 estabelecem que, em havendo a aprovação (ou não impugnação) do plano de recuperação judicial e o atendimento às demais exigências legais, o juiz homologará a avença e “concederá a recuperação judicial”.

E o que exatamente se concede?

Como visto, o exercício da empresa está atrelado a um feixe vastíssimo de situações jurídicas materiais. Para desempenhar sua atividade, o empresário estabelece relações jurídicas de natureza civil, trabalhista, comercial, processual dentre outras. O regime jurídico de recuperação judicial, por sua vez, estabelece métodos de reestruturação das aludidas relações jurídicas com o fim precípua de preservar a atividade empresarial, prevendo, notadamente, um modelo particular de renegociação coletiva de créditos com potencial eficácia de novação creditícia (art. 59, §1º, da Lei nº 11.101/2005) e a própria fiscalização da execução do plano entabulado.

Ao homologar o plano e “conceder a recuperação judicial”, o Poder Judiciário chancela justamente o ato jurídico que planifica juridicamente a reestruturação da atividade por meio da renegociação de créditos e outras medidas – isto é, o objeto da negociação coletiva -, interferindo, assim, na esfera jurídica de todos aqueles que estão legalmente sujeitos ao referido instituto, inclusive o devedor.

¹⁸ Sobre o conceito de Ciência do Direito Processual, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 77-80.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 62.

²⁰ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 176

Em sentido material, portanto, a recuperação judicial é justamente o conjunto de efeitos materiais decorrentes do processamento e homologação de plano aprovado coletivamente (ou não objetado), resultando, inclusive: (i) em novas obrigações para o próprio devedor/empresário; (ii) vinculação de eventuais credores dissidentes “à decisão judicial respaldada na maioria dos credores”²¹; e, (iii) finalmente, mudança do estado jurídico do devedor, que passa a ser visto como sociedade empresária com recuperação judicial deferida, sujeitando-se, portanto, durante o prazo de dois anos, a uma fiscalização judicial do cumprimento das obrigações assumidas.

1.2.3. A recuperação judicial como processo

O termo processo pode ser compreendido ao menos de três formas diferentes (não excludentes entre si)²²: numa primeira perspectiva, tem-se o processo como uma espécie de ato jurídico complexo materializado no procedimento; isto é, um conjunto encadeado de atos condicionados sucessivamente e que resultam num ato final²³; por outro lado, é possível pensar o processo como método de produção de normas jurídicas, vale dizer, como uma forma de controle da expressão do poder, seja ele judicial, administrativo, legislativo e/ou negocial; por fim, é possível imaginar o processo como relação jurídica, isto é, um efeito jurídico. Nessa última perspectiva, o processo é visto como uma série de relações jurídicas sucessivas e imbricadas, podendo-se afirmar, por metonímia, que esse feixe de efeitos constitui uma única relação jurídica complexa (a relação jurídica processual)²⁴.

A recuperação judicial é também um processo.

Como já destacado, a aplicação do regime de recuperação judicial se desenvolve em juízo mediante uma sucessão de atos jurídicos que, juntos, dão forma a um ato complexo voltado aos seguintes fins: (i) verificação e habilitação dos débitos que consubstanciam a crise econômico-

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 246.

²² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 36.

²³ Para melhor compreensão do tema, conferir as seguintes obras: (i) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155; e, (ii) PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82-87.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 36-40. Conferir também: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 68-75.

financeira afirmada (art. 7º e ss. da Lei nº 11.101/2005); e, (ii) reestruturação da atividade empresarial por meio da criação e implementação de normas jurídicas entabuladas para afastar a crise econômico-financeira.

Logo, tem-se que o pedido de recuperação judicial (ato jurídico postulatório) dá origem a um complexo de relações jurídicas integradas por: juiz, devedor, credores, administrador judicial, órgãos representativos dos credores e outros auxiliares do juízo, admitindo-se ainda a participação dos credores no processo. Em outras palavras, o ato de postular a incidência do regime jurídico de recuperação judicial faz com que surjam novas relações entre os diferentes sujeitos, sendo certo que as referidas relações jurídicas não se confundem com os vínculos de direito material travados entre o devedor e os diversos sujeitos que orbitam ao seu redor.

A natureza do processo de recuperação, por sua vez, é de complexa delimitação.

Embora o plano de recuperação judicial (ato final) seja produzido por meio de negociação coletiva de situações jurídicas (ou seja, processo negocial²⁵), todo o processo é desenvolvido sob a fiscalização do juízo, de modo que, na etapa final, o Poder Judiciário avalia a regularidade das normas jurídicas ali formadas, bem como do processo negocial de formação do plano. Homologa, portanto, o resultado da atividade processual negocial.

Numa segunda vertente, tem-se que processo de recuperação judicial envolve o levantamento administrativo e judicial de todos os créditos submetidos aos respectivos efeitos (verificação e habilitação de créditos), ou seja, a formação do quadro de credores abarca atividade administrativa — desenvolvida perante o administrador judicial — e ulterior atividade jurisdicional de análise e resolução das dissidências quanto ao valor e natureza dos créditos. É certo, aliás, que essa definição dos créditos serve também à própria liquidação do plano posteriormente aprovado; isto porque, as normas obrigacionais de pagamento dos credores serão integradas a partir da definição do valor original dos créditos, o que cabe ao juiz numa segunda etapa da atividade de verificação de créditos.

Por fim, é importante destacar o seguinte: por diversas oportunidades, o Poder Judiciário é chamado a decidir incidentalmente sobre diversos aspectos da reestruturação da sociedade, concedendo, inclusive, provimentos voltados a manter viva a possibilidade de manutenção do resultado útil do processo. São exemplos disso: (i) a necessidade de autorização judicial para

²⁵ Sobre processos de natureza negocial, conferir: BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

venda de bem integrante do ativo permanente; (ii) provimentos voltados a suspender os protestos de títulos que consubstanciem créditos submetidos ao regime de recuperação judicial; (iii) discussão de cláusulas contratuais que tornem inócua a própria recuperação judicial, como a que estabelece a recuperação judicial como causa de resolução e/ou a que estabelece a chamada trava bancária — cessão fiduciária de recebíveis; e, (iv) pedidos de dispensa de certidões para fins de participação em processos licitatórios.

Há, portanto, um misto de atividade negocial, administrativa e judicial, sendo tais atividades voltadas ao fim de impor no mundo dos fatos a reestruturação da empresa e fim da crise econômico-financeira. Trata-se, portanto, de processo judicial de caráter nitidamente híbrido, eis que congrega jurisdição, negociação e atividade administrativa.

Em síntese, e lembrando que as diferentes concepções de processo *não* são excludentes entre si²⁶, é possível conceber a recuperação judicial como: (i) um complexo de atos sucessivos e concatenados voltados à produção de um ato final que viabilize a manutenção da atividade empresarial no mundo dos fatos; (ii) conjunto de relações jurídicas decorrente dos referidos atos processuais; e, (iii) meio de controle da formação de normas jurídica negociais e judiciais voltadas a impedir o fim de empresa em dificuldade econômico-financeira.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 40.

2. O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO: ABRANGÊNCIA E PRINCIPAIS ETAPAS

2.1. O ALCANCE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A TENSÃO ENTRE OS INTERESSES SUBMETIDOS AOS RESPECTIVOS EFEITOS

O resultado do processo de recuperação judicial alcança situações jurídicas de diversas naturezas e titularidades. Abarca, portanto, direitos e deveres de diversos titulares, inclusive de coletividades. Nesse sentido, e dentro da ideia de trazer os conceitos necessários à correta delimitação processual do instituto, cabe esboçar os limites dos possíveis efeitos respectivos, indicando, inclusive, possíveis tensões entre os direitos abarcados.

Em primeiro lugar, tem-se que o art. 47, da Lei nº 11.101/2005 estabelece a preservação da empresa como principal estado de coisas a ser tutelado. Tal tutela, por sua vez, tem por fundamento declarado os seguintes valores: empregos, recolhimento de tributos e manutenção do próprio modelo econômico de produção escolhido pelo Estado brasileiro (art. 170, da CF/1988). Trata-se, portanto, de opção legislativa direcionada à coletividade como um todo. Ao se voltar à tutela da empresa e aos valores subjacentes, o processo de recuperação processual interfere na esfera jurídica de um grupo composto por todos, isto é, o sucesso (ou não) da recuperação judicial determinará se as diferentes coletividades envolvidas continuarão a contar (ou não) com os benefícios advindos da atividade empresarial²⁷.

Não há que se confundir os interesses da coletividade com os direitos do titular da atividade empresarial. A empresa como unidade de produção não se confunde com o empresário, sendo certo que os interesses “da sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados pelo artigo 47 da Lei n. 11.101/2005²⁸”. A própria Lei nº 11.101/2005 prestigia a empresa em detrimento do empresário ao estimular/prever a alienação das chamadas “unidades produtivas

²⁷ “A empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo - o lucro -, promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final - de fato, não o é -, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de “externalidade positiva”) do exercício da sua atividade.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 73).

²⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

isoladas” como meio de recuperação da empresa; vende-se uma unidade que exerce a atividade com o fim precípua de: (i) preservação respectiva, ainda que sob a direção de outra sociedade; e, (ii) de prover o devedor dos meios para manter sua atividade remanescente.

Justamente por isso, a disponibilidade sobre a continuidade do processo de recuperação judicial sai da esfera de controle do empresário tão logo deferido o processamento da demanda; isto é, a eventual desistência da ação fica subordinada à aprovação da assembleia geral de credores (art. 52, §4º, Lei nº 11.101/2005).

Isso não quer dizer, contudo, que os direitos/interesses do devedor não sejam afetados e/ou considerados no processo de recuperação judicial. Embora a Lei nº 11.101/2005 pressuponha que, na maioria dos casos, os interesses do devedor estarão alinhados com a preservação da empresa, é possível conceber interesses específicos do devedor dissociados da manutenção da atividade e dos valores que lhe são subjacentes. É factível, por exemplo, que o devedor tente alienar bens em detrimento da atividade e, conseqüentemente, da coletividade. Tal aspecto não passou despercebido pela Lei nº 11.101/2005, que estabeleceu a seguinte limitação: o devedor apenas poderá alienar ativo imobilizado se for vislumbrada pelo juízo alguma utilidade sob o ponto de vista da preservação da atividade empresarial²⁹. Em regra, portanto, os interesses do devedor estarão alinhados com a preservação da empresa; porém, em não havendo alinhamento, o devedor suportará os efeitos da recuperação judicial e se submeterá aos respectivos objetivos.

Além das diferentes coletividades que orbitam em torno da empresa e do devedor, os credores também se submetem individualmente à recuperação judicial. Aliás, o art. 49, da Lei nº 11.101/2005 é expresso ao estabelecer a submissão dos credores na medida de seus créditos aos efeitos da recuperação judicial. Nesse sentido, e a exemplo do que ocorre com o devedor, os credores dão sua cota de sacrifício para o reestabelecimento da atividade empresarial³⁰.

²⁹ Sobre o tema, conferir: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 298.

³⁰ Sobre os diferentes sistemas e preferências e a opção brasileira, conferir Scalzilli, Spinelli e Tellecha: “Em um grupo de países, a preservação da empresa é eleita como objetivo principal do sistema (Estados Unidos e França). Em outro, a preservação é aceita, mas desde que maximize o retorno dos credores (Alemanha, Espanha e Portugal), motivo pelo qual está nas mãos deste a opção pela reorganização ou pela liquidação.”

“A legislação concursal brasileira (Lei 11.101/05) filia-se à primeira concepção, na medida em que elege como princípio cardeal a preservação da empresa, em atenção aos interesses de todas as classes que em torno dela gravitam. Entre nós, (assim como nos Estados Unidos e na França), as medidas recuperatórias preferem às liquidatórias sempre que se trate de empresa economicamente viável - sem que há estudos empíricos demonstrando a

Existem, por outro lado, credores excepcionados dos efeitos da recuperação (ao menos os típicos). É o caso dos credores tributários (art. 187, do CTN), dos credores com garantia fiduciária (art. 49, §3º, Lei nº 11.101/2005), dos promitentes vendedores de bem imóvel cujos compromissos contenham cláusula de irrevogabilidade/irretratabilidade (art. 49, §3º, Lei nº 11.101/2005), dos arrendadores mercantis, do crédito por adiantamento ao contrato de câmbio (art. 49, §4º, Lei nº 11.101/2005), bem como do proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Mesmo em tais casos a lei impõe algumas limitações às esferas jurídicas dos credores excepcionados. Durante o prazo de suspensão das ações e execuções, por exemplo, não haverá expropriação e/ou desapossamento dos bens de capital essenciais à empresa, ainda que para satisfação de créditos não submetidos. Portanto, mesmo os credores supostamente não submetidos aos efeitos típicos da recuperação — negociação coletiva e vinculação ao plano aprovado —, são apanhados por outros efeitos jurídicos voltados a propiciar a preservação da atividade.

Por fim, é possível pensar em terceiros (não credores) afetados por medidas deferidas incidentalmente ao longo da recuperação judicial. É o caso, por exemplo: (i) da dispensa de certidões prevista no art. 52, II, Lei nº 11.101/2005, que impõe a terceiros que se abstenham de afastar a recuperanda de contratações por força da ausência de certidões tributárias e negativa de protestos³¹; e, (ii) da declaração de ineficácia de eventual cláusula resolutiva que preveja a extinção do contrato em caso de recuperação³². Nesse ponto, aliás, os interesses dos fornecedores/contratantes são contrários aos dos credores em geral; isto porque, enquanto para estes é mais interessante que a sociedade tenha acesso aos bens e contratos necessários ao respectivo soerguimento, para os fornecedores pode ser mais interessante não conceder crédito à sociedade em recuperação judicial.

superioridade de um sistema capaz de equilibrar a proteção conferida às diferentes classes afetadas pela crise empresarial.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 69-70).

³¹ Sobre o tema, vale conferir a lição de Rachel Sztajn: “O inciso II dispensa a apresentação de certidões negativas que venham a ser solicitadas por terceiros fornecedores e contratantes em geral; a providência é interessante na medida em que, seguindo a lógica que também não demanda a apresentação de certidões para fins de análise do pedido, facilita operações negociais tendentes a manter a atividade da sociedade.” (SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 259.)

³² SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 292.

Em síntese conclusiva, é possível sustentar as seguintes premissas: (i) o processo de recuperação judicial envolve direitos e deveres das mais variadas naturezas e titularidades; (ii) por vezes e muito comumente, tais direitos estarão em rota de colisão entre si; e, (iii) o art. 47, da Lei nº 11.101/2005 estabeleceu como norte a prevalência da preservação da empresa como estado de coisas a ser preservado³³.

2.2. OS SUJEITOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2.2.1. Generalidades

A partir do conceito de processo anteriormente exposto, pode-se conceber o processo de recuperação judicial em duas perspectivas: (i) como o conjunto de atos jurídicos encadeados e direcionados à produção de um ato final voltado à reestruturação da empresa; e, (ii) como as relações jurídicas decorrentes da prática de tais atos.

Partindo das aludidas vertentes, é possível conceituar sujeito processual como todo aquele que, participando da cadeia de atos do processo, integra de algum modo as relações jurídicas processuais daí decorrentes (p. ex. auxiliares da justiça, membros do Ministério Público, advogados e peritos).

O objetivo do presente item é examinar os diferentes sujeitos processuais integrantes do processo de recuperação judicial, inclusive apontando sua posição processual e eventuais outras particularidades.

³³ “(...) recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social.” (COSTA, Daniel Carnio da. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 93.)

2.2.2. O devedor

Em regra³⁴, é o devedor/empresário que detém legitimidade para requerer a recuperação judicial³⁵ (ou para distribuir tal pedido como defesa em ação de falência). Assim, e embora haja quem defenda *de lege ferenda* a possibilidade de se garantir aos credores a mesma prerrogativa³⁶, tem-se que a Lei nº 11.101/2005 não permite que os demais interessados (credores, trabalhadores, órgãos governamentais e/ou os próprios sócios minoritários da sociedade empresária) deflagrem o referido processo³⁷.

É do devedor também a iniciativa de propor solução normativa voltada à superação da crise; isto é, para propor o plano de recuperação judicial (art. 53, da Lei nº 11.101/2005). Admite-se, contudo, que os credores apresentem propostas de alteração do plano, observando-se, entretanto, a necessária anuência do devedor e a impossibilidade de impor condições desfavoráveis unicamente aos credores que não comparecerem à assembleia em que tal alteração venha a ser votada (art. 56, §3º, da Lei nº 11.101/2005).

É possível afirmar, portanto, que o devedor atua no processo com parcialidade; isto é, defende determinado estado de coisas a ser alcançado ao final do processo: a preservação da empresa e, conseqüentemente, do respectivo patrimônio. Logo, e tendo em conta a concepção de parte como sujeito processual cuja principal característica é a parcialidade³⁸, tem-se que o devedor/empresário é parte principal (porque demandante) do processo de recuperação judicial.

³⁴ O art. 48, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005 traz hipóteses em que a legitimação para requerer recuperação judicial é atribuída a terceiros relacionados ao devedor: (i) sucessores, no caso de empresário individual; e, (ii) o sócio, quando os demais integrantes da sociedade não posam fazê-lo.

³⁵ Não é qualquer empresário que pode propor a recuperação judicial, devendo ser atendidos determinados requisitos. Para compreensão do tema, conferir, dentre outros: (i) SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 233-240; e, (ii) SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 224-227.

³⁶ “No entanto, *de lege ferenda*, a iniciativa de postular a recuperação judicial deveria também ser assegurada aos credores. De certo modo, é o quanto já ocorre nos casos em que os credores postulam a falência do devedor, que acaba forçado a distribuir em defesa pedido de recuperação judicial.” (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 6.)

³⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 226.

³⁸ Para Dinamarco, as partes “são sujeitos interessados da relação processual”; isto é, “estão ali sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 247).

2.2.3. Os credores

É possível, embora pouco factível, que a recuperação judicial tramite sem que haja a participação de credores; isto é, pode acontecer de os diferentes credores da recuperanda não discutirem os valores atribuídos aos seus créditos, deixando, por outro lado, de objetar o plano apresentado e/ou de discutir o cumprimento respectivo durante o prazo de dois anos. Nesse caso, o processo de recuperação terá tramitado sem que qualquer credor dele tenha participado.

Não é o que costuma a acontecer.

Em regra, os credores possuem atuação marcante e ostensiva no processo de recuperação judicial. Deflagram todo tipo de incidente, bem como recorrem de decisões judiciais. Cabe aos credores, por exemplo, dar início a incidentes de habilitação, divergência ou impugnação dos créditos contidos nas relações apresentadas pelo devedor e pelo administrador judicial (arts. 7º, §1º e 8º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005).

Além disso, os credores possuem legitimidade para apresentar objeção ao plano de recuperação judicial (art. 55, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), hipótese em que será convocada pelo juiz assembleia geral de credores justamente para deliberar sobre a aprovação respectiva (art. 56, *caput*, da Lei nº 11.101/2005). Na assembleia de credores, por sua vez, os credores têm a possibilidade de se manifestar e de votar (art. 39, da Lei nº 11.101/2005), contribuindo ativamente para a formação da vontade a ser expressada pelo aludido órgão.

Nesse sentido, o art. 59, §2º, da Lei nº 11.101/2005 diz textualmente que qualquer credor é parte legítima para recorrer da decisão concessiva da recuperação judicial, seja para alegar vícios de natureza formal (convocação irregular da assembleia geral) e/ou material (como a ausência dos requisitos concessivo da recuperação ou ilegalidade do plano)³⁹. Por tal motivo, a jurisprudência tem reconhecido aos credores legitimidade recursal genérica para questionar eventuais decisões proferidas incidentalmente no curso do processo de recuperação judicial (tais como a autorização de venda de ativos)⁴⁰.

³⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Seção IV: Do procedimento de recuperação judicial”. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 297.

⁴⁰ Conferir, p. ex: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 0168398-56.2013.8.26.0000, DJ 20 mar. 2014, DP: 24 mar. 2014. Disponível em: www.tjsp.jus.br, acesso em: 17/09/2017.

Assim, e embora haja quem afirme que o credor não é parte do processo de recuperação judicial⁴¹⁻⁴², tem-se claro que o desenho normativo e jurisprudencial imprimido à atuação respectiva aponta em sentido diverso. Quando ingressam no processo de recuperação, os credores têm por objetivo um determinado estado de coisas que lhes é favorável e/ou favorável à preservação da empresa (e, indiretamente, aos seus interesses); trata-se, portanto, de atuação tecnicamente parcial⁴³. Em outras palavras, a abertura de incidentes, interposição de recursos, voto na assembleia de credores consubstanciam padrão de agir tendente a direcionar o resultado processo num determinado sentido, o que faz com que se conclua pela parcialidade da atuação dos credores no processo em questão.

2.2.4. Do administrador judicial

O administrador judicial exerce papel relevante no processo de recuperação judicial. Trata-se de sujeito processual que acompanha o processo desde a decisão de admissão da demanda - momento em que é nomeado (art. 52, I, da Lei nº 11.101/2005) - até a etapa de cumprimento do plano de recuperação judicial; pode, inclusive, requerer a convocação da recuperação judicial em falência por força de eventual inadimplência de obrigações contidas no plano homologado (art. 22, II, “b”, da Lei nº 11.101/2005⁴⁴).

O referido sujeito processual é escolhido pelo magistrado entre profissionais idôneos, preferencialmente advogados, economistas ou administradores de empresas, sendo possível, ainda, a nomeação de sociedade empresária especializada, desde que com identificação do responsável técnico.

As atribuições básicas do administrador judicial no processo de recuperação judicial constam do art. 22, da Lei nº 11.101/2005. De acordo com o referido dispositivo, cabe ao

⁴¹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 259.

⁴² Nesse sentido, conferir: “os credores são interessados, que, embora participando do processo e atuando diretamente na aprovação do plano, não figuram como parte adversa, já que não há nem mesmo litígio propriamente dito”. (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp nº 1324399/SP, Rel. Min.: Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 03 mar. 2015, DP: 10 mar. 2015. Disponível em: www.stj.jus.br, acesso em: 10/09/2017).

⁴³ Sobre o conceito de parte, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 247.

⁴⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 162.

administrador: (i) encaminhar aos credores correspondência voltada a informar-lhes a respeito do processamento de pedido de recuperação judicial, inclusive indicando que o respectivo crédito foi elencado na relação apresentada pelo devedor (art. 22, I, a, Lei nº 11.101/2005); (ii) requisitar e fornecer informações de interesse dos credores, podendo inclusive requisitar ao juízo que especifique ordem neste sentido (art. 22, I, “b”, “c” e “d”, da Lei nº 11.101/2005); (iii) funcionar como julgador na etapa extrajudicial de definição do quadro de credores, apresentando, ao final, a sua relação de credores (art. 7º, §2º, da Lei nº 11.101/2005); (iv) consolidar o quadro geral de credores depois de ultrapassada a etapa judicial de verificação dos créditos (art. 18, *caput*, e 22, I, f, da Lei nº 11.101/2005); (v) caso haja objeção ao plano de recuperação, requerer ao juízo que convoque assembleia geral de credores (art. 22, I, “g”, da Lei nº 11.101/2005); (vi) fiscalizar o devedor e o cumprimento do plano, inclusive apresentando relatórios mensais das atividades respectivas e relatório final sobre a execução do plano (art. 22, II, “a”, “c” e “d”, da Lei nº 11.101/2005); e, (vi) finalmente, acompanhar o cumprimento do plano durante o prazo de dois anos (art. 22, II, “b”, da Lei nº 11.101/2005).

Cabe ao administrador, ainda, o importante papel de presidência da assembleia de credores, inclusive tomando as decisões necessárias ao respectivo andamento (art. 37, *caput*, da Lei nº 11.101/2005) – no que está submetido ao controle posterior do juízo da recuperação judicial.

Além das atribuições básicas elencadas no art. 22, da Lei nº 11.101/2005 e demais dispositivos, cabe também ao administrador judicial, extraordinariamente: (i) exercer as funções do comitê de credores caso este não seja formado (art. 28, *caput*, da Lei nº 11.101/2005); (ii) desempatar eventuais deliberações do comitê de credores; (iii) em caso de destituição do administrador da sociedade, exercer a administração propriamente dita até que seja convocada assembleia geral para nomeação de gestor judicial (art. 65, §1º, da Lei nº 11.101/2005);

O exame das principais atribuições do administrador judicial leva à seguinte conclusão: em regra, o referido sujeito processual exerce função de auxiliar do juízo; isto é, age em colaboração com o órgão judicial para tornar possível a prestação jurisdicional no âmbito do processo de recuperação, inclusive municiando os demais sujeitos processuais das informações necessárias à condução das respectivas atuações; por esse motivo, a doutrina costuma afirmar que

o administrador judicial é órgão auxiliar do juízo⁴⁵. De fato, boa parte das atribuições do administrador podem ser enquadradas naquilo que a doutrina clássica convencionou considerar como funções dos auxiliares da justiça, que é a participação “na movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional.”⁴⁶

Contudo, a atuação do administrador judicial vai além disso.

Na perspectiva da fase extrajudicial de verificação de créditos, cabe ao administrador judicial decidir sobre eventuais pleitos de habilitação e divergência de créditos relacionados pelo devedor quando da apresentação do pedido (art. 7º, §1º, da Lei nº 11.101/2005). Ademais, é atribuição do administrador presidir a assembleia geral de credores, decidindo os incidentes ocorridos no curso do aludido ato colegiado. Nesse particular, portanto, o administrador judicial exerce função decisória, e não de mero auxiliar do juízo, ainda que sob ulterior controle do juízo.

Há situações em que o administrador judicial atua de maneira parcial; isto é, manifesta-se em favor de um determinado estado de coisas favorável aos credores e/ou aos demais sujeitos de direito afetados pela recuperação judicial. É o caso, por exemplo: (i) da formulação do pedido de falência por descumprimento ao plano de recuperação (art. 22, II, “b”, da Lei nº 11.101/2005); (ii) da atuação respectiva como substituto do comitê de credores (art. 28, da Lei nº 11.101/2005); e, (iii) da legitimidade para propositura de ação voltada a pedir a exclusão, retificação ou reclassificação de crédito lançado no quadro geral de credores consolidado após a etapa judicial de verificação dos créditos (art. 19, *caput*, da Lei nº 11.101/2005).

2.2.5. Do comitê de credores

O comitê de credores é um órgão colegiado voltado a garantir à coletividade dos credores uma atuação mais efetiva e próxima ao processo de recuperação judicial. Funciona, pois, como verdadeiro órgão representativo dos credores.

Como o processo de recuperação judicial geralmente possui grande complexidade, sendo que na maioria dos casos é difícil para a esmagadora maioria dos credores se fazer presente, o

⁴⁵ Neste sentido, conferir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 108-109; e, SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 157-158.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 218.

legislador acabou por estabelecer um órgão capaz de acompanhar o feito de maneira representativa⁴⁷.

O comitê de credores não necessariamente será constituído; ou seja, sua criação é facultativa, dependendo da assembleia de credores. Em verdade, sua constituição depende de: (i) deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia geral de credores convocada para outro fim (art. 26, *caput*, da Lei nº 11.101/2005); ou, (ii) requerimento de credores que representem a maior parte dos créditos de uma das classes, hipótese em que será convocada a assembleia geral para deliberar sobre o tema.

A composição respectiva, por sua vez, envolve um representante de cada classe de credores, sendo certo, contudo, que a falta de indicação de representante por qualquer das classes não prejudicará a constituição do comitê (art. 26, §1º, da Lei nº 11.101/2005). Os integrantes do comitê não precisam necessariamente ser credores da recuperanda, sendo possível, por exemplo, a indicação de advogados de determinados credores, observando-se, contudo, a representação das classes⁴⁸.

As funções do comitê são eminentemente fiscalizatórias. Cabe ao comitê fiscalizar as atividades da recuperanda, comunicar ao juízo caso detecte prejuízo aos interesses de credores, bem como fiscalizar a administração do plano de recuperação judicial.

Há também uma atuação consultiva do comitê. É possível citar, por exemplo, a prévia oitiva respectiva caso se pretenda alienar bem integrante do ativo permanente da recuperanda, bem como a necessidade de intimação respectiva para falar sobre impugnações aos créditos⁴⁹.

Mas não para por aí.

O comitê de credores tem legitimidade para atuar na fase de verificação e habilitação de créditos, podendo: (i) apresentar impugnação à relação de credores apresentada pelo administrador judicial (art. 8º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005); e, (ii) ajuizar ação pelo rito comum voltada a pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito lançado no quadro final de credores (art. 19, *caput* da Lei nº 11.101/2005). Logo, e embora seja um ente despersonalizado, pode-se afirmar que o comitê de credores possui capacidade judiciária.

⁴⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 175.

⁴⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 175.

⁴⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 176-177.

O comitê de credores atua com parcialidade no processo de recuperação, de modo que seu funcionamento e participação no feito têm por objetivo garantir um estado de coisas que preserve os direitos e interesses da generalidade credores. Trata-se, portanto, de ente que atua em favor da massa de credore.

2.2.6. Da assembleia geral de credores⁵⁰

Além do administrador judicial e do comitê de credores, há no sistema processual de recuperação judicial a figura da assembleia geral de credores. Trata-se de órgão integrado pela totalidade dos credores submetidos à recuperação e que tem por finalidade a resolução dos assuntos de maior importância no processo, notadamente o exame e votação do plano de recuperação judicial.

É importante *não* confundir a assembleia de credores com os credores em si. Embora o referido órgão seja potencialmente composto pela totalidade dos credores submetidos à recuperação, a vontade respectiva não se confunde com a de seus integrantes. O regime instituído pela Lei nº 11.101/2005 faz com que as deliberações estejam submetidas ao princípio majoritário, — isto é, determinado credor pode ter sua esfera de direitos alterada sem que concorra com sua vontade.

A assembleia é composta de quatro classes de credores (art. 41, da Lei nº 11.101/2005), a saber: (i) credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; (iii) titulares de créditos quirografários; e, (iv) titulares de créditos enquadrados como pertencentes a microempresa ou empresa de pequeno porte. É dentro das aludidas classes que a vontade assemblear se forma, observando-se, naturalmente, os quóruns e formas de votação instituídos na Lei nº 11.101/2005.

Além da votação do plano, cabe à assembleia (i) a instalação do comitê de credores; (ii) a análise de eventual desistência da recuperação judicial cujo processamento já tenha sido deferido; (iii) a nomeação de gestor judicial em caso de afastamento do devedor da gestão da empresa; e, (iv) eventuais outras matérias de interesse dos credores (norma de fechamento).

⁵⁰ O presente tópico é destinado a avaliar a assembleia geral como sujeito do processo de recuperação. O exame do procedimento de formação da vontade na assembleia será examinado mais adiante.

As aludidas atribuições possuem evidente reflexo sobre a esfera jurídica de todos aqueles que estão diretamente submetidos aos efeitos da recuperação judicial, inclusive a coletividade beneficiária da preservação da atividade e diferentes polos de interesses também afetados. Como visto, é a assembleia de credores que negocia com o devedor a aprovação do plano de recuperação judicial e o conseqüente sucesso (ou não) do processo de recuperação. Tal deliberação, por sua vez, interfere diretamente na esfera de direitos da coletividade como um todo (já que a preservação da empresa depende da aprovação), dos empregados (mesmo que não sejam credores), dos fornecedores em geral e, mais diretamente, dos credores em si (cujos créditos serão novados pelo plano). Logo, e considerando que a assembleia não é a titular das situações jurídicas afetadas, é possível afirmar que o referido órgão atua com verdadeira legitimidade extraordinária negocial⁵¹; ou seja, pode transigir sobre direito alheio.

Por fim, é possível acrescentar que – na perspectiva da coletividade dos credores – a atuação da assembleia é parcial, na medida em que faz contraposição à atuação do devedor na negociação do plano de recuperação judicial; essa, aliás, é a razão de ser do art. 43, da Lei nº 11.101/2005, que elenca hipóteses em que o comprometimento de determinados credores com os interesses do devedor cria um conflito de interesses que os impede de concorrer para a formação da vontade coletiva.

2.2.7. O Ministério Público

Numa visão clássica, afirma-se que a atuação do Ministério Público no processo civil possui dois formatos diferentes: (i) como parte, responsabilizando-se pela defesa em juízo de situação jurídica individual ou coletiva (ainda que não como parte originária); e, (ii) como fiscal da ordem jurídica, atuando para qualificar o processo por meio de manifestações desvinculadas da busca por proteção de determinadas situações jurídicas específicas (ou seja, de modo imparcial)⁵²⁻⁵³.

⁵¹ Sobre o conceito processual de legitimação extraordinária (utilizado aqui em sentido material), conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*. nº 404. p. 9-21. São Paulo: RT, jun., 1969.

⁵² De acordo com Dinamarco: sua “missão é fiscalizar e participar com o objetivo de que o resultado final do processo seja compatível com os preceitos do direito objetivo e, por esse modo, fiel aos valores éticos, políticos, sociais e econômicos tutelados nas normas que o compõem. Daí a sua imparcialidade diante do conflito em si mesmo e dos sujeitos conflitantes, porque o objetivo dessa intervenção é a prevalência de valores e não, diretamente ou em

Contudo, há situações em que o Ministério Público atua como parte e é chamado a opinar como *custos iuris*, é o caso, por exemplo, do opinativo emitido em recurso decorrente de ação civil pública ajuizada pelo próprio *parquet*. Nestes casos, por força da diferença entre as funções, há quem defenda a necessidade de atuação de dois membros do Ministério Público: enquanto um se responsabilizaria por atuar como parte, o outro funcionaria como fiscal da ordem jurídica⁵⁴⁻⁵⁵.

No entanto, e como lembra Gregório Assagra, à luz do art. 127, da CF/1988, a defesa da ordem jurídica é uma diretriz que “abrange a defesa da Constituição, dos princípios constitucionais, dos direitos *coletivos amplamente considerados* e dos direitos individuais indisponíveis e das garantias e regras a eles inerentes⁵⁶”; ou seja, não se pode conceber uma atuação como *custos iuris* que desconsidere os interesses que o Ministério Público se comprometeu a proteger (eventualmente, como parte), nem tampouco uma atuação como parte desvinculada da ordem jurídica objetiva. Nesse sentido, a diferenciação entre as formas de atuação – parte ou *custos iuris* – existe, mas não pode impor qualquer tipo de desrespeito às funções institucionais do Ministério Público.

O Ministério Público possui papel ativo no processo de recuperação judicial.

primeiro plano, a outorga de tutela jurisdicional a um daqueles.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 430)

⁵³ Há, contudo, um movimento de revisão desta função de mero emissor de pareceres. Para Robson Renault Godinho, por exemplo, “é necessária uma postura mais ativa também na função de interveniente, com efetiva participação na instrução do processo, na fase de saneamento e com a formulação de pedido de antecipação dos efeitos da tutela provisória.” GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 72.

⁵⁴ “Há quem entenda que, sendo proposta a ação por membro do Ministério Público, dispensada é a sua intervenção. Para um dos autores deste *Curso* (Fredie Didier Jr.) não parece correta a solução, pois são duas funções distintas, que devem ser exercidas por órgãos distintos do Ministério Público; ninguém pode atuar, com imparcialidade, como fiscal de si próprio. No sentido contrário, para o autor (Hermes Zaneti Jr.) não há necessidade, de regra, na dupla intervenção; defende que a unidade e a indivisibilidade na atuação do Ministério Público determinam que nas causas em que atua como agente sua atuação deva ocorrer como agente até o desiderato do processo, respeitada a independência funcional.” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 398.

⁵⁵ Também nesse sentido, mas tratando da relação entre promotores de justiça e procuradores de justiça, cf.: “(...) a atuação dos Procuradores de Justiça especializados junto ao Tribunal convive harmonicamente com as atribuições dos Promotores de Justiça que atuam como postulantes perante aquele mesmo órgão jurisdicional.” (...) “Em suma, tudo aquilo que se referir ao desdobramento da atribuição para recorrer de decisão proferida em primeiro grau está inserido no plexo de atribuições dos Promotores de Justiça.” (DIDIER JR. Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no novo CPC. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 24-25)

⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. “O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no Novo CPC para o Brasil”. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 165-167.

De acordo com a Lei nº 11.101/2005, suas atribuições envolvem o seguinte: (i) apresentar impugnação judicial à relação de credores apresentada pelo administrador judicial (art. 8º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005); (ii) ajuizar ações voltadas a excluir, retificar ou reclassificar créditos lançados na relação final de credores (homologada pelo juízo) nos casos de falsidade, dolo simulação, fraude, erro essencial ou de descoberta de documento novo (art. 19, *caput*, da Lei nº 11.101/2005); (iii) requerer a destituição do administrador judicial ou de membros do Comitê de credores (art. 30, §2º, da Lei nº 11.101/2005); (iv) emitir opinativo quando à decisão de processamento da recuperação judicial (art. 52, *caput*, V, da Lei nº 11.101/2005); e, (v) recorrer contra a decisão concessiva de recuperação judicial (art. 59, §2º, da Lei nº 11.101/2005).

Por outro lado, a aplicação do art. 178, *caput*, III, do CPC impõe a intervenção do Ministério Público em hipóteses não previstas expressamente da lei, isto à luz do inequívoco interesse social contido no processo de recuperação judicial⁵⁷. São exemplos disso: (i) intervenção para apontar eventuais ilegalidades no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia, evitando-se, assim, o manejo de recurso contra eventual decisão homologatória (art. 59, §2º, da Lei nº 11.101/2005); (ii) manifestação sobre eventual proposta de venda de bens e direitos do ativo permanente da recuperanda⁵⁸; e (iii) manifestação sobre eventuais recursos manejados contra a decisão concessiva da recuperação judicial, inclusive para funcionar como verdadeiro assistente litisconsorcial do recorrente (considerando a situação de colegitimidade decorrente do art. 59, §2º, da Lei nº 11.101/2005).

Contudo, vale destacar que o art. 4º, da redação original da Lei nº 11.101/2005 continha disposição genérica voltada a prever a atuação do Ministério Público durante todo o processo de recuperação judicial, bem como que o referido dispositivo foi vetado sob a justificativa de que as hipóteses típicas seriam suficientes. Tal fato acabou por se refletir na jurisprudência do Superior

⁵⁷ “Se, por um lado, existe a possibilidade de o *Parquet* intervir no processo sempre que houver interesse público envolvido — na medida em que sua atuação como *custus legis* prescinde de expressa previsão legal na LREF, porque inerente às suas funções institucionais (CF, art. 127; CPC/1973, art. 82; novo CPC, art. 178) —, por outro, o STJ já consolidou posição no sentido de que na vigência da atual lei concursal, a intervenção do Ministério Público ficou restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 131).

⁵⁸ Aplica-se aqui por analogia o quanto disposto no art. 143, da Lei nº 11.101/2005, que prevê a participação do Ministério Público na venda de bens da massa falida.

Tribunal de Justiça, que vai no sentido de restringir a atuação do Ministério Público apenas às hipóteses típicas⁵⁹.

Tal posicionamento não parece ser adequado. Isto porque a recuperação judicial envolve diversas situações jurídicas abarcadas pela norma do art. 127, da Constituição Federal, o que, naturalmente, impõe a atuação do Ministério Público sempre que elas estiverem em discussão; aliás, as próprias razões de veto ao art. 4º, da Lei nº 11.101/2005, contraditoriamente, fizeram constar expressamente isso:

Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.

Logo, tem-se pela possibilidade de intervenção atípica do Ministério Público ao longo de todo o processo de recuperação judicial desde que haja “interesse público” na forma instituída pelo Código de Processo Civil.

Por fim, cabe caracterizar a atuação do Ministério Público no processo de recuperação judicial. Conforme visto anteriormente, a atuação parcial do Ministério Público não é incompatível com o desempenho da função de *custos iuris*, sendo possível e desejável uma certa sobreposição decorrente do próprio feixe de atribuições contido no art. 127, da Constituição Federal.

Nesse sentido, e partindo também da própria pluralidade de hipóteses de funcionamento do Ministério Público no processo de recuperação, é possível defender que a atuação do referido órgão se dará nas duas vertentes, como fiscal da ordem jurídica e como parte, isto é, haverá momentos em que ele simplesmente opinará quanto ao respeito ao ordenamento jurídico, ao passo que em outras, atuará parcialmente na defesa de situações jurídicas cuja defesa esteja abarcada por sua atuação funcional.

⁵⁹ Nesse sentido, conferir: Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp nº 1230431/SP, Rel. Min.: Nancy Andrighi, DJ 18 out. 2011, DP: 18 nov. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 set. 2017.

2.2.8. O juiz

O art. 139, do CPC, é expresso ao estabelecer que a direção do processo cabe ao juiz. É importante destacar, contudo, que tal posição não torna o magistrado a principal figura do processo nem tampouco lhe garante qualquer tipo de ascendência hierárquica em relação aos demais sujeitos processuais. Excetuado o momento de decisão – em que o magistrado exerce assimetricamente a função que lhe é reservada⁶⁰ – há verdadeira simetria/divisão de esforços na condução do processo, cabendo ao juiz observar o quanto disposto no art. 6º, do CPC e cooperar com as partes para que se alcance o melhor resultado possível⁶¹.

Vige no Brasil, portanto, o modelo cooperativo de gestão e condução do processo⁶², cujas premissas são: (i) inclusão do juízo no diálogo processual por meio do redimensionamento do contraditório e conseqüente possibilidade real de influência das partes na decisão; (ii) condução simétrica do feito; (iii) comportamento dos sujeitos processuais em conformidade com a boa-fé objetiva; e, (iv) respeito ao auto regramento da vontade (art. 190, do CPC)⁶³.

Na recuperação judicial a simetria entre o juízo e demais sujeitos é ainda maior. Em primeiro lugar, tem-se que o processo de recuperação judicial não se encerra com um ato de heterocomposição, cabendo aos sujeitos processuais alcançar — sob a chancela e acompanhamento do Estado-juiz — uma solução negociada para a crise⁶⁴. Ao juiz, portanto, cabe

⁶⁰ “O juiz tem seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114)

⁶¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Capítulo I – Dos Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 248.

⁶² Sobre o tema, conferir: (i) DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. nº 198, p. 213, São Paulo: RT, ago., 2011; (ii) DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010; (iii) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011; (iv) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017; (v) GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-195; e, (vi) ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 141-147.

⁶⁴ “O processo de recuperação judicial, com efeito, é, por um lado, marcado por certo grau de autonomia e discricionariedade das partes, o que se mostra – para citar apenas alguns exemplos – pelas circunstâncias de que a sua propositura é uma faculdade do devedor (Lei nº 11.101/2005, art. 48) e de que são os credores que aprovam o plano de recuperação (arts. 35, I, “a”, e 56) proposto pelo devedor (art. 53); o que inclusive já levou a se dizer que,

apenas: (i) avaliar se o devedor preencheu os pressupostos necessários ao processamento do pedido de recuperação judicial⁶⁵; (ii) solucionar questões incidentais, tais como a certificação dos créditos e/ou conceder provimentos voltados a viabilizar o resultado útil do processo; (iii) avaliar a legalidade do procedimento de negociação coletiva da dívida, zelando (inclusive com provimentos decisórios) para que não se subverta o processo negocial estabelecido em lei; (iv) juntamente com o administrador judicial e com o comitê de credores, fiscalizar a administração do devedor e zelar para que o patrimônio da empresa não seja desviado; e (v) avaliar se a composição alcançada entre a assembleia de credores e o devedor atende à legalidade, bem como se o devedor reúne as condições formais para concessão da recuperação judicial (art. 58 e 59, da Lei nº 11.101/2005)⁶⁶.

Portanto, tem-se a atuação do juiz na recuperação judicial é muito mais próxima à dos demais sujeitos processuais do que na generalidade dos processos, valendo salientar que a principal decisão é de natureza negocial; isto é, cabe à assembleia de credores deliberar sobre a aceitação ou não da proposta do devedor, e não ao juiz que exerce apenas as funções acima indicadas.

As demais atividades do processo de recuperação judicial — certificação de créditos, fiscalização do devedor e construção do ambiente para reestruturação da atividade — são exercidas pelos diferentes sujeitos processuais em verdadeira comunidade de trabalho, cabendo ao juiz apenas a decisão final quanto à certificação de créditos e/ou a prolação de provimentos decisórios voltados a afastar os efeitos de eventuais situações anômalas que venham a impedir o

na aprovação do plano, desenvolve-se uma “nova relação negocial” entre devedor e credores”. (WARDE JR., Wafrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Discricionariiedade da assembleia geral de credores e poderes do juiz na apreciação do plano de recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 491-492).

⁶⁵ “Ressalvo que o controle judicial do mérito do plano será, pois, possível, mas desde que o credor ou credores apontem, a tempo e hora, eventual fraude ou conluio, ou, ainda, outro vício grave, que tenha o condão de comprometer a deliberação assemblear. Não se admite, contudo, que o credor insatisfeito se insurja *tout court* contra a vontade da maioria.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. *Revista de processo*. nº 242 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, abr., 2015.)

⁶⁶ Há fortes discussões sobre o limite da atuação do juiz na análise do plano de recuperação judicial, havendo quem entenda: (i) que ao juiz não é dada qualquer margem de análise alheia à legalidade estrita, sendo-lhe reservado um papel meramente homologatório da decisão da assembleia de credores e consequente respeito à liberdade contratual; e, (ii) que o juiz também examinar também a viabilidade econômica do plano. Para exame do tema, inclusive com referências jurisprudenciais, conferir: WARDE JR., Wafrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Discricionariiedade da assembleia geral de credores e poderes do juiz na apreciação do plano de recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 491-500.

sucesso do processo e/ou a negociação, tal como a gestão temerária da empresa pelo devedor ou suspensão abusiva de fornecimento por credor, dentre outras situações.

2.3. AS PRINCIPAIS FASES/ATOS DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL⁶⁷

2.3.1. Do pedido de recuperação judicial

O processo de recuperação judicial inicia-se com a fase postulatória, que vai desde o ajuizamento da ação até o momento em que o juízo determina o processamento do pedido, isto é, a decisão que tem por admissível o feito e certifica a presença dos requisitos para que o devedor passe a ostentar o estado de sociedade “em recuperação”.

O ajuizamento da ação se dá com o pedido de recuperação judicial, que é veiculado numa petição inicial apresentada pelo devedor. Tal ato, por sua vez, deve atender aos requisitos instituídos pelo art. 319, do CPC. Deve haver, por exemplo, a exposição da situação de crise (causa de pedir), bem como a dedução de pedido de processamento e concessão da recuperação judicial. Ademais, há que se indicar o juízo competente, bem como o valor da causa, que corresponde ao passivo dimensionado pelo devedor⁶⁸.

Contudo, os requisitos instituídos pelo CPC devem ser aplicados com os temperamentos impostos pelo regime processual da Lei nº 11.101/2005. Nesse sentido, e como lembram Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, é importante levar em consideração que o pedido em questão é voltado a viabilizar uma negociação coletiva com os órgãos representativos dos credores, e não à obtenção de uma sentença direcionada a solucionar a crise, logo, é inócua eventual exposição

⁶⁷ A abordagem se restringirá ao módulo principal do processo de recuperação, não abarcando a fase de verificação de créditos e incidentes.

Sobre a divisão do processo de recuperação judicial, conferir: “O procedimento ordinário da ação de recuperação judicial pode ser claramente dividido em três fases distintas:

(i) fase do processamento – período compreendido entre a distribuição da petição inicial e a prolação da decisão interlocutória que determina o seu processamento – LRF, arts. 51 e 52;

(ii) fase do plano – momento destinado à deliberação do plano de recuperação apresentado até a sua eventual homologação e prolação da sentença de concessão da recuperação judicial – LRF, art. 58;

(iii) fase de cumprimento – por meio da qual é realizado o acompanhamento do cumprimento do plano de recuperação aprovado e homologado em juízo até a prolação da sentença de encerramento do processo – LRF, art. 63.” (VASCONCELOS, Ronaldo. Impactos do novo Código de Processo Civil na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis nº 11.101/05 e 13.015/15. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor (Coord.). *Repercussões do novo CPC: legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 9, p. 288.)

⁶⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 266.

alongada da situação de crise e/ou apresentação de requerimento de produção de provas, eis que o núcleo do “mérito” do pedido e a viabilidade da empresa serão avaliados pela assembleia geral de credores, e não pelo juízo⁶⁹.

Por outro lado, a Lei nº 11.101/2005 impõe que a devedora traga uma série de elementos/informações empresariais relevantes (*disclosure statement*) e documentos que possibilitem aos credores deliberar de maneira informada a respeito da viabilidade da empresa e do plano apresentado⁷⁰. Abre-se, por exemplo, a escrituração contábil da sociedade – que fica à disposição do juízo (art. 51, §1º, da Lei nº 11.101/2005), bem como o resultado e o balanço patrimonial respectivo. No ponto, o art. 51, II, da Lei nº 11.101/2005 exige as seguintes demonstrações contábeis: (i) balanço patrimonial; (ii) demonstração de resultados acumulados; (iii) demonstração de resultado exercício antecedente; e, (iv) relatório gerencial de fluxo de caixa e sua projeção.

Por fim, devem ser anexados à petição inicial os seguintes documentos: (i) relação nominal de credores, inclusive aqueles de obrigação de fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro, indicando-se a classificação respectiva, o valor atualizado do crédito, o vencimento contratado e registro contábil (art. 52, III, da Lei nº 11.101/2005); (ii) relação dos empregados da recuperanda, inclusive com o indicativo das respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas devidas (art. 51, IV, da Lei nº 11.101/2005); (iii) certidão de regularidade junto ao Registro de Comércio, bem como os atos de nomeação/constituição dos administradores (art. 51, V, da Lei nº 11.101/2005); (iv) relação dos bens particulares dos sócios e administradores, viabilizando-se, assim, que sejam controlados eventuais desvios ao longo da recuperação (art. 51, VI, da Lei nº 11.101/2005); (v) extrato atualizado das contas bancárias do devedor, inclusive de suas eventuais aplicações financeiras (art. 51, VII, da Lei nº 11.101/2005); (vi) certidões dos cartórios de protestos de títulos dos locais em que existirem estabelecimentos do devedor (art. 51, VIII, da Lei nº 11.101/2005); e, (vii) relatório indicativo de todas as ações em que o devedor figure como parte (art. 51, IX, da Lei nº 11.101/2005).

⁶⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86.

⁷⁰ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 92.

2.3.2. Da decisão de processamento da recuperação

Apresentada a petição inicial, cabe ao juiz avaliar se processa ou não o pedido de recuperação judicial, proferindo, se for o caso, a decisão de processamento da recuperação judicial. Tal análise diz respeito apenas ao atendimento dos requisitos de admissibilidade do pedido, inexistindo, pois, qualquer exame de mérito propriamente dito. Em havendo juízo positivo de admissibilidade da demanda, há mudança do estado jurídico do devedor e consequente início do processo de recuperação judicial.

Além de avaliar a admissibilidade do pedido, a decisão de processamento da recuperação envolve diversos outros temas relevantes, tais como: (i) nomeação do administrador judicial; (ii) ordem de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra o devedor; (iii) ordem geral de abstenção quanto à exigência de certidões para exercício da atividade do devedor, excetuando-se apenas as contratações com o Poder Público e incentivos tributários; (iv) ordem de apresentação pelo devedor de contas mensais demonstrativas enquanto durar a recuperação judicial; e, (v) ordem de cientificação do Ministério Público e da Fazenda Pública (federal, estadual e municipal), bem como da Junta Comercial para fins de conferir publicidade à mudança de estado jurídico do devedor (que passa a estar submetido ao regime jurídico da recuperação).

O referido momento processual também é marcado pelo exame de outras matérias não indicadas expressamente do no art. 52, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, tais como: (i) regularidade de eventual litisconsórcio pretendido; (ii) a competência do juízo ao qual foi direcionada a postulação; e, (iii) o exame de eventuais provimentos de urgência requeridos pela requerente.

Nota-se, pois que a decisão de processamento da recuperação é interlocutória eis que, sem encerrar uma etapa do processo, *decide* sobre a presença (ou ausência) dos requisitos para dar início à recuperação judicial e outras matérias, viabilizando, destarte, a formação do processo, bem como a consequente irradiação dos efeitos típicos do referido instituto.

Embora não haja regramento a respeito da legitimidade para impugnar a decisão de processamento da recuperação judicial, admite-se que todo e qualquer credor submetido aos efeitos da recuperação recorra da decisão; ademais, admite-se também o manejo de recurso por parte do Ministério Público.

De acordo com o art. 52, da Lei nº 11.101/2005, a constatação de que o devedor atende aos requisitos subjetivos do art. 48, da Lei nº 11.101/2005 e de que petição inicial fora instruída

de acordo com o art. 51, da Lei nº 11.101/2005 impõe o processamento da recuperação judicial; ou seja, trata-se de análise meramente formal, não cabendo ao juízo avaliar a viabilidade econômica da recuperação em si (análise que cabe à assembleia de credores)⁷¹. É possível, contudo, que o juízo conte com a ajuda de perito para fazer a análise da documentação apresentada pela devedora, isto é, para verificar se as formalidades inerentes à elaboração dos documentos foram devidamente atendidas⁷².

2.3.3. Da apresentação de proposta de plano de recuperação pelo devedor

Com a publicação da decisão de processamento do pedido de recuperação judicial, abre-se em favor do devedor um prazo de sessenta dias para apresentação da proposta de plano de recuperação judicial. A não observância de tal prazo é hipótese de convalidação do processo de recuperação em falência.

No Brasil, incumbe ao devedor apresentar o plano de recuperação judicial (art. 53, da Lei nº 11.101/2005). É possível, contudo, que os credores apresentem propostas de alteração no curso da assembleia geral de credores (art. 56, §3º, da Lei nº 11.101/2005). Entretanto, e como já destacado acima, há de haver concordância do credor, ao passo que a alteração da proposta não pode resultar em restrição de direitos exclusivamente titularizados por credores ausentes.

A proposta apresentada pelo devedor deve conter os seguintes elementos: (i) discriminação dos meios de recuperação de que se valerá o devedor; (ii) demonstração da viabilidade econômica; e, (iii) laudo econômico financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor. Os elementos em questão “permitem que se reduza assimetria de informações entre a empresa devedora e os seus credores”, tudo de modo a viabilizar uma adequada deliberação pelos credores a respeito da aprovação, rejeição ou modificação do plano⁷³.

⁷¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 114.

⁷² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 114-115.

⁷³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 227.

2.3.4. Da fase de votação do plano de recuperação

No âmbito externo, a assembleia de credores constitui órgão organizado para atuar em prol do interesse comum da generalidade de credores⁷⁴. Trata-se da principal instância deliberativa da recuperação judicial, eis que decide sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial.

Porém, a expressão da vontade coletiva depende de um procedimento jurídico específico expressamente definido na Lei nº 11.101/2005⁷⁵, não se confundindo com a média das opiniões dos integrantes da coletividade de credores. É o referido procedimento que serve de objeto ao presente ponto; isto é, a assembleia geral será avaliada como procedimento de formação da vontade coletiva.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que a assembleia geral de credores é órgão de funcionamento facultativo na recuperação judicial. Embora o referido órgão se instale em praticamente todos os processos de recuperação, é abstratamente viável que o plano de recuperação judicial seja aprovado sem assembleia. O art. 56, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que a assembleia *apenas* será convocada caso haja objeção de algum credor ao plano⁷⁶, sendo certo que o art. 58 da mesma lei institui que ele seguirá para homologação judicial caso não haja irresignação formalizada nos autos dentro do prazo fixado. Ou seja, a lei vê na não apresentação de objeções a aceitação/aprovação do plano de recuperação pelos credores.

Caso haja objeção ao plano, deve o administrador judicial requerer ao juiz a convocação da assembleia (art. 22, I, g, da Lei nº 11.101/2005); o juiz, por sua vez, convocará a assembleia geral de credores e determinará que o edital de convocação seja publicado no órgão oficial e em

⁷⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Seção IV: Da Assembleia-Geral de Credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188.

⁷⁵ “Mas, como bem observa Wiedemann, enquanto no indivíduo a formação e expressão da vontade – a decisão (*Entschluss*) de praticar um ato jurídico – obedecem a um processo de natureza *psicológica*, nos grupos a formação e expressão da vontade coletiva – a deliberação (*Beschluss*) – obedecem a um processo de natureza *jurídica*. Exatamente por isso não pode ser considerada expressão da vontade coletiva, consoante esclarece exemplarmente Bulhões Pedreira, em lição plenamente aplicável à hipótese de uma comunhão de credores, o resultado de eventual pesquisa de opinião que se fizesse junto aos sócios de determinada sociedade acerca de assunto sobre o qual se irá deliberar (...)” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. “Seção IV: Da Assembleia-Geral de Credores”. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188.)

⁷⁶ A objeção é o ato por meio do qual qualquer credor exprime a sua desconformidade em relação aos termos do plano de recuperação judicial. A causa de pedir respectiva é livre, isto é, o credor pode afirmar que o plano foge aos limites definidos em lei e/ou trazer argumentos de natureza eminentemente econômica.

jornais de grande circulação (art. 36, da Lei nº 11.101/2005). Com isso, busca-se dar ampla publicidade à realização do ato, viabilizando que os credores se organizem e compareçam ao conclave.

A assembleia geral de credores é integrada por diferentes instâncias deliberativas: as chamadas classes de credores. De acordo com o art. 40, da Lei nº 11.101/2005, são classes integrantes da assembleia geral: (i) os titulares de créditos advindos da legislação trabalhista (ou fruto de acidentes de trabalho); (ii) os titulares de créditos com garantias reais; (iii) os titulares de créditos quirografários; e, (iv) os titulares de créditos que se enquadrem como microempresa ou empresa de pequeno porte. As instâncias deliberativas, por sua vez, são integradas pelos credores submetidos ao processo de recuperação judicial. Ou seja, para participar da assembleia geral, basta ostentar a condição de credor submetido aos efeitos da recuperação e do plano apresentado, apresentando-se, na data e hora designados, com toda a documentação de representação^{77 e 78}.

Na data, hora e local definidos no ato de convocação, a assembleia de credores se reunirá sob a presidência do administrador judicial, que, por sua vez, designará um dos credores para secretariar o conclave (art. 39, da Lei nº 11.101/2005). O *quórum* mínimo para *instalação* em primeira convocação é de credores cujos créditos somados totalizem mais da metade do valor de cada classe; em não se atingindo o referido *quórum*, a assembleia se instalará em segunda convocação com qualquer número de credores presentes (observando-se o prazo de cinco dias entre as convocações).

Para aprovação do plano de recuperação judicial, por sua vez, há que se observar os *quóruns* indicados no art. 45, da Lei nº 11.101/2005; vale dizer, o plano deverá ser aprovado em todas as classes, sendo certo que, no interior de cada uma das referidas instâncias, será observado o seguinte: (i) nas classes dos credores trabalhistas e credores enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte, a proposta de plano deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes (independentemente do valor do crédito); e (ii) nas classes integradas por credores quirografários e com garantia real, a proposta deverá ser aprovada por credores que

⁷⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 203

⁷⁸ Contudo, o art. 43, da Lei nº 11.101/2005 estabelece situações em que o credor submetido à recuperação judicial não poderá participar da assembleia. Tratam-se, pois, de situações em que os credores presumivelmente poderiam se alinhar aos interesses do devedor (conflito de interesses), repercutindo negativamente na formação de uma vontade convergente ao melhor interesse da generalidade de credores. É o caso, por exemplo, do credor que simultaneamente seja acionista relevante do devedor ou parente do administrador.

representem a maioria simples dos créditos titularizados pelos presentes e, cumulativamente, pela maioria dos credores presentes⁷⁹. Caso não haja aprovação do plano, o caminho a ser adotado é a falência.

Alternativamente, contudo, o art. 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano de recuperação cuja aprovação não tenha atingido os quóruns do art. 45, da Lei nº 11.101/2005, mas respeite os seguintes requisitos cumulativos: (i) tenha recebido o voto favorável de credores que representem mais da metade de todos os créditos presentes à assembleia (independentemente de classes); (ii) tenha sido aprovado pela maioria das classes presentes à assembleia, ao passo que, na(s) classe(s) em que houve a rejeição, conte com o voto de um terço dos credores; e (iii) não trate de maneira diferenciada entre os credores integrantes da classe em que houve rejeição. Trata-se, pois, da chamada concessão por *cram down*, que visa evitar que o posicionamento individual de determinada classe de credores prejudique o conjunto geral dos envolvidos no processo de recuperação⁸⁰.

A assembleia é soberana para deliberar sobre a aceitação ou rejeição do plano de recuperação⁸¹. Assim, e conquanto a eficácia do plano fique subordinada ao pronunciamento do juízo quanto ao respeito ao procedimento instituído e à legalidade das condições entabuladas⁸², só o referido órgão pode avaliar a conveniência e oportunidade de aceitar (ou não) a proposta, examinando inclusive sua viabilidade econômico-financeira.

Ao magistrado, por sua vez, cabe apenas o exercício de juízo de regularidade do procedimento assemblear (verificar se os requisitos procedimentais foram observados), bem como o controle de eventuais cláusulas cujo objeto seja ilícito⁸³ (p. ex., cláusulas que definam o

⁷⁹ “A rigor, LREF pretendeu estabelecer um sistema de votação equilibrado e balanceado, buscando evitar que credores mais representativos - em razão da quantidade de créditos - dominem irrestritamente a assembleia em uma votação feita exclusivamente pelo valor dos créditos, e que credores pouco representativos do ponto de vista econômico, mas numericamente relevantes, dominem em uma votação realizada unicamente por cabeça.” SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 214.

⁸⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 291-292.

⁸¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 264.

⁸² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 92.

⁸³ Nesse sentido, conferir o Enunciado de nº 44, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.”

pagamento de créditos trabalhistas em desconformidade com o prazo máximo estipulado no art. 54, da Lei nº 11.101/2005); ou seja, não há que se falar em controle judicial da viabilidade econômica do plano de recuperação⁸⁴.

2.3.5. O plano de recuperação judicial

O processo de recuperação judicial foi dimensionado para satisfazer da melhor maneira possível os interesses de diversos sujeitos e grupos que orbitam em torno da empresa. A um só tempo, busca-se preservar a atividade empresarial não se descuidando dos direitos da coletividade de empregados, bem como de eventuais outros grupos envolvidos. Por fim, deve ser viabilizada a efetivação dos créditos existentes⁸⁵.

A realização de tal missão, por sua vez, está vinculada a um conjunto organizado de bens (*common pool of assets*), que, a princípio, seria dilapidado caso todos os credores partissem para a satisfação individual de suas situações jurídicas. Nesse sentido, a recuperação judicial parte da premissa de que o conjunto organizado de bens e direitos do devedor, enquanto afetado a uma atividade produtiva, possui valor agregado superior àquele que se alcançaria com uma venda segregada do ativo. Com base em tal ponto de partida, busca-se por meio do processo uma atuação cooperativa/negociada de todos os envolvidos, o que se faz com o objetivo de alcançar um denominador comum vantajoso para todos⁸⁶.

É justamente aí que se insere o plano de recuperação judicial. Por meio da referida avença os envolvidos estabelecem verdadeira barganha coletiva voltada a realizar, da melhor maneira

⁸⁴ Esse é o teor do Enunciado de nº 46, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”

⁸⁵ “A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou no longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores.” (COSTA, Daniel Carnio da. “Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos”. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 87-112)

⁸⁶ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 230.

possível, os interesses que orbitam em torno da empresa, evitando-se, assim, a concretização dos efeitos nefastos de eventual encerramento respectivo⁸⁷.

O plano consiste em um projeto em que estão previstas operações ou meios destinados a debelar a crise da empresa. É a proposta apresentada pelo devedor aos credores relativamente a como a empresa pretende se reorganizar para superar a crise⁸⁸.

Desse modo, o plano deve indicar o passo a passo da reestruturação: as propostas negociais de equacionamento da crise e de composição paralela dos diferentes interesses em jogo. A ideia aqui é que o devedor e os credores negociem num ambiente procedimental os meios que levarão à acomodação dos diferentes interesses, inclusive com a preservação da empresa. Logo, tem-se que a crise deverá ser enfrentada por meio de composição direcionada pelo Poder Judiciário.

O art. 50, da Lei nº 11.101/2005 estabelece os diferentes meios de que se podem valer os envolvidos para afastamento da crise. De acordo com respectivo teor, pode o plano estipular novos prazos e condições para pagamento das obrigações (art. 50, I, da Lei nº 11.101/2005), propor cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, bem como a cessão de quotas ou ações (art. 50, II, da Lei nº 11.101/2005); pode ainda substituir os administradores da sociedade (art. 50, IV, da Lei nº 11.101/2005), admitir que os credores nomeiem administradores com poder de veto (art. 50, V, da Lei nº 11.101/2005), aumentar o capital social da sociedade, alienar unidade produtiva isolada com afastamento geral da responsabilidade patrimonial, além de outros meios típicos e atípicos. O rol do art. 50, da Lei nº 11.101/2005 é extenso e não é taxativo, sendo possível a estipulação de meios atípicos de recuperação da empresa.

Entretanto, a liberdade de negociação encontra alguns limites. O plano não pode afastar normas cogentes; aliás, o próprio art. 50, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que a escolha de meios observará o quanto previsto na “legislação pertinente”. Não é possível, por exemplo, que o plano resulte: (i) em concentração de mercado que viole legislação concorrencial; (ii) em reestruturação das relações trabalhistas que afaste o conteúdo mínimo do contrato de trabalho;

⁸⁷ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 231.

⁸⁸ SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 302.

(iii) em livre venda de bens da sociedade não especificados no próprio plano; e, (iv) em pagamento do crédito trabalhista em prazo superior a um ano. Inclusive, a própria Lei nº 11.101/2005 traz alguns limites materiais específicos, afastando, por exemplo, a eficácia da supressão ou substituição de garantia real caso o(s) respectivo(s) titular(es) não anuam.

Por outro lado, e de acordo com o art. 41, da Lei nº 11.101/2005, não é possível tratar os credores de maneira desigual sem razão plausível; por isso, o plano deverá tratar os credores por classe e se abster de dispensar tratamento individualizado sem que haja justificativa para tanto. Quando muito, o plano poderá estabelecer diferentes núcleos de homogeneidade dentro de cada classe e dispensar tratamento desigual entre eles⁸⁹, o que, aliás, encontra suporte no enunciado 57, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal⁹⁰. Nesse sentido, pode-se pensar em estabelecer tratamento mais benéfico aos créditos quirografários de menor monta, fixando-se alíquotas progressivas de deságio voltadas a fazer com que os titulares dos créditos de valor mais elevado contribuam mais com o soerguimento da empresa.

2.3.6. A decisão homologatória do plano de recuperação

A aprovação do plano faz com que o processo siga para análise do juiz, que avaliará se homologará o plano de recuperação judicial e concederá a recuperação judicial. Nessa etapa, o juízo examina se foi observado o procedimento de deliberação instituído em lei, bem como se as cláusulas do plano não afrontam norma cogente⁹¹.

Quanto ao primeiro aspecto (exame do procedimento assemblear), deve o juiz atentar para a regularidade e lisura do processo jurídico de formação da vontade coletiva; quer dizer, verificar se os votos foram devidamente computados, bem como se houve alguma interferência indevida no curso da assembleia. Desse modo, o Estado-juiz exerce o papel de supervisionar a

⁸⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 243.

⁹⁰ “O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.”

⁹¹ Nesse sentido, conferir o Enunciado 44, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.”

manifestação coletiva de vontade⁹², impedindo que um plano aprovado irregularmente ingresse eficazmente no mundo jurídico.

No ponto, inclusive, é interessante observar o seguinte: ao exercer a atividade acima referida (de fiscalização do procedimento), o juiz decide sobre a regularidade do processo negocial conduzido dentro da assembleia de credores, o que, por sua vez, ocorre no âmbito mais amplo de um processo jurisdicional. Na prática, portanto, haverá um juízo de admissibilidade da manifestação de vontade coletiva, sendo de rigor que o juízo examine a efetiva observância das normas de convocação e publicização do conclave, bem como o atendimento dos *quóruns* de instalação/deliberação e o efetivo respeito aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral⁹³.

Caso se verifique que a formação de vontade se deu num processo negocial regular, passa o juiz a examinar a legalidade do objeto da decisão; em outras palavras, faz-se uma análise da correspondência entre o que foi decidido negocialmente e as normas jurídicas de observância obrigatória. É bom que se diga que esse juízo não alcança a conveniência/oportunidade da negociação, quer dizer, a viabilidade econômica do plano e sua própria utilidade aos credores. Deve o juízo se ater, contudo, à legalidade do conteúdo do plano, examinando, por exemplo, se os meios de reestruturação da atividade não atentam contra a disposições consumeristas e/ou societárias⁹⁴.

Caso o juiz constate que foi observado o procedimento de formação da vontade do grupo⁹⁵, bem como que as diferentes disposições do plano de recuperação não violam norma jurídica cogente, deve proferir decisão homologatória do plano de recuperação judicial e concessiva da recuperação judicial.

⁹² SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 326.

⁹³ SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 327.

⁹⁴ Os limites de tal juízo são de complexa delimitação, não sendo raro identificar julgados que – sob a justificativa de exame de realidade – promovem verdadeiro reexame da deliberação da assembleia. Para melhor compreensão do tema, conferir: NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do Judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; ABRÃO, Carlos Henrique; BENETI, Sidnei (Coord.). *10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91-118.

⁹⁵ “Enquanto no indivíduo a formação da vontade (decisão de praticar um ato) obedece a um processo de natureza psicológica, nos grupos a formação de vontade (deliberação) e a sua manifestação, mais complexas, obedecem a um processo de natureza jurídica.” FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Seção IV: Da Assembleia-Geral de Credores. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

A referida decisão tem natureza eminentemente constitutiva. Isto porque torna o plano homólogo a um título judicial, alterando a respectiva natureza⁹⁶, ao passo que, numa segunda perspectiva, concede ao exercente da empresa um novo *status* jurídico: o de devedor com recuperação judicial deferida (sujeito a regime jurídico próprio). Trata-se de decisão que altera a situação jurídica do devedor, bem como de todos os indivíduos e coletividades que possuem relação com a recuperanda⁹⁷.

2.4. O PLANO DE RECUPERAÇÃO NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

2.4.1. Do conceito de fato jurídico na Teoria Geral do Direito

Embora a preocupação em conceituar fato jurídico seja algo muito caro aos civilistas, não se pode ignorar que o assunto não se restringe aos limites do Direito Civil. Trata-se de conceito cuja enunciação é lógico-jurídica, servindo à própria compreensão do fenômeno jurídico como um todo. Logo, e como lembra Pedro Henrique Nogueira⁹⁸, a conceituação em questão pertence à

⁹⁶“Homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, menos do que ser o mesmo. A homologação pode ser simples julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma, ou sobre simples autenticidade. A escala vai da simples resolução com apreciação dos requisitos exteriores até a homologação que desce ao exame dos pressupostos de fundo.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 481).

Sobre a atividade de homologação, conferir ainda: DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Morte da parte. Renúncia ao direito afirmado. Impossibilidade. Ausência de representação. Ato praticado por advogado sem poderes. Decisão homologatória. Ação rescisória. *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 45.

⁹⁷“*Constitutiva* é a decisão que certifica e efetiva direito potestativo. Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. São exemplos de direitos potestativos: (i) o de rever as cláusulas de um contrato ou de rever o valor da prestação alimentícia (altera relação jurídica); (ii) o de instituir servidão ou de adotar alguém (cria relação jurídica); (iii) o de rescindir um contrato ou de anulá-lo, ou ainda o direito de pedir o divórcio (extingue relação jurídica)”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2, p. 477.)

⁹⁸NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

Teoria Geral do Direito⁹⁹, tratando-se de noção que serve ao repertório de todos os segmentos da Ciência do Direito¹⁰⁰.

O que se pretende no presente tópico é indicar o conceito de fato jurídico que se tem por adequado/operacional para o Direito como um todo, a fim de que, a partir de tal premissa, seja possível passar a uma classificação dos fatos jurídicos e, finalmente, à adequada alocação do plano de recuperação judicial na Teoria do Fato Jurídico, o que se faz à luz da importância central que o referido ato tem no processo de recuperação judicial.

De acordo com o que ensina Marcos Bernardes de Mello — seguido no ponto por Pedro Henrique Nogueira¹⁰¹ —, as primeiras tentativas de definir o fato jurídico tinham por pedra de toque o plano da eficácia; para tal concepção, seriam fatos jurídicos aqueles que interferem de algum modo no mundo jurídico, seja criando, extinguindo ou modificando situações jurídicas¹⁰². Contudo, tais definições pecam por lançar luzes apenas sobre o aspecto funcional do fato jurídico; isto porque, embora os fatos jurídicos sejam concebidos efetivamente para produzir efeitos, em certas ocasiões não os geram, o que não pode levar a qualquer tipo de desnaturação. Em outras palavras, a classificação funcional — feita a partir da irradiação de efeitos jurídicos — esbarra nos problemas inerentes a toda e qualquer definição da causa a partir da respectiva consequência¹⁰³.

No Brasil, coube a Pontes de Miranda a correção de tal equívoco e consequente fixação de outro conceito de fato jurídico. De acordo com a lição do referido autor (fortemente difundida e sistematizada por Marcos Bernardes de Mello), o fato jurídico é o fato ou conjunto de fatos sobre o qual incide a norma jurídica, e que é *potencialmente* gerador de eficácia jurídica¹⁰⁴, ou melhor: a norma jurídica estabelece determinada hipótese de incidência/suporte

⁹⁹Como lembra Fredie Didier Jr: “À Teoria Geral do Direito cabe fornecer o repertório de conceitos indispensáveis à compreensão da estrutura normativa do Direito, onde quer que ele ocorra. O seu objeto é, como se vê, a formulação de conceitos lógicos-jurídicos.” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 55)

¹⁰⁰Valendo-se de tal noção no Direito Administrativo, ver: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Ato Administrativo e sua Estrutura: do ato-fato ao ato norma*. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico - Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰¹NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 26-27.

¹⁰²MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106

¹⁰³MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106-107.

¹⁰⁴MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

(*fattispecie/Tatbestand*)¹⁰⁵, ao passo que, quando tal desenho normativo se amolda a algo que ocorre no mundo dos fatos da vida (suporte fático concreto), há a incidência¹⁰⁶ e consequente configuração de um fato jurídico. O fato jurídico, por sua vez, *pode* ou não produzir efeitos¹⁰⁷.

2.4.2. Das diferentes espécies de fato jurídicos lícitos¹⁰⁸

2.4.2.1. Generalidades

Como visto, é a previsão num suporte fático hipotético que torna um determinado fato jurídico. Assim, e até por uma questão de coerência, tem-se que o elemento a ser utilizado na identificação das diferentes espécies de fatos jurídicos é justamente o conteúdo daquilo que os faz juridicamente relevantes. Por essa via, a classificação deve basear-se “no elemento cerne do suporte fático, considerado este em sua forma abstratamente definida na norma jurídica”¹⁰⁹.

Num primeiro cotejo entre as hipóteses normativas abstratas possíveis e os fatos da vida, é possível conceber um primeiro fator de catalogação: a conformidade ou desconformidade com o

¹⁰⁵No ponto, vale transcrever parcialmente a lição de Marcos Bernardes de Mello a respeito das duas conotações da expressão suporte fático:

“(a)Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica, se dá o nome de *suporte fático hipotético* ou *abstrato*, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á sua incidência.”

“(b)Ao suporte fático quando já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se *suporte fático concreto*”.

(MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.)

¹⁰⁶ A nota característica do conceito em questão é justamente a incidência de norma. É a previsão na estrutura hipotética da norma que leva à identificação do fato na vida e, conseqüentemente, à incidência normativa, tida como fato determinante para a caracterização do fato jurídico.

¹⁰⁷ Não há que se confundir o fato jurídico com o suporte fático abstrato e/ou com o fato simples anterior a incidência. Conforme lembra Pontes de Miranda ao discorrer sobre o negócio jurídico (no que se aplica a todos as demais espécies de fato jurídico: Negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium*, após a entrada dêsse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fôsse o suporte fático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes facticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis. Quando A joga, ou aposta, as manifestações de vontade, que fazem o suporte fático do negócio jurídico de jôgo, ou de aposta, não são nulas: nulidade "de fatos" não teria sentido. Nulo é o negócio jurídico de jôgo, se é, por exemplo, proibido, sem se lhe vedar a entrada no mundo jurídico." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55-56)

¹⁰⁸ A ilicitude não será tratada neste trabalho.

¹⁰⁹MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.

direito objetivo. Nesse primeiro momento, avalia-se se o fato tido por juridicamente relevante é querido ou não pela ordem jurídica: (i) em caso negativo, há ilicitude; (ii) em caso positivo, há fato lícito¹¹⁰.

É possível ir além e aprofundar o exame dos diferentes suportes fáticos hipotéticos para segregar os fatos jurídicos lícitos em novas espécies; no ponto, a segregação segue o seguinte caminho: (i) avaliar se há ou não a conduta humana no cerne da hipótese; (ii) em havendo conduta humana hipoteticamente prevista, verificar se o suporte prevê a vontade como dado relevante, melhor dizendo, se a vontade de agir é determinante na juridicização ou não do fato; (iii) em se tratando de suporte fático abstrato que confere relevo ao caráter voluntário da postura humana, o exame passa a pairar sobre a própria vontade, de modo a avaliar se ela se direciona simplesmente à prática do ato ou se vai além, escolhendo ainda a categoria jurídica a ser concretizada e os efeitos a serem produzidos¹¹¹.

2.4.2.2. *Do fato jurídico em sentido estrito*

A primeira grande subdivisão entre as diferentes espécies de fatos jurídicos tem por critério diferenciador a presença (ou não) de ato humano no suporte fático abstrato. Sempre que a norma traçar uma hipótese de incidência que não contenha uma ação humana — e sim um simples fato da natureza —, a incidência resultará em um fato jurídico em sentido estrito¹¹². É o caso, por exemplo, da morte, bem como de eventos naturais como terremotos, enchentes, tempestades dentre outros.

A essa altura, é importante lembrar que eventuais elementos alheios ao suporte fático abstrato são irrelevantes à caracterização como fato jurídico *stricto sensu*. Para efeito de suspensão do processo civil, por exemplo, é absolutamente irrelevante se a morte de uma das partes resultou de homicídio ou de causas naturais: em uma ou em outra hipótese se estará diante de fato jurídico em sentido estrito.

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-114

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 117-119

¹¹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127-129.

2.4.2.3. *Do ato-fato jurídico*

A ausência de conduta humana no suporte fático abstrato é a característica marcante dos fatos jurídicos em sentido estrito. Contudo, é possível que a norma jurídica vá além e traga em sua hipótese de incidência algum tipo de ação ou omissão humana. Se a norma trazer a ação humana em sua estrutura e não conferir qualquer relevo à vontade, estar-se-á diante de um ato-fato jurídico¹¹³.

Diferentemente do que ocorre com os fatos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há ação humana, aqui o agir humano integra o próprio cerne do suporte fático abstrato; contudo, “a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir¹¹⁴”. O ato de adimplir custas processuais, por exemplo, é um ato-fato jurídico, uma vez que há ação humana consubstanciada no desembolso de valores, porém, a vontade de adimplir não é relevante para que o suporte fático seja preenchido¹¹⁵. De igual modo, a descoberta de um tesouro por um absolutamente incapaz leva à aquisição da propriedade sem que para isso importe a expressão da vontade em praticar tal ato. Também são exemplos de ato-fato jurídico a prescrição, decadência e preclusão temporal, eis que nos respectivos suportes fáticos abstratos há uma omissão humana, porém, a vontade omissiva é completamente irrelevante para o preenchimento do suporte fático¹¹⁶.

Em arremate, é importante diferenciar o ato-fato jurídico do fato jurídico resultante de conduta humana (como a morte resultante de homicídio). No ato-fato jurídico, a conduta humana está no suporte fático, porém, a vontade de agir (ou de se omitir) não integra o suporte fático, já no fato jurídico resultante de conduta humana, o suporte fático apenas contém o fato natural, sendo irrelevante juridicamente se a morte resultou de um agir humano.

¹¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.130.

¹¹⁵ BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência”. *Revista de Processo*. nº 148., p. 293-320, São Paulo: RT, jun., 2007.

¹¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130-131.

2.4.2.4. Do ato jurídico em sentido lato

Se o suporte fático abstrato de uma determinada norma jurídica contém ato humano praticado com exteriorização consciente de vontade e que tenha por objetivo obter um resultado juridicamente protegido/possível, o preenchimento de tal hipótese dará lugar a um ato jurídico em sentido lato¹¹⁷.

Só a vontade efetivamente *exteriorizada* pode preencher a hipótese abstrata de tal modalidade de ato jurídico, de modo que a reserva mental não se presta a tal fim. Por outro lado, é importante que a expressão de vontade seja consciente; vale dizer, que haja a vontade de se expressar. Se um determinado indivíduo inconscientemente pratica um gesto que pode ser interpretado como manifestação de vontade voltada à conclusão de um ato jurídico (por exemplo, tem um mal-estar súbito e se senta em uma assembleia em que o ato de sentar é tido como voto), o ato jurídico deve ser tido por inexistente, eis que não há manifestação de vontade consciente¹¹⁸ e¹¹⁹.

Por fim, é importante esclarecer que os atos jurídicos em sentido lato são de duas espécies, bem como que o enquadramento numa ou noutra espécie depende da abertura ou não do suporte fático abstrato à escolha da categoria jurídica, estruturação e intensidade dos efeitos respectivos. Quando *não* houver possibilidade de escolha da categoria jurídica a ser praticada, bem como dos efeitos jurídicos vindouros, estar-se-á diante de um ato jurídico em sentido estrito. Caso o suporte fático abstrato deixe para a vontade o regramento de questões como produção e intensidade de efeitos e categoria jurídica, estar-se-á diante de um negócio jurídico¹²⁰.

¹¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 142.

¹¹⁹ Contudo, e como adverte Marcos Bernardes de Mello, não é possível confundir a questão da consciência da vontade com o problema da expressão consciente da vontade calcada em premissas fáticas equivocadas (o erro). Enquanto a inconsciência leva ao não preenchimento do suporte fático abstrato e conseqüente inexistência do ato jurídico (por ausência de vontade), a vontade com base em informações equivocadas resulta *em preenchimento viciado da hipótese de incidência*, levando à possibilidade de invalidação do ato jurídico por defeito no processo de formação da vontade. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141-143)

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 148-150.

2.4.2.5. *Do ato jurídico stricto sensu*

Nos atos jurídicos *stricto sensu*, o suporte fático abstrato não permite às partes a escolha da categoria jurídica a ser praticada e/ou dos efeitos jurídicos que advirão do ato. A vontade é apenas direcionada à prática (ou não) do ato, ao passo que: (i) os efeitos e categoria jurídica já estão previamente delimitados na norma jurídica; e, (ii) por consequência, é juridicamente irrelevante se a vontade se direcionou ou não à produção daquela eficácia predeterminada¹²¹.

É o caso da maioria dos atos praticados ao longo do processo jurisdicional. A penhora, por exemplo, é ato que tem a vontade em seu suporte fático; porém, todos os efeitos respectivos são exaustivamente previstos no próprio ordenamento jurídico¹²². Também é o caso da citação, que, embora seja ato voluntário, tem sua eficácia pré-estabelecida no art. 240, do Código de Processo Civil.

2.4.2.6. *Do negócio jurídico*

É possível que o suporte fático abstrato de uma norma jurídica deixe à vontade dos sujeitos não só a opção de praticar (ou não) o ato, permitindo ainda, em maior ou menor escala, a escolha da categoria jurídica e dos próprios efeitos jurídicos daí decorrentes. Nesse sentido, o ordenamento jurídico confere às partes “o poder de manifestar a vontade, regulando as suas próprias relações no plano jurídico, donde haver, em última análise, um reconhecimento do autorregramento da vontade”¹²³. Em tais hipóteses, estar-se-á diante da derradeira categoria de fato jurídicos em sentido lato: os negócios jurídicos.

As noções de negócio jurídico e de autorregramento da vontade foram construídas sob a influência do Estado Liberal¹²⁴, estando, conseqüentemente, muito relacionadas à ideia de

¹²¹ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. nº 148., p. 293-320, São Paulo: RT, jun., 2007.

¹²² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 118.

¹²³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003., p. 178.

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003., p. 162.

liberdade frente ao Estado e de garantia de uma margem de poder deixada aos indivíduos quanto ao gerenciamento das respectivas esferas jurídicas.

Nesse sentido, e embora discorde da possibilidade de criação de normas jurídicas por meio de negócios jurídicos, o que aqui se defende¹²⁵, Pontes de Miranda destaca que a conceituação foi criada justamente “para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções¹²⁶”. Trata-se, pois, de categoria criada para dar vazão à liberdade de escolha. Contudo, e como adverte Marcos Bernardes de Mello, a vontade possui limites. O “auto-regramento da vontade (autonomia da vontade) varia em razão direta da indeterminação das normas jurídicas”¹²⁷, encontrando balizas no próprio ordenamento jurídico. É possível, por exemplo, que o suporte fático abstrato contenha vontade direcionada à escolha de uma dada categoria jurídica, mas que estabeleça limitações quanto aos efeitos passíveis de escolha, não admitindo ampla liberdade. É o caso do casamento: não se nega que as pessoas sejam livres para casar; porém, não podem escolher todos os efeitos decorrentes de tal negócio, limitando-se à delimitação do regime de bens a ser seguido¹²⁸.

Além disso, a escolha encontra limites na própria previsão ou admissão do efeito pretendido pelo ordenamento jurídico, não sendo possível “a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos, ou, ao menos admitidos pelo sistema”¹²⁹. Isto é: o ordenamento jurídico põe à disposição diferentes modalidades de efeitos jurídicos, inclusive a criação de novas normas, a fim de que os particulares conformem as respectivas esferas jurídicas livremente.

¹²⁵ Para Pontes de Miranda, o negócio jurídico não gera norma jurídica, limitando-se a reger as esferas jurídicas por meio do direcionamento/escolha dos efeitos jurídicos previstos na norma. Para ele - no que é acompanhado por Marcos Bernardes de Mello - só as normas jurídicas seriam aptas a gerar incidência e, conseqüentemente, a juridicização de fato. No ponto, contudo, parece mais adequada a lição de Kelsen, para quem “a individualização e concretização das normas gerais acontece em certas áreas jurídicas, como, por exemplo, no direito civil, não indiretamente, através de um ato funcional de órgão estatal, como é a sentença judicial. Nas normas jurídicas civis que se aplicam nos tribunais, entre a lei e a sentença judicial, interpõem-se o negócio jurídico, que, em relação à situação de fato condicionante, exerce uma função individualizadora”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138-139). Também nesse sentido, podem ser colhidas valiosas lições de Miguel Reale e de Ricardo Maurício Soares: (i) REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; e, (ii) SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

¹²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 184

¹²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 177-181.

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.

Com tais ponderações, e valendo-se da síntese conclusiva feita por Marcos Bernardes de Mello, pode-se dizer que o negócio jurídico é: fato jurídico decorrente da incidência de suporte fático abstrato que contém em seu núcleo declaração/manifestação de vontade voltada a exercer, dentro de limites predeterminados e de amplitude variada, a escolha da categoria jurídica a ser praticada, bem como os efeitos daí decorrentes e a respectiva extensão, intensidade e permanência no mundo jurídico¹³⁰.

2.4.3. O elemento subjetivo do suporte fático abstrato dos negócios jurídicos

2.4.3.1. Unilateralidade, bilateralidade, plurilateralidade e o princípio da incolumidade das esferas jurídicas

É possível, e até comum, que o negócio jurídico resulte da incidência do suporte fático sobre vontades direcionadas ao regramento de mais de uma esfera jurídica. Assim, e a depender do número de polos/lados de interesses, fala-se em unilateralidade, bilateralidade e plurilateralidade do negócio jurídico, ao passo em que a depender do número de pessoas contidas em cada polo de interesse, haverá unipessoalidade, bipessoalidade e pluripessoalidade¹³¹. Numa compra e venda feita por condôminos a duas pessoas que tencionam adquirir a propriedade, há bilateralidade (dois polos de interesses) e pluripessoalidade (envolvimento de mais de duas esferas jurídicas). Por outro lado, na renúncia de direito titularizado unitariamente por dois ou mais sujeitos, haverá unilateralidade e pluripessoalidade; em outras palavras, um polo de interesses ocupado por mais de um sujeito¹³².

De acordo com Pontes de Miranda, a definição dos negócios como unilaterais, bilaterais ou plurilaterais não obedece ao simples acaso e/ou conveniência legislativa. Sempre que os

¹³⁰MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 184.

¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 201-208.

¹³² “A unidade de interesse, com pluralidade de pessoas, dá a pluripersonalidade; não a plurilateralidade. Se há interesses diferentes (=não idênticos, não único), e enantiomórficos o negócio jurídico bipersonaliza-se ou pluripersonaliza-se e, além disso, bilateraliza-se ou plurilateraliza-se. Por onde se vê que a bilateralização e a plurilateralização supõe pluralidade de pessoas mais diferença e enantiomorfia de interesses.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 206)

efeitos resultantes de um ato tiverem potencial de afetar esferas jurídicas componentes de mais de um polo de interesse, será seguido o princípio da incolumidade das esferas jurídicas e, conseqüentemente, bilateralizado ou pluralteralizado o negócio¹³³.

Nestes casos, *a regra é a exigência*¹³⁴ de que os indivíduos integrantes de cada polo concorram, todos, com as respectivas vontades para que seja atendido o suporte fático abstrato com o conseqüente surgimento do negócio jurídico com potencial de exercer efeitos sobre a esfera jurídica dos respectivos ocupantes. Daí o motivo pelo qual o negócio jurídico unilateral terá, em regra, a respectiva eficácia “limitada à esfera jurídica de quem o praticou”¹³⁵. Trata-se, pois, de um limite subjetivo ao exercício da vontade negocial, eis que a participação voluntária parece ser pressuposto para a subordinação subjetiva aos efeitos do ato.

2.4.3.2. *Do negócio jurídico coletivo*¹³⁶

De acordo com Pontes de Miranda, o ato jurídico coletivo é aquele resultante de suporte fático abstrato que tem como única diferentes vontades externadas em um colegiado; ou seja, embora haja no mundo dos fatos uma pluripessoalidade, a norma estabelece o tratamento das vontades como um todo unitário. É o caso, por exemplo, da deliberação tomada em assembleia geral de uma sociedade anônima, situação que, embora decorrente da participação de diversos sujeitos, é vista como manifestação de vontade única e voltada a um determinado objetivo¹³⁷.

Assim sendo, e observadas as premissas trazidas para classificação das diferentes modalidades de fato jurídico, tem-se que a expressão coletiva de vontade não dá lugar a uma

¹³³“Onde e quando o negócio jurídico atinge a esfera jurídica de outrem, bilateraliza-se êle para que não se quebre o princípio de incolumidade das esferas jurídicas. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 201)

¹³⁴ Marcos Bernardes de Mello é expresso ao admitir que a lei pode excepcionar a referida lógica: “em razão do princípio da incolumidade das esferas jurídicas, como o denomina Pontes de Miranda, o poder de auto-regramento da vontade sofre, também, a limitação que se estabelece pela necessidade de respeito às esferas jurídicas alheias; quer dizer, a vontade só pode ser livremente manifestada enquanto não prejudique interesses que integram esferas jurídicas de outras pessoas, salvo *lex specialis*”.(MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 180-181)

¹³⁵MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

¹³⁶ Por cautela, é importante esclarecer que o adjetivo “coletivo”, ora empregado, não guarda relação com a lógica dos processos coletivos, tratada no capítulo seguinte. Como se verá ainda neste tópico, o termo é utilizado apenas para qualificar o suporte fático volitivo da espécie em questão.

¹³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 235.

nova espécie de fato jurídico, tratando-se, simplesmente, de uma forma peculiar de tratamento jurídico da expressão volitiva¹³⁸.

É possível que o suporte fático abstrato de determinada norma jurídica estabeleça que a manifestação de vontade coletiva esteja adstrita apenas à prática (ou não) de determinado ato, inexistindo margem para escolha de efeitos; em tal situação, estar-se-á diante de ato jurídico em sentido estrito coletivo. Se, por outro lado, a hipótese de incidência instituir a possibilidade de direcionamento da vontade coletivamente expressada não só à prática do ato, mas também à escolha da categoria jurídica e dos próprios efeitos, haverá verdadeiro negócio jurídico coletivo¹³⁹.

O negócio jurídico coletivo poderá ser unilateral, bilateral ou plurilateral, conforme o número de polos.

Numa perspectiva individual, o negócio jurídico coletivo pode tangenciar a esfera jurídica de quem não concordou com a vontade da maioria; é possível, por exemplo, que a inclusão de uma disposição no estatuto social de uma sociedade anônima gere efeitos sobre a esfera jurídica de quem não concorreu para a formação da vontade coletiva. Justamente por tal motivo tanto a possibilidade de negócios coletivos quanto os respectivos efeitos costumam ser restringidos/mitigados por meio de mecanismos jurídicos criados em cada ordenamento jurídico, valendo lembrar que a regra é a intangibilidade das esferas jurídicas individuais (relatividade).

2.4.4. O plano de recuperação judicial como negócio jurídico coletivo

O plano de recuperação judicial envolve o agrupamento de diversos meios de soerguimento da empresa num único instrumento normativo. A escolha desses meios, por sua vez, é feita de modo voluntário, cabendo ao devedor e aos próprios credores a *propositura* de meios típicos e atípicos de soerguimento da empresa. Bem pensadas as coisas, tem-se que a estipulação de tais meios de soerguimento representa claramente a escolha de efeitos jurídicos, os quais atingirão tanto a esfera jurídica do devedor quanto dos credores e demais sujeitos de direito que orbitem em torno da empresa.

¹³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003., p. 195.

¹³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 236.

Há, portanto, a livre escolha dos efeitos jurídicos voltados à recuperação da empresa no mundo dos fatos. Nesse contexto, é possível concluir pela caracterização do plano de recuperação judicial como um conjunto de negócios jurídicos voltados a obter, por meio do autorregramento da vontade, efeitos jurídicos aptos a provocar o soerguimento da atividade empresarial, encerrando-se, deste modo, a crise econômico-financeira alegada na petição inicial.

Por outro lado, é importante lançar luzes sobre a seguinte circunstância: embora os efeitos jurídicos previstos no plano de recuperação judicial atinjam as esferas jurídicas de diversos sujeitos de direito (credores, devedor e grupos envolvidos), a manifestação de vontade que resulta em tais efeitos é exercida coletivamente (e não por cada um dos afetados); isto é, o suporte fático abstrato prevê que o regramento será emanado de uma deliberação tomada pela assembleia geral de credores, tendo-se por única a vontade expressada pelos diversos credores¹⁴⁰.

Conforme disposições dos regimes de reorganização em geral, pelo princípio da maioria, interesses tipicamente individuais são “organizados” para que, da soma de manifestações se possa derivar um único resultado de natureza jurídica comum: a deliberação pela aprovação ou rejeição do plano. Esta, por sua vez, não representa a “vontade dos credores”, mas a consequência jurídica da manifestação de vontade dos credores através do voto. Como bem expressou von Gierke, o princípio da maioria só se legitima dentro do órgão, e desde que satisfeitos os pressupostos de deliberação através do método assemblear, tais como prévia convocação com local, hora e matéria a ser deliberada bem definidos; disponibilização tempestiva das informações necessárias a que cada participante possa livre e conscientemente manifestar-se durante o conclave; tomada formal e regular de votos de todos os presentes; proclamação oficial da deliberação etc.¹⁴¹

Essa forma de expressão da vontade, por sua vez, é imposta pelo próprio regime da recuperação judicial; isto é, a lei parte da premissa de que a multiplicidade e diversidade de

¹⁴⁰ “A situação se transforma com a instauração de um dos regimes de crise: com eles, impõe-se o concurso de credores e o princípio da igualdade (*par conditio creditorum*). Os credores passam a exercer seus direitos coletivamente e decisões majoritárias podem ser impostas à minoria. Essa situação deriva da lei, não de um ato voluntário de sujeição dos credores. Trata-se de uma conjuntura imposta pela insuficiência patrimonial presumida do devedor. Explica-se: nos procedimentos concursais, a mencionada insuficiência patrimonial do devedor gera uma espécie de “coligação de interesses” ou “comunhão de interesses”. Trata-se de circunstância excepcional, na qual todos os credores possuem interesse no recebimento de seus créditos, mas se encontram inseridos em uma situação de dupla sujeição, que se caracteriza pelo fato de que: (i) a satisfação de seus créditos está submetida aos ditames da LREF e (ii) subordinada ao princípio majoritário” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 183).

¹⁴¹ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. “Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial”. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110

interesses inviabilizariam um consenso; por tais motivos, organiza e qualifica os credores de forma “a obter um foro único de decisão majoritária”, criando chances reais de aprovação¹⁴².

É a preservação da empresa e a certeza de que a liberdade de tutela individual de cada critério inviabilizaria por completo que fundamenta a submissão compulsória dos credores à recuperação judicial à deliberação e os submeterá à decisão da maioria, não há mais que se avaliar os votos de cada credor à luz do princípio da preservação da empresa ou de um suposto interesse comum da coletividade de credores¹⁴³.

Nesse sentido, e retomando as premissas trazidas ao longo dos tópicos anteriores, tem-se que o plano de recuperação judicial é um negócio jurídico coletivo, eis que influi *sobre as esferas jurídicas individuais* sem que haja unanimidade na formação da vontade expressada pelos colegiados. O fato de haver vontade coletiva e afetação de esfera de sujeitos que não concorreram diretamente com a vontade representa exceção legal ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas. Tal exceção, contudo, é legitimada pelo procedimento assemblear e justificada pelo benefício advindo do soerguimento da empresa e reestabelecimento da atividade empresarial (objetivo final)¹⁴⁴. Ou seja, justificada pela preponderância de um interesse coletivo na preservação da empresa.

¹⁴² SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 107

¹⁴³ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110-111.

¹⁴⁴ “A relação entre os credores na Recuperação Judicial não constitui um contrato plurilateral (nem antes da aprovação do plano, nem depois). Aliás, diga-se, não há relação contratual entre os credores pelo menos até a aprovação do plano. Diferentemente do caso da sociedade – em que o indivíduo se investe do status de sócio por conta de uma manifestação de vontade pela qual, ainda que implicitamente, admite a sujeição do seu interesse, em certa medida, ao interesse da maioria, ninguém assume a posição de credor renunciando sabidamente parte de seus direitos subjetivos pelo bem maior que é a preservação do devedor como empresa. É a lei – e não sua vontade individualmente manifestada – que coloca os credores em situação de comunhão e lhes confere poder de decisão acerca do plano, como contraponto da prerrogativa do devedor de propor um plano nas condições previstas na LRF.” SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110

3. CONCEITOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DA TUTELA COLETIVA

3.1. CONCEITO DE PROCESSO COLETIVO

De acordo com a doutrina tradicional, processo coletivo é aquele que se volta à discussão de direitos coletivos *lato sensu*, =é conduzido por sujeito processual que não ostenta a condição de titular do direito material em debate, e que, finalmente, resulta em regime especial de coisa julgada extensível para além dos próprios participantes do processo¹⁴⁵. Logo, e observadas algumas outras variações doutrinárias¹⁴⁶, seriam elementos essenciais para caracterização de um litígio coletivo: (i) a afirmação de situação jurídica coletiva; (ii) a legitimidade extraordinária; e, (iii) a extensão da coisa julgada para atingir sujeitos que não participaram do processo¹⁴⁷.

O conceito em questão peca por agregar dados de direito positivo a um conceito que deveria ser dotado de pretensão lógico-jurídica. Vale dizer, a legitimação coletiva e o regime de coisa julgada são dados específicos de determinados regimes de processo coletivo, de modo que podem variar a depender do tempo e local.

Justamente por isso, inclusive, existem processos individuais que adotam regimes de legitimação e de coisa julgada semelhantes àqueles observados no processo coletivo, o que não leva à perda da respectiva natureza individual¹⁴⁸. É perfeitamente possível, por exemplo, pensar em legitimidade extraordinária para a condução de processos individuais (como no caso de propositura de ação de alimentos pelo Ministério Público), bem como em extensão da coisa julgada individual para sujeitos que não tenham participado do processo (é o caso da extensão da coisa julgada nos casos de litisconsórcio unitário ativo e facultativo).

Além disso, não se nega a possibilidade de modificação do regime de coisa julgada e legitimação coletivas em determinado ordenamento jurídico. Em tese, é perfeitamente possível que se modifique o regime jurídico-positivo vigente de coisa julgada coletiva para que a referida estabilidade se estenda de maneira diversa à atualmente verificada, o que não tornará o processo

¹⁴⁵ Neste sentido, conferir: GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

¹⁴⁶ Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, bastaria a postulação por legitimado extraordinário de um direito tido por coletivo, não se aludindo especificamente ao regime de coisa julgada (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 24).

¹⁴⁷ Essa também era a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. até a 8ª edição do respectivo curso.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 32-33.

individual. De igual modo, pode o legislador estabelecer a participação da própria coletividade em um determinado processo coletivo sem que isso torne o processo individual¹⁴⁹.

Por tais motivos, é possível concluir o seguinte: embora o estudo da legitimidade e da coisa julgada coletiva seja efetivamente importante para a compreensão do processo coletivo em determinado ordenamento, tais aspectos não integram o conteúdo mínimo do conceito lógico-jurídico de processo coletivo¹⁵⁰; tratam-se, pois, de achados jurídico-positivos.

Diante da exclusão da legitimidade e da coisa julgada como dados essenciais do conceito, tem-se que o núcleo respectivo acaba por recair justamente sobre o conteúdo material dos referidos processos. Tem-se por coletivo, portanto, todo e qualquer processo que discuta uma ou diversas situações jurídicas de natureza coletiva (titularizadas por um grupo) e/ou que esteja voltado a obter a tutela de um dever e/ou sujeição jurídica (direito potestativo) de uma coletividade¹⁵¹.

3.2. DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS

3.2.1. Quanto à titularidade

Os direitos transindividuais e situações coletivas passivas não possuem titulares individuais determinados, cabendo a uma comunidade ou coletividade¹⁵². Mesmo no caso dos direitos/deveres individuais homogêneos (tidos por acidentalmente coletivos), a tutela jurídica é outorgada em favor (ou contra) de uma coletividade de pessoas, sendo possível, contudo, que os integrantes da coletividade sejam submetidos individualmente ao resultado do processo.

Ao longo do presente tópico, serão examinadas as diferentes situações jurídicas coletivas, tudo de modo a aprofundar o conceito de processo coletivo acima enunciado, que tem por elemento nuclear justamente o seu objeto.

¹⁴⁹ Sobre o tema, conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 32-33.

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 31-35.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 32.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 83.

3.2.2. Das situações jurídicas coletivas ativas

3.2.2.1. Direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

O art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) conceitua os direitos difusos como “os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; por outro lado, o inciso II, do mesmo dispositivo caracteriza os direitos coletivos *stricto sensu* como sendo os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Sob o ponto de vista objetivo, tanto os direitos difusos quanto os coletivos *stricto sensu* são indivisíveis¹⁵³. Ou seja, não são passíveis de divisão sem que isto acarrete no respectivo desvirtuamento¹⁵⁴. Logo, ambas as modalidades de situações jurídicas apenas comportam tratamento judicial único em relação aos integrantes do grupo, sendo impossível a adoção de soluções discrepantes entre os membros da coletividade interessada.

A diferença está justamente no aspecto subjetivo. Isto é, na titularidade respectiva: enquanto os direitos difusos têm como titulares coletividades integradas por sujeitos indeterminados e relacionados entre si por circunstâncias meramente fáticas¹⁵⁵, os direitos coletivos *stricto sensu* são titularizados por coletividades compostas por sujeitos relacionados juridicamente entre si (ou com a parte contrária)¹⁵⁶⁻¹⁵⁷, existindo entre os membros do grupo uma relação-base anterior à lesão.

¹⁵³ Conforme se verá mais adiante, a lógica da indivisibilidade é fortemente questionada por Edilson Vitorelli: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

¹⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição de 1988*. Revista de Processo. nº 61. p. 187-200. São Paulo: RT, jan./mar., 1991.

¹⁵⁵ “No concernente à indeterminação que rende ensejo à caracterização dos interesses difusos, imperioso que se destaque que esta não precisa ser absoluta, bastando que a coletividade seja composta por sujeitos cuja determinação seja reconhecidamente difícil ou impossível.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 224.)

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 75.

¹⁵⁷ Para Kazuo Watanabe, a categoria dos direitos coletivos pressupõe a possibilidade de identificação específica dos sujeitos que integram a classe. Nesse sentido, conferir: WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. Revista de Processo. nº 67. p. 15-25. São Paulo: RT, jul./set., 1992.

Como exemplo de situação jurídica difusa, é possível pensar no direito a um meio ambiente sadio, bem jurídico este que, por sua própria natureza, inadmite qualquer espécie de fragmentação e/ou divisão, e que é de titularidade da sociedade em geral — coletividade integrada por sujeitos indeterminados e ligados entre si apenas por circunstâncias fáticas¹⁵⁸.

Para exemplificar as situações de natureza coletiva *stricto sensu*, é possível pensar nas prerrogativas de uma determinada classe de profissionais, tal como “o direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais”¹⁵⁹, direito este incindível e pertencente a uma classe de sujeitos determináveis e ligados entre si por vínculo jurídico — inscrição junto à OAB. Exemplificando a hipótese de direito coletivo resultante de vínculo com a parte contrária, pode-se pensar nos direitos de classe de contribuintes de um mesmo tributo e/ou credores de uma mesma sociedade em situação de dificuldade.

De tal sorte, e em síntese conclusiva, tem-se que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* se aproximam na perspectiva objetiva — ambos são transindividuais de natureza indivisível —, ao passo que têm como elemento essencialmente diferenciador o vínculo e a determinabilidade dos sujeitos que integram as classes que os titularizam¹⁶⁰.

3.2.2.2. *Direitos individuais homogêneos*

Os direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos¹⁶¹, têm origem na necessidade de “tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade”, que, por sua vez, resulta da própria estrutura massificada de alguns tipos de relações jurídicas e lesões que daí decorrem¹⁶². Em que pese indivisíveis para efeitos de tutela

¹⁵⁸ Para críticas a essa concepção, conferir: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, 58-66

¹⁵⁹ Exemplo extraído da obra: ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 36.

¹⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 75.

¹⁶¹ Para uma crítica à afirmação de que os direitos individuais homogêneos seriam “acidentalmente” coletivos, conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 80-82. Em síntese, os referidos autores afirmam que a tutela dos direitos individuais homogêneos não se restringe à perspectiva individual das vítimas. Vai além, tutelando a sociedade mesmo quando os titulares não se habilitarem em número compatível com a gravidade da lesão. Daí, inclusive, a previsão do chamado *fluid recovery*.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 76.

coletiva, tais feixes de direitos acabam se refletindo individualmente na etapa de liquidação e execução da decisão coletiva; ou seja, embora recebam tratamento unitário num primeiro momento, há a possibilidade de decomposição respectiva ao final¹⁶³.

O art. 81, parágrafo único, III, do CDC conceitua tais direitos como aqueles individuais “decorrentes de origem comum”. O que viabiliza a respectiva tutela coletiva, portanto, é justamente sua origem comum, bem como a homogeneidade daí decorrente. Desse modo, por imperativos resultantes da garantia de acesso à justiça, segurança jurídica e economia processual no, confere-se ao referido feixe de situações jurídicas o *status* de direito coletivo e o consequente tratamento processual consentâneo com tal natureza¹⁶⁴.

Ao tratar da chamada origem comum, Kazuo Watanabe¹⁶⁵ afirma que “pode ser de fato ou de direito”, sendo desnecessária a “unidade factual e temporal”. Portanto, as pretensões devem estar calcadas nas mesmas circunstâncias fático-jurídicas; todavia, não se exige que as pretensões tenham surgido num mesmo momento, sendo importante apenas o nexo de causalidade com circunstâncias fáticas ou jurídicas comuns¹⁶⁶. Os danos provenientes de publicidade enganosa de um produto prejudicial à saúde, por exemplo,¹⁶⁷ apresentam origem comum, qual seja: a publicidade enganosa veiculada. Porém, não é necessário que os prejuízos ocorram ao mesmo tempo, eis que os produtos podem ter sido utilizados pelos consumidores lesados em momentos totalmente diversos.

¹⁶³ Quanto à titularidade dos direitos individuais homogêneos, destaca Antônio Gidi: “Em que pese os direitos individuais homogêneos serem um feixe de direitos essencialmente divisível, impende consignar que a sua titularidade é da comunidade como um todo, indivisivelmente considerada, composta pelas diversas vítimas do evento. Da mesma forma, o pedido feito em juízo deve ser para a tutela indivisivelmente considerada do bem. A divisibilidade, percebe-se, somente se manifestará na fase de liquidação e execução da sentença coletiva” (GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 31)

¹⁶⁴ Aqui, há que se destacar, a partir da lição de José Carlos Barbosa Moreira, que: o tratamento coletivo dado aos aludidos direitos “não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca” dos mesmos, como é o caso dos direitos essencialmente coletivos, ou seja, aos interesses em referência é dispensado um tratamento coletivo por uma opção do ordenamento jurídico voltada a conferir acesso à justiça, segurança jurídica e outros valores, sendo perfeitamente possível a tutela atomizada destes. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 39, 1985, p. 58.).

¹⁶⁵ WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 825.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v.4.

¹⁶⁷ Exemplo extraído do seguinte texto: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 19-39.

Por outro lado, tem-se que a origem comum pode ser imediata ou mediata, o que depende da proximidade causal que os direitos analisados tenham com a circunstância comum. Por exemplo, os danos oriundos de acidente aéreo possuem origem comum imediata, porquanto são decorrentes de uma mesma unidade factual, o desastre aéreo. Por outro lado, os danos provenientes da exposição ilícita a agente químico nocivo possuem origem comum mediata, visto que outras circunstâncias fáticas alheias à exposição — tais como o estado inicial de saúde dos sujeitos expostos — influem na cadeia de causal dos danos¹⁶⁸.

A homogeneidade, segundo requisito, estará presente quando os direitos individuais analisados se calcarem em elementos fáticos e jurídicos *predominantemente* comuns, o que viabiliza a tutela coletiva de direitos¹⁶⁹.

A homogeneidade está intimamente relacionada à origem comum, o que tem levado à inferência *equivocada* de que os requisitos se confundem¹⁷⁰. Entretanto, e consoante salienta Ada Pellegrini Grinover¹⁷¹, a origem comum não resulta necessariamente no reconhecimento de tal característica: ainda que a origem seja comum, é possível que existam questões particulares que inviabilizam a caracterização da homogeneidade, o que ocorre, sobretudo, nos casos de origem comum mediada (em que a cadeia causal é menos direta). É possível, por exemplo, que os direitos individuais resultantes de um derramamento de óleo estejam pautados em uma gama tão grande de variáveis particulares (tipo de dano experimentado, excludentes do nexo de causalidade dentre outras), que a margem de homogeneidade acabe sensivelmente reduzida, o que, naturalmente, *não* afasta a origem comum (derramamento de óleo).

Quanto à relação entre os membros do grupo, é importante esclarecer que esta decorre justamente do fato gerador comum/semelhante: enquanto nos direitos difusos não há qualquer

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 31.

¹⁶⁹ Faz-se oportuno, aqui, trazer o entendimento de Teori Albino Zavascki acerca da homogeneidade: “Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleos de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares (margem de heterogeneidade).” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 146)

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 19-39.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 19-39.

ligação entre os membros do grupo e nos direitos coletivos há uma relação prévia entre os membros (ou com a parte contrária), nos direitos individuais homogêneos a relação entre os integrantes da coletividade surge justamente do fato jurídico comum com resultante eficaz homogênea.

3.2.3. Das situações coletivas passivas

A prática forense demonstra a existência de processos coletivos passivos; quer dizer, processos em que a situação jurídica titularizada pela coletividade se encontra no polo passivo. É o caso dos dissídios coletivos trabalhistas, das ações voltadas a impedir movimentos grevistas, de ações ajuizadas com o objetivo de invalidar termo de ajustamento de conduta celebrado pelo Ministério Público, bem como de ações rescisórias ajuizadas para desconstituir decisão coletiva que beneficiou determinado grupo de pessoas. Os exemplos são diversos, sendo certo que, por vezes, sequer há a percepção na prática de que se está diante de verdadeiro processo coletivo passivo. No ponto, inclusive, cabe lembrar que o dissídio coletivo sempre esteve previsto no art. 114, §2º, da CF/88 sem que houvesse maiores preocupações com a respectiva natureza de ação coletiva passiva¹⁷².

A referida realidade é sinal de algo de muito interessante: além das situações coletivas ativas, é possível e necessário pensar em deveres e estados de sujeição impostos a coletividades; isto é, em agrupamentos de pessoas submetidos conjuntamente a deveres e/ou a estados de sujeição. Um exemplo evidente é o do exercício do direito de posse em face de uma coletividade (retoma-se um bem de uma coletividade). Pode-se pensar, também, na sujeição de determinado agrupamento de pessoas a um direito potestativo à invalidação de uma sentença coletiva e/ou de um termo de ajustamento de conduta, ao qual toda uma coletividade haverá de se sujeitar¹⁷³.

Tais situações de sujeição são uma necessidade imposta pela própria complexidade crescente das relações interpessoais e conseqüente necessidade de controle jurídico das coletividades. No famoso caso das torcidas organizadas do Estado de São Paulo, por exemplo, a única resposta jurídica possível para a crescente violência foi justamente o exercício judicial de

¹⁷² Para mais exemplos de ação coletiva passiva, conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 495-502.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Org.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Podivm, 2009, p. 211- 218.

uma situação ativa em face das referidas torcidas, buscando-se, ao final, a respectiva dissolução (estado de sujeição imposto coletivamente)¹⁷⁴.

As referidas sujeições podem encontrar suas situações correlatas em direitos individuais ou coletivos: no primeiro caso, eventual litígio resultará em ação coletiva passiva, ao passo que, na segunda hipótese, haverá ação duplamente coletiva: é o caso dos dissídios coletivos entre coletividades de patrões e de empregados, hipótese expressamente aventada no art. 114, §2º, da CF/88.

As situações coletivas ativas estão expressamente previstas em lei; vale dizer, o art. 81, parágrafo único, do CDC estabelece o conceito de cada uma delas. No caso das situações coletivas passivas, entretanto, não houve preocupação semelhante, inexistindo qualquer tipo de caracterização legal.

Por tal motivo, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. propõem a aplicação inversa dos dispositivos que estabelecem o conceito das situações coletivas ativas. Nesse sentido, existiriam deveres e estados de sujeição indivisíveis (difusos e coletivos *stricto sensu*), bem como os deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para efeito de cognição, mas individualizáveis para fins de efetivação)¹⁷⁵.

3.3. DOS DIFERENTES TIPOS DE LITÍGIO COLETIVO: UM BREVE EXAME DA CONTRIBUIÇÃO DE EDILSON VITORELLI

3.3.1. O problema posto e o critério encontrado

O CDC foi responsável por trazer a *definição legal das situações jurídicas coletivas*. Consequentemente, a referida lei teve importância evidente para o avanço da tutela coletiva no Brasil, tendo marcado um passo decisivo na evolução legislativa que teve início com a Lei nº 4.717/1965 (ação popular) passando pela edição da Lei nº 7.347/1985 (ação civil pública), pela promulgação da Constituição Federal em 1988 e fechando com a edição do Estatuto da Criança e

¹⁷⁴ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio de Castro Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos*. São Paulo: RT, 2007, p. 339.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 492.

do Adolescente e da Lei nº 8.429/1992, o chamado microsistema que rege o processo coletivo no Brasil¹⁷⁶.

Partindo da definição legal de direitos coletivos, e tendo por dado objetivo o fato de que o legitimado à defesa das referidas situações jurídicas não se confunde com o respectivo titular, Edilson Vitorelli estabelece alguns problemas teóricos que, em certa medida, põem em xeque o próprio centro gravitacional de que parte o atual microsistema de processo coletivo.

No que importa ao objeto do presente estudo, as questões postas giram em torno do seguinte: (i) “a relação entre o grupo titular de direitos coletivos e o legitimado que é parte no processo”¹⁷⁷; (ii) titularidade dos direitos transindividuais e a própria definição dos grupos/coletividades; (iii) da participação dos afetados na formação do pedido de tutela coletiva, bem como os limites da atuação do legitimado; e, (iv) se as particularidades das situações jurídicas coletivas impõem mera adaptação do processo civil individual ou uma reformulação e criação de um novo sistema¹⁷⁸.

Com o objetivo de solucionar tais problemas, e entrando particularmente no aspecto da titularidade e conformação das situações jurídicas coletivas, Edilson Vitorelli passa a questionar o próprio dogma da indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, demonstrando, a partir de exemplos práticos, que nem sempre as lesões coletivas afetam os interesses dos integrantes do grupo com a mesma intensidade e despertam o mesmo interesse¹⁷⁹.

Embora para o conceito tradicional de situações jurídicas coletivas o direito a um meio ambiente equilibrado pertença a uma coletividade (num sentido orgânico) e afete a todos de maneira indeterminada, tem-se que um eventual litígio resultante de um derramamento de óleo na Baía de Guanabara terá repercussão avassaladora para a população que vive nos arredores do

¹⁷⁶ Sobre o tema, conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 55-60.

¹⁷⁷ “Se o legitimado coletivo não é o titular dos direitos demandados, parece essencial pesquisar suas responsabilidades para com os reais titulares desses direitos, tema que passou ao largo do debate do processo coletivo no Brasil”. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 17)

¹⁷⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.24

¹⁷⁹ A dissociação entre a titularidade dos direitos transindividuais e os indivíduos, que faz com que tais direitos sejam “de todos, mas, ao mesmo tempo, de ninguém”, retira do processo o referencial humano em relação ao qual ele deveria se orientar, bem como suprime indevidamente as posições sociais que divergem da esposada pelo legitimado coletivo, autor da ação, e ainda contribui para calar a crítica pública, por parte das pessoas cujas vidas são efetivamente transformadas pelo litígio e por seu resultado. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.94)

corpo d'água — notadamente comunidades pesqueiras, ao passo que terá repercussão mínima (ou nenhuma) sobre a vida de alguém que vive em Manaus/AM. Por outro lado, um derramamento de óleo ocorrido no meio do Oceano Atlântico — longe de áreas habitadas — resulta numa situação bem diferente, eis que terá repercussão predominantemente uniforme na vida de todos: vale dizer, o interesse na recomposição do meio ambiente é algo mais uniforme sob o ponto de vista dos afetados.

A crítica, portanto, vem da seguinte constatação: de acordo com a tipificação contida no CDC — que vale para todo o microsistema da tutela coletiva —, os processos resultantes dos exemplos acima teriam por objeto direitos coletivos *lato sensu*, logo, e a despeito de tais situações serem radicalmente diversas sob o ponto de vista do referencial humano, receberiam do microsistema de tutela coletiva uma solução processual semelhante.

É justamente aí que entra um dos pontos fundamentais da contribuição de Edilson Vitorelli. Para o referido autor, a indeterminação dos afetados (e conseqüente ideia de que se estaria tratando a todos de maneira semelhante) só seria aceitável se a lesão discutida fosse efetivamente indivisível. Em havendo a percepção de que a realidade do conflito afetará de maneira diferente os integrantes da coletividade (como é o caso dos litígios transindividuais), há de se pensar de maneira diversa; isto é, levar em consideração tal referencial¹⁸⁰.

Nesse sentido, Edilson Vitorelli questiona a estruturação do devido processo coletivo a partir das amplíssimas categorias do CDC (que permitem um tratamento semelhante para situações drasticamente diferentes) e propõe a conformação do devido processo a partir do litígio, afirmando que é à luz desse dado que se pode definir a titularidade do direito em juízo e tornar o processo muito mais aderente ao(s) bem(s) da vida discutido¹⁸¹.

¹⁸⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.65.

¹⁸¹ “O conceito tripartite formulado supra é, reconhece-se, bem mais complexo que o atualmente existente nos estudos do processo coletivo. Entretanto, se um conceito mais complexo puder dar conta da realidade dos litígios coletivos com mais precisão, ele terá valido o esforço.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.108.

3.3.2. Da definição das situações jurídicas coletivas a partir dos tipos de litígio coletivo

3.3.2.1. Das premissas utilizadas para classificação dos litígios

Com o objetivo de traçar uma nova conceituação de direitos coletivos, Vitorelli traça duas diretrizes básicas e relacionadas: (i) a primeira relacionada ao próprio objeto que se pretende conceituar; e (ii) a segunda relacionada à conflituosidade interna do grupo e complexidade do litígio¹⁸².

Quanto à primeira premissa, volta-se à questão da titularidade dos direitos, afirmando que o objeto de proteção coletiva e seus titulares só podem ser definidos adequadamente à luz da violação respectiva e do litígio daí decorrente. Para fins processuais, portanto, não importaria definir o titular do meio ambiente, sendo relevante examinar a titularidade de tais situações caso haja algum tipo de violação/intercorrência. É a partir dos efeitos da lesão — ou dos potenciais efeitos de uma futura lesão — que se tem como dimensionar quem será atingido, bem como as *diferentes* repercussões que o litígio instaurado gerará para as pessoas. Daí, inclusive, a superação do dogma da indivisibilidade dos direitos transindividuais, que só se sustenta numa perspectiva estática, em que ainda não se tem como efetivamente determinada a titularidade das situações jurídicas transindividuais¹⁸³.

A segunda premissa trata dos conceitos de conflituosidade e complexidade do litígio, estando relacionada à própria metodologia de exame a partir da violação às situações jurídicas coletivas.

A ideia de complexidade do litígio envolve a multiplicidade de modos de proteção da situação jurídica em xeque. Haverá complexidade quando se puder imaginar diversas formas de resolução do litígio, sendo todas elas amparadas no ordenamento jurídico. Um litígio envolvendo a descontaminação do solo, por exemplo, é nitidamente complexo, eis que é possível pensar em diversos métodos técnicos de concretização do que se pretende (é possível pedir a remoção do material contaminado e/ou impor a aplicação de reagentes químicos que tornem o agente poluidor inofensivo). Naturalmente, o coeficiente de complexidade será diretamente proporcional ao

¹⁸² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.73.

¹⁸³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.74.

número de soluções possíveis; em outras palavras, o litígio será mais complexo à razão do número de possibilidade de composição respectiva¹⁸⁴.

A conflituosidade, por seu turno, está relacionada à uniformidade de posições dos integrantes da sociedade perante o litígio (forma e intensidade de repercussão), sendo inversamente proporcional à aludida grandeza. Caso o litígio afete a todos de forma semelhante, haverá um grau de conflituosidade baixo, de modo que as pessoas tendem a alcançar mais facilmente um consenso. Por outro lado, a existência de repercussões diversas e heterogêneas faz com que o litígio tenda a uma maior conflituosidade, o que, naturalmente, dificulta o consenso quanto à melhor forma de tutela jurisdicional. Nota-se, pois, que a questão está ligada à coesão de perspectivas no âmbito interno do grupo, tratando-se, portanto, de uma característica endógena¹⁸⁵.

Por fim, é importante destacar que a complexidade e a conflituosidade *tendem* a caminhar juntas. À medida em que a lesão cresce em gravidade, é provável que surjam mais alternativas de resolução (complexidade) e que os integrantes do grupo acabem sendo afetados de maneira diversa (conflituosidade). No entanto, nada impede a existência de litígios complexos com baixo grau de conflituosidade: é o caso da lesão ambiental ocorrida em alto mar, mas que pode ser reparada de diversas maneiras.

3.3.2.2. *Litígios coletivos de difusão global*

Há situações em que as lesões coletivas *não* atingem de modo imediato os membros do grupo. Logo, e embora exista repercussão indireta nas perspectivas dos integrantes do grupo, não há um interesse direto e ponderável respectivo em evitar ou compor os efeitos do ilícito. É o caso do desmatamento de uma ilha inabitada e situada a muitos quilômetros da costa: hipótese em que, conquanto haja um interesse difuso de toda a sociedade em recompor a vegetação e o próprio meio ambiente para as gerações futuras (equidade intergeracional), não haverá ninguém especialmente interessado em tal problema¹⁸⁶.

¹⁸⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.74.

¹⁸⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.75.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.76.

Nestes casos, a tutela coletiva não será direcionada especificamente a determinados sujeitos ou grupos de sujeitos, servindo a genericamente a todos os integrantes da sociedade. Aqui, portanto, é possível trabalhar com a seguinte ideia: o titular da situação jurídica é a sociedade como ente alheio aos respectivos membros, o que, *em certa medida*, diminui a necessidade de ouvir as opiniões dos integrantes do grupo e, conseqüentemente, atrai uma abstração conducente à uma aproximação de tal categoria com o conceito clássico de direitos transindividuais (cuja titularidade cabe a uma coletividade abstrata)¹⁸⁷.

Esse tipo de litígio é chamado por Vitorelli de *litígio de difusão global*; isto porque a extensão dos respectivos efeitos interessa, numa mesma medida, a todos os habitantes do mundo. Um derramamento de óleo ocorrido em águas brasileiras, mas suficientemente afastado da costa, terá impactos semelhantes para os habitantes da China e do Brasil; logo, a titularidade do bem a ser reparado cabe a todos — apesar da soberania territorial nacional impor que eventual litígio se processe dentro do país onde se verificou a lesão¹⁸⁸.

Percebe-se, pois, que o nível de conflituosidade nos direitos de difusão global é verdadeiramente baixo. Como os integrantes do grupo são afetados de maneira rarefeita e uniforme, não há uma percepção individual pronunciada da lesão, inexistindo, portanto, a princípio, motivos pessoais para dissidências no seio do grupo (abstratamente, há uma ausência de interesse em instaurar dissensos). No caso de desmatamento de ilha inabitada, todos os integrantes da sociedade, abstratamente, tendem a concordar com a reparação nos mesmos termos.

A complexidade, por sua vez, tende a ser baixa. Isto é, a solução do litígio costuma ser possível por poucas vias, limitando-se à opção entre a recomposição *in natura* ou pela resolução do assunto pela lógica indenizatória. No entanto, não se ignora a possibilidade de haver situações de divergências científicas a respeito da melhor forma de reparação *in natura* do bem lesado, o que, naturalmente, poderá resultar num litígio de difusão global dotado de alguma complexidade.

3.3.2.3. *Litígios coletivos de difusão local*

¹⁸⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.76.

¹⁸⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.77.

Há situações em que a lesão transindividual atinge de maneira pronunciada e grave determinada comunidade de pessoas que compartilham de identidade própria/comum ou de uma mesma perspectiva social. Melhor dizendo: “grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno”, tais como tribos e/ou comunidades quilombolas ou minorias que possuam uma “perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que com vínculo subjetivo mais tênue”, como os homossexuais e negros¹⁸⁹.

Um bom exemplo é a ação proposta com o objetivo de reconhecer a inexistência de ocupação quilombola e conseqüente desconstituição de decreto presidencial editado para desapropriação respectiva. Há no litígio um interesse social geral pulverizado na manutenção dos laços de territorialidade da comunidade (e na própria preservação respectiva). Contudo, o interesse mais pronunciado é o do grupo em si, que vê nas terras um meio de preservação dos respectivos costumes, laços internos e identidade territorial como comunidade quilombola.

De igual modo, uma eventual lesão ambiental ocorrida em território indígena interessa muito mais à tribo em si do que à sociedade em geral, de modo que não é adequado tratar de maneira semelhante os integrantes da comunidade e os membros da sociedade em geral (afetados indiretamente pelo dano)¹⁹⁰. Passando a perspectiva dos grupos com aspectos sociais comuns (embora com vínculo interno mais tênue), é possível pensar na situação de trabalhadores afetados pela precariedade das condições de trabalho na indústria metalúrgica, situação em que o interesse daqueles que trabalham na linha de montagem será esmagadoramente mais marcante do que o dos demais empregados que não atuam diretamente na operação¹⁹¹.

Em tais hipóteses, as lesões às comunidades são tão acentuadas que é justificável lhes atribuir a titularidade da situação jurídica. Ou seja, ainda que indivíduos estranhos à comunidade/minoria tenham algum tipo de vinculação com o bem da vida lesado, comparativamente, os integrantes da comunidade sofrem substancialmente mais com os efeitos do ilícito, o que, por sua vez, legitima o tratamento destes como verdadeiros titulares e principais interessados nas conseqüências da tutela coletiva. E são justamente os vínculos existentes dentro

¹⁸⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.80-83.

¹⁹⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.81.

¹⁹¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.84.

da comunidade e/ou a perspectiva interna compartilhada que atraem um maior relevo relativo à lesão, justificando, pois, a diferenciação acima referenciada¹⁹².

O que diferencia os litígios de difusão local dos de difusão global é justamente essa discrepância de repercussões: enquanto no litígio de difusão global há verdadeira uniformidade de efeitos, nos de difusão local é possível vislumbrar uma comunidade que suporta os efeitos de maneira mais contundente do que a coletividade em geral (que sofre substancialmente menos), não sendo admissível dispensar aos membros dessa comunidade o mesmo tratamento jurídico conferido ao restante da sociedade em geral¹⁹³.

Diferentemente do que ocorre com a categoria anterior, em que praticamente não há conflituosidade, os litígios de difusão local são marcados por uma conflituosidade média. Embora exista um elevado nível de coesão interna no âmbito da comunidade (ou uma perspectiva compartilhada quanto à lesão), é possível e factível a existência de divergências intramuros; quer dizer, os integrantes da comunidade podem discordar a respeito da forma mais adequada de tutela a ser requerida, o que resulta na formação de minorias¹⁹⁴. No caso já citado de lesões ligadas ao ambiente de trabalho, por exemplo, é factível que a melhoria nas condições de trabalho gere um correlato aumento nos custos do processo produtivo e consequente corte de postos; tal aspecto, por sua vez, pode gerar um dissidência interna no grupo: os empregados mais capacitados e com grande possibilidade de recolocação teriam interesse na solução imediata do problema (ainda que com o corte de vagas), ao passo que os trabalhadores mais velhos e com menos possibilidade de reabsorção estariam mais inclinados a obter uma solução que prestigiasse a preservação de postos de trabalho, estando mais sensíveis a soluções de consenso com o empregador.

3.3.2.4. *Litígios coletivos de difusão irradiada*

O litígio *coletivo de difusão irradiada* envolve lesões que afetam diversos indivíduos e grupos de diferentes formas e com intensidades variáveis, inexistindo, contudo, um vínculo interno entre os afetados. Os integrantes da coletividade não compartilham de uma mesma

¹⁹² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.81.

¹⁹³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.81.

¹⁹⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.82-83.

perspectiva em relação à lesão e também não integram uma comunidade coesa, o que resulta em diferentes visões sobre possíveis soluções. Há, portanto, verdadeira multiplicidade de polos de interesse, existindo oposição entre o grupo titular e o réu, mas também entre os diferentes integrantes do grupo (conflituosidade elevada)¹⁹⁵. São exemplos que bem caracterizam a situação: os litígios socioambientais resultantes de grandes obras de infraestrutura, tais como ferrovias, portos e usinas hidroelétricas¹⁹⁶ ou termoeletrônicas; isto porque tais empreendimentos repercutem de maneira contundente na vida de diversas pessoas desvinculadas entre si, sendo que tais efeitos possuem as mais diversas formas e intensidades.

No caso da construção de portos, há uma multiplicidade de interações que afetam de maneira radical e diferente a vida das pessoas. A população que vive da prestação de serviços em geral provavelmente experimentará sensível incremento em sua atividade e renda (portos costumam gerar aumento na atividade turística e do próprio fluxo de pessoas); a indústria e agricultura, de igual modo, experimentarão sensível incremento à luz da possibilidade de escoamento rápido e barato da produção; por outro lado, os indivíduos que vivem da pesca local poderão ter sua atividade influenciada negativamente por mudanças na fauna marítima e desvio de correntes, sendo que as obras também poderão resultar na interdição/fechamento de áreas, mudanças de tráfego, bem como eventual incremento da criminalidade, o que despertará opiniões contrárias no grupo dos habitantes originários da localidade. Em síntese, há uma multiplicidade de interesse orbitando ao redor de uma mesma lesão, podendo existir conflitos entre as próprias pessoas afetadas pelo litígio.

Além de diversidade de perspectivas quanto ao litígio, há também a seguinte particularidade: nos casos em questão, os problemas e interesses em torno da matéria tendem a

¹⁹⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.85-86.

¹⁹⁶ “Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.85-86.)

mudar ao longo do tempo; a conformação dos efeitos da lesão não é estática, de modo que grupos de pessoas originalmente indiferentes à lesão podem acabar sendo afetados ao longo do processamento do litígio irradiado. Há, portanto, uma verdadeira fluidez na delimitação dos diferentes interessados/afetados e perspectivas do litígio.

Com relação ao tratamento jurídico a ser dispensado à lesão, há a seguinte particularidade: a despeito da multiplicidade de impactos sociais negativos, não há ilicitude abstrata na construção de um porto ou mesmo de uma usina, afinal, a existência desse tipo de empreendimento não é objetivamente afastada pelo ordenamento. É inegável, contudo, que a consecução de tais empreendimentos trará problemas para diferentes grupos. Logo, e como adverte Vitorelli, não se pode encarar a solução do litígio daí advindo com base no simples binômio licitude/ilicitude: o caminho está na forma de concretização do empreendimento, devendo a tutela coletiva buscar um ponto ótimo na realização dos diferentes interesses em jogo¹⁹⁷. É ínsita, portanto, a multiplicidade de modos abstratamente possíveis de tutela dos interesses (complexidade).

Portanto, os litígios coletivos de difusão irradiada são marcados pela complexidade e conflituosidade. Existem diversos resultados possíveis (formas de tutela lícita), bem como uma coletividade marcada pela existência de interesses internos claramente variados e dinâmicos¹⁹⁸. Nessa perspectiva, a referida modalidade de litígio difere consideravelmente dos de difusão global e local, eis que: (i) é possível identificar pessoas que sofreram danos em diferentes intensidades/formas (isto é, há aqueles que estão mais próximos dos efeitos e outras pessoas que estão em zonas mais afastadas de impacto); (ii) inexistem entre os afetados uma mesma identidade de perspectiva¹⁹⁹.

É nos litígios de difusão irradiada que se percebe mais facilmente a inadequação da ideia de indivisibilidade do direito coletivo e de indeterminação dos membros do grupo (presente no conceito legal de direitos coletivos). Como na aludida modalidade de conflito os impactos específicos são diversos, o tratamento impessoal resultante da indeterminação/indivisibilidade torna a vontade do legitimado coletivo mais relevante do que a dos integrantes da coletividade titular do direito, o que é inadequado. Elimina-se, assim, a complexidade social do conflito de

¹⁹⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.88.

¹⁹⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.88.

¹⁹⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.88.

modo a simplificar o processamento do problema, operação essa que, embora a princípio pareça útil, acaba por obscurecer o caminho para obtenção de uma solução que seja efetivamente adequada aos anseios dos afetados²⁰⁰.

Para superar tal problema, Vitorelli propõe que se examine o problema da titularidade do direito tendo por marco a sociedade dinâmica e elástica²⁰¹, que não dependa necessariamente de “relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades”²⁰². Os integrantes de tal sociedade *não* seriam titulares do bem jurídico numa mesma escala, respeitando-se, no ponto, a intensidade da lesão que cada um experimentou em função do ilícito: aqueles menos afetados estariam na periferia, ao passo que os grupos de indivíduos mais atingidos pela lesão estariam no centro da situação jurídica coletiva. Rompe-se, portanto, com a ideia de indivisibilidade para estabelecer que o direito transindividual pertença em maior medida àqueles que foram mais afetados pela violação e em menor medida aos que foram menos afetados²⁰³.

3.4. A LEGITIMAÇÃO COLETIVA

3.4.1. Noções gerais de legitimação *ad causam* e classificação respectiva

A legitimação diz respeito à autorização que determinado sujeito tem (ou não) para estar regularmente em juízo defendendo situações jurídicas próprias e/ou de terceiros. Trata-se, pois,

²⁰⁰ “[...] a despersonalização do litígio contribui para a subtração do processo da crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente, às quais não se atribui especial relevância, eis que não se permite que elas se afirmem titulares do direito violado. Obscurece-se, dessa forma, o fato de que, se todos perdem com a poluição de um rio, perdem muito mais as pessoas que habitam ao seu redor e que dele retiram o seu sustento.” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.89.)

²⁰¹ Para o autor, o conceito de sociedade a ser empregado na atribuição dos referidos direitos é a ideia de sociedade como criação, em que “a teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade”; vale dizer, as instituições e estrutura em que normalmente pensamos quando em sociedade resultam da cristalização de tais interações, conferindo-se, portanto, maior relevo à perspectiva individual sem sacrifício da ideia de sociedade. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, 2016, p. 48-49-89.

²⁰² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.89.

²⁰³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.92.

de um poder conferido pelo ordenamento jurídico para conduzir validamente determinado processo (compreendido como complexo de relações jurídicas).

O referido poder costuma vir entrelaçado com outras situações jurídicas de legitimação no sentido oposto (p. ex. o autor é legitimado para propor ação contra determinado réu, e não contra qualquer pessoa)²⁰⁴, o que levou Araken de Assis a afirmar que “a legitimidade constitui atributo bilateral, respeitando tanto ao autor, quanto ao réu”²⁰⁵.

Por outro lado, trata-se de um atributo que guarda sensível relação com o direito material. Há de haver “coincidência avaliada *in statu assertionis*, entre a posição ocupada pela parte, no processo, com a respectiva situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa perante o respectivo objeto litigioso²⁰⁶”. Em outras palavras, avalia-se a legitimação à luz da situação concreta *afirmada* em juízo, aferindo-se a legitimidade a partir da autorização conferida pelo ordenamento jurídico para exercício de posições processuais em defesa de determinada situação material afirmada²⁰⁷.

A legitimação é um requisito de admissibilidade/validade dos atos processuais. Para que os atos processuais sejam praticados validamente, os participantes respectivos devem estar autorizados ao exercício de tais poderes; logo, a ausência de tal atributo conduz à possibilidade de invalidação do ato processual e sustação da respectiva eficácia²⁰⁸. A todos é garantido o direito de postular em juízo, porém, ninguém está autorizado a deduzir, de modo válido e eficaz, toda e qualquer situação jurídica²⁰⁹.

A legitimação processual costuma guardar correspondência com a situação jurídica de direito material. Em um vínculo obrigacional, por exemplo, o autor terá a legitimidade ativa para demandar em juízo, ao passo que o devedor será o legitimado passivo no âmbito processual. É

²⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 386.

²⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, t. 2, p. 179.

²⁰⁶ ²⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, t. 2, p. 176.

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 386-387.

²⁰⁸ Embora a concepção tradicional considere a legitimação uma condição da ação, e não um pressuposto processual, trabalhar-se-á com a noção de que é um requisito subjetivo de validade do ato. Para notícias sobre a controvérsia já à luz do projeto do CPC atual, conferir os seguintes artigos: (i) DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. nº 197, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul, 2011; e, (ii) CÂMARA, Alexandre. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. nº 197, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul, 2011.

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 386.

possível, contudo, que ocorra o seguinte: por motivos de conveniência, o ordenamento jurídico promova a dissociação subjetiva entre a situação de direito material e a posição de legitimado, criando, portanto, situações em que determinado sujeito processual defende em nome próprio situação de direito material ostentada por terceiro. É à luz de tal possibilidade que foram traçadas as espécies básicas de legitimação: a ordinária e a extraordinária.

Enquanto a legitimação ordinária pressupõe efetiva correspondência entre a situação de direito material debatida e a legitimação para estar em juízo, a legitimação extraordinária envolve a atuação processual de quem não é titular exclusivo da situação jurídica e está ali apenas em função de expressa autorização conferida pelo ordenamento jurídico²¹⁰. A regra geral, portanto, é a legitimação ordinária (o art. 18, do CPC); excepcionalmente, contudo, pode o ordenamento jurídico conferir a alguém o poder de conduzir processo a respeito de direito do qual não é titular.

As espécies de legitimação não se excluem entre si. É possível que uma parte ostente a condição de legitimado ordinário e extraordinário ao mesmo tempo, o que ocorre quando há titularidade conjunta na perspectiva material e autorização normativa para que apenas um dos titulares do direito vá a juízo defender a situação material em toda a sua extensão²¹¹. É o que se verifica nos diversos casos de litisconsórcio unitário ativo, em que a impossibilidade de impor a atuação em juízo de todos os titulares da situação material faz com que se admita que apenas um deles ajuíze ação em benefício de ambos²¹².

A legitimação extraordinária pode ser dividida em subordinada e autônoma. Nos casos de legitimação subordinada, a presença do legitimado ordinário em juízo é indispensável, cabendo ao legitimado extraordinário, apenas, a condução do processo como mero coadjuvante daquele. É o caso da assistência simples, em que se autoriza terceiro alheio ao objeto litigioso – mas titular de relação jurídica correlata – a possibilidade de intervir no processo e auxiliar o legitimado

²¹⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, t. 2, p. 176.

“Incomum e restrita a casos específicos e taxativos, a legitimidade extraordinária apresenta uma problemática mais rica multifária do processo civil. Importando o seu deferimento na outorga da possibilidade de atuar afetando o patrimônio alheio (...)” ARMELIN, Donald. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979, p. 120-121.

²¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 388.

²¹² A respeito do litisconsórcio unitário e da possibilidade abstrata de apenas um dos titulares ir a juízo, conferir: “Pode-se com facilidade conceber que, em litigando juntos A e B, seja necessariamente homogênea para ambos a decisão de mérito, sem que *ipso facto* se exclua a possibilidade de qualquer deles litigar em separado.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 131-132)

ordinário²¹³. A legitimidade autônoma, por sua vez, caracteriza-se sempre que o legitimado extraordinário estiver “autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso”^{214 e 215}. Em outras palavras, pessoa estranha ao objeto litigioso atuará em nome próprio e com absoluta independência em relação ao titular do direito litigioso²¹⁶.

Também é possível classificar a legitimação em exclusiva e concorrente. Há legitimação exclusiva sempre que o processo só puder ser conduzido por determinado sujeito. Isto é, o ordenamento jurídico confere a apenas uma pessoa o poder de ir a juízo defender determinada situação jurídica de direito material. A legitimação será concorrente, por sua vez, quando mais de uma pessoa estiver em situação de ir a juízo defender um mesmo direito material. Há, em verdade, uma concorrência de titulares sobre uma mesma situação jurídica processual (legitimidade extraordinária), o que faz com que se estabeleça uma relação entre as situações de legitimação extraordinária concorrente e o litisconsórcio unitário, já que o direito material debatido é o mesmo²¹⁷.

3.4.2. A legitimação coletiva: natureza e características

De acordo com o CDC, a titularidade das situações jurídicas coletivas cabe às coletividades, que são vistas como entes diversos dos respectivos integrantes, numa concepção

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 313.

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 388.

²¹⁵ No pertinente ao conceito de tal espécie de legitimidade extraordinária, ensina José Carlos Barbosa Moreira: “Em certo número de casos, a legitimação extraordinária confere ao respectivo titular a possibilidade de atuar em Juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que caberia se ordinário fôsse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante. Pode falar-se, em tais hipóteses, de legitimidade extraordinária autônoma. Nelas, o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença no processo, do legitimado extraordinário.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, nº 404, p. 11.)

²¹⁶ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, t. 2, p. 181-182.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 389. Sobre as situações que justificam a unitariedade do litisconsórcio, conferir: “Quando a situação jurídica substancial é pluri-subjetiva, isto é, abrange mais de duas posições jurídicas individuais, e a seu respeito se litiga em juízo, o resultado a que se visa no feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Semelhante inserção é uniforme e tem de manter-se uniforme sob pena de tornar impossível a subsistência da própria situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou será impraticável. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143)

organicista de grupo. Nessa perspectiva, há uma homogeneização da titularidade de situações jurídicas coletivas, supondo-se, pois, a própria ausência de divergências internas na coletividade, ao passo que, conseqüentemente, a coletividade seria efetivamente personificada pelo legitimado coletivo²¹⁸.

A referida concepção é criticada por Edilson Vitorelli, que busca na sociologia diferentes concepções de sociedade para viabilizar o exame da titularidade das situações jurídicas coletivas²¹⁹. Contudo, e a despeito das críticas e das dificuldades em definir o titular, é razoável afirmar que, na maioria dos processos coletivos, as situações jurídicas não são introduzidas em juízo pelos respectivos titulares. Embora possa integrar o grupo (como no caso da ação popular), a figura do legitimado coletivo não é titular exclusivo da situação jurídica litigiosa, atuando, portanto, em nome da coletividade.

Com base em tal premissa, cumpre passar ao exame da legitimação coletiva.

Num primeiro momento histórico, houve quem afirmasse que legitimidade coletiva seria ordinária²²⁰. Àquela época, salvo a Lei da Ação Popular Lei nº 4.717/65, inexistiam normas “autorizadoras” da legitimidade extraordinária para defesa dos interesses transindividuais²²¹. Assim, e tendo em vista a necessidade de tutela dos chamados novos direitos, atribua-se a titularidade das situações jurídicas coletivas às associações²²², o que viabilizava a convivência pacífica entre o art. 6º do, CPC/73 e a tutela dos interesses transindividuais. Para fins de proteção das aludidas situações jurídicas (recentemente reconhecidas), a doutrina atribuiu as referidas

²¹⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.25.

²¹⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 25-26.

²²⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97. Vale destacar, confirmando o quanto afirmado, que o próprio autor justifica seu posicionamento, de certa maneira, na necessidade de se conciliar a tutela dos direitos difusos com a norma do art. 6º do CPC.

²²¹ No referido momento histórico, ensinava Ada Pellegrini Grinover: “É, portanto, difícil, *de lege lata*, reconhecer às associações uma legitimação extraordinária apta a lhes atribuir a titularidade do poder de ação, a título de substituição processual. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 179.)

²²² Inclusive, o próprio José Carlos Barbosa Moreira, precursor no Brasil da segunda corrente, ante o panorama legal vigente antes do advento da Lei nº 7.347/85, da CF/88 e do CDC, admitiu o referido entendimento como alternativa interpretativa para contornar a patente incompatibilidade entre a regra do art. 6º, do CPC e a tutela dos direitos transindividuais. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984).

situações jurídicas materiais às associações e demais entes intermediários, que, por sua vez, viam-se autorizados a ingressar com tais medidas voltadas à defesa de tais interesses²²³.

Embora tal concepção tenha tido o mérito de viabilizar a tutela coletiva num momento em que tal proteção ainda era incipiente, há um obstáculo de material à aludida concepção. Como visto anteriormente, a titularidade das situações jurídicas coletivas não cabe às associações e demais corpos intermediários, cabendo à coletividade. Assim, e embora existam efetivamente situações de legitimação coletiva ordinária²²⁴, não há como se ter nisso a regra: na grande maioria dos casos a tutela de situações jurídicas é buscada/obtida por entes que não são titulares (ou menos integralmente) da situação jurídica material.

Em outras palavras, a legitimação coletiva costuma ser extraordinária. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira esclarecia, desde 1977, que os legitimados coletivos não são os verdadeiros titulares das situações jurídicas coletivas, logo, seriam detentores de legitimidade extraordinária para condução do feito coletivo²²⁵ e ²²⁶. O posicionamento em questão é o que vem sendo adotado por quase toda a doutrina atual²²⁷; ademais, parece estar positivado no microsistema de ações coletivas, eis que a Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, e o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, estipulam o rol de legitimados coletivos em que não estão contidos os entes tidos pelo próprio CDC como titulares dos direitos coletivos *lato sensu*. Essa será a linha seguida no presente estudo.

²²³ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 94.

²²⁴ “(...) é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei Federal nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”. Nestes casos a legitimação é ordinária.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 32-33).

²²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

²²⁶ Reconhecendo a tendência em se atribuir legitimidade extraordinária às associações para defesa dos interesses transindividuais, isto antes do advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, ensina Ada Pellegrini Grinover: “Nesses últimos três anos, a maior parte dos estudiosos tem-se orientado no sentido de atribuir expressamente legitimação extraordinária às associações para a tutela de interesses coletivos, sugerindo a alteração do art. 6º do CPC.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 183)

²²⁷ Além dos autores já citados acima: (i) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 192; e, (ii) MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

A legitimação coletiva é autônoma: isto é, os legitimados extraordinários podem ir a juízo independentemente de autorização ou participação do titular da situação jurídica litigiosa. Em relação aos titulares do direito tutelado, por sua vez, trata-se de legitimidade exclusiva. Apenas o legitimado coletivo poderá figurar como parte principal do processo, cabendo, contudo, a assistência litisconsorcial de integrantes da coletividade nos casos de tutela de direitos individuais homogêneos (art. 94, do CDC)²²⁸. Entre os legitimados, contudo, a legitimidade é concorrente; isto é, qualquer dos legitimados está autorizado a discutir em juízo a situação jurídica coletiva (sem necessidade de concorrência da vontade dos demais), sendo possível, ainda, a intervenção ulterior de legitimado que não foi alçado originalmente à condição de parte no processo coletivo (assistência litisconsorcial).

3.4.3. A legitimação para prática do ato processual e dinamicidade de posições processuais

O processo é um conjunto de relações jurídicas travadas entre os diferentes sujeitos processuais. Por metonímia, fala-se em processo como uma única relação jurídica, o que se faz apenas com fins ilustrativos²²⁹. Não se pode ignorar, contudo, que, por se tratar o processo de um conjunto de situações jurídicas, cada um dos respectivos sujeitos pode assumir mais de uma posição²³⁰. É factível, por exemplo, que uma determinada parte chegue a migrar entre polos do processo; isto é, alguém que foi originalmente indicado como réu acabe se tornando autor, como ocorre com o ente público na ação popular e na ação de improbidade administrativa (art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65 e art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92)²³¹.

De igual modo, o Ministério Público pode, num mesmo processo, atuar como autor e fiscal da ordem jurídica, exercendo, pois, posições diversas²³². Há uma sucessão de situações legitimantes que vão surgindo dinamicamente ao longo do processo, e que podem resultar também na intervenção de sujeitos originalmente alheios ao processo. É o que ocorre nas

²²⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 197.

²²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 414.

²³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 03.

²³¹ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 03.

²³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 415.

intervenções de terceiro e no recurso de terceiro, em que a legitimação recursal surge para um sujeito que até então estava alheio ao processo²³³.

Diante disso, e sobretudo nos processos coletivos, propõe-se o exame da legitimidade à luz de cada ato processual a ser praticado: isto é, avalia-se o referido requisito de validade como um “atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato²³⁴”.

3.5. LEGITIMAÇÃO COLETIVA E DEVIDO PROCESSO LEGAL: A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

3.5.1. Generalidades

Numa perspectiva individual, o devido processo legal está historicamente atrelado à necessidade de participação processual dos sujeitos potencialmente afetados pela decisão judicial. Exige-se, pois, a participação individual em contraditório para que o exercício do poder seja tido como regular²³⁵.

Com essa lógica, o art. 18, do CPC estabelece como regra geral que os titulares do direito material devam atuar nas demandas em que são discutidas as respectivas situações jurídicas (legitimidade ordinária). Todavia, e como já destacado, os processos coletivos envolvem, por uma série de fatores, uma atuação por meio de legitimados extraordinários, de modo que os titulares das situações jurídicas podem acabar não participando diretamente do processo. Vislumbra-se, portanto, uma possível tensão entre certas garantias processuais inerentes ao princípio do devido processo legal e a legitimidade coletiva²³⁶; isto porque não há nos processos coletivos participação individual de todos os interessados no direito objeto de debate.

²³³ DIDIER JR., Fredie. Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 140.

²³⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 09.

²³⁵ “Pela análise história realizada a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Inglaterra, é possível afirmar que o conceito de devido processo legal cresceu em volta da participação. A noção de que alguém tem direito de se manifestar perante uma autoridade, antes que ela decida uma causa de seu interesse, faz parte de um senso de justiça, pelo menos na civilização ocidental, que vai além do ordenamento positivo”. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016, p. 148)

²³⁶ “Assim, a proposta que se apresenta é revisitar o conceito de participação no processo, entendendo seu verdadeiro alcance, para, a partir daí, estabelecer condições de possibilidade de um sistema processual representativo, que não signifique apenas o abandono de uma garantia cujo pedigree histórico e a posição de centralidade teórica recomendam que não seja meramente descartada, ainda que em nome de propósitos pragmáticos valiosos.”

Não se pode perder de vista, contudo, que a noção individual de contraditório, contida no art. 18, do CPC, está orientada a um objetivo: a obtenção da melhor decisão possível para o titular do bem jurídico em debate. Tal lógica, por sua vez, está fundada na premissa individualista de que o potencial afetado é quem reúne as melhores condições para promover em juízo uma tutela vigorosa do respectivo direito, eis que tem real interesse no resultado do processo.

No entanto, a tutela pode ser qualificada de outras maneiras; isto é, a participação individual não é a única técnica de realização do devido processo. É justamente aqui que entra a questão da escolha dos legitimados coletivos. Quanto mais criteriosa for a referida escolha — e melhores forem os mecanismos de aproximação entre o legitimado e os interesses dos substituídos —, mais qualificada será a participação representativa em juízo e mais justificado estará o abandono da lógica da participação individual, o que, por conseguinte, conduzirá a uma tutela mais adequada dos direitos transindividuais²³⁷ e consequente respeito ao devido processo legal.

3.5.2. Do controle judicial da representatividade adequada

O sistema de ações coletivas brasileiro estabelece um rol abstrato de sujeitos dotados de legitimação coletiva. A princípio, portanto, a legitimação coletiva é *ope legis*²³⁸, bastando a subsunção do pretense legitimado ao rol legal para que haja tal poder²³⁹. Existiria, pois, uma presunção *iure et de iure* de que os entes que constam do rol legal congregariam, sempre, as

(VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 163)

²³⁷ Para uma crítica à participação como elemento instrumental do processo, ver: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 192-200.

²³⁸ Explicitando o motivo pelo qual entende não ser possível o controle judicial da “adequacy of representation”, ensina Arruda Alvim: “Isto porque, pelo legislador, legitimados são sempre estes, sem possibilidade de alteração pelo juiz. Ou, por outras palavras, o legislador entendeu que esses legitimados são “adequados” e inadmite que isto possa ser discutido, no plano de aplicação desta lei.” (ALVIM, José Manoel Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Teresa Arruda; e SOUZA, James J. Marins de. *Código de defesa do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 382).

²³⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201. Também nesse sentido, embora entendendo que a possibilidade de dispensa do requisito de pré-constituição das associações, previsto no art. 82, §1º do, CDC e 5º, V, da LACP, seja, de certa forma, uma manifestação de tal controle judicial: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

qualidades necessárias para garantir à coletividade uma vigorosa tutela dos respectivos interesses²⁴⁰.

Diante de tal panorama, parte da doutrina entende que a questão da escolha dos legitimados teria sido deixada ao legislador, não cabendo ao magistrado avaliar a adequação do legitimado coletivo ao caso (*adequacy of representation*)²⁴¹. Por mais despreparado e descompromissado que o pretense legitimado seja, não haveria de ser questionada a presença de legitimidade coletiva, devendo o magistrado processar normalmente a demanda proposta por qualquer um dos integrantes do rol.

Contudo, há quem entenda pela possibilidade de tal averiguação²⁴²; isto é, pela possibilidade de controle judicial da *adequacy of representation* como manifestação do devido processo legal nas ações coletivas. Para a aludida parcela da doutrina, a simples existência de um rol legal de legitimados não é suficiente, eis que, no caso concreto, o representante abstratamente previsto pode não se mostrar adequado para a defesa dos interesses da classe substituída, o que resultará em afronta ao devido processo legal²⁴³.

Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa-fé e abençoada pelo poder estatal. Muito embora goze de uma presunção de competência, a verdade é que também o Ministério Público pode ser um representante inadequado em alguns casos específicos e caberá ao juiz da causa controlar sua atuação no caso concreto.²⁴⁴

²⁴⁰“Esse suposto raciocínio do legislador, que cria relações de legitimados, veicula, em verdade, uma presunção. O legislador presume que aqueles indicados são, efetivamente, representantes adequados de conflitos coletivos, porque detêm como uma de suas finalidades a defesa de determinados interesses da coletividade (como o meio ambiente, o patrimônio cultural, o consumidor etc.), ou então, encontram-se munidos de vocação à defesa de interesses que pertencem à coletividade e que revelam um interesse socialmente relevante e/ou indisponível.” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 66).

²⁴¹ Nesse exato sentido: FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, nº 133, p. 36.

²⁴² Dentre outros: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008; WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.4; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.) *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 66-80; e, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, nº 361.

²⁴³ Inclusive, em 1984, ou seja, antes da vigência das leis que estabeleceram o sistema geral de ações coletivas no Brasil, José Carlos Barbosa Moreira defendia, com relação às associações, o regramento da legitimação coletiva em termos flexíveis, reservando-se ao magistrado “margem razoável de liberdade”, para a respectiva aferição casuística. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 35-36.)

²⁴⁴ GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. nº 108. São Paulo: RT, out/dez 2002. Também cogitando tal possibilidade: GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações

Há de haver um exame judicial voltado a garantir que o legitimado aja de maneira compatível com os interesses da coletividade substituída, tudo de modo a se obter, na medida do possível, um resultado semelhante ao que seria atingido caso houvesse a participação da classe titular²⁴⁵. Trabalha-se, pois, com a ideia de aproximação da atuação do legitimado à vontade dos potenciais afetados.

Buscando compatibilizar a existência de um rol legal de legitimados com a necessidade de controle da legitimidade, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr propõem um exame bifásico da legitimidade: num primeiro momento, avalia-se se existe autorização legal para que o ente figure como substituto dos titulares da situação jurídica, ao passo que, mais adiante, o juízo faz o exame concreto da legitimidade, aferindo de maneira motivada se o legitimado pode efetivamente estar em juízo substituindo a coletividade²⁴⁶.

O Judiciário brasileiro vem caminhando neste sentido. Há diversas decisões sobre a adequação da legitimidade do Ministério Público para atuação na defesa de direitos individuais homogêneos. Com fundamento no art. 127, da CF/88, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que o Ministério Público apenas teria atribuição funcional para atuar como legitimado nos casos em que os direitos individuais homogêneos tivessem inequívoca relevância social, ao passo que nos demais casos não lhe caberia tal atuação²⁴⁷. Também nessa linha, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já concluiu pela ilegitimidade de associação de servidores federais à luz de conflito de interesse entre o referido ente e parte da categoria substituída; isto é, a atuação se voltava à defesa de uma parcela da categoria em detrimento de outra, o que resultou no reconhecimento do sindicato como parte ilegítima (já que deveria atuar em favor de todos)²⁴⁸.

Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, nº 361, p. 5.

²⁴⁵ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 103.

²⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 202.

²⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp nº 1541275/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 17 dez. 2015, DP 18 dez. 2015, disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2017.

²⁴⁸ Conferir: (i) Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, RMS nº 19.803-MG, Rel. Min.: Paulo Medina, DJ: 23 ago. 2005, DP: 10 out. 2005, disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2017; e, (ii) Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, ROMS nº 23.868-ES, Rel. Min.: Maria Thereza de Assis Moura, DJ 17 ago. 2010, DP: 30 ago. 2010, disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2017.

Logo, e embora não exista dispositivo expresso voltado especificamente a permitir o controle casuístico da legitimidade, já se vê no Brasil mostras da referida preocupação (ainda que de modo incipiente e assistemático). O fundamento de tal posição (ainda que não declarado) é a incidência direta do devido processo legal às ações coletivas, evitando-se, pois, a atuação de legitimados que não tenham como representar adequadamente os titulares da situação jurídica litigiosa²⁴⁹.

3.5.3. A proposta de Edilson Vitorelli para a participação em litígios coletivos

Como visto, Edilson Vitorelli classificou as situações jurídicas coletivas a partir do litígio; vale dizer, utilizou as variáveis do litígio – conflituosidade interna e complexidade, para traçar as seguintes espécies: (i) litígio coletivo de difusão global; (ii) litígio coletivo de difusão local; e, (iii) litígio coletivo de difusão irradiada. A partir de tal divisão, o autor traçou o que entende por devido processo legal coletivo, *definindo, inclusive, a disciplina que entende adequada para a participação processual em cada uma das referidas situações*.

No caso dos litígios de difusão local, Vitorelli lembra que há baixa conflituosidade entre os integrantes do grupo. Por tal motivo, defende que a ausência de pessoas especificamente afetadas justifica um tratamento processual que prestigie a sociedade como um todo, já que a relevância da lesão para os indivíduos é baixa. Em tal contexto, a escolha do legitimado deve recair sobre ente apto a promover a defesa da sociedade como um todo, e não em prestígio a uma determinada parcela do espectro social. Logo, é mais interessante que sejam escolhidos os legitimados “imparciais”, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e PROCONs, evitando-se a atuação isolada de instituições vinculadas a finalidades temáticas específicas, como sindicatos e organizações não governamentais, pois tendem a favorecer uma visão do litígio direcionada aos interesses a que estão vinculadas (e não uma perspectiva global que interesse a todos indistintamente)²⁵⁰.

²⁴⁹ Nesse sentido, formulando inclusive uma proposta *de lege lata* para realização do referido controle: (GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 68)

²⁵⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 490.

A situação muda de figura quando se está a tratar de litígios de difusão local, em que há nível médio de conflituosidade e *afetação substancialmente mais elevada de uma determinada comunidade ou minoria social*. Em tais hipóteses, o representante ideal não é um órgão estatal imparcial como o Ministério Público, sendo mais adequado que se pense em entes e/ou associações vinculadas tematicamente à defesa da comunidade ou da minoria social lesada (como a FUNAI ou ONGs). Deste modo, prestigia-se a visão do grupo de pessoas afetadas pela lesão de massa, eis que as associações e sindicatos tendem a ser mais abertas à vontade da coletividade a que estão tematicamente vinculadas e estar mais inteiradas dos problemas do grupo²⁵¹.

O legitimado, por sua vez, deve *incentivar a participação do grupo atingido*, ouvindo os anseios da comunidade para tornar a respectiva atuação processual ainda mais aderente àquilo que é pretendido pelo grupo titular da situação jurídica.

Cabe lembrar que as comunidades tradicionais e/ou minorias não são imunes a divergências internas; isto é, os litígios de difusão local envolvem algum grau de conflituosidade interna. Para acomodar processualmente tais aspectos, é possível pensar numa maior abertura do processo aos influxos individuais dos membros do grupo, bem como na possibilidade de atuação de mais de um legitimado coletivo, um para cada posição relevante²⁵². Além disso, e não sendo possível dispor de dois legitimados atuando juntos, pode-se cogitar da própria na abertura em juízo, pelo legitimado, da divergência interna e visões existentes, o que viabilizaria que o Poder Judiciário decidisse sobre a melhor solução a ser adotada²⁵³. O importante é que todos os pontos de vista relevantes tenham alguma vazão no processo, sendo que os custos decorrentes de tal pluralização seriam recompensados com uma maior qualificação e aderência da prestação jurisdicional.

No caso dos litígios irradiados, há dificuldades ainda mais graves: diante da multiplicidade de interesses desalinhados - isto é, do elevado grau de conflituosidade -, é muito pouco provável que um único legitimado esteja em condições de defender com igual vigor a

²⁵¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 510-511.

²⁵² “(...) se a opinião do representante for compartilhada por uma parcela do grupo, o mais indicado pode ser a pluralização da representação, com a formação de subgrupo, atribuindo-se a outro legitimado a tarefa de atuar em nome dos descontentes.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 510.

²⁵³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 510.

multiplicidade de perspectivas envolvidas. Logo, há que se distribuir a representação/legitimação entre múltiplos agentes, sendo que cada um dos legitimados deve estar efetivamente alinhado aos interesses do subgrupo defendido, garantindo-se, assim, por meio de diferentes amostragens participativas, uma maior aderência entre os legitimados e os interesses materiais subjacentes ao litígio²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Além disso, e obedecendo à lógica da complementaridade entre participação e representação²⁵⁶, cada legitimado deverá viabilizar “momentos participativos” do respectivo subgrupo; isto é, ocasiões para contato entre os titulares de cada perspectiva do litígio e o legitimado correspectivo. A amplitude e multiplicidade dos referidos momentos de participação serão diretamente proporcionais à complexidade do litígio, tudo de modo a permitir uma maior correspondência entre o que é pretendido pelos grupos de interesse e o que é efetivamente postulado e defendido pelo legitimado coletivo. Desse modo, evita-se que a variedade de soluções possíveis e o distanciamento do legitimado acabem levando a um “descolamento” entre a atuação representativa e o que efetivamente é pretendido pelo afetados pela lesão. Ademais, os referidos momentos participativos servirão à solução de eventuais divergências nos subgrupos, de modo a suprimir novas subdivisões e o correlato excesso de legitimado coletivos em atuação²⁵⁷.

²⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.538-539

²⁵⁵ Também nessa linha, colhe-se a lição de Sérgio Arenhart: É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia, seja diretamente pelos interessados (quando possível), seja por meio de “representantes adequados” de tais interesses, seja ainda pelos especialistas que possam contribuir com o aporte de uma visão mais adequada e correta do problema e de eventuais soluções possíveis. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015).

²⁵⁶ “(...)exige que o processo representativo contemple momentos participativos, anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante, nos quais os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação. Nenhum esquema processual representativo que inadmita, de modo geral e absoluto, a participação dos indivíduos representados, nem imponha sobre o representante o questionamento contínuo de sua conduta, sob ameaça de substituição, pode ser compatível com um regime jurídico que demanda a adequada tutela de direitos materiais. Isso porque, ausentes essas condições, não há garantias institucionais de que o representante tem estímulos para agir adequadamente em defesa dos direitos do grupo, arriscando-se o rompimento da relação representativa, o que faria do representante um mero agente de seus próprios interesses ou das posições sociais dominantes, cuja atuação perderia o vínculo com aqueles que ele diz representar. Representação é uma atividade que pressupõe juízo de valores por parte do representante, perdendo qualquer sentido caso se considere que ele tem a prerrogativa de afirmar verdades em nome de terceiros, ou, em outro extremo, fazer, em seu nome, escolhas completamente voluntaristas.” (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.252).

²⁵⁷ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.539.

3.6. O PROCESSO ESTRUTURAL

3.6.1. Conceituação inicial

Na década de 50, juízes federais norte-americanos se depararam com a necessidade de concretizar decisão da Suprema Corte que impunha o fim da segregação racial no sistema educacional (*Brown v. Board of Education*). A efetivação da referida decisão, por sua vez, impunha o delineamento de verdadeiro programa de reestruturação do sistema de ensino, inclusive com a definição dos meios que levariam ao fim da segregação. A análise das particularidades de tal caso, por sua vez, resultou no surgimento do que se chamou de *structural injunction*²⁵⁸, isto é, percebeu-se “que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes”, impondo, pois, respostas difusas concretizadas com várias imposições ou medidas gradativas²⁵⁹. Trata-se, portanto, de uma concepção muito mais pragmática do que analítica, inexistindo originalmente uma preocupação em definir e/ou categorizar esse fenômeno processual²⁶⁰.

Com base no que a doutrina brasileira diz a respeito do tema²⁶¹ e nos próprios elementos colhidos a partir do relato da experiência norte-americana²⁶², é possível traçar as seguintes noções

²⁵⁸ FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25-26.

²⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. nº 225, versão eletrônica. São Paulo: RT, nov., 2013.

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354.

²⁶¹ Na formação de tal conceito, foram abarcadas as concepções e contribuições de: (i) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 38-39; (ii) ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015; e, (iii) DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 355.

²⁶² Eis o que narra Sérgio Cruz Arenhart sobre o caso mais emblemático: “O julgamento da Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education* é muito conhecido. Nele, em razão de uma ação coletiva ajuizada contra o município de Topeka (Kansas), 13 pais reclamavam contra a política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, em decisão unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, por violação à 14.ª Emenda à Constituição dos EUA, pondo fim à prática até então autorizada da doutrina dos “separados, mas iguais”.

Um ano mais tarde, diante de queixas de várias escolas quanto às dificuldades em implantar a nova política de não

iniciais a respeito do tema: o processo estrutural visa atingir uma meta de conteúdo aberto (p. ex., o fim da segregação escolar baseada em raça), ao passo que a concretização de tal escopo impõe a realização de uma reforma estrutural (*structural reform*); tal reforma, por sua vez, abarcará múltiplas imposições dotadas níveis de abstração inferiores ao da ordem original, sendo que tais mandamentos serão emitidos e efetivados de modo gradual, dinâmico e supervisionado, inclusive com a relativização da segregação entre cognição e execução²⁶³.

O objetivo inicial, portanto, é estabelecer uma norma jurídica de conteúdo mais rarefeito e voltado à promoção de um determinado estado de coisas. Ao longo do desenvolvimento do processo, contudo, tal norma inicial se desdobrará de maneira mais concreta, sendo impostas (ou negociadas²⁶⁴) as “condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado alcançado²⁶⁵”. É comum, portanto, que, depois de proferida a decisão principal, sejam prolatadas novas ordens menos abstratas e direcionadas especificamente à resolução de problemas decorrentes da concretização da meta originalmente fixada, valendo destacar que tais prescritivos podem advir também da autonomia da vontade (isto é, de negociação entre os envolvidos).

Já há processos estruturais no Brasil. Um bom exemplo é do processo que discutiu a atividade de mineração de carvão na região de Criciúma-SC, relatado por Sérgio Cruz Arenhart em trabalho específico:

discriminação, a Suprema Corte norte-americana viu-se forçada a reexaminar a questão, originando a decisão chamada de *Brown v. Board of Education II*. Nessa decisão, a Suprema Corte norte-americana, à vista da resistência de muitos Estados em atender ao novo marco estabelecido pela primeira decisão, decidiu que a implementação da ordem de não segregação de crianças negras em escolas deveria fazer-se pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. Em outras palavras, a ordem da Suprema Corte, considerando as dificuldades em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos (cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local) que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas. Esses planos demandariam tempo e precisariam conformar-se às peculiaridades de cada lugar. Assim, conseguiu-se decisão mais aderente à realidade de cada lugar e praticamente factível.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. n° 225, versão eletrônica. São Paulo: RT, nov., 2013).

²⁶³ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 405-408.

²⁶⁴ Sobre a execução negociada de políticas públicas, conferir: COSTA, Eduardo José Fonseca da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. n° 212, versão eletrônica. São Paulo: RT, out., 2012. Embora o texto se referia especificamente à judicialização de políticas públicas, fenômeno abarcado pelo processo estrutural, é possível aplicar a referida noção a todo e qualquer processo estrutural, isto porque a implementação de programas se afigura mais fácil caso aja participação e composição entre os diferentes envolvidos.

²⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354.

Em 1993, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública (autos n. 93.8000533-4) junto à Justiça Federal de Criciúma, pretendendo impor às réus (mineradoras e a União, perfazendo um total de 24 réus) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração.

Em janeiro de 2000, foi proferida sentença, pelo então Juiz Federal Paulo Afonso Brum Vaz (hoje, Desembargador Federal no TRF-4.^a Reg.), em que se impôs aos réus (mineradoras, seus sócios-gerentes, mandatários ou representantes, sucessores, União e Estado de Santa Catarina) oferecer, em seis meses (contados da intimação da sentença) um projeto de recuperação da região, contemplando, pelo menos, "todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento". Em apoio à ordem, foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas dos condenados, de terceiro para a elaboração e execução do mencionado projeto. Por fim, a sentença ainda impôs às mineradoras que adequassem sua conduta às normas de proteção ambiental, em sessenta dias, sob pena de interdição; e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região. Finalmente, a sentença impôs ao Ministério Público Federal opinar sobre o projeto de recuperação que seria apresentando, o qual seria posteriormente chancelado pelo Poder Judiciário.

Em razão de apelações interpostas, os sócios das carboníferas (bem como uma das carboníferas condenadas) foram excluídos da responsabilidade, ampliando-se ademais o prazo para a recuperação dos recursos hídricos atingidos com o dano ambiental reconhecido. Posteriormente, foram também interpostos recursos especiais, parcialmente providos, apenas para rearranjar a responsabilidade de cada um dos condenados e definir com maior precisão a sua extensão.¹² Após embargos de declaração opostos por alguns dos sujeitos envolvidos, o feito foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, para análise de recurso extraordinário apresentado. O recurso não foi admitido, tendo sido objeto de agravo regimental, que também foi desprovido.¹³ Não conhecidos os embargos declaratórios opostos contra esse acórdão, transitou em julgado a decisão de procedência parcial da ação civil pública em setembro de 2014.

Paralelamente ao trâmite recursal, o Ministério Público Federal deu início à execução provisória da sentença. Embora a sentença estivesse sujeita a reexame necessário, foi autorizada, em antecipação de tutela, o início dos atos executivos. A complexidade da matéria - e da efetivação do comando sentencial - recomendou que o cumprimento se desdobrasse em várias fases, posteriormente desdobradas também em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado.

Na primeira fase, que vai de 2000 a 2004, ainda não se tinha muito bem delineada a dimensão do problema e a extensão da condenação. Porque a sentença havia imposto, genericamente, a obrigação de reparar o dano ambiental, ainda não se tinha a precisa definição daquilo que seria necessário de modo exato para o cumprimento dessa imposição, nem o perfeito delineamento da extensão da área a ser reparada. Nessa fase, enfim, obteve-se informações que subsidiaram, posteriormente, a adoção de medidas mais concretas capazes de enfrentar a complexa tarefa da reparação ambiental.

A segunda fase da execução - de 2004 a 2005 - tem como ponto culminante a consolidação pelo Ministério Público Federal de uma estratégia para o enfrentamento do problema. Valendo-se de sua assessoria técnica - e do aporte de informações do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral - conseguiu-se identificar as fragilidades das informações antes trazidas pelas réus condenadas e adotar medidas para padronizar os projetos antes apresentados por estas,

comprometendo-as de modo concreto ao emprego de medidas para a recuperação ambiental. As informações trazidas por aquela assessoria, ademais, permitiram desenhar com maior determinação exatamente que medidas deveriam ser adotadas por cada uma das réus, a curto, a médio e a longo prazo, para a recuperação do ambiente degradado.

Na terceira fase - de 2006 a 2009 - os réus foram efetivamente obrigados a apresentar os projetos segundo a padronização indicada pelo Ministério Público Federal, de modo a permitir um controle preciso dos atos que estavam sendo adotados e daqueles que deveriam ser tomados. Com isso, concretizava-se os deveres impostos aos condenados, sendo possível cobrar deles medidas concretas com prazo específico. Ademais, nessa época também se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA). Esse grupo, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo ligados à questão ambiental, tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental. Releva salientar que as decisões desse grupo não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso de todos, o que foi vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença.¹⁴

Também nesse período foi elaborada uma "proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento para as áreas degradadas pela mineração de carvão no Estado de Santa Catarina". Esse documento permitiria acompanhar de modo mais próximo e preciso a situação da poluição da região (causada pela exploração do carvão) e serviu de base para a ulterior elaboração de relatórios técnicos, por parte do GTA, que monitoravam as consequências da implementação das medidas de redução da poluição.

Em base desses elementos, conseguiu-se elaborar vários acordos com os réus, para a recuperação dos danos ambientais (19 acordos, ao todo). Em razão desses acordos, 73% das áreas terrestres atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para a recuperação ambiental, a ser executado até o ano de 2020.

Por fim, tem-se atualmente a quarta fase do cumprimento da sentença judicial, em que basicamente se busca a efetiva implementação daqueles cronogramas e, de modo mais amplo, dos projetos de recuperação ambiental. Pautando-se por uma atuação que privilegia o contato direto com as partes, com os técnicos e com as áreas objeto da recuperação ambiental, e pela construção de soluções consensuais, tenta-se objetivar o mais possível as medidas que devem ser adotadas para a solução da questão. Também nesse período foi construída uma página na *internet* para permitir o acompanhamento, pelo público, das medidas que foram e estão sendo adotadas, de modo a engajar toda a sociedade no projeto de recuperação da área²⁶⁶.

Verifica-se, portanto, que os processos estruturais já são uma realidade no Brasil, decorrendo de problemas práticos que são enfrentados na praxe forense diariamente²⁶⁷. Inexiste, contudo, uma percepção específica por parte dos operadores envolvidos, de modo que cabe à doutrina perceber a referida realidade e prover/difundir as soluções processuais necessárias ao

²⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015.

²⁶⁷ São exemplos de litígios estruturais: (i) o pedido de intervenção do CADE na sociedade para fins de defesa da concorrência, inclusive com possibilidade de administração total respectiva (art. 96, da Lei nº 12.529/2011); e, (ii) o caso Raposa Serra do Sol, em que o STF admitiu demarcar vasta área fronteira em favor de comunidade indígena e instituiu diversas condições para o usufruto da terra pelos índios. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.4, p. 411-413).

adequado equacionamento dos casos em que o bem jurídico discutido impõe um processo de natureza estrutural²⁶⁸.

3.6.2. Os processos estruturais na teoria dos litígios coletivos: a complexidade e conflituosidade como atributos

A proposta de Edilson Vitorelli para compreensão do processo coletivo envolve a análise do processo a partir do litígio, examinando-se, notadamente, a complexidade do problema (número de soluções possíveis), bem como a conflituosidade verificada entre os integrantes do grupo de pessoas afetadas. A partir de tais atributos, o referido autor traça as três categorias de litígios coletivos: os de difusão global, os de difusão local e os de difusão irradiada²⁶⁹.

Em primeiro lugar, é importante destacar que os litígios processados estruturalmente são dotados de grande complexidade. Uma vez traçado o estado de coisas a ser alcançado (comando inicial), são diversos os caminhos que podem conduzir à respectiva efetivação. Tome-se como exemplo a situação do carvão em Criciúma: eram possíveis diversas soluções técnicas, decorrendo daí, pois, a criação de verdadeira estratégia para definição dos meios de enfrentamento do problema e concretização da ordem geral de reconstituição do meio ambiente.

Por outro lado, as reformas estruturais impactam gravemente “sobre grupos distintos de pessoas, com interesses não alinhados²⁷⁰”. Logo, tem-se que as situações em questão envolvem alto grau de conflituosidade, isto é, não envolverão apenas litígio entre autores e réus, verificando-se contraposição de interesses entre os integrantes do grupo afetado pelo ilícito que deu origem ao litígio. Assim, e considerando o alto grau de complexidade e de conflituosidade próprios aos litígios processados estruturalmente, só se pode concluir que se tratam de litígios coletivos de difusão irradiada²⁷¹.

²⁶⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 370.

²⁶⁹ Conferir itens anteriores.

²⁷⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 374.

²⁷¹ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador:

3.6.3. Da multipolaridade e zonas de interesses no processo estrutural

Já se pode intuir que a multiplicidade de interesses inter-relacionados é uma característica dos litígios de difusão irradiada e, conseqüentemente, do processo estrutural²⁷². Diferentemente do que ocorre no processo individual – e nos próprios feitos em que se processam litígios de difusão global – não há nos processos estruturais um antagonismo entre apenas dois polos, trabalhando-se com “a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado”²⁷³.

Na prática, portanto, não há que se resumir o conflito num litígio de X contra Y: o processo estrutural envolve a submissão ao Poder Judiciário de um problema que demanda solução e que abarca diversos interesses multiformes. Por vezes, inclusive, há uma convergência quanto à necessidade de solução do problema sob o ponto de vista macroscópico, porém, intensa conflituosidade no que toca à forma de solução e as medidas necessárias para tal, do que resulta uma multiplicidade de polos que se alinham (ou não) dinamicamente²⁷⁴.

Justamente por tal motivo, é mais adequado substituir a noção habitual de litígio (e de polos estanques da relação processual) por uma concepção de verdadeiras zonas de interesses, abandonando-se, portanto, a ideia de interesse processual imutável²⁷⁵ para conceber que sujeitos alocados formalmente em polos opostos do processo possuam “simultâneas pretensões e áreas de

Juspodivm, 2017, p. 374. Também neste sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 84.

²⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015.

²⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424.

²⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424.

²⁷⁵ “Por isso, não podemos concordar com a ideia de que o interesse processual é “único e imutável”, somente podendo assumir um formato no curso do processo. Em nosso entender, o interesse processual reflete a utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes, uma realidade constantemente sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder, facultando a atuação que o litigante repute como a mais adequada para a satisfação de suas situações de vantagem.” (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 30.)

interesses materiais comuns, bem como outras esferas de discordância”²⁷⁶, inclusive com a possibilidade de migrações pendulares num mesmo processo.

Assim, categorias como a legitimidade e interesse de agir devem ter os respectivos filtros de análise reduzidos, avaliando-se tais requisitos de acordo com a prática de cada ato processual. À luz da possibilidade de mudança de interesses materiais e da própria dinamicidade do fenômeno processual, há que se examinar a legitimação de modo compartimentado, avaliando-se se há autorização para prática do ato processual específico (e não para o processo como um todo). Deste modo, é mais fácil verificar a conformidade do exercício das situações jurídicas materiais com as situações jurídicas materiais subjacentes à atuação de cada sujeito processual²⁷⁷, acomodando-se toda a dinamicidade do fenômeno processual em questão.

²⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 18.

²⁷⁷ “Como pertine ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade à específica situação concreta onde tal poder será exercido. Se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a legitimatio ad causam), mas referente ao ato processual específico (a legitimatio ad actum)”. (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 9)

4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO

4.1. A CRISE EMPRESARIAL COMO LESÃO COLETIVA

4.1.1. Da lesão a direitos coletivos

Como visto, a atividade empresarial é um bem tido por relevante pelo ordenamento jurídico, pois pode proporcionar riqueza, abastecimento do mercado, emprego e inúmeros outras externalidades úteis aos indivíduos e às coletividades. A existência de pessoas jurídicas de responsabilidade patrimonial limitada é prova de tal premissa: vale dizer, o legislador instituiu a limitação de responsabilidade dos sócios justamente para encorajar o desempenho da atividade empresarial.

Logo, a crise da empresa é uma situação fática indesejada pelo ordenamento jurídico.

Como existem normas jurídicas que encontram fundamento na atividade empresarial como valor, a crise respectiva é uma situação a ser evitada. Nesse contexto, e como visto anteriormente, o legislador criou normas jurídicas voltadas a dar tratamento à referida situação de fato: seja para viabilizar o soerguimento da empresa, seja para racionalizar a sua extinção (falência).

Partindo de tais premissas, é possível concluir que uma crise que afete a empresa (como atividade) possui efeitos sobre os indivíduos e coletividades que se beneficiam das externalidades positivas daí decorrentes. Em outras palavras, as dificuldades experimentadas pelo empresário (titular da empresa) repercutem sobre a atividade e, por consequência, sobre todos aqueles que auferem, direta ou indiretamente, *benefícios sociais* resultantes do modelo de produção ameaçado²⁷⁸.

²⁷⁸ “A empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, na medida em que, ao explorar a atividade prevista em seu objeto e ao perseguir o seu objetivo - o lucro -, promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do país, não porque esse seja o seu objetivo final - de fato, não o é -, mas simplesmente em razão de um efeito colateral benéfico (que os economistas chamam de "externalidade positiva") do exercício da sua atividade.” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 73).

Há, portanto, um interesse coletivo no reestabelecimento da atividade empresarial e consequente aquecimento da economia²⁷⁹.

Mais concretamente, contudo, a crise e a própria forma de reestruturação/preservação da atividade podem contrariar interesses de diferentes titulares, sendo certo que a crise não afetará a todos de maneira homogênea. Os sacrifícios resultantes de tal fato - e da própria necessidade de reestruturação - tendem ser distribuídos de diferentes maneiras entre os indivíduos e grupos que orbitam em torno da atividade, o que variará de acordo com diversos aspectos.

Os habitantes de pequenas localidades em que são desenvolvidas as atividades, por exemplo, são afetados de maneira particular. Por vezes, a empresa em crise representa quase toda a atividade econômica de um município ou mesmo de uma região, o que faz com que uma eventual crise resulte em consequências particulares, abruptas e desastrosas para a comunidade local.

Em tais casos, a redução da atividade primária resulta numa crise de emprego e adimplência; essa primeira crise, por sua vez, repercute de maneira semelhante nas atividades de menor porte. Os pequenos fornecedores acabam não tendo como receber sua contrapartida pelo que já venderam/prestaram, de modo que acabam por reduzir suas perspectivas de vendas futuras. Tal fato, por sua vez, finda por resultar em mais desemprego e em prejuízos cíclicos para todos os habitantes da localidade. Mesmo os grupos de habitantes que não se relacionam diretamente com a atividade — e que tenham fontes de renda dela desvinculadas (servidores públicos estaduais ou federais, p. ex.) — acabam sofrendo com questões correlatas, tais como o incremento da criminalidade resultante do desemprego, redução no recolhimento de tributos e consequente precarização dos serviços públicos municipais, bem como com outras mazelas decorrentes do ciclo acima sintetizado²⁸⁰.

²⁷⁹ “Muito mais que os simples interesses de seus titulares, é a função social-econômica da empresa, refletida nos empregos que representa, nas riquezas que gera e movimenta, nas alternativas que oferece para o mercado, na base que fornece ao desenvolvimento econômico do ambiente em que atua, que justifica a preocupação com a sua preservação.” (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 102-103.)

²⁸⁰ No município de Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, por exemplo, o Ministério Público Estadual aforou ação civil pública justamente para discutir um calote generalizado decorrente de crise empresarial verificada num consórcio de empresas que tinham se organizado para construir uma unidade de fertilizantes para a Petrobras. Por força da inadimplência do consórcio, as sociedades locais começaram a passar por dificuldades, resultando, assim, numa crise regional cíclica. Eis o que disse o Ministério Público Estadual na petição inicial: “(...) há de haver agora através desta

De igual modo, é possível que um determinado grupo de empregados de uma sociedade tenha se tornado extremamente especializado em atender determinadas necessidades da atividade. Desse modo, eventual interrupção/crise da empresa levará ao desemprego respectivo e a uma natural dificuldade de recolocação no mercado de trabalho, sobretudo se o segmento de atuação for muito particular e não puder ser rapidamente encampado por outro empresário. Para tais empregados, portanto, a crise empresarial terá uma relevância particular diversa daquela sentida pelo restante da mão de obra (que poderá se recolocar mais rapidamente no mercado de trabalho).

Percebe-se, portanto, que os interesses atingidos são os mais diversos possíveis, bem como que variarão de acordo com o caso concreto. De maneira geral, contudo, e a partir das noções constantes do capítulo anterior, já é possível concluir o seguinte: a crise da empresa é uma lesão de caráter nitidamente coletivo²⁸¹.

Testando tal premissa sob a perspectiva do art. 81, do CDC, núcleo do microsistema da tutela coletiva, é possível afirmar que a crise atinge diretamente um direito de natureza difusa, qual seja: o direito à manutenção de um ambiente empresarial saudável, que encontra amparo no art. 47 da Lei nº 11.101/2005. Esse dispositivo estabelece para a coletividade um direito difuso à manutenção de ambiente de produção baseado na atividade empresarial — bem jurídico indivisível e titularizado por um grupo de integrantes não relacionados entre si e indetermináveis.

De igual modo, é possível vislumbrar violação a direitos de natureza coletiva *stricto sensu*. Como visto, a crise empresarial costuma repercutir diretamente sobre as condições de trabalho dos empregados, resultando, pois, em possível violação, ainda que indireta, ao ambiente de trabalho dessa coletividade composta por sujeitos determináveis e vinculados ao devedor pela relação de emprego. É o caso da fábrica que deixa de reunir condições econômicas para atender a

ação, socorro não só aos empresários fornecedores, **mas socorro a toda a sociedade treslagoense que vem sofrendo com o calote, haja vista que muitos empresários já fecharam as portas, demitiram e vão continuar demitindo muitos empregados.**” (grifou-se)

“Em verdade, a problemática jurídica instalada ganhou contornos excepcionais haja vista que **gira em torno de direitos coletivos**. O caso envolveu grande empreendimento, capaz de causar significativa modificação na realidade urbana da cidade do porte de Três Lagoas, não havendo como não reconhecer a responsabilidade social de todas as empresas que assumiram voluntariamente a empreitada, seja na condição de tocar e administrar a obra de construção (CONSÓRCIO UFN III), seja na condição de dona da obra (PETROBRAS).”

“Não se tem outra alternativa senão o Poder Judiciário chamar todas as empresas envolvidas no empreendimento à responsabilidade para ao menor tentar restabelecer a ordem social e econômica que tomou conta da cidade de Três Lagoas e o Estado de Mato Grosso do Sul.” (Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Ação Civil Pública nº 0802429-09.2015.8.12.0021, fl. 07, disponível em: <www.tjms.jus.br>. Acesso em: 26 de out. de 2017).

²⁸¹ “(...) a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de direito comercial*: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58).

determinados requisitos de segurança inerentes à atividade, colocando em risco todos aqueles que ali empregam sua força de trabalho.

Por outro lado, tem-se que a crise empresarial geralmente conduz a uma situação de inadimplência generalizada, o que, por sua vez, faz surgir diferentes direitos individuais homogêneos passíveis de tratamento coletivo. *A crise, portanto, é justamente a origem comum da lesão*, sendo que a homogeneidade tende a decorrer da padronização das relações travadas pelo empresário com seus fornecedores, empregados e financiadores. É o que ocorre com os créditos titularizados por credores trabalhistas, que têm na crise sua origem comum e tendem a ser homogêneos por força da própria natureza semelhante das relações trabalhistas.

No ponto, inclusive, cabe anotar que o tratamento coletivo dos créditos em geral é algo que se impõe no panorama da tutela da empresa em crise. A lógica é basicamente a seguinte: como se pretende preservar a empresa, inclusive numa perspectiva de tutela de interesse difusos e coletivos *stricto sensu*, não se permite a tutela atomizada dos interesses individuais, sob pena de a satisfação egoística dos credores acabar refletindo negativamente no panorama geral de superação da crise e preservação da empresa²⁸².

4.1.2. Do potencial litígio: complexidade e conflituosidade

Para fins de caracterização da situação jurídica coletiva e correlata estruturação de um devido processo legal coletivo, Edilson Vitorelli propõe um exame das situações jurídicas coletivas a partir do litígio; isso é, à luz das possíveis controvérsias resultantes da situação de fato trazida como problema.

Embora tal tema já tenha sido objeto de exame, vale lembrar que o referido autor caracteriza os litígios coletivos a partir: (i) da quantidade de soluções práticas para solução da

²⁸² “(...) enquanto o devedor é solvente, a tendência é que seus credores não se conheçam. Do ponto de vista jurídico, a relação entre eles é marcada pela indiferença: cada credor mantém relações independentes com o devedor e exerce suas pretensões de forma autônoma.”

“A situação se transforma com a instauração de um dos regimes de crise: com eles, impõe-se o concurso de credores e o princípio da igualdade (*par conditio creditorum*). Os credores passam a exercer seus direitos coletivamente e decisões majoritárias podem ser impostas à minoria” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 183).

Também neste sentido, e tratando especificamente da situação da crise da empresa, ver: (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 21)

crise (complexidade); e, (ii) do grau de tensão entre os potenciais afetados pela situação discutida (conflituosidade). A partir de tais dados, propõe que situações litigiosas que possuam graus elevados de complexidade e conflituosidade sejam chamadas de litígios coletivos de difusão irradiada²⁸³.

A recuperação judicial tem por pressuposto a alegação de uma situação de crise econômico-financeira, bem como o requerimento ao Estado-juiz da realização de diversos efeitos jurídicos voltados a facilitar a reestruturação empresarial e consequente preservação da atividade.

Se não houver consenso quanto a uma saída para recuperação da atividade, a solução a ser adotada será a liquidação da sociedade e extinção paulatina das atividades empresariais com o mínimo de prejuízo aos envolvidos, preservando-se ao máximo os núcleos de atividade que ainda não estejam definitivamente deteriorados. Ou seja, o devedor pode propor a recuperação da atividade e receber dos credores e do Poder Judiciário a falência, sendo que essa dualidade de respostas é própria do sistema brasileiro²⁸⁴.

Já se percebe, portanto, uma multiplicidade de blocos de soluções lícitas para a situação de crise (recuperação e falência), o que, por si só, já denota a complexidade de eventual litígio daí advindo. Há, contudo, outros aspectos que incrementam ainda mais o referido coeficiente de complexidade. Como já destacado no capítulo inicial do presente estudo, o art. 50 da Lei nº 11.101/2005 estabelece diversas ferramentas típicas de que se podem valer os envolvidos para recuperação da empresa, deixando aberta, ainda, a possibilidade de utilização de meios atípicos (desde que lícitos)²⁸⁵.

Portanto, a crise econômico-financeira afirmada pode resolver-se com a liquidação dos bens/unidades afetadas à atividade (falência), bem como com a adoção de uma estratégia de

²⁸³ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*. nº 248 (versão eletrônica). São Paulo: RT, out., 2015.

²⁸⁴ “A LREF adotou uma sistemática dúplice de solução para a crise empresarial: a reorganização para as empresas viáveis (recuperação judicial e extrajudicial) e liquidação para as inviáveis (falência). (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 67.)

²⁸⁵ “A enumeração, nos vários incisos do art. 50 da Lei, das possibilidades para, em situação de crise desenhar-se a operação que atenda às especificidades e necessidades da empresa, é extensa; são dezesseis incisos originando a indagação sobre ser tal relação taxativa ou exemplificativa. Da leitura do *caput* infere-se que a enumeração é exemplificativa, podendo ser encontradas outras medidas, além, por óbvio, da eventual combinação de duas ou mais das relacionadas nos vários incisos, que atendam ao desiderato – preservar as empresas em crise.” (SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219-263)

reestruturação e preservação respectiva. Essa segunda vertente, por seu lado, envolve uma gama variada de meios de recuperação (típicos e atípicos), que poderão ser combinadas (ou não) de maneira diferente e dinâmica, do que decorre, naturalmente, uma infinidade de fórmulas.

A simples propositura de uma dilação dos prazos para pagamento de créditos e aplicação de deságio escalonado pode ser suficiente para viabilizar a continuidade da atividade; de igual modo, é possível a proposição de uma reestruturação de passivo combinada com medidas de readequação administrativa: vale dizer, troca de controle, isolamento e alienação de unidade(s) produtiva(s) sem sucessão creditícia, fiscalização das atividades pelos próprios credores e inclusão respectiva na estrutura societária, bem como outras medidas que tenham como reestabelecer a saúde da atividade e viabilizar a manutenção de todos os benefícios daí decorrentes.

As possibilidades são diversas, variando, inclusive, de acordo com a tecnologia econômico-administrativa que se pretenda empregar. Assim, e lembrando mais uma vez que a variável da complexidade está atrelada à quantidade de soluções amparadas pelo ordenamento jurídico, é possível concluir o seguinte: (i) a crise empresarial é uma situação de fato cuja solução apresenta elevadíssimo grau de complexidade; e, (ii) mesmo em se deliberando pela recuperação, há manifesta complexidade, eis que os meios de reestruturação da empresa são deixados à livre escolha e *criação* dos envolvidos.

Passando à segunda variável, a conflituosidade, cabe lembrar que o litígio decorrente da crise empresarial afeta diretamente os interesses de diversas pessoas e segmentos sociais. Tais indivíduos, por sua vez, não integram uma mesma comunidade e/ou compartilham de perspectivas sociais semelhantes, sendo afetados das mais diversas maneiras e com diferentes intensidades e níveis de gravidade. Sobretudo nos casos das crises econômicas de grandes grupos empresariais, os efeitos econômicos e sociais são de uma diversidade espantosa, podendo levar à deterioração econômica de cidades e regiões inteiras. É invariável, portanto, a existência de múltiplos polos de interesse e de anseios diversos a respeito da forma mais conveniente de tratamento jurídico do problema.

Os credores com garantias reais, por exemplo, podem ter interesse na resolução da crise pela via da falência, contrapondo-se, assim, aos credores trabalhistas, que, a princípio, tendem a ter interesse não só no recebimento dos respectivos créditos, mas na própria manutenção de seus empregos.

Dentro da própria classe dos credores trabalhistas, por sua vez, é possível e factível que empregados mais qualificados e com mais espaço no mercado de trabalho tenham maior interesse em receber os respectivos créditos do que em manter as relações de emprego, o que os torna menos inclinados a admitir condições menos vantajosas de pagamento de eventual passivo. Logo, é possível que haja um choque de interesses entre empregados: enquanto o primeiro grupo pode interessar-se mais pela liquidação (ou por um plano mais voltado à venda de ativos), o segundo grupo tende a aceitar propostas que maximizem a preservação de postos de trabalho.

Nesse mesmo sentido, os credores quirografários instalados numa pequena localidade podem estar numa situação completamente diversa daqueles situados num grande centro urbano (geralmente bancos ou grandes fornecedores), o que pode gerar uma contraposição de interesses. Enquanto para os primeiros a manutenção da atividade pode representar a preservação da única fonte de renda, para os credores situados em grandes centros urbanos (que tendem a ser de maior porte), a eventual falência e inadimplência daí resultante poderá ser dissolvida no panorama de outras operações similares, sendo-lhes mais vantajoso arriscar, insistindo em testar limites numa postura mais fechada à negociação.

Há, portanto, um desalinhamento natural entre os interesses dos potenciais afetados pela crise empresarial, inexistindo, pois, uma mera contraposição entre o devedor, seus credores e demais sujeitos e coletividades afetadas²⁸⁶. É interessante perceber, inclusive, que os interesses de determinados credores podem estar muito mais alinhados aos interesses do devedor do que aos dos demais credores. Não há dúvidas de que um pequeno fornecedor premido pela necessidade de preservar um grande cliente estaria disposto a abrir mão de considerável parcela do seu crédito em favor da manutenção daquela fonte de receita, o que, naturalmente, o aproxima muito mais da perspectiva do devedor do que de eventuais outros credores cujos interesses estejam mais inclinados ao recebimento dos valores devidos.

De mais a mais, tem-se que tais perspectivas não são estanques: o alinhamento e/ou desalinhamento de interesses pode variar de acordo com o tema em debate. Ao menos em tese, o

²⁸⁶“Com interesses assim potencialmente contraditórios, não se pode esperar um alinhamento natural e voluntário, especialmente em função dos altíssimos custos de transação para sua organização e a ausência de incentivos para que um ou alguns deles assumam a função de coordenadores (como procuradores dos demais, por exemplo).” (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 107)

devedor e todos os credores submetidos aos efeitos da recuperação judicial terão interesse em obter a submissão ao plano de um determinado credor que se diga alheio aos efeitos da recuperação e que pretenda realizar seu crédito de maneira imediata; quanto a um eventual deságio creditício geral, contudo, os credores submetidos tendem a estar em situação de contraposição em relação ao devedor (interessado em reduzir o débito).

Por tais motivos, é de se concluir o seguinte: mesmo entre os sujeitos individuais e coletividades afetados pela recuperação judicial, há um nível elevado de contraposição de interesses, o que resulta na conclusão de que esse tipo de litígio é altamente conflituoso²⁸⁷.

Assim sendo, e adotando aqui a proposta de Edilson Vitorelli, tem-se que a crise empresarial resulta num litígio de difusão irradiada, uma vez que há complexidade e conflituosidade entre os integrantes da coletividade afetada.

4.2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROCESSO COLETIVO

A recuperação judicial envolve um encadeamento de atos processuais decorrente de um ato postulatório inicial. Tais atos, por sua vez, resultam numa série de relações jurídicas processuais, bem como na formação de normas jurídicas específicas voltadas à solução da

²⁸⁷ “A língua inglesa tem uma expressão largamente utilizada, pelos profissionais jurídicos, para aglutinar as pessoas que, não sendo o empresário, têm interesses gravitando em torno do desenvolvimento da empresa: bystanders. Não há tradução, para o português, desta expressão com igual carga significativa. “Expectadores”, que seria a tradução literal, não diz tudo, porque sugere alguma passividade.”

(...)

“Além deste conjunto de pessoas, também a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas”

“É útil a imagem de três círculos em torno da empresa – a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas em redor do Sol. No círculo mais próximo ao centro, estarão representados os interesses dos empresários; mas não somente os deles, como também os dos sócios da sociedade empresária, dos investidores estratégicos, acionistas do bloco de controle e, nas companhias com elevado nível de dispersão acionária, os dos administradores graduados. No segundo círculo, o mediano, representam-se os interesses dos bystanders: os dos trabalhadores, (voltados à preservação de seus empregos e melhoria no salário e nas condições de trabalho), dos consumidores (que precisam ou querem os produtos ou serviços fornecidos pela empresa), o Fisco (cuja arrecadação aumenta em relação direta com o desenvolvimento da atividade econômica), dos fornecedores de insumo (empresas-satélite, muitas delas exploradas por micro pequenos e médios empresários), dos investidores não sofisticados do mercado de capitais (se a empresa é explorada por companhia aberta) e dos vizinhos dos estabelecimentos empresariais (normalmente beneficiados com a valorização do entorno). No terceiro círculo, o mais extenso, são representados os interesses metaindividuais coletivos ou difusos da coletividade, ou seja, o de todos os brasileiros (favorecidos, em caso de plena eficácia dos princípios de direito comercial, pelo decorrente barateamento geral dos preços), a economia local, regional, nacional e global (com o desenvolvimento, que, afinal, é a soma dos desenvolvimentos das respectivas empresas.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios de direito comercial*: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58)

situação de crise empresarial. Logo, e como já destacado no primeiro capítulo, trata-se de um processo.

Por outro lado, o referido processo veicula situações jurídicas coletivas das mais diversas espécies e tipos, inclusive, com possibilidade de contraposição entre os diferentes direitos discutidos²⁸⁸. Ou seja, além de discutir situações jurídicas individuais, o que não se nega, o referido processo envolve situações jurídicas que se amoldam perfeitamente ao disposto no art. 81, do CDC.

Portanto, e partindo da concepção que vê na situação jurídica material litigiosa e titularidade respectiva os únicos critérios de diferenciação entre o processo individual e o processo coletivo²⁸⁹, é possível concluir que a recuperação judicial é um processo coletivo estruturado mediante regras próprias²⁹⁰.

A conclusão se mantém mesmo à luz de outros conceitos de processo coletivo.

Para quem associa o processo coletivo à legitimidade extraordinária²⁹¹, cabe lembrar que a recuperação judicial é marcada pelo potencial surgimento de diversas situações de legitimação desvencilhada da situação jurídica material em jogo. Eis alguns exemplos: (i) a legitimação do Ministério Público para apresentar recursos voltados a combater a decisão de processamento da recuperação judicial e/ou de homologação do plano e concessão do plano (art. 59, §2º, da Lei nº 11.101/2005); (ii) a legitimação de todos os credores, do comitê de credores e do Ministério Público para impugnar os créditos de outros credores, bem como para apontar a ausência de

²⁸⁸ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107.

²⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 07.

²⁹⁰ Embora tratando de tema completamente diverso do aqui discutido, Ivo Waisberg chega a afirmar incidentalmente que a recuperação judicial é um processo coletivo, e que, justamente por isso, a lei estabelece regras específicas relacionadas ao processamento respectivo, reduzindo, inclusive, o âmbito de atuação da Justiça do Trabalho: “Uma vez que o plano de recuperação judicial tem que ser aprovado nos termos da lei, a legitimidade de sua implementação, inclusive quanto aos trabalhadores credores da sociedade, não pode ser questionada. Imperioso reconhecer que a determinação da competência da Justiça Comum, neste cenário, nada mais representa do que o cumprimento da legislação de forma sistêmica, dando ao julgador de um complexo processo coletivo, a possibilidade de decidir de forma a preservar os interesses difusos e coletivos, até públicos, lá envolvidos, ainda que, em determinadas situações, em prejuízo de um interesse individual específico.” (WAISBERG, Ivo. *Justiça do trabalho e recuperação judicial*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. nº 37 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011).

²⁹¹ GIDI, Antônio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 16; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 24.

eventuais créditos que devessem constar da relação (art. 8º, da Lei nº 11.101/2005)²⁹²; (iii) a legitimação de todo e qualquer credor para recorrer da decisão que homologa o plano de recuperação judicial, inclusive para afirmar que a assembleia geral transcorreu com algum vício de procedimento, e que, conseqüentemente, todos os atos subsequentes deverão ser invalidados (art. 59, § 2º, da Lei nº 11.101/2005)²⁹³; (iv) a legitimação do comitê de credores para prática de diversos atos processuais, inclusive para aforamento de ações voltadas a discutir créditos submetidos à recuperação judicial (art. 19 da Lei nº 11.101/2005); (v) a legitimação do administrador judicial (art. 22, II, “b”, da Lei nº 11.101/2005) para requerer a falência por força do descumprimento do plano de recuperação judicial; e, (vi) a legitimação dos credores para apresentar a objeção à proposta de plano de recuperação judicial, de modo a deflagrar a convocação da assembleia geral de credores (arts. 55 e 56 da Lei nº 11.101/2005).

É importante lembrar também que a própria legitimação para formulação do pedido de recuperação pode ser vista como extraordinária. Como a recuperação de empresas é proposta pelo devedor em seu benefício e *também* dos diversos outros sujeitos e grupos que se beneficiam da atividade, a legitimidade não está integralmente vinculada às situações de direito material em jogo, sendo, portanto, extraordinária²⁹⁴. Essa, aliás, é razão de ser do art. 52, §4º, Lei nº 11.101/2005, que condiciona os efeitos de eventual desistência à concordância da assembleia geral de credores.

²⁹² “Certamente é nos procedimentos concursais que vemos a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns.”

“É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos.”

“Assim, ao impugnar o crédito de outro co-credor, o que pretende o impugnante é diminuir o valor que o outro tem a receber, assegurando ativos maiores para suportar o pagamento a si mesmo.” (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 21)

²⁹³ O direito à reforma ou invalidação de uma decisão homologatória de negócio jurídico é de titularizados por todos que tiveram as respectivas esferas jurídicas afetadas, o que faz com se se conclua pelo caráter extraordinário da legitimação do credo para se insurgir contra o referido ato.

²⁹⁴ A recuperação judicial é o processo instaurado perante o Poder Judiciário mediante ação proposta pelo empresário individual ou sociedade empresária em crise econômico financeira, na tentativa de reestabelecer a normalidade da respectiva atividade econômica, em prol dos empregados, dos credores, dos consumidores e até mesmo do Estado, tanto em razão da arrecadação fiscal quanto em virtude do fortalecimento da economia nacional. (PIMENTEL, Bernardo. *Direito processual empresarial: títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências*. Salvador: Juspodivm, 2008)

Para quem associa a noção de processo coletivo à vinculação de quem não foi parte à decisão final²⁹⁵, cabe lembrar que o plano de recuperação afeta diversos indivíduos e coletividades que não participaram do processo, ao passo que a lei prevê a homologação respectiva por decisão judicial passível de estabilização, e que se torna título executivo judicial (art. 59, §1º, Lei nº 11.101/2005). Além disso, o processo de recuperação pode produzir outras decisões que vinculam materialmente terceiros: é o caso da decisão que decreta a falência, que possui notória interferência nas esferas jurídicas dos credores e de uma infinidade de outros sujeitos e coletividades.

Diante de tais premissas, não há como negar que a recuperação é um processo coletivo.

Contudo, é importante esclarecer que a recuperação judicial é um processo coletivo muito particular, até por envolver um litígio de grande complexidade (difusão irradiada). Justamente por tal motivo, tramita de acordo com rito diferenciado e guarda características diversas daquelas outros previstos no microsistema das ações coletivas. As referidas particularidades visam refletir as particularidades das situações jurídicas em jogo, bem como da própria natureza do litígio, contemplando, notadamente, um núcleo de acomodação negocial das diversas zonas de interesses envolvidas.

Com interesses assim potencialmente contraditórios, não se pode esperar um alinhamento natural e voluntário, especialmente em função dos altíssimos custos de transação para sua organização e a ausência de incentivos para que um ou alguns deles assumam a função de coordenadores (como procuradores dos demais, por exemplo). No entanto, como se reconhece na continuidade da empresa viável um valor a ser protegido em benefício de uma gama de interessados mas principalmente dos credores, a LRF os organiza e qualifica de forma a obter um foro único de decisão majoritária, a Assembleia Geral de Credores, e assim viabilizar a eventual aprovação da proposta de reorganização do devedor²⁹⁶.

Portanto a busca da solução da crise econômico-financeira e do litígio daí resultante passa pela reestruturação planejada negocialmente, sendo que tal modelo é uma forma (não a única

²⁹⁵ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 16.

²⁹⁶ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 107

imaginável) de viabilizar a tutela coletiva da atividade empresarial e dos diversos interesses que lhe são subjacentes²⁹⁷.

4.3. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.

Com efeito, a recuperação judicial tem início mediante apresentação de petição inicial cujos elementos correspondem àqueles instituídos pelo art. 319, do CPC; tais requisitos, contudo, são temperados por disposições específicas da Lei n. 11.101/2005, eis que se trata de postulação voltada a obter um negócio jurídico. Não há necessidade, portanto, de se expor um litígio ou pretensão resistida propriamente dita (tal como ocorre nas petições iniciais em geral)²⁹⁸.

Em verdade, a petição inicial da recuperação expõe um problema; isto é, uma crise empresarial e as suas razões e ramificações, ao passo que postula a atuação do Poder Judiciário no sentido de: (i) impor efeitos jurídicos voltados a facilitar uma negociação coletiva; e, (ii) mais adiante, homologar o produto da negociação de modo a emprestar-lhe efeitos jurídicos análogos aos de uma sentença.

Nesse sentido, e como sugerido pelo prof. Fredie Didier Jr.²⁹⁹, é possível pensar o tronco principal do processo de recuperação judicial como exercício de jurisdição voluntária, o que se justifica pelos seguintes argumentos: (i) embora haja um litígio potencial, a afirmação de conflito não é dado essencial a ser deduzido pelo devedor; (ii) pede-se a produção de determinados efeitos jurídicos que não poderiam ser obtidos mediante simples manifestação da vontade (vinculação de todos a um plano cuja aprovação não pressupõe unanimidade); (iii) a integração da vontade

²⁹⁷ Na verdade, o princípio da preservação da empresa que dá causa à submissão dos credores à RJ e à sua organização para decisão majoritária sobre o plano. É a preservação da empresa e a certeza de que a liberdade de tutela individual de cada critério inviabilizaria por completo que fundamenta a submissão compulsória dos credores à recuperação judicial à deliberação e os submeterá à decisão da maioria, não há mais que se avaliar os votos de cada credor à luz do princípio da preservação da empresa ou de um suposto interesse comum da coletividade de credores. (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110-111).

²⁹⁸ A razão pela qual a petição inicial da ação de recuperação judicial de empresas não deve atentar integralmente ao quanto dispõe o art. 31 do NCPC consiste em que o processo de recuperação judicial é orientado a viabilizar a realização de um acordo entre a empresa devedora e os seus credores quanto ao plano de recuperação, e não para a obtenção de uma sentença judicial que perscrute o mérito de um pedido.” (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86-87).

²⁹⁹ Em diálogo travado ao longo da orientação que resultou no presente estudo.

pressupõe a apresentação de determinadas informações e atendimento a determinados requisitos expressamente previstos em lei; e, (iv) há atividade judicial de fiscalização e integração da vontade dos envolvidos (homologação no plano).

Em síntese, as principais características trazidas pela doutrina para caracterizar a jurisdição voluntária estão presentes na recuperação judicial. Trata-se de processo em que o Poder Judiciário concorre com “*o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou eficácia de um ato da vida privada*”, bem como para a criação ou eficácia de situações fáticas e jurídicas³⁰⁰.

Embora não afirme expressamente que a recuperação judicial pode ser concebida como jurisdição voluntária, Alberto Camiña Moreira chega a afirmar o seguinte:

(...) um bom exemplo de atividade jurisdicional sem conflito é o da jurisdição voluntária. A atividade administrativa também é desempenhada pelo Poder Judiciário, como ocorre com a fiscalização de cartório de registro públicos.” “

É lícita a concepção de atividade jurisdicional para que as pessoas envolvidas em relação de débito-crédito cheguem a uma composição, sem que o juiz seja chamado a se pronunciar autoritativamente. A atipicidade da atividade jurisdicional admite plenamente esse tipo de técnica concebida para a superação de conflitos, no caso, conflitos na relação débito-crédito.”

“O pronunciamento judicial, seja na hipótese de aceitação do plano, seja na hipótese de rejeição do plano, é meramente homologatório e disso não deixa dúvida o disposto no art. 59, § 1º: “A decisão judicial que conceder a recuperação judicial, nos termos do art. 584, III, do Código de Processo Civil”, que, por sua vez, é bom que se transcreva, diz ser título executivo: “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo”.

Não há, pois, decididamente, julgamento do plano de recuperação judicial, como não há julgamento da separação consensual de um casal; a atividade jurisdicional é a de homologação da vontade dos credores e do devedor³⁰¹.

Por tais motivos, e considerando o que se disse quanto ao caráter coletivo das situações jurídicas discutidas no âmbito da recuperação judicial, é possível arrematar concluindo que o tronco principal do processo de recuperação judicial envolve exercício de jurisdição voluntária voltado a viabilizar a negociação coletiva de interesses individuais e coletivos, bem como tornar eficaz o produto daí advindo: o plano de recuperação judicial.

³⁰⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79.

³⁰¹ MOREIRA, Alberto Camiña. 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 recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 251-252

4.4. O CARÁTER ESTRUTURAL DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

Como visto, um dos aspectos mais marcantes da crise empresarial é justamente a multiplicidade de interesses envolvidos. Trata-se, pois, de fenômeno que repercute nas esferas jurídicas de diversos indivíduos, bem como de coletividades, o que faz com que o conflito daí resultante seja tido como coletivo.

Além disso, as diferentes situações jurídicas envolvidas tendem a ser avaliadas a partir de diferentes referenciais, de modo que determinados interesses podem mostrar-se contrapostos e comuns ao mesmo tempo (criação de zonas de interesse)³⁰². Nas verificações de crédito, por exemplo, credores podem aliar-se ao devedor na tarefa de impugnar o crédito de outro cocredor, o que faz todo sentido, já que os credores impugnantes têm todo o interesse em assegurar a preservação de ativos suficientes ao pagamento respectivo³⁰³.

Logo, tem-se que a recuperação judicial não pode ser reduzida ao esquema clássico que opõe autor e réu. Inexiste, pois, uma ênfase na responsabilização do empresário pela situação de crise, bem como uma vinculação a polos estanques de discussão. Embora a Lei nº 11.101/2005 exija que a petição inicial indique as causas da crise, o objetivo não é imputar o referido fato a um determinado sujeito processual e/ou lhe impor qualquer tipo de reparação ou sanção pelo ocorrido - não há litígio afirmado³⁰⁴. A perspectiva é outra, de natureza muito mais prospectiva: pede-se a *intervenção/reforma estatal no sentido de viabilizar/facilitar a resolução de um problema social grave por meio de uma negociação de um plano de reestruturação da atividade* (e não com a imposição de uma forma de reparação e/ou sanção).

A pauta de prioridades da recuperação judicial está muito mais vinculada à propositura/implementação de meios de resolução negociada do problema, do que à imputação de consequências pela crise empresarial. Aliás, e como destacado acima, a propositura do pedido de

³⁰² CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 21.

³⁰³ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009, p. 21.

³⁰⁴ Como lembra Rachel Sztajn, a exposição dos motivos de crise serve para oferecer à sociedade e a seus membros uma explicação dos diferentes motivos que levaram à crise, tudo de modo a propiciar um ambiente processual de transparência. (SZTAJN, Rachel. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 250).

recuperação judicial sequer pressupõe uma pretensão resistida³⁰⁵; vale dizer, a petição inicial simplesmente introduz o tema como um problema/caso que envolve diversas esferas jurídicas e retrata documentalmente as ramificações e informações respectivas³⁰⁶.

Contudo, isso não quer dizer que a recuperação não envolva – ainda que acidentalmente – contraposição de interesses. A ideia de facilitar a negociação por meio de uma lógica majoritária já envolve em si mesma alguma margem de discordância, eis que a aprovação do plano por uma maioria pressupõe alguma resistência (exercida pela minoria). De igual modo, o próprio processo negocial de discussão do plano de reestruturação da atividade traz um desalinhamento natural entre diversas perspectivas, o que, aliás, justifica a criação de diferentes esferas de deliberação dentro da assembleia de credores, tudo de modo a permitir uma pluralidade participativa no momento negocial.

Além disso, há uma litigiosidade alheia ao próprio tronco principal do processo de recuperação, mas ainda assim endoprocessual. Tais conflitos tendem a se refletir em diversos incidentes processuais, os quais, via de regra, acabam sendo solucionados por decisão judicial proferida dentro do próprio processo de recuperação. São exemplos desse tipo de litígio: (i) aqueles resultantes de eventuais pedidos de constrição de bens que estejam em poder da sociedade e que sejam essenciais ao desempenho da atividade³⁰⁷; (ii) a hipótese do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, que, num panorama de concretização do plano de recuperação homologado, estabelece que o juiz ordenará a venda de unidade produtiva isolada com exclusão da responsabilidade patrimonial (o que, naturalmente, tende a desagradar credores que pretendiam executar o patrimônio); (iii) do próprio agravo de instrumento manejado por credores insatisfeitos com a decisão de processamento da recuperação ou com a homologação do plano — que costumam colocar em rota de colisão o devedor, os credores satisfeitos e o(s) cocredor(es)

³⁰⁵ “Na recuperação judicial não há pretensão exercida contra os credores, entendida a pretensão como afirmação de um direito contra o réu, para que seja este submetido a ela.” (MOREIRA, Alberto Camiña. 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 recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 249).

³⁰⁶ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86-87.

³⁰⁷ Tais pedidos tendem a resultar numa situação de alinhamento entre o devedor e os credores submetidos aos efeitos da recuperação e o co-credor que pretenda realizar seu crédito mediante constrição de bem essencial à atividade. Enquanto a sociedade pretende manter em seu patrimônio o bem, os credores submetidos têm interesse em preservar a atividade, já o respectivo desempenho gerará receita para cumprimento do plano e pagamento dos respectivos créditos.

insatisfeito(s); e, (iv) eventuais discussões resultantes de provimentos voltados a garantir o resultado útil do processo (p. ex., a decisão que impõe a contratação da recuperanda a despeito da mesma não possuir certidões originalmente exigidas pelo contratante).

As peculiaridades acima referidas fazem com que o juiz tenha um papel muito particular no processo de recuperação. Ao invés de impor uma solução para a crise, o juiz, como visto, limita-se a: (i) verificar se o devedor atende aos requisitos para tanto e, em sendo o caso, deferir o processamento da recuperação com seus efeitos peculiares; (ii) avaliar a regularidade do processo de formação da vontade no âmbito da assembleia geral de credores, bem como a observância dos limites legais impostos ao plano; (iii) caso a vontade da assembleia se tenha formado regularmente e o plano de recuperação não contenha ilegalidades, homologar o referido negócio jurídico e fazer com que ele passe a produzir efeitos.

A noção de processo coletivo estrutural, por seu turno, envolve a afirmação em juízo de um problema social com repercussão na esfera jurídica de diversos indivíduos e/ou grupos. A resolução do problema passa pela reorganização de uma determinada estrutura social (pública ou privada) com a supressão das causas do conflito³⁰⁸. Mais do que apontar o responsável pela situação de fato e de discutir o objeto do processo numa perspectiva bipolar, a referida noção possui um caráter nitidamente prospectivo, tendo por pontos relevantes o problema afirmado, a solução a ser alcançada, o modo progressivo de efetivação de tal solução, bem como os diversos interesses que orbitam em torno dos aspectos anteriormente referidos.

Inexiste, portanto, um litígio na acepção tradicional da palavra³⁰⁹. Aliás, as “expressões classicamente ligadas à finalidade da prestação jurisdicional – “conflito”, “litígio” etc. -” são empregadas pela doutrina na definição desse fenômeno muito mais para facilitar a apresentação do tema do que para refletir o que efetivamente acontece³¹⁰:

A rigor, essas expressões ligam-se aos conflitos bipolarizados, em que há um polo demandante, a que se opõe outro, demandado. No caso dos conflitos estruturais, porém, o que há é um problema, que demanda solução, e que envolve diversos interesses e

³⁰⁸ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 147

³⁰⁹ Ou seja, importa mais reformar uma estrutura social do que identificar culpados por atos isolados. (VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 147).

³¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424

pontos de vista diferentes. Nem sempre haverá conflito, no seu sentido próprio, já que, muitas vezes, os sujeitos envolvidos convergem na conclusão sobre a necessidade de dar solução ao problema; divergem, porém, quanto à forma de solução, ao tempo ou a aspectos dessa reforma.³¹¹

As discussões também fogem à matriz lícito/ilícito e/ou autor/réu. Não há dúvidas que a construção de uma usina hidroelétrica é um objetivo admitido pelo ordenamento jurídico; no entanto, isso não impede que o empreendimento em questão repercuta de maneira avassaladora na esfera jurídica de diversos indivíduos/grupos e que resulte num processo judicial estrutural voltado a discutir e equacionar as repercussões sociais acima aludidas³¹². Não há aí uma tentativa bifásica de restaurar a legalidade diante de uma prática ilegal: o processo estrutural é travado “no interior dos limites de legalidade estabelecidos pelo ordenamento jurídico”³¹³, sendo que a solução respectiva passa por criar um plano voltado a equacionar da melhor maneira possível todos os interesses envolvidos.

Ademais, os conflitos estruturais também são marcados pela multiplicidade de interesses e pela dinamicidade. Basta lembrar que eventuais litígios envolvendo obras de infraestrutura tendem a dividir opiniões dentro de uma mesma comunidade/grupo. Aqueles que estão vinculados à prestação de serviços locais tendem a ser mais abertos às mudanças (dado o incremento de suas atividades), ao passo que aqueles que não vislumbrarem benefícios diretos advindos das obras geralmente são mais resistentes.

Há também uma dinamicidade no alinhamento/desalinhamento de interesses.

No momento de efetivação de uma eventual reestruturação voltada a resolver o problema, os diferentes grupos afetados tendem a concordar quanto a alguns temas e dissentir quanto a outros, o que ocorre de maneira dinâmica. Justamente por tais motivos, verifica-se que a doutrina vem acenando com a seguinte percepção: *dada a complexidade respectiva e necessidade de cooperação para implementação de eventuais soluções, os litígios estruturais tendem a se*

³¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424.

³¹² O conflito, portanto, não pode ser encarado como se a solução fosse, simplesmente, a proibição de construção desse tipo de empreendimento, nem, de modo ingênuo, como se fosse possível desenvolvê-lo sem impacto algum. Não se trata de uma situação em que se opõe um comportamento lícito a outro ilícito, mas sim de um conflito gerado no interior dos limites de legalidade estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Há utilidade social na realização desse tipo de empreendimento, mas, ainda que sejam tomadas as cautelas exigíveis, haverá impactos sociais e ambientais sobre a população local.

³¹³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 86.

solucionar em alguma medida por meio do consenso entre os envolvidos. Evita-se, pois, que questões complexas e de difícil equacionamento sejam solucionadas de maneira heterocompositiva, autoritativa e traumática, o que torna a reestruturação muito mais próxima ao que era efetivamente esperado pelos envolvidos e, naturalmente, facilita a respectiva implementação sob o ponto de vista prático.

Nesse sentido, entende-se que o Poder Judiciário deve funcionar muito mais como um agente catalisador de uma solução construída do que como responsável por apresentar uma resposta pronta e acabada para o assunto. Cabe ao juiz definir as metas gerais a serem atingidas no processo (adjudicação de metas), ficando para os envolvidos a tarefa de estipular de um plano de efetivação das mudanças necessárias (aspecto mais traumático), sempre sob a supervisão do magistrado³¹⁴.

No caso *United States v. Michigan*, buscava-se solucionar um litígio entre três grupos indígenas, pescadores esportivos e profissionais, relativo ao direito de pescar em um dos Grandes Lagos. Essas cinco partes nomeadas, entretanto, representavam os direitos de praticamente todos os habitantes do Estado, já que a regulação dos direitos de pesca no lago repercutiria sobre todos os cidadãos. Quando Francis McGovern foi nomeado *special master* para o caso, essas disputas já haviam gerado um excesso de pesca que ameaçava o ecossistema do lago e começavam a se tornar violentas. Os problemas envolvidos no litígio eram policêntricos, não sujeitos a respostas em termos de simples afirmação ou negação, procedência ou improcedência, e dificultados pela inexistência de qualquer parâmetro legal claro de decisão. A estratégia, então, foi encaminhar as partes para uma solução conciliada, a partir da identificação de seus interesses predominantes. Entretanto, como as posições políticas entre seus líderes eram muito fortes, não havia possibilidade de se delimitar tais interesses por intermédio de simples questionários. Por essa razão, McGovern desenvolveu, em conjunto com pesquisadores de Harvard, um jogo lúdico, cujos resultados foram analisados por computador, ajudando a definir quais porções do lago eram prioritariamente valorizadas por cada grupo. Além disso, a participação no jogo abriu o diálogo entre as partes, ensinando-as a negociar. Quatro semanas antes da data marcada para o julgamento, os envolvidos chegaram a um acordo cujo conteúdo era praticamente o mesmo de uma das soluções indicadas pelo jogo³¹⁵.

³¹⁴ Nesse sentido, conferir: “Uma estratégia possível para avançar na atuação judicial na implementação da ordem é o que Sturm chama de modelo de barganha ou de negociação. O juiz adjudica as metas finais de modificação da instituição e exerce o papel de mediador para a eleição dos meios, que são decididos pela negociação entre as partes. Isso pode se dar com a intimação das mesmas para que produzam propostas nos autos, ou realizem reuniões, com ou sem a supervisão de terceiros, tudo sob pena do juiz decidir em desfavor da parte que não cooperar. Isso ocorreu, por exemplo, no processo de dessegregação das escolas em Saint Louis, no qual Bruce La Pierre atuou como *special master* na mediação de um acordo, convertendo a ordem inicial de dessegregação, redigida em dez páginas em espaçamento duplo, em um acordo de setenta e cinco páginas em espaçamento simples, com duzentas e setenta páginas de anexos, descrevendo detalhadamente os programas que deveriam ser adotados para a melhoria da qualidade de ensino nas escolas. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 524).

³¹⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 529.

No Brasil, inclusive, há notícias de processo estrutural que foi eficazmente solucionado em tais bases. Na oportunidade, o juiz impôs como premissa geral a recomposição de meio ambiente degradado pela atividade de extração de carvão (meta estrutural), ao passo que o modelo de recomposição do meio ambiente foi definido de maneira conjunta, paulatina e consensual entre os diferentes sujeitos processuais³¹⁶. No ponto, inclusive, Sérgio Cruz Arenhart aponta tal modelo consensual de reestruturação como um dos aspectos que mais contribuiu para o sucesso da reestruturação, eis que a efetivação da solução dependia em larga medida da aceitação por parte dos envolvidos³¹⁷.

Pois bem: as ponderações acima demonstram que a recuperação judicial é um processo de natureza estrutural.

Com efeito, a preservação da empresa e a tutela das diversas perspectivas sociais subjacentes passam por um projeto de reformulação/reestruturação da atividade — o plano de recuperação. Percebe-se ainda que a recuperação judicial gera verdadeiras zonas de interesses que se alinham/desalinham de maneira dinâmica, havendo também uma abordagem muito mais prospectiva do que voltada a atribuir razão a um dos lados. Por fim, vale lembrar que a reestruturação passa por uma espécie de consenso entre os envolvidos quanto ao modelo de reforma estrutural a ser empreendida.

Quanto a esse último aspecto (reestruturação consensual), cabe anotar que o legislador desenhou o procedimento de maneira a dar vazão à multiplicidade de interesses envolvidos; isto é, o tronco principal do processo de recuperação envolve uma abordagem participativa e representativa, eis que a solução de reestruturação é votada pelos credores presentes. Com isso, a solução obtida se aproxima mais dos indivíduos e grupos afetados do que num modelo que impusesse a solução por terceiro alheio aos efeitos da crise discutia (o juiz).

³¹⁶ Para conhecer o caso, conferir: ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015.

³¹⁷ Talvez a mais importante de todas seja a relevância das soluções consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes. Sem dúvida, esse tipo de solução é muito melhor do que a imposição de uma decisão do órgão imparcial, que pode desagradar a todas as partes do processo e a toda a sociedade atingida. Essa solução consensual, sem dúvida, contribui também para a obtenção de soluções que sejam tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do Direito. (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. nº 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015.).

Há também a lógica de fixar uma meta geral e de depois desenvolver um consenso quanto ao modo de alcançar o objetivo. Explica-se: com a ordem inicial de processamento da recuperação judicial, há um direcionamento provisório do processo à reestruturação da empresa (adjudicação de meta). Esse encaminhamento inicial (materializado na ordem judicial de processamento) leva o eixo principal do processo a uma segunda etapa, em que será apresentada e votada uma proposta de reestruturação da empresa com repercussão na esfera jurídica diversas pessoas e grupos.

Essa proposta poderá ser aprovada de maneira tácita ou levada a votação numa assembleia de credores, que, por sua vez, poderá sugerir modificações, aprovar ou desaprovar a solução apresentada. Ou seja, embora o processo envolva um verdadeiro hibridismo entre aspectos judiciais e negociais, *a parte mais relevante da solução tem caráter nitidamente consensual (processo negocial)*.

E aqui entra uma particularidade do processo de recuperação judicial: enquanto nos processos estruturais comuns a solução consensual é algo apenas desejado/recomendável, o procedimento de recuperação judicial foi desenhado de modo a só permitir a reestruturação por meio de negócio jurídico celebrado por órgão coletivo integrado pelos principais afetados pela crise (os credores).

O papel do juiz, portanto, é híbrido: cabendo-lhe adjudicar metas, proferir os provimentos necessários à preservação do resultado do processo e, por fim, avaliar se o procedimento de formação da vontade assemblear foi respeitado, bem como se o modelo de solução consensualmente alcançada não avançou sobre os limites materiais impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

A reestruturação da atividade está vinculada à celebração de um negócio jurídico entre os envolvidos; logo, o não alcance do consenso impedirá a preservação da atividade empresarial, impondo-se a decisão decretatória da falência (que, coerentemente, é uma decisão de nítido conteúdo estrutural)³¹⁸.

³¹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4, p. 411-412.

4.5. ALGUNS REFLEXOS DA PERCEPÇÃO DA RECUPERAÇÃO COMO PROCESSO COLETIVO.

4.5.1. Generalidades.

A conclusão de que a recuperação judicial é efetivamente um processo coletivo estrutural abre espaço para desenvolvimento de diversos temas. Em outras palavras, a premissa em questão possui reflexos na própria estruturação do processo.

É possível pensar, por exemplo: (i) na repercussão que tal conclusão possui na questão da competência para análise de ações/incidentes que envolvam situações jurídicas decorrentes do plano de recuperação; (ii) nos próprios limites à negociação processual no âmbito da recuperação judicial, notadamente a disposição de situações ativas³¹⁹; (iii) no dimensionamento da participação e representação processual; (iv) no redimensionamento do próprio papel do órgão judicial, bem como dos demais sujeitos processuais; e, (v) na questão da cooperação dos sujeitos processuais envolvidos.

Em síntese, existem diversas possibilidades.

O presente tópico não tem a pretensão de examinar todos os desdobramentos da conclusão a que se chegou. O objetivo é mais singelo: pretende-se, pois, acenar com as principais premissas e perspectivas resultantes da conclusão inicial do trabalho, inaugurando-se, assim, novas frentes de discussão que possibilitem um aprimoramento do processo de recuperação judicial.

³¹⁹ Há doutrina admitindo a celebração de negócios processuais no âmbito da recuperação. Nesse sentido, conferir: (i) SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial e falência: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 344; e, (ii) YARSHELL, Flavio Luiz. Breves reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC 2015 ao processo de recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 168-169. Flávio Yarshell, contudo, admite que o tema exige maior meditação. Também há jurisprudência nesse sentido: a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP admitiu negócio processual voltado a afastar o prazo de fiscalização do cumprimento do plano, extinguindo o processo já quando da homologação (Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, processo n. 0170762-31.2009.8.26.0100, Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, julgado em 10 de agosto de 2017). Contudo, não há estudo doutrinário de fôlego a respeito do tema, inexistindo, pois, uma sistematização dos limites impostos aos negócios jurídicos processuais celebrado no âmbito do processo de recuperação.

4.5.2. Participação e representação na recuperação judicial.

4.5.2.1. *Perspectiva geral: a legitimidade para cada ato.*

O presente estudo revelou que a crise empresarial é um conflito que atinge situações jurídicas coletivas e individuais. Trata-se, pois, de verdadeiro litígio coletivo de difusão irradiada, uma vez que há alta carga de conflituosidade entre os diferentes membros da coletividade afetada, bem como uma multiplicidade de combinações de soluções possíveis (isto é, complexidade).

O exame das disposições processuais da Lei n. 11.101/2005 revela ainda a existência de diversos momentos processuais em que não há a participação dos potenciais afetados. Embora a assembleia geral de credores seja efetivamente um momento participativo, trata-se de uma oportunidade isolada; embora relevante, o referido momento processual não se presta à resolução de algumas questões que podem surgir ao longo do processo

A conversão da recuperação judicial em falência, por exemplo, é uma decisão estrutural que afeta praticamente todos aqueles que lidam de algum modo com a sociedade empresária, notadamente os credores respectivos³²⁰. Contudo tal deliberação pode ocorrer sem que os credores e demais afetados tenham oportunidade de interferir diretamente; isto é, a Lei n. 11.101/2005 permite que qualquer credor, o próprio Ministério Público, Administrador Judicial e o Comitê de Credores requeiram a convocação do processo em falência, inexistindo, pois, disposição que imponha/viabilize a participação ou consulta efetiva de todos os potenciais implicados.

De igual modo, o agravo de instrumento eventualmente manejado para discutir decisão de admissão do litisconsórcio ativo entre sociedades de um mesmo grupo econômico – deliberação judicial que tem o potencial de influir diretamente sobre a formação da maioria na assembleia geral de credores³²¹ – envolve em regra apenas as sociedades em recuperação judicial

³²⁰ Reconhecendo o caráter estrutural da decisão que decreta falência: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 358.

³²¹ Só para que se tenha noção do relevo de tal decisão, o litisconsórcio ativo na recuperação judicial pode resultar na apresentação de um plano único e na soma dos créditos de ambas as recuperandas para fins de uma deliberação estrutural voltada a recuperar ambas as atividades (consolidação substancial). É possível, portanto, que tal decisão imponha um “esmagamento” da vontade de credores de uma determinada sociedade pelos credores da outra sociedade, o que têm efeitos drásticos sobre a própria condução do momento participativo da recuperação judicial (a

(litisconsortes) e o credor inconformado. Ou seja, trata-se de incidente recursal que afeta o próprio núcleo decisório e o procedimento da assembleia geral de credores, mas que, ainda assim, não contempla a participação dos potenciais afetados pela decisão judicial³²².

Pois bem.

Em capítulo antecedente, demonstrou-se que grande parte dos processos coletivos é representativa. Ou seja, embora o resultado processual tenha o potencial de afetar a coletividade e seus integrantes, a legitimidade é exercida por alguém que não é titular da situação jurídica coletiva (um legitimado extraordinário). Também foi apontado que a participação dos potenciais afetados no processo individual está associada ao conteúdo da cláusula do devido processo legal. Consequentemente, a supressão da participação no processo coletivo deve dar-se apenas na medida necessária para viabilizar a atividade processual, ao passo que deve vir acompanhada de uma preocupação com a representatividade do legitimado, bem como associada a salvaguardas destinadas a viabilizar que a atuação resulte na obtenção de uma tutela efetiva das situações jurídicas em jogo³²³.

Por fim, afirmou-se que o processo em geral é uma sucessão de situações jurídicas dinâmicas, ao passo que a legitimação corresponde ao poder para prática de determinado ato no processo (não necessariamente correspondente à situação de direito material subjacente). Assim, é possível que a dinamicidade dos interesses – verificável facilmente na recuperação judicial – resulte em diferentes alinhamentos/desalinhamentos de perspectivas ao longo de todo o processo, o que impõe também um olhar dinâmico sobre a questão da legitimação para prática de cada ato.

Com base em todas as premissas acima, é possível concluir que a questão da legitimação para prática de atos é um problema relevantíssimo no âmbito da recuperação judicial. Como as posições processuais podem ser exercidas por sujeitos que em regra não são titulares da situação

assembleia geral de credores). Para entender melhor o complexo tema, conferir: (i) BASTOS, Joel Luís Thomaz. Litisconsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 211-218; e, (ii) MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. n. 78, p. 219-228. São Paulo: RT, out./dez., 2017.

³²² No caso OAS, por exemplo, o tema foi discutido entre o Grupo OAS e os credores que se insurgiram (ao menos como partes), inexistindo, pois, uma preocupação com a participação/representação dos milhares de afetados pelo tema. Conferir: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2094999-86.2015.826.00000, DJ 31 ago. 2015, DP: 22 set. 2015. Disponível em: www.tjsp.jus.br, acesso em: 26/11/2017.

³²³ Nesse sentido, conferir: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 255-259.

jurídica de direito material – afetando, portanto, sujeitos individuais ou coletividades ausentes –, o devido processo legal impõe uma atenção especial no sentido de se assegurar processualmente que a atuação dos legitimados repercute adequadamente os interesses materiais subjacentes, viabilizando-se, conseqüentemente, que o resultado alcançado seja próximo àquele que se chegaria caso houvesse participação efetiva dos diferentes titulares das situações jurídicas de direito material em debate.

Além disso, tem-se que a imensa quantidade de interesses presentes na recuperação judicial leva a uma amplíssima dinamicidade de posições, o que impõe uma preocupação dinâmica com a representatividade de cada perspectiva. À medida que o processo se desenvolve, todos devem estar atentos para cada uma das situações jurídicas processuais possíveis, verificando-se, pois, se a atuação (potencial e efetiva) do legitimado específico atende ao devido processo legal na perspectiva representativa (imposta pela necessidade pragmática de processar litígios coletivos). Ou seja, há de haver um exame contínuo da legitimidade *ad actum*, a fim de se certificar a suficiência da representação exercida por cada sujeito processual em cada ato.

Em tal contexto, e à luz da própria pluralidade da legitimação da Lei n. 11.101/2005 (o processo é movimentado pelos credores, pelo Administrador Judicial, pelo Ministério Público e pelo próprio devedor), há de ser avaliada, sempre, a possibilidade/necessidade de pluralização da representação, bem como de criação de momentos participativos para além da própria assembleia de credores³²⁴. Essa preocupação, por sua vez, garante uma maior vazão ao devido processo legal no âmbito do processo de recuperação judicial de empresas, sendo, portanto, uma diretriz resultante da conclusão de que se trata de um processo coletivo.

4.5.2.2. A distribuição da representação para prática de atos.

O exame da Lei n. 11.101/2005 e da jurisprudência revela diversas situações de legitimação extraordinária concorrente. Trata-se, pois, de situações em que mais de um sujeito processual tem o poder de praticar um mesmo ato processual no âmbito da recuperação judicial.

É o caso, por exemplo, da legitimação para oferecer impugnação à relação de credores apresentada pelo Administrador Judicial, que cabe concorrentemente ao comitê de credores, aos

³²⁴ Essa, aliás, é a solução apontada por Edilson Vitorelli para a representação e participação coletiva (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 255-259)

credores, ao devedor e ao Ministério Público (art. 8º da Lei n. 11.101/2005). De igual modo, a legitimação para objetar o plano de recuperação judicial cabe concorrentemente a qualquer credor submetido aos efeitos da recuperação judicial.

O manejo de recursos, de igual modo, cabe também concorrentemente aos credores, valendo destacar que: (i) no caso específico do recurso contra a decisão concessiva de recuperação judicial, a lei prevê também a legitimação concorrente do Ministério Público (art. 59, §2º, da Lei n. 11.101/2005); e, (ii) admite-se que o Ministério Público recorra da decisão de processamento da recuperação judicial³²⁵.

Por outro lado, e como visto nos itens dedicados ao exame da representatividade adequada, a legitimação extraordinária coletiva só se justifica à luz do devido processo legal caso o legitimado atuante (representantes da classe) atue de maneira vigorosa e em consonância com os interesses do titular da situação jurídica discutida, tudo de modo a se obter uma tutela efetivamente semelhante àquela que seria obtida com a participação efetiva.

Na prática, contudo, o exercício da legitimação concorrente pelos credores, Ministério Público e/ou demais sujeitos processuais pode não se mostrar adequado à representação dos diferentes interesses em jogo. É factível pensar num desempenho enviesado da legitimação para prática de atos na recuperação, de modo que o exercício de tal poder pode estar a serviço de apenas uma estreita visão do litígio, quando o mais desejável é que diferentes visões sejam objeto de análise pela autoridade judicial.

Pense-se, por exemplo, no credor trabalhista que interpõe recurso contra a decisão que determina o processamento da recuperação judicial em litisconsórcio e requer a reforma da decisão de admissão do litisconsórcio e o processamento autônomo dos pedidos. É muito provável que a sua visão a respeito do tema não seja a única: os credores trabalhistas da outra sociedade (litisconsorte) podem ter interesse no processamento conjunto, pois a sociedade com quem guardam vínculo obrigacional não teria como reerguer-se sem o processamento da recuperação em tais moldes; outros credores, por seu turno, podem pretender que a recuperação seja processada em litisconsórcio, mas que o plano seja votado em separado, preservando-se, assim, os poderes de voto na perspectiva de cada sociedade. Logo, não é razoável que a discussão

³²⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.112.

recursal fique adstrita ao que o credor recorrente e às sociedades proponentes da recuperação pensam. Em tal hipótese, o credor recorrente e as sociedades não são os representantes adequados para veicular todos os interesses em jogo.

Muito bem.

De acordo com a ideia tradicional de controle judicial da representatividade adequada, a solução para tais hipóteses seria simplesmente substituir a parte recorrente; isto é, determinar que o Ministério Público ou outro ente intermediário passasse a exercer o papel do recorrente, pressupondo-se, pois, que novo responsável pela condução do recurso representaria adequadamente as diferentes perspectivas discutidas³²⁶.

Isso é impossível no caso em questão.

Como já destacado, a recuperação judicial é um litígio coletivo de difusão irradiada, de modo que mesmo as questões mais singelas costumam a envolver uma conflituosidade dentro da própria coletividade afetada, o que desaconselha a simples substituição por outro legitimado concorrente (que provavelmente terá sua visão específica). É possível, por exemplo, que o novo legitimado se afine mais a outro ponto de vista, o que resultaria numa situação semelhante à que já se verificava anteriormente. Por outro lado, excluir simplesmente o legitimado original pode resultar na exclusão do respectivo ponto de vista – e das demais pessoas em situação semelhante –, o que também não é desejável.

Em tal contexto, seria mais adequada a aplicação da solução apresentada por Edilson Vitorelli: isto é, pluralizar a condução processual³²⁷. Ao invés de simplesmente excluir o legitimado tido por inadequado e substituí-lo por outro legitimado, caberia ao juízo – de 1º ou de 2º grau – avaliar as diferentes perspectivas para o debate e abrir oportunidades para que

³²⁶ “Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado.” (GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. n. 108. São Paulo: RT, out/dez 2002).

³²⁷ É possível que o resultado desejado por um grupo afetado pela decisão coloque outros integrantes da sociedade em situação pior do que estariam se o processo não existisse. Por essa razão, é pouco provável que um representante possa, com igual vigor, defender todos esses interesses envolvidos no processo, que assumirá o perfil de um *town meeting*. Assim, em um litígio irradiado, há necessidade de se considerar seriamente a distribuição da representação para mais de um agente, nos moldes já apontados anteriormente. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 539)

representantes de cada uma delas se manifestem sobre o tema e passem a atuar conjuntamente no recurso ou incidente deflagrado³²⁸.

Se houver comitê de credores, é recomendável que tal órgão seja instado a se manifestar sobre o tema controvertido, eis que sua constituição passa pelo crivo participativo da assembleia de credores, o que lhe garante uma maior representatividade³²⁹. Aliás, os motivos para constituição do comitê de credores são justamente esses: viabilizar que as diferentes perspectivas (correspondente às classes) tenham voz sem que haja necessidade de convocação de uma assembleia geral para discussão de todo e qualquer tema.

Em síntese conclusiva, tem-se por premissa geral que a intimação de colegitimados para participarem de incidentes pluraliza o debate, de modo que, conseqüentemente, realiza o devido processo legal no âmbito da recuperação judicial.

4.5.2.3. *Da adoção de medidas voltadas a induzir a constituição do comitê de credores.*

De acordo com Edilson Vitorelli, a noção de devido processo legal nos processos que veiculem litígios de difusão irradiada envolvem um misto de participação e representação. Há de haver representação por legitimados coletivos que atuem de maneira próxima aos substituídos e, paralelamente, devem ser criados momentos de contato entre os substituídos e os legitimados coletivos³³⁰.

Por outro lado, a Lei n. 11.101/2005 prevê a figura do comitê de credores, que nada mais é do que órgão formado por representantes eleitos em assembleia geral de credores e que possui legitimação para agir em alguns momentos ao longo do processo de recuperação judicial, manifestando-se ainda “nas hipóteses previstas em lei” (art. 27, I, f, da Lei n. 11.101/2005)

A composição do comitê é plural. Cada uma das quatro classes de credores pode eleger um representante no comitê, não sendo necessária, contudo, a indicação de representante de todas as classes. Por outro lado, os membros do comitê podem ser destituídos a qualquer tempo, o que depende apenas de provocação fundada do juízo por qualquer interessado (art. 31, *caput*, da Lei n. 11.101/2005).

³²⁸ Também nesse sentido, conferir: MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. *Revista de Processo*. n. 227, versão eletrônica. São Paulo: RT, jan., 2014.

³²⁹ Tal tema será discutido abaixo.

³³⁰ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

Trata-se, portanto, de órgão verdadeiramente representativo, eis que sua formação envolve um processo participativo (a assembleia de credores) e sua destituição pode ocorrer por iniciativa de qualquer interessado, o que tende a manter sua atuação rente aos interesses dos representados.

Diante de tais premissas, e invocando aqui novamente a percepção de que a recuperação judicial é um litígio coletivo de difusão irradiada, é possível propor duas diretrizes relacionadas ao comitê de credores: (i) à luz da respectiva representatividade e da necessidade de dar vazão ao devido processo legal, deve o juiz estimular os credores a constituírem tal órgão e flexibilizar os requisitos para convocação de assembleia geral de credores para tais fins (sobretudo nos casos mais complexos); e, (ii) constituído o comitê, deve se interpretar o art. 27, I, f, da Lei n. 11.101/2005 da maneira mais ampla possível, garantindo-se ao comitê de credores a possibilidade de se manifestar na esfera recursal, bem como em todos os incidentes relevantes do processo de recuperação judicial.

Com tais adaptações procedimentais, garante-se uma maior efetivação do devido processo legal no âmbito do processo de recuperação judicial: isto é, uma maior representatividade dos legitimados.

4.5.3. Participação e representação na etapa recursal: algumas propostas específicas.

Ao longo do item anterior, foram colocadas algumas premissas gerais para adequação da participação no processo de recuperação, quais sejam: (i) análise da legitimidade para cada ato; e, (ii) a distribuição da representação sempre que se verifique a possibilidade de diferentes visões a respeito da questão. Há, contudo, uma situação específica que demanda preocupação particular: o procedimento recursal, notadamente nos casos de impugnação das decisões de processamento e concessão da recuperação judicial.

A Lei n. 11.101/2005 chega a tratar dos recursos, estipulando, notadamente, algumas hipóteses de cabimento. Não há, contudo, uma preocupação específica com o procedimento em segundo grau, notadamente com a participação e representação no âmbito recursal. Em alguns casos, a lei até estabelece a legitimidade recursal de alguns sujeitos processuais; porém, não se preocupa em estabelecer como se dará o procedimento recursal e/ou em definir regras gerais de participação/representação.

Nesse sentido, questões como a regularidade (ou não) da assembleia de credores, bem como a própria legalidade de plano aprovado e homologado acabam sendo devolvidas ao tribunal apenas com a participação do(s) recorrente(s) e da(s) empresa(s) em recuperação judicial, inexistindo, pois, uma preocupação legislativa em agregar ao procedimento recursal (ainda que de forma representativa) os demais sujeitos e coletividades que inevitavelmente serão afetados pela decisão a ser proferida pelo tribunal (que podem ter visões diversas sobre o tema).

Enquanto em primeiro grau a legalidade/ilegalidade do plano e regularidade do procedimento é amplamente discutida na assembleia geral de credores e depois submetida ao crivo do juiz, na esfera recursal não há essa preocupação legal em pluralizar o debate: há apenas o processamento do recurso entre o recorrente e o devedor.

É fato que a discussão travada em sede recursal diz respeito àquilo que pode ser efetivamente objeto de decisão judicial, o que confere amplitude cognitiva muito menor do que a verificada em primeiro grau. Como o juiz está adstrito à análise da regularidade do procedimento assemblear, do atendimento aos requisitos concessivos e da legalidade do plano aprovado, o efeito devolutivo de eventual agravo de instrumento não pode ir além de tais temas, inexistindo, pois, a possibilidade de rediscussão do mérito do plano, o que cabe exclusivamente à assembleia.

Contudo não é menos verdadeiro que o plano de recuperação afeta as esferas jurídicas de uma série de pessoas e coletividades (favorável ou desfavoravelmente)³³¹, bem como que o procedimento recursal pode levar à invalidação respectiva e conseqüente afetação das esferas jurídicas de tais sujeitos de direito. Por força da homologação do plano e de seus efeitos constitutivos, diversas pessoas e coletividades têm suas esferas jurídicas drasticamente modificadas, o que, por sua vez, gera uma reação em cascata.

Com base nos diferentes efeitos do plano aprovado e homologado, valores passam a circular, bens são alienados e estruturas são integralmente alteradas, inclusive com a criação de

³³¹ Nesse sentido, vale conferir: “Como negócio jurídico complexo, o plano afeta a esfera jurídica de um conjunto amplo de pessoas que pode mesmo ir além das partes integrantes do processo de recuperação judicial. A título ilustrativo, além da empresa em recuperação e dos credores concursais – parte da relação processual –, o plano pode afetar a esfera jurídica de financiadores e investidores, que venham a contratar novos financiamentos, a investir capital na empresa em recuperação (v.g. aquisição de controle, aumento de capital, incorporação), ou que dela venham a adquirir bens ou direitos (v.g., aquisição de unidade produtiva isolada, aquisição de bens ou direitos).” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mootnes doctrine* e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 113-114)

novas sociedades, alienação de estabelecimentos inteiros e/ mudança de controle acionário do(s) devedor(es). Ou seja, há um verdadeiro emaranhado de novas situações jurídicas resultantes do plano, o que faz com que a validade e eficácia respectivas interessem a diversos indivíduos e coletividades.

Por tais motivos, o recurso manejado contra a decisão homologatória pode acabar por envolver a discussão da modulação de efeitos de um eventual acórdão desconstitutivo, isto à luz de eventual consolidação no tempo das situações jurídica resultantes do plano. Explica-se: a consolidação do plano de recuperação judicial no tempo pode fazer com que o tribunal se veja às voltas com a impossibilidade de invalidação respectiva (ou mesmo com a necessidade de preservar efeitos já sedimentados)³³², isto diante da própria confiança despertada pela aprovação e homologação do plano³³³. Nota-se, portanto, que o debate recursal subjacente à homologação do plano de recuperação judicial é riquíssimo, envolvendo situações jurídicas de natureza individual e coletiva.

A despeito disso, o procedimento recursal voltado a avaliar tal tema costuma a ser conduzido apenas pelo legitimado que teve a iniciativa de deflagrar a atividade jurisdicional, inexistindo uma preocupação com a pluralização da representação.

Não menos importante é a discussão travada no âmbito do recurso manejado contra a decisão de processamento da recuperação. É possível que tal incidente acabe por veicular

³³² Há quem invoque doutrina norte-americana para concluir que a consolidação dos efeitos do plano e necessidade de preservação da segurança jurídica impedem que se conheça de recursos interpostos contra a decisão homologatória (*Mootnes doctrine*). Sobre o tema, conferir: “Diante desse quadro, é de se concluir que a interpretação sistemática e teleológica da LRF, pautada pelo princípio da preservação da empresa, conduz à conclusão de que recursos interpostos contra decisão judicial que venha a homologar o plano de recuperação (ou que venha a autorizar a alienação ou oneração do ativo permanente) após consumação substancial dos negócios correspondentes, desde que observadas determinadas circunstâncias, ficam obstados de anular os atos praticado anteriormente de forma válida, ou de determinar a volta das partes ao *status quo ante*. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Mootnes doctrine* e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 121)

³³³ Sobre o tema, conferir a lição de Antônio do Passo Cabral: “Ao deliberar sobre conflitos dinâmicos, complexos e multilaterais, com cursos e alterações descontínuos e não lineares, com riscos e prognoses de difícil avaliação e efeitos muitas vezes subjetivamente alargados, impende haver uma adaptação também dos mecanismos do Estado para responder adequadamente e prover soluções equânimes e temporalmente sustentáveis. Por isso, deve haver consideração dos efeitos passados e futuros das decisões judiciais, o que leva naturalmente à aceitação de que regras de transição sejam aplicadas pelo Estado-juiz.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 566). Sobre o princípio da confiança no âmbito do processo, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 155-163.)

questões afetas à própria formação de litisconsórcio ativo e a consolidação substancial de sociedades integrantes de grupos econômicos, o que, por sua vez, pode culminar na correlata apresentação e votação de plano único (o que afeta o próprio direito à participação na assembleia geral de credores). Trata-se, portanto, de discussão que transcende muito as esferas jurídicas dos sujeitos processuais efetivamente alocados ao incidente, sendo que também inexistente uma preocupação em pluralizar a discussão.

Pois bem.

O exame das situações acima revela que os recursos manejados no processo das recuperações judiciais podem abarcar verdadeiros litígios de difusão irradiada; isto é, há um grau de conflituosidade entre os integrantes da coletividade potencialmente afetada, ao passo que, por outro lado, são diversas as soluções passíveis de adoção por parte do Tribunal (modular ou não efeitos, determinar ou não a realização de nova assembleia, admitir a apresentação de plano único e votação conjunta etc.).

Porém o exame da lei e da própria jurisprudência revela que tais recursos (em regra, agravos de instrumento) costumam a envolver apenas a parte que exerceu a legitimidade recursal (seja ela um dos diversos credores ou o Ministério Público) e a(s) sociedade(s) em recuperação. Trata-se, portanto, de atuação representativa, inexistindo um momento participativo semelhante à assembleia de credores. Ou seja, o Tribunal decide sobre situações jurídicas de diversas pessoas ouvindo apenas o devedor e o recorrente, o que, a depender do caso, pode representar grave afronta à própria noção de devido processo legal.

A solução para tal problema passa por duas adaptações relativamente simples do procedimento recursal.

Em primeiro lugar, e como já sugerido de maneira geral, há de haver uma pluralização da representação recursal por meio da abertura à participação de colegitimados recursais, que atuarão como verdadeiras partes no procedimento recursal. Ao se deparar com demanda recursal complexa, deve o relator, a princípio, intimar o comitê de credores (se houver) para que se manifeste (essa manifestação pode servir de ponto de partida à percepção das diferentes perspectivas). Independentemente disso, deve o relator – na medida do possível – identificar os diferentes grupos afetados e abrir oportunidades para que eventuais outros credores se manifestem como representantes de tais perspectivas. É importante destacar que esse aporte argumentativo é de vetor livre; isto é, observados os limites objetivos fixados pelo recurso (ou

seja, a respectiva eficácia devolutiva), *há que se admitir a dedução de argumentos nos mais diversos sentidos*. Dentro da ideia de zonas de interesse, inclusive, é plenamente possível/factível que determinados grupos de credores acabem por se alinhar à perspectiva recursal da sociedade em recuperação.

Além da pluralização da representação (que é feita a partir das diferentes perspectivas vislumbradas pelo relator), é desejável que sejam realizados momentos participativos em grau recursal, sobretudo nos casos mais complexos. Ao verificar o grave impacto multitudinário da tutela recursal pretendida, deve o relator designar audiência pública voltada a colher diretamente as diferentes perspectivas do litígio, levando tais pontos de vista em consideração quando do julgamento do recurso.

É bom que se diga que não se está propondo nova assembleia geral de credores em grau recursal. O momento em questão não teria conteúdo deliberativo, servindo apenas ao melhor dimensionamento da extensão do litígio, inclusive para fins de percepção de novas zonas de interesse e correlata abertura de oportunidade para manifestação formal de novos representantes (colegitimados). Aliás, o art. 78-A, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia permite abertamente que o relator designe audiência pública sempre que repute necessário, sendo certo que própria norma regimental assegura a “*participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida*”³³⁴.

³³⁴ Eis o elogiável regimento instituído pelo TJ/BA para as audiências públicas:

Art. 78-A – O Relator poderá designar, de ofício ou a requerimento, audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando.

§ 1º – A audiência pública será convocada por edital, publicado na página do Tribunal na rede mundial de computadores, no Diário da Justiça eletrônico e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, tendo, ainda, ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário.

§ 2º – O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação.

§ 3º – A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência.

§ 4º – Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida.

§ 5º – O Ministério Público será intimado para participar da audiência.

§ 6º – A audiência pública será presidida pelo Relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 7º – Todos os membros do Órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a Secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital.

§ 8º – A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, podendo ser realizada fora do horário normal de expediente forense.

Dentro de tais eventos participativos, pode o relator perceber perspectivas antes não imaginadas (ainda que com a pluralização da representação). Por outro lado, e especificamente no caso de recurso manejado contra decisão homologatória do plano, tais eventos são excelentes para a colheita de dados seguros sobre a concretização do plano no mundo dos fatos (pagamento de créditos, venda de bens, reestruturação administrativa etc.), o que, de acordo com parte da doutrina, pode justificar a própria extinção do procedimento recursal sem apreciação do mérito (*mootnes doctrine*) e/ou eventual modulação dos efeitos da invalidação³³⁵. É possível, por hipótese, que ao longo da audiência pública fique claro que efetivação do plano vem se realizando com sucesso e de maneira irreversível, o que, naturalmente, teria algum tipo de peso em eventual decisão a respeito de alegação de vício formal na formação da vontade pela assembleia de credores.

4.5.4. Desistência e legitimação *ad actum* na recuperação judicial.

As diversas situações processuais de legitimação no processo de recuperação judicial tendem a ser extraordinárias. Isto é, não há uma associação perfeita entre a legitimidade para a prática de atos e a titularidade do direito material, verificando-se, em muitos casos, a atuação dos credores na defesa de situações jurídicas pertencentes a uma coletividade. É o caso da apresentação de objeção ao plano, postura que justifica a instauração da assembleia geral de credores. Embora o credor objete com o objetivo de resguardar direito material próprio, tal conduta confere vazão a uma multiplicidade de situações jurídicas materiais individuais e coletivas, eis que o plano sempre tocará mais de uma esfera jurídica.

§ 9º – O Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento.

§ 10 - A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, bem como transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais, sempre que possível.

§ 11 - As questões levantadas durante a audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, deverão ser examinadas pelo Órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

§ 12 – A audiência pública poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, previstos nos arts. 216 a 230 deste Regimento, e poderá realizar-se em outros casos em que o Relator a reputar necessária. Disponível em: www.tjba.jus.br, consulta em 27 de novembro de 2017, às 21:37.

³³⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Mootnes doctrine e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-112.

Nesse sentido, aliás, a objeção apresentada por um determinado credor é eficaz em relação a todos os outros, bastando uma única objeção para justificar a convocação do conclave. De igual modo, e como já destacado, a interposição de recursos a partir da recuperação judicial também tende a ser exercício de legitimação extraordinária, uma vez que a decisão questionada geralmente afeta diversas esferas jurídicas além da do próprio credor recorrente.

A desistência nada mais é do que o negócio jurídico em que a parte abdica expressamente de sua posição processual³³⁶; isto é, volta atrás no exercício de uma situação jurídica processual ativa. É possível voltar atrás no exercício do próprio direito de ação – desistência total -, bem como desistir do exercício de outras situações jurídicas ativas, tais como a apresentação de recurso (que é desdobramento do direito de ação³³⁷).

Em determinados casos, o legislador percebeu que o exercício de uma determinada posição processual ativa pode resultar num panorama processual que interesse não só ao respectivo titular, mas a outros sujeitos. Em tais hipóteses, o legislador costuma a impedir o exercício da desistência e/ou a condicionar os respectivos efeitos à aceitação dos demais interessados. É o caso da desistência do autor já depois da apresentação da contestação, que fica condicionada à anuência do réu (art. 485, §4º, do CPC). Supõe-se, pois, que o réu que apresentou a contestação pode ter interesse no julgamento de mérito, de modo que a desistência fica condicionada à respectiva aceitação.

Por tal motivo, a desistência da ação possui um regramento todo especial nos processos coletivos. Como o exercício da legitimação ativa geralmente está direcionado à defesa de situações jurídicas materiais alheias ao patrimônio jurídico do titular da legitimidade (potencial responsável pela desistência), tanto a Lei n. 7.347/1985 quanto a Lei n. 4.717/1967 instituem uma lógica de substituição do legitimado coletivo em caso de desistência; isto é, caso um determinado legitimado apresente desistência, abre-se oportunidade para a assunção da posição ativa por um outro legitimado (o Ministério Público), prestigiando-se, pois, a manutenção do processo³³⁸.

³³⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 810

³³⁷ Nesse sentido, conferir: (i) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5, p. 236; e, (ii) DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 3, p. 108.

³³⁸ Sobre o tema, conferir DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4.

No caso da recuperação judicial, há dispositivo específico regulando a desistência do pedido: o art. 52, §4º, da Lei n. 11.101/2005 é expresso ao prever que, uma vez proferida a decisão de processamento da recuperação, a desistência da ação fica condicionada à aprovação em assembleia geral de credores. Ou seja, atendendo aos interesses materiais subjacentes á recuperação, o legislador impede que a continuidade do processo fique ao alvedrio do devedor, o que, naturalmente, é coerente com a natureza coletiva do processo de recuperação e com a natureza extraordinária para a demanda.

Entretanto, não há regramento específico para a desistência do exercício da legitimação para prática de atos processuais internos que favoreçam não só o legitimado, mas os diversos indivíduos e coletividades cujas esferas jurídicas sejam afetáveis pelo processo de recuperação judicial. Para ficar com um exemplo mais simples, imagine-se um processo de recuperação em que apenas um credor tenha objetado o plano. Nesse caso, eventual desistência impedirá a realização de assembleia geral de credores e, certamente, frustrará os interesses de diversos credores. *Eventualmente, inclusive, a apresentação de objeção por um credor faz com que os demais confiem na realização do conclave de deixem de se opor pessoalmente.*

O mesmo pode acontecer com os recursos.

Como visto, a insurgência veiculada por um determinado legitimado certamente terá efeitos sobre outras partes, bem como sobre indivíduos e coletividades alheios ao processo. Logo, eventual desistência pode ter reflexos sobre as esferas jurídicas de diversos indivíduos e coletividades, não se adstringindo àquele que resolveu voltar atrás no exercício da legitimação.

Diante de tais aspectos, há de haver limitação dos efeitos da desistência no âmbito do processo de recuperação judicial. Considerando a natureza coletiva do processo, bem como as próprias características das situações de legitimação normalmente verificadas, tal ato volitivo não deve levar ao desfazimento do ato processual praticado e reestabelecimento do *status quo*.

No caso específico da objeção – que simplesmente provoca a designação de assembleia geral de credores –, deve o juiz seguir com a convocação do conclave, tendo por ineficaz o ato de desistência. Essa, aliás, é a solução proposta por Cássio Cavali e Luiz Roberto Ayoub, ainda que por motivos diversos dos aqui expostos³³⁹.

³³⁹ “O ideal seria que não fosse permitida a desistência à objeção, pois muitos credores, ao saberem que foi formulada uma objeção ao plano, podem deixar de formular as suas objeções, na certeza de que será realizado o

No caso particular dos recursos e/ou das impugnações a créditos, a solução deve ser semelhante àquela verificada no âmbito da ação civil pública e da ação popular; isto é, o juiz ou o relator deve intimar outros colegitimados para que assumam a posição do impugnante/recorrente. Caso inexistam, a posição deverá ser assumida pelo Ministério Público.

4.5.5. O hibridismo entre cognição e execução, bem como entre jurisdição e negociação: uma premissa geral.

O processo estrutural envolve a mistura procedimental de atividade cognitiva e executiva, bem como uma preferência pelas soluções calcadas no consenso – tanto na cognição quanto na efetivação³⁴⁰. Há, portanto, um hibridismo entre processo negocial e processo jurisdicional, bem como entre cognição e execução, tratando-se de verdadeiras marcas da tutela coletiva estrutural.

A percepção da recuperação judicial como processo coletivo estrutural, por sua vez, lança luzes sobre tais características – muito presentes na referida modalidade processual – e permite um tratamento científico e sistemático de tal hibridismo, bem como o próprio extravasamento da premissa para solução de problemas específicos.

Explica-se.

Na recuperação judicial, a atividade de verificação/cerificação de crédito se desenvolve relativamente desvinculada da formação, aprovação, execução e fiscalização do plano de recuperação judicial. É possível, portanto, que o plano entre em fase de execução sem que o quadro final de credores esteja formado, bem como que, de igual modo, o prazo de dois anos de que trata o art. 61, da Lei n. 11.101/2005 se encerre sem que haja um quadro definitivo de credores.

Como a verificação de créditos tem também por objetivo viabilizar a liquidação e cumprimento do plano, há verdadeira contemporaneidade e desvinculação entre execução e cognição. Isto é, quanto aos créditos já verificados e outras obrigações já perfeitamente enunciadas no texto aprovado, o plano já é líquido e pode ser cumprido (execução), ao passo que,

conclave.” AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 259

³⁴⁰ Sobre execução negociada, conferir: COSTA, Eduardo José Fonseca da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. n. 212, versão eletrônica. São Paulo: RT, out., 2012.

em paralelo, são verificados e certificados outros créditos de modo a viabilizar a execução integral do plano.

É a natureza do litígio que justifica a estruturação do procedimento em tais moldes. Logo, não há razão para não estender o raciocínio: isto é, eventuais outras normas jurídicas negociais decorrentes do plano podem ser liquidadas/complementadas pelo juízo já depois da prolação de sentença que dê por encerrada a fiscalização do cumprimento das obrigações *Ou seja, o encerramento de uma determinada atividade processual não impede a continuidade de outra, sendo de rigor que o próprio juízo da recuperação complemente o conteúdo do plano.*

O art. 60 da Lei n. 11.101/2005 é um excelente exemplo do que se está falando. Trata-se de disposição que estabelece o seguinte: se o plano aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, caberá ao juízo complementar o que foi negociado e ordenar a venda em observância ao art. 142 da referida lei (inexistindo limite temporal à efetivação de tal medida). Ou seja, cabe ao magistrado ouvir o administrador judicial (e eventualmente o comitê de credores) e ordenar a venda por meio de uma das modalidades previstas no já citado art. 142, o que, por sua vez, consubstancia nítida complementação cognitiva da norma negocial instituída (espécie de liquidação judicial da norma decorrente do negócio jurídico).

Portanto, e a exemplo de todo processo estrutural, a recuperação judicial envolve uma cascata de deliberações judiciais e negociais voltadas a instituir normativamente a reestruturação da atividade empresarial e trazer para o mundo dos fatos o aludido conteúdo normativo (a reestruturação). Inexiste, pois, uma segregação procedimental entre as atividades: isto é, diferentemente do que ocorre no processo civil tradicional (em que se podem falar em módulos cognitivo e executivo), na recuperação judicial há um verdadeiro hibridismo entre execução e cognição, havendo, de igual modo, uma conjugação/simbiose entre elementos de processo negocial e judicial.

Essa também deve ser uma premissa para a resolução de problemas no âmbito da recuperação judicial. Isto é, há que se avaliar o processo como uma grande comunidade de trabalho da qual emanam atos executivos e cognitivos.

CONCLUSÕES

Ao final desta dissertação, é possível apresentar as seguintes conclusões (sem prejuízo de outras já lançadas no corpo do texto):

A relevância social da crise da empresa fez com que o legislador se preocupasse com o tema e desenvolvesse um regime jurídico voltado a viabilizar a superação de tal fato; ou seja, um mecanismo voltado a dar uma resposta jurídica à referida situação. O dito mecanismo, por sua vez, possui duas frentes: (i) uma perspectiva material, voltada a alterar situações jurídicas materiais com objetivo de favorecer o fim da crise; e, (ii) uma perspectiva processual, que é voltada a estruturar a aplicação da resposta material à crise. Em certa medida, portanto, a recuperação judicial é um instituo bifronte.

O processo de recuperação judicial, por sua vez, abarca múltiplos interesses individuais e coletivos. Tais interesses, por seu lado, transitam em zonas de convergência e divergência, de modo que a recuperação da atividade empresarial pode resultar em conflito entre as diferentes coletividades e indivíduos envolvidos. Destaca-se, contudo, a ideia de preservação da atividade empresarial — valor tutelado por norma princípio.

Essa multiplicidade de interesses discutidos tem vazão na atuação dos diferentes sujeitos do processo de recuperação. Vale dizer, os credores, órgãos de credores, administrador judicial e Ministério Público atuam em diferentes frentes, sendo possível, e até comum, que um determinado sujeito processual exerça mais de um papel no mesmo processo. No ponto, concluiu-se ainda que o juiz tem um papel muito peculiar no processo de recuperação, eis que o núcleo da solução da crise envolve de certo modo a vontade dos envolvidos, e não uma solução imposta por terceiro (no caso, o juiz).

A análise da estrutura do processo de recuperação judicial, por sua vez, levou à conclusão de que sua solução se dá por meio de uma negociação facilitada. Em tal perspectiva, e tendo presente a tipologia dos fatos jurídicos traçadas por Pontes de Miranda, concluiu-se que o processo de recuperação judicial é um negócio jurídico decorrente de vontade coletiva voltada a reestruturar a sociedade, superar a crise e preservar a empresa (atividade).

Quanto à tutela coletiva e seus conceitos fundamentais, concluiu-se que a noção de processo coletivo passa pela questão das situações jurídicas coletivas. Logo, será coletivo todo processo que veicule situações jurídicas coletivas (ainda que passivas). No ponto, concluiu-se

também o seguinte: a tipologia dos litígios coletivos traçadas por Edilson Vitorelli serve à estruturação dos processos coletivo e apresenta a vantagem de superar antigos dogmas que — por jogarem numa vala procedimental comum litígios substancialmente diferentes — impediam a estruturação/adequação do processo coletivo ao respectivo objeto com possíveis prejuízos à noção de devido processo legal.

Ainda dentro da ideia de trazer alguns conceitos importantes relacionados à tutela coletiva, concluiu-se que a noção de processo estrutural envolve, basicamente, um processo cuja solução envolva a reestruturação de uma instituição, que se estruture por meio de diferentes decisões com graus de abstração diversos (geralmente, numa escala decrescente) e que veicule um problema/caso e não um litígio na concepção clássica. Tais processos se caracterizam ainda por um elevado coeficiente de complexidade (possibilidade de resolução de diferentes formas), bem como pela elevada conflituosidade entre os envolvidos e conseqüente multipolaridade.

Com base nas conclusões parciais construídas acima, é possível afirmar que a crise empresarial representa lesão a diversas situações jurídicas coletivas. Além disso, e considerando os interesses potencialmente atingidos e possível litígio daí resultante, concluiu-se também que: (i) tal entrave costuma ser marcado por um elevado grau de conflituosidade; e, (ii) a reestruturação da sociedade e da atividade pode ocorrer de diversos modos, o que leva à conclusão de que se trata de um litígio complexo.

Assim, e seguindo no teste das hipóteses postas, concluiu-se que a recuperação judicial é um processo de natureza coletiva que tramita por rito especialíssimo, bem como que o aludido feito é estrutural, eis que envolve verdadeira reforma da sociedade e da empresa, ao passo que abarca decisões judiciais e deliberações negociais com diversos graus de abstração.

Com base em tais premissas, concluiu-se ainda pela necessidade de pluralização/divisão da representação no processo de recuperação judicial, pela necessidade de se valorizar a instituição do comitê de credores (ente de grande representatividade), bem como pela possibilidade de adaptação do procedimento recursal na recuperação judicial para contemplar especificamente a pluralização da representação, bem como momentos participativos que permitam ao tribunal ter contato com as diferentes perspectivas discutidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no Novo CPC para o Brasil. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6.

ALVIM, José Manoel Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Teresa Arruda; SOUZA, James J. Marins de. Código de defesa do consumidor comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423-448.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*. n. 2, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul/dez, 2015.

_____. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. n. 225, versão eletrônica. São Paulo: RT, nov., 2013.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BASTOS, Joel Luís Thomaz. Litisconsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 211-218.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LTZ, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro. Integridade e coerência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador, Juspodivm, 2015.

_____. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. n. 148., p. 293-320, São Paulo: RT, jun., 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, n. 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009.

CÂMARA, Alexandre. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. n. 197, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. Seção IV: Da Assembleia-Geral de Credores. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 251-284.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11. ed., São Paulo: RT, 2016.

_____. *Princípios de direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Daniel Carnio da. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-112.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. A execução negociada de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. n. 212, versão eletrônica. São Paulo: RT, out., 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 3.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 4.

_____; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 354-368.

_____; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no novo CPC. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 15-42

_____; BOMFIM, Daniela Santos. Morte da parte. Renúncia ao direito afirmado. Impossibilidade. Ausência de representação. Ato praticado por advogado sem poderes. Decisão homologatória. Ação rescisória. *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, p. 273-280, 2014.

_____. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. n. 198, versão eletrônica, São Paulo: RT, ago., 2011.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. n. 197, versão eletrônica. São Paulo: RT, jul, 2011.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Org.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Podivm, 2009, p. 211- 218.

_____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, v.4.

_____. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. *Revista de Processo*. n. 133, versão eletrônica. São Paulo: RT, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 66-80.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Capítulo I – Dos Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 248-261.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*. n. 108. São Paulo: RT, out/dez 2002.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva. 1995.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Repercussões do novo CPC: Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 61-100.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-195.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT 2001, p. 19-39.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad.

_____. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. n. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FISS, Owen. Fazendo da constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25-51.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Seção IV: Da Assembleia-Geral de Credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 186-217.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed., São Paulo: RT, 2013.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. *Revista de Processo*. n. 227, versão eletrônica. São Paulo: RT, jan., 2014.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio de Castro Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos*. São Paulo: RT, 2007, p. 321-344.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. n. 63., versão eletrônica, São Paulo: RT, jan., 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atual. Nelson Nery Jr. e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Tratado de Direito Privado, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos*. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado, Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. n. 78, p. 219-228. São Paulo: RT, out./dez., 2017.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA, Alberto Camiña. 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 recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 247-274.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5.

_____. Ações Coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*. n. 61. p. 187-200. São Paulo: RT, jan./mar., 1991.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*. n. 39. p. 55-77. São Paulo: RT, jul./set., 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*. n. 404. p. 9-21. São Paulo: RT, jun., 1969.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOUTA, José Henrique. O ente público na ação de improbidade administrativa: intervenção variável. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva: 2ª Série*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 423-432.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV: Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 270-319.

_____. *Mootnes doctrine* e o Direito Brasileiro. Preservação dos Atos Validamente Implementados no Âmbito da Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-112.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do Judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; ABRÃO, Carlos Henrique; BENETI, Sidnei (Coord.). *10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-118.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIMENTEL, Bernardo. *Direito processual empresarial: títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências*. Salvador: Juspodivm, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Ato Administrativo e sua Estrutura: do ato-fato ao ato norma. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico - Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 101-114.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembléias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. n. 138, p. 53-70, São Paulo: Malheiros, abr/jun. 2005.

_____. Seção I: Disposições Gerais. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 219-263.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. *Revista de processo*. n. 242 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, abr., 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo. Impactos do novo Código de Processo Civil na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/05 e 13.015/15. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor (Coord.). *Repercussões do novo CPC: legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 9, p. 287-313.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2007.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-422.

_____. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*. n. 248 (versão eletrônica). São Paulo: RT, out., 2015.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista de Processo*. n. 247 (versão eletrônica). São Paulo: RT, set., 2015.

WAISBERG, Ivo. Justiça do trabalho e recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 37 (versão eletrônica). São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011.

WARDE JR., Wafredo Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Discricionariedade da assembleia geral de credores e poderes do juiz na apreciação do plano de recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 491-500.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. n. 67. p. 15-25. São Paulo: RT, jul./set., 1992.

_____. et al.. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

YARSHELL, Flavio Luiz. Breves reflexões sobre a aplicação subsidiária do CPC 2015 ao processo de recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) *10 anos da lei de recuperação*

de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 161-171.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.