



POSSIBILIDADES E LIMITES DE APLICAÇÃO SUPLETIVA DAS TÉCNICAS DO PROCEDIMENTO COMUM AO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

João Victor Gomes Bezerra Alencar¹

José Orlando Ribeiro Rosário²

RESUMO

O trabalho objetiva estudar o conteúdo normativo dos artigos 327, §2º; 1.046, §2º e 1.049, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente a aplicação supletiva e subsidiária das técnicas do procedimento comum nos procedimentos especiais. Para tanto, utilizando da metodologia hipotético-dedutiva, foi definido como recorte da pesquisa o procedimento da recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, e estabelecida como problemática a possibilidade de aplicação das técnicas do procedimento comum na recuperação judicial, diante das hipóteses levantadas pela doutrina a respeito da transição de técnicas entre procedimentos e reforçada pelas recentes propostas em trâmite no Legislativo.

Palavras-chave: Procedimento. Recuperação Judicial. Técnicas. Flexibilização.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestrando em Direito Constitucional (PPGD/UFRN) e Especialista em Direito Processual Civil (UNI-RN). Advogado.

² Doutor em Direito (FADISP). Professor Associado da UFRN.

O presente estudo pretende investigar, dentro do contexto processual e constitucional de aplicação de técnicas adequadas, as possibilidades de interação entre o procedimento comum e os procedimentos especiais, cujo recorte será direcionado para a recuperação judicial.

Nessa linha, o contexto de pandemia vivenciado em 2020 acelerou a discussão em tela. O Congresso Nacional passou a trabalhar na elaboração de projetos de lei que trouxessem respostas ao setor produtivo e que, ao mesmo tempo, promovessem a segurança jurídica diante do quadro de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020. Disso resultou, por exemplo, o Projeto de Lei nº 1.397/2020³, responsável por propor a atualização procedimental da recuperação judicial com destaque para as fases negociais. Questiona-se, neste diapasão, se a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil de 2015 não seria suficiente para tornar a lei em questão em conexão com a nova realidade processual.

Nesse sentido, tendo suporte na interação entre o Código de Processo Civil de 2015 e Lei nº 11.101/2005, tal discussão retornou à pauta do dia, com o fito de se buscar mecanismos processuais eficazes para preservação das empresas. Paralelamente, a discussão proposta sobre os procedimentos ganhou um novo capítulo com o Código de Processo Civil de 2015, cujos conteúdos normativos dos artigos 327, §2º; 1.046, §2º; e 1.049, parágrafo único, trouxeram para o debate a possibilidade de transição entre os procedimentos com maior flexibilização.

Assim, o que se percebe é que existia um problema de ordem processual em discussão diante de uma novidade legislativa (Código de Processo Civil de 2015), e que, agora, ganha novos capítulos diante de um quadro de crise econômica. De toda sorte, as reflexões e conclusões oriundas deste cenário são interessantes para avaliar até que ponto o Direito pode contribuir com a economia e como o Legislativo e o Judiciário devem atuar nesse contexto, mediante as balizas constitucionais estabelecidas para a atuação dos referidos poderes.

Diante da complexidade do debate, o presente artigo pretende contribuir com a academia através de uma investigação propositiva ao estabelecer, ainda que de forma embrionária, limites e possibilidades de flexibilização da recuperação judicial enquanto procedimento especial, bem como identificar que aspectos do procedimento comum podem ser utilizados nessa perspectiva. Pode-se cumular o pedido concursal com pedido indenizatório? As partes podem negociar o prazo para apresentação do plano? Esses e tantos outros

³ Posteriormente materializada na Lei nº 14.112/2020.

questionamentos exemplificam como a problemática pretende ser abordada mediante a análise da flexibilização dos procedimentos.

2 A TEORIA DA TUTELA DE DIREITOS E A APLICAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUALMENTE ADEQUADAS NA PERSPECTIVA DOS PROCEDIMENTOS COMUM E ESPECIAL

O processo civil brasileiro contemporâneo foi construído a partir de um modelo constitucional, ou seja, com institutos firmados através de diálogos normativos entre o Direito Processual Civil e a Constituição de 1988, tendo como produto o modelo constitucional de processo (CÂMARA, 2018, p. 07-09).

É o que se pode observar através do Código de Processo Civil de 1973, influenciado pelos ideais de Liebman (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 30), em que se predominava a influência do direito liberal no código de processo, a exemplo da abstrativização do direito material em relação ao direito processual, impossibilidade de concessão de tutelas específicas e antecipadas em caso de urgência; e o crescimento latente do caráter patrimonialista do processo por apresentar unicamente dois tipos de procedimentos especiais ligados apenas aos direitos reais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 61-63).

Não se vislumbrava, dessa maneira, um processo democrático em sua acepção que se buscasse a aproximação do Estado para tutelar direitos, mas sim se contribuía cada vez mais para construção de um modelo de processo cujo produto seria um instrumento burocrático de cunho patrimonial. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 64-65).

A partir das reformas processuais e com ápice no Código de Processo Civil de 2015, buscou-se a tutela específica do direito material e sua relação direta com a técnica processual adequada (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 25-28). Em termos práticos, para cada tipo de tutela de direito o Código de Processo Civil de 2015 fornece uma técnica adequada à sua garantia, tendo por fim, o estabelecimento da teoria da tutela dos direitos.

Assim, com vistas a se buscar uma perspectiva futura para a sociedade a partir de um sistema processual justo, coerente, íntegro e seguro, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo diversas novidades, desde o procedimento comum ao processo de execução, perpassando por inaugurações nos procedimentos especiais e na sistemática recursal. Porém, para se atingir o objetivo proposto por esse trabalho, se torna imperioso um maior

aprofundamento no estudo a respeito das possibilidades e limites de interação entre os procedimentos comum e especial.

Diante dessa nova realidade inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, questiona-se a existência no ordenamento jurídico brasileiro a grande quantidade de procedimentos especiais. Talvez seja mais um dos grandes problemas que o novo código, ou quem for aplicá-lo, tenha que resolver, o que é reforçado pela inexistência de uma construção doutrinária sólida a respeito de uma teoria geral dos procedimentos especiais.

Essa divisão rígida, e talvez sem sentido para a atualidade, remonta à época do Estado liberal clássico, através do qual, ainda no século XVIII, se pretendia instituir uma nova ordem social pautada na legalidade e na garantia da liberdade. Para tanto, um dos primeiros passos dados foi a delimitação rígida das funções dos poderes constituídos, de modo a evitar qualquer arbitrariedade. No campo jurídico, esse imaginário⁴ se refletiu na atuação da magistratura, cuja atuação estava estrita ao texto da lei, não sendo permitido outro tipo de interpretação que não fosse a literal, de modo a associar a liberdade política, expressa através produto do trabalho do legislativo (lei), à certeza do Direito e à segurança jurídica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 25).

Nesse sentido, a busca da segurança jurídica era justificada através da aplicação de um procedimento padrão (comum), através do qual seria realizado o exercício pleno da jurisdição: dentro dele, segurança; fora, arbítrio e incertezas (GONÇALVES, 2020, p. 42-44). Como demonstrado, a vigência de um código de base constitucional não permite o predomínio desse ideal, substituído por um estado de coisas que busque a efetividade do processo mediante aplicação de técnicas adequadas (FUX; BODART, 2019, p. 41-48).

Dessa forma, é no século XIX, a partir das reflexões de Oskar von Bülow na Alemanha sobre pressupostos processuais, que se passa a compreender o processo, portanto, como uma relação jurídica de direito público. Nesse ínterim, a figura do magistrado passa a ser de representante do Estado para decidir um conflito privado, criando uma concepção de relação jurídica processual, permitindo o aperfeiçoamento de institutos processuais como a jurisdição, ação e defesa (DINAMARCO, 2002, p. 65-66).

A mudança de abordagem ajudou a compreender de que forma o direito processual civil transformou-se em um verdadeiro mecanismo de tutela de direitos mediante um

⁴ Nesse racional, qualquer técnica processual que visasse a efetividade do processo e a busca pela aplicação da tutela adequada não era enxergada como um ponto positivo, mas sim como brecha para a prática de arbítrio pelo Judiciário. Com o passar do tempo, a tutela executiva foi se aperfeiçoando, de modo a permitir que a magistratura pudesse praticar atos executivos, desde que previstos expressamente na legislação (tipicidade).

procedimento adequado, e não mais um instrumento de formalidade estatal, apenas visando a minimização de arbitrariedades do Estado. No Brasil, a doutrina divide em oito fases do processo civil brasileiro, com destaque para as quatro últimas que foram responsáveis pelas transições mais recentes do sistema processual, compreendendo o código de 1939, passando pelo de 1973 e suas reformas, até chegar ao vigente código de 2015 com suas novidades e adequações de ordem constitucional (DINAMARCO, 2016, p. 416-418).

Com o vigente Código de Processo Civil de 2015, se construiu, dessa forma, um modelo constitucional de processo através de dois pilares: a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades. Efetiva-se, assim, a tutela específica do direito material e sua relação direta com a técnica processual adequada, ou seja, a necessidade de se aplicar técnicas processuais adequadas a tutelas específicas de direitos patrimoniais e personalíssimos, (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 29-31).

Na prática, a referida teoria pode ser visualizada através dos negócios jurídicos processuais, primazia do julgamento de mérito, fundamentação adequada das decisões, proibição de decisões surpresas, tutelas de urgência, aprimoramento da técnica executiva, procedimentos especiais e formação concentrada de precedentes.

Desse modo, verifica-se que a ciência processual no Brasil foi aprimorada em vários pontos, apesar de alguns institutos ainda carecerem de discussão e amadurecimento científico. É notória a percepção de que a ciência processual acompanha a evolução da sociedade e suas relações complexas, não sendo suficiente acreditar que apenas a efetivação do devido processo legal pelo Judiciário seja uma garantia de que o acesso à justiça alcance sua plenitude, pois o próprio caráter linguístico e complexo do Direito demonstra que é necessária uma maior legitimidade dos procedimentos decisórios em um dado sistema jurídico (GOES, 2015, p. 140-141).

Ademais, ainda que não se esqueça que o Código de Processo Civil de 2015 tenha trazido diversas ferramentas que contribuem para a construção dialógica do processo e maior flexibilização procedimental, úteis na efetivação do acesso à justiça em situações excepcionais, há ainda de se ponderar as situações excepcionais que possam ocorrer no cotidiano social, devido as intensas mudanças da sociedade, que invariavelmente demandarão uma maior flexibilidade procedimental na busca pela efetivação da tutela dos direitos, a exemplo do momento de pandemia enfrentado ao longo do ano de 2020.

Por isso é que nessa nova perspectiva os procedimentos especiais não podem ser enxergados mais como excepcionalidades. Em outras palavras, sempre que surgir um direito específico a ser tutelado, novo em relação ao que habitualmente se discute pelo Judiciário, não

se pode ter mais a ideia de criar um procedimento próprio em virtude da especificidade, mas, sim, encaixar seu tratamento mediante técnicas específicas, pois do contrário seria institucionalizar ou tomar como regra a exceção, afinal em uma sociedade complexa a tendência é o surgimento cada vez mais de tutelas diferenciadas.

Portanto, é chegado o momento de utilizar racionalmente as técnicas previstas para o procedimento comum. Ou seja, cada vez mais a realidade processual se afasta do tradicional conceito de procedimento especial como técnica processual construída para atender a situações jurídicas específicas, de modo que a sua criação aleatória e pautada apenas na celeridade pode incorrer no mesmo erro do século XVIII, qual seja a indiferença ao direito material tutelado. Há de se considerar, por outro lado, situações excepcionais de ordem pública que necessitam ainda de procedimentos próprios, mas, como dito anteriormente, a exceção não se pode tornar regra no contexto vigente.

3 POSSIBILIDADES E LIMITES DA TRANSIÇÃO DE TÉCNICAS ENTRE PROCEDIMENTOS: ANÁLISE DO CONTEÚDO NORMATIVO DOS ARTIGOS 327, 1.046 E 1.049 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Diante da nova construção do Código de Processo Civil de 2015 em tutelar direitos mediante utilização da técnica processual adequada, a doutrina vem tentando sistematizar uma teoria para os procedimentos especiais, passando a dividi-los em opcionais ou obrigatórios, principalmente diante do disposto no artigo 327, §2º do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, os procedimentos opcionais são aqueles que podem ser dispensados pelo requerente, a exemplo da ação monitória, ações possessórias, consignação em pagamento e mandado de segurança. Por outro lado, os procedimentos obrigatórios são aqueles que foram criados para tutelar interesse público ou situações muito específicas, a exemplo do controle concentrado de constitucionalidade, inventário, partilha e interdição. Nesta última classificação a doutrina costuma inserir a recuperação judicial, para a qual não caberia, inclusive, aplicação das técnicas do procedimento comum, a exemplo do negócio jurídico processual (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 40-42).

Para conceituar melhor os institutos processuais trabalhados na presente seção, entende-se o procedimento comum como sendo o procedimento padrão do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual se desenvolve as fases postulatória, instrutória, decisória e de efetivação, levando em consideração, também, o sincretismo processual. Por conceituação, constata-se que a definição dos procedimentos especiais ocorre por exclusão, diante da forma,

sequência e organização dos atos processuais serem diferentes daquelas aplicadas ao procedimento comum, tutelando situações jurídicas peculiares (CERQUEIRA, 2020, p. 78-85).

Por tais motivos é que a compreensão do conteúdo normativo dos dispositivos escolhidos se mostra de fundamental importância, pois é justamente através da aplicação harmônica de ambos que será possível dizer se é viável ou não a aplicação daquilo que a doutrina tem chamado de “livre trânsito das técnicas especiais entre os procedimentos” (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 69-74), pois, ao que parece, tanto o artigo 327, §2º, como o artigo 1.046, §2º e o artigo 1.049, parágrafo único, são conflitantes com o que se entendia da matéria anteriormente a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Tudo isso só é passível de indagação e pesquisa porque tais dispositivos representam uma das grandes novidades no Código de Processo Civil de 2015, e com impacto normativo em todo sistema. O principal motivo, talvez, seja o fato de representarem cláusulas abertas (CERQUEIRA, 2020, p. 153-155), com conteúdo normativo ainda a ser definido pela academia através de pesquisa. Em razão disso, deve-se ter cuidado com a abrangência para o exercício do “livre trânsito das técnicas especiais entre os procedimentos”, representando importante elemento de investigação quanto aquilo que a doutrina tem denominado de “continuidade jurídica”, objeto de estudo das estabilidades processuais (CABRAL, 2020, p. 109-114).

Dessa forma, o procedimento tende a deixar de ser cada vez mais típico e passa a ser construído dentro da necessidade do caso concreto, com forte tendência para queda da dependência ao procedimento comum como objeto central do processo e a desnecessidade de criação em demasia de procedimentos especiais. Busca-se, sobretudo, a tutela adequada ao direito material discutido no processo (RAATZ, 2019, p. 194-200).

A justificativa para uma realidade legislativa e processual pautada por procedimentos especiais, e para transformação de um modelo rígido para outro mais flexível, gira em torno da necessidade moderna de desjudicialização dos conflitos, racionalização dos processos e reestruturação do Poder Judiciário diante das demandas de massa (CERQUEIRA, 2020, p. 135).

Adentrando ao conteúdo normativo dos dispositivos selecionados para melhor explorar a dogmática processual sobre o assunto, temos que o artigo 327 do Código de Processo Civil de 2015 delimita a possibilidade de cumulação de pedidos, sendo requisitos a compatibilidade desses pedidos, a competência do mesmo juízo para processamento de todos e aplicação e adequação de um mesmo procedimento. Contudo, o §2º aduz que se na cumulação

houver pedidos que pertençam originariamente a procedimentos distintos⁵, se admite a cumulação apenas caso o autor opte pela aplicação do procedimento comum a todos. Mas a segunda parte desse parágrafo ainda admite a utilização da técnica especializada para um dos pedidos oriundos do procedimento especial, desde que compatíveis com o procedimento comum⁶.

Em outras palavras, a redação em análise, apesar de confusa, indica que independentemente da técnica a ser utilizada é necessário seguir um único procedimento. Tal opção gira em torno da escolha da parte processual, pois em nada isso afasta o caráter cogente dos procedimentos especiais⁷, levando em consideração aqueles denominados como obrigatórios e facultativos pela doutrina.

A visualização fica mais fácil para a cumulação do pedido de procedimento comum com outro de procedimento especial taxado como facultativo, ou como parte da doutrina denomina de “falsos procedimentos especiais”, os quais são limitados a pequenos detalhes apenas no início do procedimento, continuando ao longo do processo com características de procedimento comum⁸. Para os ditos “falsos procedimentos especiais”, é possível a sua cumulação com outro pedido de procedimento comum, seguindo em conjunto por este procedimento, aplicando, inclusive, as técnicas especializadas (NEVES, 2020, p. 604-607), ao passo que caso o autor cumule pedido de procedimento comum com outro de procedimento especial obrigatório, a doutrina e jurisprudências consolidadas ensinam que o autor deve ser intimado para optar por um dos pedidos ou separá-los em ações distintas (MEDINA, 2016, p. 571-572).

Já o artigo 1.046, que dispõe sobre as situações transitórias de aplicação e vigência do Código de Processo Civil de 2015, dispõe em seu §2º sobre a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 em relação aos procedimentos especiais previstos em leis processuais específicas,

⁵ Por exemplo, em uma cumulação de três pedidos, dois são inerentes ao procedimento comum e um é característico de um determinado procedimento especial.

⁶ Em um breve comparativo com o CPC/73, a cumulação de pedidos prevista no §2º do artigo 292 daquele Código tinha como consequência a utilização una do procedimento comum, excluindo a possibilidade de aplicação de técnicas especiais, ou seja, não se considerava a possibilidade de compatibilidade da utilização das técnicas do procedimento especiais no procedimento comum, como aparentemente está previsto no §2º do artigo 327 do CPC/15.

⁷ Para melhor compreensão da compatibilidade da técnica e do procedimento, que apesar das importantes considerações doutrinárias é elemento que depende de análise exclusivamente no caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem jurisprudência firmada no sentido de ser inadmissível a cumulação de pedido de revisão contratual com o de prestação de contas em virtude da incompatibilidade de diferença dos ritos utilizados. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 663.830/PR**. 4ª turma. Relatoria da Min. Maria Isabel Galloti. j. 18/06/2015, DJe 25/06/2015.

⁸ A exemplo das ações possessórias.

ou seja, aduz que permanece em vigor os referidos diplomas que regulem procedimentos especiais previstos fora do código de ritos, para os quais haverá aplicação supletiva do Código de Processo Civil de 2015 (NEVES, 2020, p. 1.936). Contudo, havia o entendimento firmado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 de que o diálogo entre procedimento comum e procedimento especial se dava apenas pela via da aplicação subsidiária, ou seja, o procedimento comum só seria aplicado em um determinado procedimento especial caso este em alguma parte apresentasse uma lacuna, por exemplo.

Essa lógica parece ser alterada pelo Código de Processo Civil de 2015 através de dois dispositivos. O primeiro deles é o artigo 15, o qual aduz que o código pode ser aplicado em outros diplomas processuais em caso de lacunas de forma supletiva e subsidiária, havendo, portanto, permissão legal para tanto. O segundo, e objeto do estudo, é o §2º do artigo 1.046, segundo o qual o Código de Processo Civil de 2015 é aplicado de forma supletiva aos procedimentos especiais previstos em legislação extravagante (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 91-92).

O problema, ao que parece, consiste primeiro em definir se a aplicação da parte do procedimento comum prevista no Código de Processo Civil de 2015 ocorre de forma subsidiária ou supletiva aos procedimentos especiais, diante da previsão do artigo 15, o que caminha para a segunda opção diante do disposto no §2º do artigo 1.046, permitindo, dessa forma, várias adaptações procedimentais. Isso porque a aplicação subsidiária é uma técnica de integração de lacunas (inexistência), ao passo que a aplicação supletiva é utilizada para complementação (existência), de modo que a autorização legal verificada permite interpretar que a relação entre os procedimentos comum e especial passam por uma nova fase na dogmática processual, consistindo em uma relação de complementariedade, e até mesmo de fungibilidade⁹.

Outro dispositivo que enriquece o debate sobre o assunto é o artigo 1.049 do Código de Processo Civil de 2015, através do qual se tem a compreensão de que se em uma lei processual tiver previsão de um determinado procedimento específico, contudo sem detalhar seu trâmite, deverão ser aplicadas as técnicas do procedimento comum, respeitando as demais técnicas especiais que tenham previsão expressa na referida legislação processual¹⁰. Dessa

⁹ Diante do cenário legislativo exposto, a doutrina se esforça para traçar critérios de fungibilidade entre procedimentos, ou seja, ao invés de negar o seguimento ao procedimento especial diante da ausência de alguma de suas características, convertê-lo em procedimento comum. Alguns critérios seriam os seguintes: dúvida sobre o cabimento, abuso do direito na utilização do procedimento especial e proteção dos interesses do réu e de terceiros.

¹⁰ Um exemplo exposto pela doutrina é o do procedimento da ação de revisão de aluguel. “O procedimento da ação de revisão de aluguel é regulado pela Lei nº. 8.245/1991, que remete ao procedimento sumário (art. 68). Mas o processo da ação revisional tem, por exemplo, suas peculiaridades, tais como um especial requisito da petição inicial (art. 68, I) e a possibilidade de uma tutela provisória de evidência (art. 68, II). Essas exigências,

forma, percebe-se que os dispositivos em análise permitem uma interpretação quanto ao uso dos procedimentos divergente daquela que predominava com a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Tal cenário ainda lança luzes sobre outro tema correlato ao objeto de estudo, qual seja a flexibilidade e adaptação procedimental, que ganham contornos com o Código de Processo Civil de 2015 diante da redação de outros dispositivos, dentre eles os artigos 139 e 190.

Para tanto, é necessário compreender o plano da utilização das técnicas previstas nestes dispositivos, seja no plano de atuação do legislador, seja no plano prático pelas partes e pelo juiz. Sendo assim, se tem como regra que a adaptação do procedimento deve ocorrer conforme os ditames legais e em respeito às formas adequadas para tanto, levando em consideração, inclusive, a competência instituída pelo artigo 22, I, da Constituição (OLIVEIRA, 2020, p. 39-45). Com esse substrato, se tem que o princípio da adequação representa o seguimento às regras legais para construção dos procedimentos que melhor efetivem, e tutelem, o direito material discutido no caso concreto¹¹, ao passo que o princípio da adaptabilidade gravita em torno da atividade do juiz¹² em flexibilizar um procedimento que se mostre inadequado ou que dificulte a discussão das peculiaridades do objeto (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 136-140).

Para a aplicação dos dois princípios em tela, no entanto, é necessário verificar três elementos, sendo eles a permissão ou não da flexibilização pela legislação, flexibilização procedimental pela via judicial e flexibilização procedimental pelas partes via negócio jurídico processual, sendo indispensável, nas três hipóteses, o respeito ao contraditório. Além disso, outro elemento basilar e necessário à efetivação das técnicas estudadas, sobretudo para o princípio da adaptabilidade, é a fundamentação adequada da decisão judicial que opte pela adequação do procedimento¹³.

Contudo, mesmo diante da construção doutrinária já estudada sobre o tema, parte da doutrina ainda aponta algumas resistências para a flexibilização de procedimentos sob o argumento de que para determinados procedimentos especiais a utilização do procedimento comum inviabilizaria a discussão de determinado direito material tutelado pelos denominados

que são especificidades em relação ao procedimento comum, permanecem em vigor”. (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 75-76). Nesse mesmo sentido dispõe o Enunciado nº. 570 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “As ações revisionais de aluguel ajuizadas após a entrada em vigor do Código de Processo Civil deverão tramitar pelo procedimento comum, aplicando-se, com as adaptações procedimentais que se façam necessárias, as disposições dos artigos 68 a 70 da Lei nº 8.245/1991”.

¹¹ A exemplo das ações possessórias, ação monitória e mandado de segurança.

¹² Conforme disposto no artigo 139, VI, do CPC/15, de aplicação subsidiária.

¹³ Conforme artigo 489, §1º do CPC/15 e artigo 93, IX, da Constituição.

“procedimentos especiais infungíveis”, a exemplo do inventário e partilha e a da própria falência e recuperação judicial (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 152-155).

Neste diapasão, a doutrina tem se esforçado para estabelecer balizas para flexibilização e adaptação do procedimento, pautando-se na segurança jurídica, efetivação do contraditório, análise da compatibilidade e a definição de quais procedimentos serão obrigatórios e facultativos. A premissa, para tanto, parte da concepção de que ao tratar da transição entre procedimentos e seu diálogo com a disponibilidade e a flexibilidade se estaria discutindo algo mais complexo do que o instituto da cumulação do pedido, como sugere o artigo 327, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Dentre tais elementos, ganha destaque a preocupação dogmática com a segurança jurídica, uma vez que ainda há carência de critérios para a utilização dessas técnicas, surgindo como sugestão a verificação gradativa dos seguintes elementos, quais sejam previsão legal; em caso de omissão legal buscar outra solução no sistema normativo e, até mesmo, tentar aplicar outro procedimento especial semelhante; iniciativa da parte interessada em promover a flexibilidade e concordância expressa da parte contrária, mediante controle de legalidade e constitucionalidade pelo juiz, sendo inadmissível em qualquer hipótese a aplicação dessa técnica de forma unilateral por não se permitir discricionariedade nessa situação (CERQUEIRA, 2020, p. 179-187).

Tal cenário se insere dentro de uma análise que vai além da técnica processual. Isso porque não se está a discutir sobre a rigidez ou flexibilidade do procedimento, mas sim sobre sua simplicidade ou complexidade, de modo que é mais fácil a aplicação de todas essas questões aos procedimentos menos complexos, a depender também das necessidades das partes. Em que pese a flexibilização ser um fenômeno processual crescente em outros ordenamentos jurídicos, cuja fundamentação reside na amplificação do acesso à justiça, massificação dos conflitos, busca pela simplificação dos atos processuais e transição de uma concepção processual estática para uma prática mais dinâmica, é importante observar, também, os limites legais para tanto e os apontamentos doutrinários na matéria. Verifica-se, pois, a tendência contemporânea de contratualização do procedimento (CADIET, 2017, p. 144-152)¹⁴.

Nesse sentido, o estudo de direito comparado sobre a tendência reportada demonstra que há alternativas viáveis para um cenário mais claro e seguro quanto a utilização das técnicas de flexibilização procedimental. Outros ordenamentos jurídicos já enfrentaram a presente

¹⁴ Apesar do tema da contratualização do processo ganhar força, tanto no processo civil como até mesmo no processo penal através do instituto da colaboração premiada, é necessário destacar que algumas normas de ordem pública não podem ser negociadas ou derogadas através dos negócios jurídicos processuais.

discussão em outro momento, restando à dogmática jurídica brasileira traçar esses contornos para a realidade interna, adaptando institutos e conferindo-lhes legitimidade, tendo em vista que o problema parte da incapacidade de se adaptar procedimentos mediante a via única dos procedimentos especiais. Visando alternativas, o modelo inglês se destaca para o contexto investigado, tendo como premissa o emprego do modelo da elasticidade, o qual permite a diferença de ritos durante o desenvolvimento do processo em diálogo com a denominada fase preparatória, e não antes do início do processo (RAATZ, 2019, p. 249-260)¹⁵.

Portanto, constata-se que a discussão sobre o tema da adaptação e flexibilização dos procedimentos, sendo eles o comum e o especial, vai muito além da análise a respeito da cumulação de pedidos, conforme estampado no artigo 327 do Código de Processo Civil de 2015. Nessa linha, conforme foi possível verificar, já há colaboração doutrinária na busca pela construção de uma teoria geral dos procedimentos especiais, o que ajudaria bastante na compreensão dos institutos investigados diante da própria fixação de seus respectivos conceitos, o que ainda não é pacificado. Porém, pelo que já se tem de pesquisa na área e em harmonia com os estudos de direito comparado sobre o assunto, talvez seja possível traçar algumas poucas contribuições para possíveis adaptações ao procedimento da recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, como será desenvolvido na próxima seção.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ALTERNATIVAS PARA A FLEXIBILIZAÇÃO E ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL

Conforme delineado nas seções anteriores, o recorte da pesquisa gira em torno da possibilidade da aplicação das técnicas em estudo para o procedimento da recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, considerado aqui como procedimento especial nos termos dos referenciais teóricos anteriormente citados. Nesse sentido, o artigo agora passa a investigar o conceito da recuperação judicial, suas principais características, tendências de alterações legislativas e aspectos procedimentais passíveis ou não de incidência da adaptação e flexibilização estudadas¹⁶.

¹⁵ Para o modelo destacado, pautado na adaptação judicial, o percurso procedimental é pautado em três *management tracks*, espécie de filtro das características do caso para aplicar o melhor procedimento, com maior influência de análise a partir da complexidade e valor da causa – *small claims track* (até 5.000 libras); *fast track* (até 15.000 libras); e *multi-track* (superior a 15.000 libras). Nas três situações, é possível visualizar que nos casos mais complexos há calendarização do procedimento pelo próprio órgão julgador.

¹⁶ O artigo, no entanto, não pretende propor um novo modelo de procedimento concursal, mas sim analisar se as ponderações doutrinárias, somadas às recentes novidades legislativas sobre o tema, tendem a contribuir ou atrapalhar o procedimento em vigor.

Em síntese, a recuperação judicial consiste em um conjunto de atos judiciais praticados através de um processo formal que visa a reorganização de uma determinada sociedade empresária perante seus credores, empregados e a própria economia, valendo-se, para tanto, de três órgãos principais ao longo do procedimento para analisar o mérito do problema, sendo eles a assembleia geral de credores, o administrador judicial e o comitê fiscal. Do ponto de vista da sequência dos atos, a recuperação judicial é constituída pelas fases postulatória, deliberativa e executória (COELHO, 2011, p. 414-427).

Por outro lado, a própria lei em estudo¹⁷ faculta à sociedade empresária devedora a busca pela sua reorganização econômica fora do Judiciário, consistindo na já conhecida recuperação extrajudicial. Em termos práticos, o referido procedimento é realizado através de um acordo celebrado entre o devedor e seus credores, com a atuação do Judiciário apenas na homologação e eventual execução desse acordo.

De todo modo, os dois cenários legislativos apontam para a participação do Judiciário, seja em uma maior ou menor atuação. Não se pretende discutir, com este estudo, alternativas ao mérito do plano de recuperação, matéria essa afeta ao direito material. O que se pretende investigar, contudo, é como o procedimento pela via judicial pode ser, e se pode ser, afetado pelas técnicas de flexibilização propostas pela doutrina, no diálogo entre procedimento comum e especial. E a premissa para tanto é reconhecer, dentro de um cenário de ética científica, que há disposição para uma maior liberdade privada mediante a recuperação extrajudicial, já que a flexibilização, conforme demonstrado na seção anterior, pressupõe uma margem de contratualização do procedimento, ou adaptabilidade, pelas partes envolvidas¹⁸.

No cenário legal, assim, se tem dois caminhos. Ou o devedor opta pela via judicial, passando pelas três fases do procedimento¹⁹; ou segue pela via extrajudicial, “pulando”, algo em torno de duas fases jurisdicionais²⁰, a depender, claro, do preenchimento dos requisitos legais. Por isso é que o estudo das técnicas da flexibilização e adaptação praticamente não faz sentido ao procedimento da recuperação extrajudicial, cuja atuação jurisdicional, mínima que é, não dá margens para as hipóteses lançadas pela doutrina, vez que se resume a um juízo de verificação e executoriedade.

¹⁷ Artigos 161 a 167 da Lei nº 11.101/2005.

¹⁸ Vale destacar que com a alteração legislativa de 2020, o procedimento da recuperação judicial passou a contar com a previsão legal da fase pré processual, destinada, nos termos dos artigos 20-A a 20-D, a proporcionar as conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

¹⁹ Sendo elas a postulatória, deliberativa e executória.

²⁰ Resta cristalina, portanto, a aplicação de uma análise econômica pelo devedor, o qual certamente optará por aquele procedimento que lhe seja menos custoso e que traga mais efetividade no menor tempo possível, a depender, obviamente, da complexidade das relações empresariais envolvidas.

Por outro lado, quando se está a tratar da recuperação judicial, a análise se torna mais rica e passível de indagações para avaliação de hipóteses de flexibilização e adaptação, partindo da ideia, também, de que os sujeitos econômicos envolvidos não alcançaram ou não alcançariam êxito na via extrajudicial por quaisquer motivos, seja em razão da complexidade, seja em razão da ausência de vontade das partes em convergirem a elaboração de um plano sem a atuação dos órgãos previstos legalmente para a recuperação judicial. Em resumo, a premissa é o fracasso da capacidade das partes em negociar sem a intervenção de um terceiro.

Com efeito, para se chegar ao plano (acordo) pela via judicial é necessário passar por uma série de atos organizados sequencialmente que levem a um objetivo processual (DIDIER, 2018, p. 335). E é nesse caminho que o estudo da flexibilização e adaptação pode se debruçar, verificando, por exemplo, o que poderia e não poderia ser flexibilizado e adaptado pelas partes e pelo juiz, tomando por base as características do procedimento com maior peso publicista ou privatista.

Sob esse aspecto, há que se ponderar anteriormente a justificativa para a criação de determinado procedimento e o que leva ao torná-lo especial²¹. Como não há consenso, portanto, para formação dos requisitos racionais que levem a construção de um procedimento especial, diante até da nova proposta do Código de Processo Civil de 2015²², deve-se ao menos ponderar a divisão dos procedimentos em dois grupos, conforme sugestão doutrinária (CERQUEIRA, 2020, p. 189-190): o grupo de procedimentos justificados em critérios constitucionalmente relevantes; e o grupo de procedimentos justificados em critérios constitucionalmente pouco relevantes.

Do ponto de vista constitucional, então, não restam dúvidas que a recuperação judicial tem justificativa relevante. O próprio artigo 170 da Constituição Federal de 1988 faz menção ao direito de liberdade econômica, o qual está inserido dentro de uma moldura jurídica que garante o seu exercício, ou seja, a lei (Estado) deve atuar nos termos constitucionais para que se promova a livre iniciativa e para frear o abuso do poder econômico (GRAU, 2013, p. 1.792-1.793). Por tais razões, é de interesse público a preservação da atividade empresarial, por meio da qual o cidadão pode exercer a livre iniciativa, o que assegura à recuperação judicial um aspecto social diante da sua finalidade²³.

²¹ Conforme destacado na seção anterior, parte da doutrina aponta que não há uma construção científica no Brasil que justifique racionalmente a criação dos procedimentos especiais, os quais são inseridos na legislação mediante mera opção política ou, ao mínimo, diante da peculiaridade de um determinado direito material.

²² Construído sob a égide da teoria da tutela de direitos.

²³ Em outras palavras, não se trata de procedimento exclusivo da seara privada dos indivíduos, mas sim com fundo de interesse público diante, até mesmo, do seu caráter coletivo.

Diante de tais circunstâncias, é evidente que a flexibilização e adequação não podem ser aplicadas em sua integralidade para a recuperação judicial, sob pena de violar os preceitos fundamentais citados anteriormente e igualar sua forma a da extrajudicial, perdendo a sua essência legislativa; ou seja, desconfigurando o propósito para a qual foi criada. Do ponto de vista procedimental, e levando em consideração as premissas estabelecidas anteriormente, a doutrina costuma utilizar a recuperação judicial como exemplo de impossibilidade para flexibilização e adaptação, conforme explicado na seção anterior. Mas alguns elementos, de origem doutrinária e legislativa, apontam para uma possível mudança de quadro que vigora na dogmática processual, levando em consideração, principalmente, que o Código de Processo Civil de 2015 pode ser aplicado de forma supletiva aos procedimentos especiais²⁴.

Na doutrina, alguns exemplos começam a ganhar força para discussão. Um deles é a aplicação do procedimento comum, na recuperação judicial, até a decisão que concede o pedido autoral, semelhante ao que é proposto na dissolução total da sociedade²⁵. Nesse cenário, as ideias tanto para a flexibilização quanto para a adaptação giram em torno das interpretações dos artigos 139, VI; e 190 do Código de Processo Civil de 2015. Em outras palavras, as possibilidades apontadas residem em torno da flexibilização (negociação), tendo em vista que diante da natureza do procedimento²⁶ estudado a adaptação se torna mais difícil de se concretizar.

Exemplo outro dessa possibilidade é o próprio artigo 50 da Lei 11.101/2005, o qual estipula uma série de alternativas para que as partes cheguem ao consenso através do plano de recuperação. Aparentemente, tais hipóteses versam sobre questões de direito material, mas a doutrina aponta que não há vedação legal para que no plano sejam tratadas questões de ordem processual²⁷, até porque o caput do dispositivo não é taxativo diante da expressão “dentre outros” na sua parte final. Em termos práticos, a flexibilização mediante negócio jurídico processual pode ocorrer durante o prazo para apresentação do plano ou, em caso de dissenso,

²⁴ Com fulcro no § 2º do artigo 1.046 do CPC/15.

²⁵ A proposta seria no seguinte sentido : “Nesse ponto, merece crítica a opção do CPC-2015: remeter a dissolução total da sociedade ao procedimento comum não é a opção mais adequada. Diante desse quadro, talvez a melhor solução seja compreender que a ação de dissolução total se submeta ao procedimento comum até a prolação da decisão; a fase de ‘apuração de haveres’, verdadeira fase de ‘liquidação da sentença de dissolução da sociedade’ seguiria conforme as regras do Código Civil”. (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 54-55).

²⁶ Processo concursal, ou seja, envolve uma coletividade de credores.

²⁷ Pelo contrário, o próprio inciso I do artigo 50 estipula que a concessão de prazos representa uma ferramenta viável para se chegar a uma melhor condição de pagamento. Até porque a própria permissão do artigo 190 do CPC entrega essa condição para as partes, ou seja, não há proibição para tanto, ocorrendo, claro, o controle da legalidade desse pacto pelo magistrado.

através da convocação da assembleia geral²⁸, nos termos do artigo 56 (FLUMIGNAN, 2018, p. 04). Assuntos como competência, requisitos do artigo 48 e exclusão dos órgãos da recuperação são afastados da possibilidade de negociação, sob pena de desconfiguração da funcionalidade do procedimento.

Desses destaques, portanto, se constata que a recuperação judicial do Brasil, apesar de sua relevância constitucional, começa a ganhar traços cada vez mais correlatos à seara privada, aumentando o poder de decisão das partes e diminuindo a interferência do Estado na solução desse tipo de problema. Assim, diante desse aumento de poder individual, é plenamente possível se discutir, nesse cenário de negociação, hipóteses de flexibilização do processo de recuperação, sob o pálio da aplicação supletiva do procedimento comum e dos artigos 139, VI; e 190 do Código de Processo Civil de 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises realizadas, pode-se concluir que as mudanças introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973 são perceptíveis principalmente diante da busca do legislador em tutelar direitos de uma forma mais adequada, dando ensejo à teoria da tutela de direitos, segundo a qual para cada tipo de direito material deve-se aplicar a técnica processual adequada. A referida teoria, assim, deu ensejo a uma série de reflexões sobre sua efetivação.

Para tanto, a doutrina começou a traçar algumas hipóteses de aplicação dessa teoria. Uma delas, conforme demonstrado, foi a própria necessidade e efetividade dos procedimentos especiais, cujo estudo em busca de uma teoria geral desses procedimentos revelou que muitos deles não são necessários e que não houve justificativa relevante para criação, recebendo denominação de procedimentos não obrigatórios. Os obrigatórios, por sua vez, assim são denominados diante das fortes peculiaridades do direito tutelado, justificando uma verdadeira tutela de direito mediante técnica adequada; aos demais, inclusive cabendo cumulação de

²⁸ Para reforçar a compreensão, a 3ª turma do STJ discutiu o assunto no julgamento do REsp 1.314.209, fixando entendimento no sentido de que: “*A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial*”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.314.209**. 3ª turma. Relatoria da Min. Nancy Andrighi. j. 22/05/2012, DJe 01/06/2012.

pedidos, a própria opção pela não utilização sem prejuízo do direito discutido revela a plena capacidade de utilização das técnicas do procedimento comum.

Nesse cenário, também foi possível verificar que, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 permite a aplicação supletiva do procedimento comum aos procedimentos especiais através da regra expressa no §2º do artigo 1.046. Isso dá margem para duas situações, quais sejam a complementação das técnicas do procedimento comum naquilo que o procedimento especial não for completo; e o reforço da possibilidade da transição entre procedimentos, ou seja, aplicação respectiva de suas técnicas visando a melhor tutela do direito discutido. Percebe-se, dessa forma, que o tema analisado é muito mais complexo do que a mera discussão sobre cumulação de pedidos, como sugere a limitação do §2º do artigo 327 do Código de Processo Civil de 2015.

Propondo um recorte para melhor analisar o objeto de estudo, o trabalho elegeu o procedimento da recuperação judicial para verificar se as hipóteses levantadas pela doutrina poderiam ser aplicadas na prática. Constatou-se, dessa forma, e utilizando dos conceitos de flexibilização e adaptação, que para o procedimento em tela a flexibilização se encaixa melhor do que a adaptação, diante do seu conteúdo social justificado pela sua relevância constitucional.

Neste diapasão, algumas propostas legislativas estão alterando essa realidade e dando maior força às decisões das partes envolvidas, reforçando ainda mais a flexibilização e negociação do procedimento em tela. Em termos práticos, a utilização do procedimento da dissolução de sociedade e a negociação do procedimento durante as fases postulatória e deliberativa se mostram alternativas a serem debatidas com maior cuidado pela doutrina, visando o aperfeiçoamento da recuperação judicial e, principalmente, da ciência processual.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo: Introdução ao Art. 23 da LINDB**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CADIET, Loic. **El equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad em el proceso: elementos de teoria general del proceso y de derecho procesal comparado**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords.); DOTTI, Rogéria (org.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CERQUEIRA, Társis Silva de. **O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, §2º, do Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **A recuperação judicial e os negócios jurídicos processuais**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa. São Paulo, Vol. 9/2018. Jul/Set, 2018, p. 01-14.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. **Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020.

GOES, Ricardo Tinoco de. **A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados de democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva**. São Paulo, Revista FADISP, v. 8, n. 2, 2015, p. 130-152.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos internos como fonte de normas processuais**. Salvador: Juspodivm, 2020.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. Salvador: Juspodivm, 2019.

POSSIBILITIES AND LIMITS OF SUPLETIVE APPLICATION OF THE TECHNIQUES OF THE COMMON PROCEDURE TO THE PROCEDURE FOR JUDICIAL RECOVERY

ABSTRACT

The scientific article aims to study the normative content of articles 327, §2; 1,046, §2; and 1,049, sole paragraph of the Civil Procedure Code, more precisely the supplementary and subsidiary application of the techniques of the common procedure in special procedures. To do so, using the hypothetical-deductive methodology, was defined as research clipping the procedure of judicial recovery, provided by Federal Law nº 11.101/2005, and established as problematic the possibility of applying the techniques of the common procedure in the procedure of judicial recovery, given the hypotheses raised, for the doctrine regarding the transition of techniques between procedures and reinforced by the recent proposals pending in the Legislative.

Keywords: Procedure. Judicial Recovery. Techniques. Flexibilization.