

Validade da cláusula de não litigância no plano de recuperação

Paulo Penalva Santos

Sumário.

1. Introdução; 2. A garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional; 3. Significado do direito de acesso ao Poder Judiciário e à arbitragem; 4. Natureza negocial do plano de recuperação judicial e os meios consensuais de solução dos litígios e a disponibilidade do direito patrimonial; 5. A relevância da cláusula de não litigância em um contexto de recuperação judicial; 6. Considerações finais.

1. Introdução

Neste artigo analisa-se a possibilidade, pelo espectro da validade, de plano de recuperação judicial prever vantagem ao credor que assumir o compromisso de não litigar com o devedor.

Para tanto, após breve digressão da evolução constitucional da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, submete-se a matéria ao crivo da constitucionalidade da disposição apresentando-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o direito de acesso ao Poder Judiciário.

A questão também é examinada pelo prisma da legalidade infraconstitucional, com a exposição acerca da natureza negocial do plano de recuperação judicial, bem como dos meios consensuais de solução dos litígios e a disponibilidade do direito patrimonial.

Por fim, analisa-se a “cláusula de não litigância” e a sua compatibilização com subclasses de credores parceiros em um contexto de recuperação judicial.

2. A garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional

A Constituição da República Federativa do Brasil (“Constituição da República” ou “Constituição”), regula os direitos e garantias individuais no art. 5º. No *caput* declara solenemente que “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” e nos incisos I a LXXIX as garantias individuais.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado princípio da proteção judiciária (inciso XXXV do art. 5º da Constituição), integra o feixe de garantias que, com outras garantias processuais também asseguradas no art. 5º da Constituição – como a da *ampla defesa* e do *contraditório* (inciso LV), a de que *ninguém será julgado senão pelo tribunal competente* (inciso LIII), a *vedação a tribunais de exceção* (inciso XXXVIII) – e em outros dispositivos – caso das conferidas ao juiz com o objetivo de assegurar-lhe a independência (art. 95) – consubstanciam a garantia do devido *processo legal* (inciso LIV), que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Essas garantias de natureza processual são garantias instrumentais porque destinadas a assegurar a efetividade dos direitos e garantias materiais do Estado Democrático de Direito, dentre os quais destacam-se os direitos à *liberdade* e à *legalidade*. Daí o porquê de as garantias processuais que integram o *princípio da proteção judiciária* serem qualificadas pela melhor doutrina como complementares do próprio regime de legalidade, que caracteriza o Estado de Democrático de Direito¹.

O direito de acesso ao Poder Judiciário ingressou nas constituições brasileiras a partir da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), como garantia dos jurisdicionados contra inquéritos instaurados e processados na Era Vargas sem observância das garantias do devido processo legal. Foi mantido na Constituição de 1967 (art. 150, § 4º), na Emenda Constitucional de 1969 (art. 153§ 4º) e na Constituição de 1988, no inciso XXXV do art.

¹ A respeito, cito por todos José Afonso da Silva: Esses princípios que aqui serão lembrados são mais caracteristicamente *garantias do próprio regime de legalidade*, como é o caso da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º XXXV), que precisamente objetiva verificar a conformidade do ato ou atividade do Poder Público com as normas legais. Sem esse controle, o princípio da legalidade não passaria de fórmula vazia. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª ed, 2ª tir.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 370.

5º, “dispondo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Observa-se, portanto, que o direito de acesso ao Poder Judiciário é garantia do cidadão que constitui vedação absoluta dirigida ao Poder Legislativo, que não pode suprimi-la por emenda constitucional, por se tratar de cláusula *pétrea* (§4º do art. 4º) e nem por norma infraconstitucional, mas não impede a autocomposição dos litígios, que tem fundamento de validade na autonomia privada, que, por sua vez, tem fundamento constitucional nas garantias da liberdade e da legalidade.

3. Significado do direito de acesso ao Poder Judiciário e à arbitragem

Antes da análise do significado do direito de acesso ao Poder Judiciário, anota-se que os direitos e garantias individuais figuram, ao lado da *forma federativa de Estado*, do *direito de voto* e do *princípio da separação dos Poderes*, entre as matérias que constituem as denominadas *cláusulas pétreas*, porque não podem ser abolidas nem mesmo pelo Poder Constituinte derivado, nos termos do art. 60 § 4º, da Constituição da República². Significa isso que ao Poder Constituinte é vedado suprimir, por emenda à Constituição, o direito de acesso ao Poder Judiciário, o que revela a importância da sua correta compreensão.

No que interessa para este estudo, o que se extrai da literalidade do texto constitucional é que a garantia de acesso ao Poder Judiciário traduz vedação dirigida ao legislador infraconstitucional, proibindo a edição de leis que importem em vedar ao jurisdicionado o direito de acesso ao Poder Judiciário, como fazia o Código de Comércio de 1850³ e o Decreto nº 3.900/1867, que impunham a arbitragem como meio de solução de determinados litígios, o que acabou gerando críticas e a revogação da arbitragem compulsória no direito brasileiro⁴.

² Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direito, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes; e

IV – os direitos e garantias individuais.

³ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira, (*A pré-história da arbitragem no Brasil* In *Advocacia de Empresas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 191-212). Sobre tema, veja-se também (SALOMÃO, Luiz Felipe; FUX, Rodrigo. *Arbitragem e Precedentes: Possível Vinculação do Árbitro e Mecanismos de Controle*, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 77, Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, pp. 188-222.

Até a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei nº 9.307/1996” ou “Lei de Arbitragem”), o juízo arbitral somente se constituía após a assinatura do compromisso, com a indicação do objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor (art. 1.074, III, do CPC/1973⁵), quando a relação entre as partes já estava deteriorada e, além disso, havia a exigência de homologação da sentença arbitral por juízo estatal (arts. 1.098 a 1.109 do CPC/1973).

Esses fatores não contribuíram para o desenvolvimento da arbitragem e, ao mesmo tempo, não deram ensejo a grandes discussões a respeito da sua constitucionalidade, tal como então regulada no Código Civil de 1916⁶ (arts. 1.037 e segs.) e no CPC/1973, e sobre o sentido da garantia de acesso ao Poder Judiciário, diante de opção pelas partes da arbitragem como meio de solução de controvérsias existentes ou que entre elas viesse a surgir.

Com o advento da Lei de Arbitragem, editada na pendência do julgamento de agravo regimental interposto contra decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal (“STF”), que indeferira pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira⁷ no SE n.º 5.206-7⁸, o plenário do STF se manifestou, em controle incidental de constitucionalidade, em julgamento concluído em 2001, no sentido declarar a constitucionalidade da arbitragem, tal como regulada na Lei nº 9.307/1996.

A arbitragem, com efeito, figura entre os meios alternativos de solução de controvérsias que tenham por objeto direitos disponíveis⁹. Sua natureza é jurisdicional, como reconhecido pela jurisprudência do STJ, a essa altura uniforme¹⁰, razão pela qual as partes, ao pactuarem a cláusula compromissória, abdicam da prerrogativa de submeter

⁵ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁶ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

⁷ Que na vigência do texto original da Constituição era do STF (art. 102, I, “h”) e com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a ser de competência do STJ (art 105, I, “i”).

⁸ STF - SE: 5206 EP, Relator: Min. Sepúlveda Pertence - Presidente, Data de Julgamento: 06/12/1995

⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 31.

¹⁰ Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.” (CC 111.230/DF, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014).

os seus litígios à jurisdição estatal, e não ao direito de demandar, como ocorre na pactuação da cláusula de *non petendo*.

De qualquer modo, o estudo do Acórdão do STF no SE 5.206-7 é útil para a compreensão do sentido da garantia acesso ao Poder Judiciário à vista da autonomia privada, tema amplamente debatido no referido julgamento e que são fundamentos relevantes também para verificação da constitucionalidade da cláusula de *non petendo*.

No julgamento do referido pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, declarava incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem que julgou ofensivos à garantia de acesso ao Poder Judiciário. Mas prevaleceu a divergência, inaugurada pelo Min. Nelson Jobim, que fundamentou o seu voto no entendimento de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário traduz proibição dirigida ao legislador ordinário e de que a liberdade individual autoriza que partes maiores e capazes ajustem a submissão de seus conflitos de direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, tal como regulada na Lei nº 9.307/1996.

O Min. Ilmar Galvão acompanhou a divergência, e o fez lembrando que a garantia de acesso ao Poder Judiciário foi incluída na Constituição de 1946 – e, como antes consignado, reproduzida nas Constituições que se seguiram - como escudo contra a reiteração de práticas do Governo Vargas, com a instauração de inquéritos policiais em que não se respeitavam garantias do contraditório, concluindo que *“a intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a proibir que lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário.”*

Seguiu-se o voto da Min.^a Ellen Gracie, também acompanhando a divergência. O voto segue na linha adotada no voto do Min. Ilmar Galvão, registrando também que a garantia *“tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários”*, e explica que o direito de acesso ao Poder Judiciário, *“em sua função de prestação social, corresponde à obrigação estatal de instituir e manter mecanismos judiciários equipados e suficientes ao atendimento dos litígios judicializáveis”* e *“em sua função de não discriminação”*, impõe ao Estado o dever de viabilizar o acesso ao Poder Judiciário para quem não possa arcar com os custos do processo.

Em síntese, colhem-se dos votos que declararam, sem ressalvas, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que a possibilidade de partes maiores e capazes, observados os demais requisitos de validade dos atos jurídicos, ajustarem a submissão à arbitragem eventuais litígios que tenham por objeto direitos disponíveis, tem fundamento na liberdade individual – um dos pilares do Estado Democrático – e não encontra óbice na garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, porque a garantia consubstancia vedação dirigida ao legislador infraconstitucional e não restrição à liberdade individual.

4. Natureza negocial do plano de recuperação judicial e os meios consensuais de solução dos litígios e a disponibilidade do direito patrimonial

O Brasil viveu período em que foram criados meios de acesso ao Poder Judiciário que viabilizaram, na esfera civil, o ajuizamento de demandas até então reprimidas. É o caso da criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas¹¹. Paralelamente, surgiram as demandas sociais decorrentes de direitos prometidos pela Constituição da República, incluídos os direitos dos consumidores, regulados no Código de Defesa do Consumidor¹², e os direitos à saúde e à educação, o que acabou por provocar o abarrotamento do Poder Judiciário e a constatação da incapacidade material de os órgãos que o integram de atender adequada e tempestivamente a todos que buscam a tutela jurisdicional.

Não dispondo o Estado dos meios e recursos necessários para instituir e manter mecanismos adequados e suficientes para solucionar através da prestação jurisdicional todas as demandas judicializáveis, o direito processual civil no Brasil (o que é também tendência mundial) evoluiu no sentido de buscar um sistema processual mais eficiente, que atenda o trinômio qualidade, tempestividade e efetividade¹³, com a introdução de mecanismos visando a obtenção de soluções consensuais dos litígios, seja em audiência preliminar de conciliação, seja através de conciliação e mediação.

A onda renovadora, que teve início ainda no século passado com as reformas do CPC/1973, criando a audiência preliminar de conciliação, e prosseguiu com a edição da Lei de Mediação¹⁴, que dispôs sobre a mediação como meio de solução de controvérsias

¹¹ Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.

¹² Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 207.

¹⁴ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

No âmbito do direito processual civil, temos o CPC/2015¹⁵, que faz inequívoca opção pelo estímulo à busca de soluções consensuais dos conflitos, consoante previsão expressa dos §§ 2º e 3º do art. 3º, ao determinar ao Estado que promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e conclamando juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a estimularem a conciliação e a mediação, inclusive no curso do processo¹⁶.

Não se pode deixar de destacar também que o escopo de encontrar o consenso possível está presente também na evolução do direito da empresa em crise.

Na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, o meio de superar a crise era a concordata preventiva, que tinha natureza jurídica de favor legal, e funcionava por meio do pagamento das dívidas quirografárias de acordo com as condições previamente estabelecidas em Lei¹⁷.

Com a edição da Lei nº 11.101/2005 – que contém normas de direito material e de direito processual - foram introduzidas no direito positivo a recuperação judicial e a extrajudicial, procedimentos nos quais ao devedor e aos seus credores sujeitos são atribuídos o poder e o dever de negociar um plano de recuperação judicial ou extrajudicial permita à empresa viável a superação da crise, o que autoriza afirmar a natureza negocial do plano de recuperação judicial, que é resultado do consenso possível e observado o princípio majoritário nas deliberações dos credores.

¹⁵ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º - É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁷ Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

§ 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de:

I - 50%, se for à vista;

II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses.

Além disso, a evolução no sentido de alcançar soluções consensuais no direito da empresa em crise está presente também na reforma, através da Lei nº 14.112/2020, que introduziu na Lei nº 11.101/2005, os arts. 20-A a 20-D, dispondo sobre as conciliações e as mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

A evolução do direito processual civil no sentido de se buscar soluções consensuais para os conflitos relativos a direitos disponíveis, que podem ser objeto de autocomposição, tem ocorrido sem maiores questionamentos a respeito da constitucionalidade das leis que autorizam e/ou incentivam a autocomposição, à vista da garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Assim, os meios alternativos de solução dos litígios - arbitragem, a autocomposição por meio de conciliação ou mediação – encontram fundamento de validade na autonomia privada e não sofrem restrição decorrente da garantia de acesso ao Poder Judiciário, que, como visto, constitui vedação dirigida ao legislador e não ao jurisdicionado.

Em uma recuperação judicial há uma tensão natural entre o devedor e os seus credores, sendo que cada ator procura maximizar os seus ganhos e minimizar as suas perdas. O devedor e os seus credores fazem concessões mútuas justamente para prevenirem ou terminarem litígios que tenham entre si, nos termos do art. 840 do Código Civil. A peculiaridade da transação no âmbito de uma recuperação judicial é que esta é feita de forma coletiva, isto é, é negociada entre o devedor e a coletividade dos seus credores.

Sob o prisma da legislação processual, na vigência do CPC/1973, não obstante a ausência de disposições específicas a respeito da possibilidade de acordos entre as partes sobre prerrogativas e ônus pertinentes à relação jurídica processual, já se praticavam outros “negócios processuais”, podendo ser citado, a título exemplificativo, o acordo para apresentação de alegações finais escritas em prazo requerido pelas partes e deferido pelo juiz, alterando assim, a forma e o prazo previstos art. 454 do CPC/1973.

O CPC/2015, seguindo o caminho da busca e incentivo à conciliação e prestigiando a liberdade de contratar, no art. 190¹⁸, contém norma geral que regula o negócio jurídico processual, estabelecendo os seus requisitos de validade.

Conforme é possível extrair do *caput* do referido artigo, o negócio jurídico processual só pode ser celebrado (i) por *partes plenamente capazes* (ii) em processos que versem sobre direitos que admitam *autocomposição*, tendo por objeto (iii) os seus *ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*.

Ainda, o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 consagra o excepcional controle judicial da validade do negócio jurídico processual *nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*.

O chamado *pactum de non petendo*, no qual o contratante abdica do direito subjetivo de demandar em juízo, sob termos e condições acordadas com a outra parte, é um negócio jurídico que não afeta a relação jurídica de direito material. Sua origem deita raízes no direito romano, sendo há muito admitido em diversos ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, francês, inglês e sul-africano, entre outros.¹⁹

O compromisso de não processar tem por objeto a *pretensão de direito processual* – isto é, o direito de demanda –, e não o direito de ação²⁰. A possibilidade de o negócio jurídico ter por objeto a pretensão e não o direito de ação funda-se na distinção entre o

¹⁸ CPC/2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

¹⁹ “Existentes desde o direito romano, as promessas de não processar são conhecidas no direito estrangeiro atual. Na Europa, são teorizadas e praticadas há muito tempo. Na França, são também chamadas de “contratos de não oposição”. No *common law*, também existem previsões semelhantes. No direito norte-americano, há figura chamada de *covenant not to sue*, também praticada na Inglaterra, que, grosso modo, corresponde à promessa de não processar. Na África do Sul, o *pactum de non petendo* também tem aceitação jurisprudencial.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro* In. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 78, out./dez. 2020, p. 20)

²⁰ “O *pacto de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material, mas meramente sua acionabilidade” (ARAÚJO, F. C. de. *Curso de Processo Civil. Tomo I – parte geral: atualizado com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 762).

direito de demandar, que é incondicionado do direito de ação, que obsta o julgamento do mérito²¹.

O autorregramento pelas partes de suas posições processuais, no curso do processo ou em caráter pré-processual, respeitando os requisitos e limites legais, é perfeitamente admitido no Brasil e não viola do direito de acesso ao Poder Judiciário, porque a garantia, como visto, significa restrição ao Poder Legislativo, que não pode suprimi-la, nem mesmo por Emenda Constitucional.

Trata-se, ademais, de mecanismo que contribui para que os objetivos do CPC/2015 e da Lei de Mediação de estimular a autocomposição dos litígios, aí incluída a autocomposição antes da judicialização da lide, e, estando inserida em cláusula de plano de recuperação judicial, deve ser interpretada em sintonia com o princípio maior da Lei nº 11.101/2005, que é de viabilizar a superação da crise pela empresa viável.

Para os fins deste estudo, o que importa é a constatação de que a “cláusula de não litigância” é válida, uma vez que representa uma transação entre as partes para prevenir ou terminar litígio, mediante concessões mútuas.

5. A relevância da cláusula de não litigância em um contexto de recuperação judicial

O sistema de superação de crise econômico-financeira estabelecido no procedimento de recuperação judicial tem natureza negocial, no qual, objetivamente, o devedor apresenta uma proposta de pagamento aos credores (o plano de recuperação), cabendo a estes aprovarem, modificarem ou rejeitarem a proposta apresentada pelo devedor (art. 35, I, “a”, da Lei nº 11.101/2005).²²

O objetivo da recuperação judicial, como expresso no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, é viabilizar a superação da crise pela empresa viável, que exerce função importante no cenário econômico nacional ou local, no exercício da atividade empresária,

²¹ Sobre a distinção entre direito de demandar e direito de ação, veja-se mais amplamente DINAMARCO, ob. cit., vol. II, item 513, pp. 134-135; e item 646, pp. 373-377.

²² O plano de recuperação também pode ser apresentado pelo credor em duas hipóteses distintas: a primeira no caso de encerramento do prazo do *stay period*, sem a deliberação a respeito do plano de recuperação proposto pelo devedor e a segunda no caso de rejeição do plano apresentado pelo devedor, conforme os arts. 6º, §4º e ss e 56, §§ 4º a 8º da Lei nº 11.101/2005 (*Plano alternativo apresentado pelos credores*. In *Revista do Advogado – recuperação de empresas e falência*, nº 150. São Paulo: Editora AASP, 2001, p. 216).

gerando empregos, renda e riquezas, o que impõe ao devedor em recuperação judicial o dever de buscar nas negociações com seus credores e demais *players* os meios de superação da crise – que, não raro, é de liquidez.

Depois de quinze anos da introdução do sistema recuperacional no ordenamento jurídico brasileiro, a experiência mostrou que a falta de apoio dos credores que são também fornecedores de bens e serviços estratégicos e a falta de dinheiro novo são fatores capazes de inviabilizar os objetivos da Lei nº 11.101/2005.

Não por outra razão, a Lei nº 14.112/2020, que alterou a Lei nº 11.101/2005, dentre outras modificações: (i) autorizou a criação da subclasse de credor-parceiro, para o fim de lhe atribuir tratamento menos oneroso, como previsto no parágrafo único do art. 67²³; e (ii) incluiu os arts. 60-A a 60-F, dispondo sobre o financiamento do devedor do grupo em recuperação judicial e conferiu tratamento privilegiado, em caso de falência (art. 84, I-B) ao crédito proveniente de tal financiamento.

Em precedente de relatoria do e. Min. Villas Bôas Cueva, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da alteração da Li nº 11.101/2005, estabeleceu que “*é possível a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, desde que estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial*”²⁴.

As posições de credor parceiro e de credor apoiador são, portanto, incompatíveis com a subsistência de conflitos e litígios entre tais credores e o devedor em recuperação judicial, o que explica a inclusão nos planos de recuperação judicial da cláusula de *non petendo*, e resulta da dinâmica das negociações, porque se de um lado o credor parceiro e o credor apoiador têm justo motivo para reivindicar tratamento menos oneroso do que o atribuído aos demais, a recuperanda tem justo motivo para condicionar o tratamento mais benéfico à inexistência de litígios entre as partes.

²³ “Art. 67 (*omissis*)

Parágrafo único. O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura.” (grifos acrescentados).

²⁴ STJ - REsp: 1634844 SP 2016/0095955-8, relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 12/03/2019, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 15/03/2019 – destaques acrescentados.

6. Considerações finais

Não há no direito positivo qualquer norma que vede a “cláusula de não litigância” em plano de recuperação judicial.

O direito de acesso ao Poder Judiciário, é garantia do jurisdicionado, que constitui vedação absoluta dirigida ao Poder Legislativo, que não pode suprimi-la por emenda constitucional, por se tratar de *cláusula pétrea* (§4º do art. 4º da Constituição da República) e nem por norma infraconstitucional, mas não impede a autocomposição dos litígios, que tem fundamento de validade na autonomia privada, que, por sua vez, tem fundamento constitucional nas garantias da liberdade e da legalidade.

Não há que se falar em invalidade de “cláusula de não litigância”, sob o pretexto de que o direito de ação seria indisponível, já que o compromisso diz respeito ao direito de demanda decorrente de lide de natureza patrimonial e, portanto, disponível.

A disponibilidade do direito material, decorre a possibilidade de autocomposição, nos termos do art. 190 do CPC/2015 e do art. 3º da Lei de Mediação, e, portanto, a possibilidade de o direito de demandar ser objeto de acordo entre partes capazes.

A faculdade de dispor dos direitos patrimoniais situa-se dentro da esfera da autonomia privada dos indivíduos e não havendo norma cogente que impeça que sejam objeto de transação ou negócio jurídico processual, não se cogita de indisponibilidade e, conseqüentemente, de ilegalidade “cláusula de não litigância” prevista em plano de recuperação.

A experiência mostrou que a falta de apoio dos credores que são também fornecedores de bens e serviços estratégicos e a falta de dinheiro novo são fatores capazes de inviabilizar os objetivos da Lei nº 11.101/2005

A possibilidade de conferir vantagem ao credor disposto a envidar esforços para a recuperação da empresa exercida pelo devedor já havia se tornado ao longo dos últimos anos disposição frequente nos planos de recuperação, chancelada pela jurisprudência e que, com o advento da lei nº 14.112/2020, restou positivada no parágrafo único do art. 67 da Lei nº 11.101/2005.