

Sistema de Pré-Insolvência Empresarial – mediação e conciliação antecedentes

Gustavo da Rocha Schmidt

Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Master of Laws pela New York University of Law. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito. Professor da FGV Direito Rio. Presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA e da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR. Advogado. Sócio fundador de Schmidt, Lourenço, Kingston Advogados Associados. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Foi Presidente da Comissão de Arbitragem dos BRICS da OAB Federal. É, ainda, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Juliana Bumachar

Advogada. Sócia de Bumachar Advogados Associados. Conselheira Federal da OAB. Presidente da Comissão Especial de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência da OAB/RJ. Professora Convidada da Pós-Graduação Lato Sensu da FGV Direito Rio. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem da FGV Direito Rio e do Grupo de Trabalho do CNJ para modernização da atuação do Judiciário nos processos de recuperação e falência. Integrante do Conselho Administrativo do TMA Brasil. É, ainda, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Resumo: O presente artigo aborda, sob uma perspectiva teórica e dogmática, a nova disciplina legal aplicável, no campo da recuperação de empresas em dificuldade, à mediação e conciliação antecedentes. Nele, defende-se que a mediação (e todos os outros métodos não adversariais de solução de conflitos) pode contribuir, significativamente, para viabilizar a apresentação de planos de recuperação de empresas mais transparentes, realísticos e sustentáveis, que se adequem aos interesses dos credores, mas também às reais possibilidades da sociedade empresarial em dificuldades, aumentando o comprometimento de todos os interessados com o seu cumprimento.

Palavras-chave: Mediação; conciliação; métodos consensuais de solução de conflitos; recuperação de empresas; Lei nº 14.112/2020

Sumário: **1** Introdução – **2** Os métodos consensuais de solução de conflitos: vantagens comparativas e benefícios para a empresa em situação de pré-insolvência. O caso OI – **3** A mediação e a conciliação antecedentes na Lei nº 14.112/2020 – **4** Conclusões – Referências

1 Introdução

Diz-se que o sistema de solução de conflitos, no Brasil, perdeu o caráter unidimensional. Até bem recentemente, o único caminho para a resolução de um litígio era o Judiciário. O cenário mudou, significativamente, nos últimos anos.

A mudança, que se iniciara em 1996, com a aprovação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), ganhou força em 2015, com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/2015), e, sobretudo, com a entrada em vigor da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Hoje, são várias portas de entrada e, também, diferentes portas de saída. É nesse sentido que se fala em “*Tribunal Multiportas*” ou “*Sistema Multiportas*”. Conforme assinalam Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, é “*como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação; ou da conciliação; ou da arbitragem; ou da própria justiça estatal*”.¹

Por sua natureza, o emprego dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos depende de acordo prévio das partes. É escolha que deriva da autonomia da vontade e, por isso mesmo, não há a necessidade de que a via a ser utilizada esteja prevista em lei. Como explicitado no Enunciado nº 81 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), “a conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes”.

A Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências), em sua redação original, nada dispunha a respeito do tema. Havia, em função disso, certa insegurança jurídica na utilização de vias alternativas de solução de litígios pelas empresas submetidas ao regime recuperacional. O referido vácuo normativo foi preenchido recentemente, com a edição da Lei nº 14.112/2020, que introduziu toda uma nova seção na Lei de Recuperação e Falências, disciplinando nos arts. 20-A a 20-D as conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

Pretende-se, neste artigo, contextualizar a importância do emprego dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos como instrumental voltado para auxiliar no soerguimento de empresas em situação de dificuldade financeira, bem como delimitar o alcance das normas sobre o tema introduzidas no regime jurídico aplicável à insolvência empresarial pela Lei nº 14.112/2020.

Para tanto, o presente ensaio será dividido em três tópicos. No primeiro deles, será feita breve análise das vantagens comparativas que derivam do uso dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, em relação à justiça estatal, tendo por pano de fundo a realidade das empresas em situação de dificuldade. O

¹ CABRAL, Antonio do Passo & CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law); “Mediação sem mediador”*. In: ZANETTI JR, Hermes & CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 710.

segundo tópico será dedicado ao exame das normas que disciplinam o assunto, na Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005). Ao final, serão compendiadas as principais conclusões constantes do presente trabalho.

2 Os métodos consensuais de solução de conflitos: vantagens comparativas e benefícios para a empresa em situação de pré-insolvência. O caso Oi.

Existem inúmeras métodos de solução extrajudicial de conflitos. Não é em todos que a resolução do litígio ocorre de forma consensual. Na arbitragem, por exemplo, a controvérsia é equacionada por um terceiro (o árbitro), imparcial e especialista na temática controvertida, o qual, nos limites da convenção arbitral, de forma semelhante ao juiz estatal, decide quem tem razão, aplicando o direito ao caso concreto. Diz-se, nesse sentido, que a arbitragem é método heterocompositivo de solução de litígios.

Já a mediação, a conciliação e a negociação são formas autocompositivas de resolução de conflitos. Nelas, as partes, com ou sem o auxílio de um terceiro, solucionam suas controvérsias consensualmente. Na negociação, as próprias partes, mediante diálogo e sem a intervenção de terceiro, buscam diretamente chegar a um termo quanto ao litígio. Enquanto isso, tanto na mediação quanto na conciliação, um terceiro (o mediador ou o conciliador), neutro e imparcial, auxilia as partes na composição do conflito.²

Mediação e conciliação, contudo, não se confundem. A distinção é sutil: enquanto na mediação³ o terceiro (mediador) deve levar as partes, elas próprias, a construir o caminho para o acordo, sem influir diretamente nas escolhas feitas, na conciliação permite-se que o conciliador exerça um papel mais ativo na condução do diálogo, apresentando sugestões às partes, na busca da solução consensual.

Nada obstante, para os fins da Lei nº 13.140/2015, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver

² Veja-se, a respeito das diferenças entre negociação, mediação e conciliação: GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 13-22 e 29-72.

³ Na lição de Carlos Eduardo de Vasconcelos, mediação é o “método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pela apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado acordo” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 54).

soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único),⁴ não tendo havido, por parte do legislador, a preocupação, ou qualquer rigor técnico, em diferenciar os dois institutos. Assim, para os fins da Lei de Mediação, mediação e conciliação se equiparam, para todos os efeitos legais. E mais: a mediação poderá ser feita pela via eletrônica, inclusive por aplicativo especificamente confeccionado para tal fim, nos termos do art. 46⁵ da Lei.

A doutrina,⁶ de forma relativamente uniforme (com pequenas variações), costuma apontar as seguintes vantagens na adoção dos métodos não adversariais de solução de conflitos (sempre sob uma ótica comparativa com o processo judicial): (i) a celeridade na resolução do conflito; (ii) significativa redução de custos com o litígio; (iii) minimização das incertezas quanto ao resultado; (iv) confidencialidade do procedimento; e (v) a preservação do relacionamento das partes envolvidas no conflito. Reconhece-se, também, que a adesão, no âmbito empresarial, a métodos consensuais de resolução de litígios gera uma boa imagem pública, pois passa uma importante mensagem para os consumidores de que a empresa com eles efetivamente se importa.

Como se vê, é tudo que uma empresa em situação de insolvência (ou pré-insolvência) almeja: que os conflitos com os empregados, fornecedores, consumidores e parceiros comerciais sejam resolvidos com rapidez, ao menor custo possível, de forma confidencial, com a preservação do relacionamento existente entre as partes e controlando-se minimamente o resultado da disputa.

É lembrar que, para a reestruturação da empresa em situação de dificuldade, é essencial o envolvimento tanto da sociedade empresária, quanto daqueles que com ela possuem vínculo relacional, seja empregatício ou comercial, como empregados, clientes e, também, fornecedores. Com efeito, não raramente há o interesse e a intenção, de parte a parte, de se preservar os vínculos já constituídos, em uma relação de mútua dependência, mas o desgaste, inclusive emocional, gerado pela inadimplência impede que soluções criativas possam ser empregadas. Em tais circunstâncias, a mediação pode contribuir, imensamente, na preservação das relações empresariais e trabalhistas existentes, facilitando o diálogo entre as partes e permitindo que se identifiquem soluções econômico e financeiramente

⁴ Esclarecem Humberto Dalla e Marcelo Mazzola que, para que se possa falar em mediação, três elementos essenciais devem estar presentes, obrigatoriamente: (i) existência de sujeitos em conflitos; (ii) clara contraposição de interesses; e (iii) um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo. *Vide*: DALLA, Humberto & MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

⁵ “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

⁶ Por todos, vide: MERLO, Ana Karina França. *Mediação, conciliação e celeridade processual*. *In*: Âmbito jurídico, publicado em 01 de outubro de 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

sustentáveis, que atendam aos interesses de todos os envolvidos, em benefício não apenas da empresa, mas daqueles que com ela se relacionam.

Mais do que isso, a facilitação do diálogo entre os sujeitos de uma empresa em recuperação (judicial ou extrajudicial) não se restringe às relações dela (devedora) com os seus credores, mas assume especial importância, igualmente, nas relações mantidas entre os próprios credores. Nesse sentido, a mediação pode também contribuir para que propostas sustentáveis sejam apresentadas pelo Comitê de Credores, constituído nos termos do disposto no §2º do art. 52 da Lei nº 11.101/2005, após o deferimento da recuperação judicial.

De fato, seja de forma antecedente à recuperação judicial, seja em caráter incidental ao procedimento recuperacional, a mediação pode contribuir, significativamente, para melhorar a comunicação entre as partes e para conferir maior celeridade ao processo. Pode contribuir, ainda, para a apresentação de um plano de recuperação judicial mais transparente, realístico e sustentável, que se adeque aos interesses dos credores, mas também às reais possibilidades da empresa em recuperação, aumentando o comprometimento de todos com o seu cumprimento.

A mediação (aí incluídos todos os métodos não adversariais de solução de conflitos) revela-se, portanto, um valioso instrumento para ajudar no atendimento do princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, potencializando o envolvimento dos credores na análise e discussão do plano de recuperação, o que implica em maior credibilidade em relação ao plano apresentado, em função da participação ativa dos envolvidos, sobretudo em sua discussão e aprovação. O mediador atua como um facilitador do diálogo, em um ambiente sigiloso, conduzindo as partes a um estado de cooperação que propicie a aprovação do plano de reestruturação da empresa. Na dicção de Ronaldo Vasconcelos:

o plano de recuperação representa a verdadeira ‘alma’ do processo de recuperação. Portanto, impõe-se que a sua discussão (com vistas à elaboração do acordo com o regime de comunhão de interesses) seja realizada com maior maturidade possível e, principalmente, propiciando meios para a extração da mais objetiva análise da viabilidade econômica do plano de recuperação e da empresa em si.⁷

É emblemático, nesse sentido, o uso da mediação eletrônica na recuperação judicial⁸ da OI. Conflitos intermináveis, com milhares de credores, foram

⁷ VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15*. In: CERZETTI, Sheila Christina Neder & MAFFIOLETI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei 11.101/2005 – estudos sobre a lei de recuperação e falências*, São Paulo: Almedina, 2015, p. 458.

⁸ TJRJ, 7ª Vara Empresarial, Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001, Juiz de Direito Fernando Viana.

prontamente resolvidos, via plataforma on-line,⁹ com drástica redução de custos. Todos saíram ganhando.¹⁰

É verdade que, antes da edição da Lei nº 14.112/2020, no bojo do caso Oi, houve relevante discussão a respeito da possibilidade de emprego da mediação no processo de recuperação judicial da empresa. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento, no âmbito Egrégia 8ª Câmara Cível do TJRJ, relatora a Desembargadora Monica Maria Costa di Piero, de que seria possível a mediação, conforme se extrai do seguinte trecho da ementa do julgado:

2. A controvérsia posta nos autos reside em aferir a possibilidade de o Juízo Recuperacional exercer controle prévio de legalidade, traçando, antecipadamente, parâmetros a serem seguidos pelos credores e pelas empresas recuperandas, antes mesmo de iniciado o procedimento de mediação.

3. A valorização do mecanismo da autocomposição vem sendo comumente reiterada pelo Poder Legislativo por intermédio da edição de várias leis com escopo de estimular a solução consensual dos litígios, envolvendo os interessados na busca de um resultado que alcance um benefício mútuo.

4. O novo Código de Processo Civil, reconhecendo a importância do instituto, elencou os mecanismos de autocomposição de conflitos no rol das normas fundamentais do processo civil, previstas nos parágrafos 2º e 3º, de seu art.3º.

5. De certo que conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art.166, do CPC/15).

6. Com efeito, a Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência.

7. Assim, na forma do art.3º da Lei nº 13.140/2015, o qual disciplina “que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência.

8. Não se perde de vista, contudo, que embora a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) seja a regra especial do instituto, sua interpretação deve se dar em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, no caso, com a Lei de Recuperação Judicial.

⁹ Vale conhecer, a propósito, a plataforma eletrônica construída para a recuperação judicial: Oi - Plataforma da Recuperação Judicial do Grupo Oi. Disponível em: <http://www.credor.oi.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁰ Sobre o tema, confira-se a entrevista concedida pela advogada Samantha M. Longo. Migalhas, 9 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299960/mediacao-online-foi-fundamental-para-recuperacao-judicial-da-oi-explica-advogada>. Acesso em: 10 jun. 2022.

9. Em se tratando de procedimento de mediação, a minuta elaborada pelas empresas recuperandas não pode ser de cunho vinculativo e não encerra “acordo de adesão”, eis que, se assim o fosse, estaria divorciada da natureza jurídica do instituto proposto, o qual pressupõe a criação de um ambiente para que as partes sejam as protagonistas de uma solução conjunta para o seu impasse, a qual será alcançada, consensualmente, por intermédio de concessões mútuas.

10. Tendo em vista que a mediação não deve ser solução pronta, com a estipulação prévia de paradigmas por uma das partes, qualquer pretensão nesse sentido, ainda que sob as vestes de conferir legalidade e celeridade ao procedimento, iria de encontro ao próprio instituto.

11. Diante da índole negocial que o plano de recuperação judicial apresenta, constituindo-se negócio jurídico de caráter contratual, com determinações específicas, a atuação do Estado-Juiz se restringirá à verificação se os interesses das partes para alcançar a finalidade recuperatória estão desrespeitando ou extrapolando os limites da lei.

12. Considerando que o procedimento de mediação pressupõe que as partes tenham espaçosa oportunidade de, no curso do processo, negociar e eventualmente transacionar acerca das condições e dos valores de pagamento do crédito em discussão, não há como o julgador antecipar quais as soluções poderão ser alcançadas pelas partes.

13. Não se está dizendo que poderão as partes obrar em descompasso com ordenamento jurídico em vigor, assim como em desarmonia com os princípios regentes do processo de recuperação judicial, porém, não compete ao Poder Judiciário atuar como um órgão consultivo prévio, mormente sobre situações hipotéticas, já que sua função primordial é a solução de conflitos.

14. Não encerrando o consenso qualquer ilegalidade, deverá se ter em vista que a composição eficiente pressupõe a escolha de um método adequado ao seu tratamento e que o resultado propicie um benefício mútuo e positivo para ambas os polos envolvidos.

15. Constituindo-se a mediação como uma forma de autocomposição de conflitos, apenas posteriormente ao procedimento é que poderá ser aferido se o acordo engendrado entre as partes suplantar os limites impostos pelo art.304 e segs. do CC/02 e art.45, §3º, da LRF.¹¹

Induidosamente, a anterior aprovação do Enunciado nº 45 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, de 2016, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), teve papel preponderante no reconhecimento da possibilidade de utilização das soluções extrajudiciais de solução de conflitos no campo da recuperação de empresas em dificuldade. Ali, ficou assentado que “a mediação e conciliação são compatíveis

¹¹ TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0018957-54.2017.8.19.0000, Desembargadora Relator Monica Maria Costa di Piero, julgado em 29.08.2017, publicado em 13.09.2017.

com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.¹² Também o art. 3º, §3º, do CPC/2015 já sinalizava a importância de se incentivar, na esfera judicial e extrajudicial, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

Assim é que, na linha do decidido pela instância inferior, o Colendo STJ, por decisão monocrática do Ministro Marco Buzzi, no Pedido de Tutela de Urgência nº 1.049/RJ,¹³ referendou, ainda que em caráter provisório e precário, a orientação externada pelo TJRJ, permitindo o prosseguimento da mediação instaurada no processo de recuperação judicial da OI.

Mais recentemente, em 2019, considerando “os diversos casos exitosos de procedimentos de mediação instaurados em processos de insolvência em curso perante as varas especializadas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro” e, ainda, a necessidade de “criação de um ambiente seguro e propício para negociação e acordos”, foi editada a Recomendação nº 58, do Conselho Nacional de Justiça, incentivando “os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, nos termos da Lei nº 13.105/2015 e da Lei nº 13.140/2015, o uso da mediação, de forma a auxiliar a resolução de todo e

¹² Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹³ STJ, Tutela Provisória nº 1.049/RJ, Ministro Marco Buzzi, 09.11.2017: “... a Corte estadual, ao manter a decisão do r. juízo da recuperação judicial, entendeu que ‘(...) a Lei n.º 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência.’ Acrescentou, ademais, que ‘(...) na forma do art. 3º da Lei n.º 13.140/2015, o qual disciplina ‘que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação’, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência.’ (fls. 186/215) Dessa forma, não se vislumbra, a existência de teratologia ou flagrante ilegalidade nas razões do v. acórdão recorrido, de modo a se permitir a concessão da tutela de urgência requerida, valendo destacar, quanto à temática ora debatida, o Enunciado 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que ‘(...) A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em caso de superendividamento, observadas as restrições legais.’ Na mesma linha de entendimento, o escólio doutrinário acerca da matéria sustenta a aplicabilidade dos institutos da mediação e conciliação no bojo da recuperação judicial, verbis: ‘(...) A Lei n.º 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade - não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação - e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação - Lei n.º 13.140/2015 - e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105), que a integra o procedimento comum.’ (ut. Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Rio de Janeiro. Forense: 3ª ed. 2017, pag. 111) Com efeito, em sede de cognição sumária, não se verifica, assim, a presença cumulativa dos requisitos ensejadores da concessão excepcional de tutela provisória de urgência por este Superior Tribunal de Justiça, sendo de rigo o indeferimento do pedido almejado pelo ora requerente”.

qualquer conflito entre o empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo”.¹⁴

Evidentemente, a figura do mediador não se confunde com a do administrador judicial. São funções distintas e não devem, em hipótese alguma, ser exercidas pela mesma pessoa. As competências do administrador judicial encontram-se descritas no art. 22 da Lei de Recuperação de Empresas. Conquanto caiba ao administrador judicial, na forma da alínea “j” do aludido artigo, “estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência”, a mediação propriamente dita deve ser conduzida por terceiro, com habilitação e conhecimento técnico específico. Inclusive, há potencial conflito de interesses entre as duas funções. É papel do administrador judicial, por exemplo, montar o quadro de credores, apontando o valor correto devido pela empresa em dificuldade. Ao passo que mediações podem ter por objetivo, precisamente, viabilizar a concessão de desconto no montante devido, bem como encontrar soluções, em um ambiente negocial, que viabilizem a aprovação do plano de recuperação judicial.

O profissional responsável pela condução da mediação deve ter (i) sensibilidade no trato com as pessoas; (ii) vocação para promover a comunicação eficiente e (iii) capacitação técnica, além de agir com ética, imparcialidade e autonomia, nos termos da Resolução nº 125/2010, do CNJ.

3 A mediação e a conciliação antecedentes na Lei nº 14.112/2020

Sepultando qualquer controvérsia ainda existente sobre o assunto, o art. 20-A da Lei de Recuperação de Empresas, nela introduzido pela Lei nº 14.112/2020, enfatiza que “a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial”. É, portanto, conforme já apregoava o art. 3º, §3º, do CPC/2015, dever de todos os atores do processo o de estimular, não apenas antes, mas também no curso do processo recuperacional, o uso das vias não adversariais de solução de litígios.

A nova legislação, na forma dos seus arts. 20-A a 20-D, prevê a possibilidade de emprego das soluções consensuais de conflitos em dois momentos procedimentais distintos: antes da distribuição do pedido de recuperação judicial

¹⁴ CNJ, Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019. *DJe* de 30.10.2019.

e durante o processo judicial correlato. No primeiro caso, diz-se que a mediação (ou conciliação) é antecedente, de natureza pré-processual. Ao passo que, no segundo, se fala que a mediação (ou conciliação) é incidental ao processo de recuperação judicial.

A expressão “antecedente”, utilizada para legislador, pode passar a errônea impressão de que o ato seria preparatório à apresentação do pedido de recuperação judicial. A intenção objetiva da lei, todavia, é a de que, sendo frutífera a mediação pré-processual (antecedente), o processo recuperacional seja descartado, ante o sucesso na reestruturação das dívidas da empresa, desafogando-se o Judiciário de mais um processo desnecessário.

Nesse sentido, a posterior distribuição de pedido de recuperação judicial não é condição para a deflagração da mediação pré-processual. Ao contrário, a intenção do legislador é evitar a judicialização do tema, viabilizando o reequacionamento das dívidas da empresa em dificuldade, sem a necessidade de intervenção judicial. Tanto isso é verdade que, a teor do parágrafo único do art. 20-C da Lei, em caso de deflagração do processo recuperacional (judicial ou extrajudicial) no prazo de até 360 (trezentos e sessenta) dias da celebração de eventual acordo, firmado na fase conciliatória antecedente, “o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas”. A ideia, quanto a este particular, é evitar o risco de o credor, após já ter renegociado a sua dívida, ter que submeter o seu crédito, em condições já pioradas, a nova alteração, por força da aprovação do plano de recuperação da empresa. Naturalmente, nenhum prejuízo suportará a recuperanda, podendo deduzir do montante devido ao credor os valores eventualmente pagos a ele. De mais a mais, se o acordo já tiver sido regularmente cumprido, a dívida será tida por extinta. Neste caso, os efeitos pactuados deverão ser integralmente respeitados, conforme disposto na parte final do referido dispositivo legal.

O espectro de incidência das soluções consensuais, na fase pré-processual, não poderia ser mais amplo.¹⁵ Pode a empresa devedora valer-se tanto da mediação como da conciliação para equacionar “disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade” (20-B, inciso I), bem como “na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores” (art. 20-B, inciso IV).¹⁶

¹⁵ Inclusive, sustenta Diogo Rezende de Almeida que o rol do art. 20-B seria meramente exemplificativo. Assim, “desde que o conflito tenha como objeto direito transacionável, é possível o emprego de mediação, conciliação ou outro método autocompositivo” (ALMEIDA, Diogo Rezende. A Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Parte II). *GENJURÍDICO.COM.BR*, publicado em 13 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/01/13/reforma-lei-de-recuperacao-judicial-falencia-2/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁶ Os incisos II e III do art. 20-B tem aplicação já no curso da recuperação judicial, sendo irrelevantes na fase pré-processual: “Art. 20-B (...) II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias

Em nenhuma hipótese, contudo, a resolução consensual do conflito poderá versar “sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores” (art. 20-B, §2º). Em tal hipótese, por envolver norma de ordem pública, o acordo será ineficaz, no bojo do processo de recuperação judicial. Cabe ao juiz da recuperação judicial, inarredavelmente, a decisão a respeito da natureza jurídica e da classificação dos créditos, para fins de definição do quadro geral de credores, sob pena de se admitir que, por acordo das partes interessadas, seja burlado o *par conditio creditorum*.¹⁷ Bem leciona Paulo Furtado Coelho Filho, a respeito:

A Lei 13.140/2015, em seu artigo 3º, estabelece que ‘pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.’ Em regra, na falência e na recuperação judicial estão em jogo direitos disponíveis, decorrentes de relações de natureza patrimonial mantidas entre o devedor e os credores. Porém, certas normas da legislação de insolvência são inspiradas por interesses superiores ao de cada uma das partes. Quer pela consideração de que na falência os credores não podem ser tratados de forma igual em razão da insuficiência do patrimônio do devedor, que pela necessidade de uma deliberação legítima dos credores na recuperação judicial, não é dado aos credores ajustarem entre si a mudança da natureza do seu crédito, para obter uma posição mais favorável em relação a outros credores na falência, ou com o propósito de ter mais influência na deliberação sobre o plano de recuperação judicial.¹⁸

Perceba-se, por relevante, que a opção pela mediação (ou conciliação) em nada afeta o decurso dos prazos previstos na Lei, salvo havendo acordo entre as partes em sentido contrário.

Nada obstante, na hipótese de negociação do valor de dívidas ou da respectiva forma de pagamento, em caráter antecedente à distribuição do pedido

de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais; III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais (...).”

¹⁷ Como bem elucidam Daniel Costa Carnio e Alexandre Correa Nasser de Melo, muito embora “a conciliação e a mediação sejam incentivadas, a Lei traz expressa ressalva que é vedada a composição acerca da classificação de créditos e da natureza jurídica, o que poderia ser utilizado para burlar o concurso de credores reclassificando créditos conforme o interesse e conveniência das recuperandas e ferindo o *par conditio creditorum*. Assim, fica ressaltado ao Juízo a decisão acerca da natureza e classificação do crédito em suas respectivas classes” (COSTA, Daniel Carnio & MELO, Alexandre Correa Nasser de Melo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*, Curitiba, Juruá, 2021, p. 96).

¹⁸ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. *Das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial*. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado (Coord.). *Lei de recuperação e falências. Pontos relevantes e controversos da reforma pela lei 14.112/20*, São Paulo, Editora Foco, p. 23.

de recuperação judicial (art. 20-B, IV, da Lei), poderá a empresa em dificuldade se valer da tutela de urgência referida no §1º do art. 20-B, “a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015”. Nesse sentido, conforme a atenta percepção do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e de Daniel Costa Carnio, a nova lei “oferece à devedora a essencial proteção do stay, típico da recuperação judicial, a fim de se criar um ambiente adequado à negociação coletiva. Considerando que a determinação de suspensão das ações deve ser judicial – só uma decisão judicial pode ter o condão de suspender o andamento de ações judiciais – o mecanismo oferece à devedora a oportunidade de requerer ao juízo competente a medida de stay com natureza cautelar, eventualmente preparatória de futura recuperação judicial”.¹⁹

Inciduiu o legislador aqui em uma pequena impropriedade técnica. Isso porque a hipótese não é, propriamente, de tutela de urgência, de caráter cautelar, mas sim de tutela de evidência. É irrelevante a existência, ou não, de *periculum in mora*, para o deferimento da liminar. Pode-se dizer, inclusive, que o *periculum in mora* seria presumido. Não precisa a parte evidenciá-lo, na formulação do pedido. E nem pode o juiz deixar de deferir a tutela, por não vislumbrar risco de dano de difícil ou impossível reparação. Com efeito, demonstrada a situação de pré-insolvência, deve o magistrado deferir a suspensão das execuções, à luz do §1º do art. 20-B da Lei. O ônus probatório que recai sobre a empresa é demonstrar, a não deixar margem a dúvida, de que está em situação de dificuldade financeira e que precisa se reorganizar financeiramente para seguir com as suas atividades.²⁰

Instituída a mediação, podem as partes, de comum acordo, postular a prorrogação do prazo de suspensão das execuções em curso, em sendo factível o acordo, na forma do art. 16²¹ da Lei de Mediação. Há que se admitir, também, na lacuna da lei, a prorrogação excepcional do prazo, em mais um período de 60

¹⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas & COSTA, Daniel Carnio. *Os mecanismos de pré-insolvência nos PLS 1397/2020 e 4458/2020. Folha Diária*, publicado em 22.10.2020. Disponível em: <http://www.folha.diaria.com.br/materia/54/3506/politica/nacional/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020#.YEXgz1KhjU>. Acesso em: 10 jun. 2022.

²⁰ Em sentido contrário, entendendo que a hipótese é de típica tutela de urgência, de caráter cautelar, a exigir a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, sob pena de indeferimento do pedido, veja-se: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado, *op. cit.*, p. 19-20.

²¹ “Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro”.

(sessenta) dias, a pedido da empresa devedora, se ela demonstrar que a negociação coletiva avançou significativamente, mas que existem aspectos ainda pendentes de definição. Prevalece aqui o princípio da preservação da empresa. Seria um contrassenso, ademais, prestigiar o emprego da mediação, como método de solução de conflitos, e encerrá-la impositivamente, em função do decurso do prazo legal, mesmo quando o procedimento caminha para a solução consensual. A prorrogação, entretanto, há de ficar restrita a uma única vez, em sintonia com a regra do art. 6º, §4º,²² da Lei nº 11.101/2005, com a redação dada pela Lei nº 14.112/2020.²³

Neste íterim procedimental, enquanto não encerrada a mediação, com a lavratura do termo respectivo, fica suspenso o prazo prescricional, de forma a evitar qualquer prejuízo ao credor de boa-fé. É o que preconiza o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 13.140/2015: “Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”.

Com isso, protege-se o devedor, com a ordem de *stay period*, estimulando-se o processo de negociação coletiva, antes mesmo da deflagração do processo recuperacional, sem se descuidar do credor, que tem os seus direitos preservados.²⁴ Remedia-se, ainda, no lúcido comentário de Daniel Costa Carnio e Alexandre Correa Nasser de Melo, “o ajuizamento de centena de outras ações relacionadas ao inadimplemento da devedora em razão da ordem de stay e da coletivização da solução desses conflitos”.²⁵

Obviamente, a ordem de *stay*, fruto do deferimento da tutela prevista no §1º do art. 20-B, não pode ser usada, estrategicamente, para viabilizar a ampliação indevida do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no art. 6º, §4º, da Lei de Recuperação e Falências. Exatamente por isso, estabelece o §3º do

²² “Art. 6º (...) § 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.”

²³ Adotando orientação em sentido contrário à do texto: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado, *op. cit.*, p. 22-23.

²⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio, *op. cit.*: “O sistema de pré-insolvência criado pelo PL 4458/20 cria estímulos para que empresas devedoras busquem a renegociação coletiva de suas dívidas de forma predominantemente extrajudicial, com mínima intervenção judicial. A utilização da mediação e da conciliação preventivas necessita da criação de estímulos para que seja eficaz e adequada. Nesse sentido, é preciso proteger o devedor de execuções individuais, como condição para que se crie um espaço adequado para realização dos acordos com os credores. Os credores somente se sentarão à mesa para negociar se não puderem prosseguir nas suas execuções individuais. Por outro lado, a devedora somente terá condições de propor um acordo aos seus credores se tiver um espaço de respiro e uma proteção contra os ataques patrimoniais provenientes de ações individuais. Da mesma forma, um credor somente se sentirá seguro para negociar se houver uma proteção ao acordo entabulado, evitando-se que seja prejudicado pelo uso sucessivo de um processo de insolvência. De igual modo, deve-se cuidar para que os devedores não façam uso predatório dessa ferramenta, apenas com o intuito de prolongar a proteção do stay contra os credores”.

²⁵ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de Melo, *op. cit.*, p. 96.

aludido art. 20-B que o período de suspensão na fase de negociação pré-processual deverá ser deduzido do *stay period* consagrado no art. 6º da Lei.

Eventual acordo, se obtido, à luz do que estatui o *caput* do art. 20-C, deverá ser reduzido a termo e homologado pelo juízo competente para o processo de recuperação judicial (art. 3º da Lei). Evidentemente, deve o magistrado rejeitar homologação ao acordo, se versar sobre direitos que não são passíveis de transação ou que violem normas de ordem pública.

O procedimento de mediação, assim como o de conciliação, poderá ser conduzido eletronicamente, ou por sessões virtuais, conforme art. 20-D da Lei, e deverá ser instaurado, mandatoriamente, no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CejusC) do tribunal competente ou de câmara privada especializada. Neste particular, entendeu o legislador que, eventualmente, pode ser mais conveniente para os interessados que a mediação ocorra no ambiente estritamente privado, por instituição renomada na área das soluções extrajudiciais de litígios. A propósito, existem inúmeras câmaras especializadas no Brasil, aptas a prestar serviços na área de mediação, com notoriedade e reputação ilibada.

Conclusões

Ao fim de tudo que se expôs, fica claro a vantajosidade do emprego das soluções consensuais de conflito para as empresas em dificuldade. A mediação e a conciliação permitem que eventuais litígios sejam resolvidos com rapidez, ao menor custo possível, de forma confidencial, com a preservação do relacionamento existente entre a empresa e seus colaboradores e parceiros comerciais.

Para a reestruturação da empresa viáveis, mas em dificuldade momentânea, é essencial o envolvimento tanto da sociedade empresária, quanto daqueles que com ela possuem vínculo relacional (empregatício ou comercial). A mediação, nesse sentido, tem, muito a contribuir para facilitar o diálogo entre as partes e permitir que se identifiquem soluções sustentáveis, que atendam aos interesses de todos os envolvidos.

A Lei de Recuperação de Empresas, com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020, positivou, definitivamente, a possibilidade de emprego das vias não adversárias de resolução de litígios como instrumento voltado a permitir a superação de eventual crise financeira, de caráter momentâneo, de empresas viáveis, nos termos dos seus arts. 20-A a 20-D.

A intenção do legislador é a de que, sendo frutífera a mediação (ou conciliação) pré-processual, o processo recuperacional seja descartado, ante o sucesso na reestruturação das dívidas da empresa, desafogando-se o Judiciário de mais um processo desnecessário. Ao mesmo tempo, buscou o legislador equilibrar os interesses da empresa devedora e dos credores.

Caberá à jurisprudência, com o apoio da doutrina, fixar os limites e as possibilidades na utilização da mediação pré-processual, levando em consideração sempre, como norte interpretativo, o princípio *mater* da preservação da empresa, sem, evidentemente, descuidar dos interesses dos credores.

Prior Corporate Insolvency System – previous mediation and conciliation

Abstract: This article approaches, from a theoretical and dogmatic perspective, the new applicable legal discipline, in the field of company recovery, to the mediation and conciliation procedures. It is argued that mediation (and all other non-adversarial methods of dispute resolution) can significantly contribute to enabling the presentation of more transparent, realistic and sustainable recovery plans, which are suited to the interests of creditors, but also to the real possibilities of the company, increasing the commitment of all interested parties with the fulfillment of the recovery plan.

Keywords: Mediation; Conciliation; Alternative Dispute Resolution; Business Recovery; Law 14.112/2020

Referências

- ALMEIDA, Diogo Rezende. A Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Parte II). GENJURÍDICO.COM.BR, publicado em 13 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/01/13/reforma-lei-de-recuperacao-judicial-falencia-2/>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law); “Mediação sem mediador”. In: ZANETTI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de Melo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*, Curitiba, Juruá, 2021.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. Os mecanismos de pré-insolvência nos PLs 1397/2020 e 4458/2020. *Folha Diária*, publicado em 22.10.2020. Disponível em: <http://www.folhadiaria.com.br/materia/54/3506/politica/nacional/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020#.YEXgz1KhjU>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*, São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GARCEZ, José Maria Rossani. ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. *Âmbito jurídico*, publicado em 01 de outubro de 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. Das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado (Coord.). *Lei de recuperação e falências*. Pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20, São Paulo, Editora Foco.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2014.

VASCONCELOS, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei 11.101/2005 – estudos sobre a lei de recuperação e falências*, São Paulo: Almedina, 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BUMACHAR, Juliana. Sistema de Pré-Insolvência Empresarial – mediação e conciliação antecedentes. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 04, n. 07, p. 103-118, jan./jun. 2022. DOI: 10.52028/rbadr.v4i7.7.
