

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA – INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.112/2020

Ana Flávia Valladão Ferreira*

RESUMO

Este estudo tem como objetivo demonstrar a aplicação da mediação e da conciliação no direito empresarial, bem como indicar a máxima observância e respeito dos princípios empresariais quando se utilizam tais institutos. Inicialmente foi feito um resumo sobre os principais princípios que versam sobre a recuperação judicial e a falência, quais sejam função social da empresa e preservação da empresa. Buscou-se aprofundar o estudo dos conceitos, as diferenciações e os históricos da mediação e da conciliação, bem como apontar as inovações trazidas na legislação brasileira, notadamente na legislação empresarial em relação à Lei nº 11.101/2005. Ao final, considera-se que, embora ainda existam restrições na utilização dos institutos da mediação e da falência, muito se tem evoluído, sendo que tais métodos adequados de resolução de conflitos viabilizam um melhor contorno da situação de crise, com a possibilidade de retorno das atividades empresariais.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Direito empresarial. Recuperação judicial. Falência. Administrador judicial.

1 INTRODUÇÃO

* Advogada e mediadora certificada pelo CNJ. Mestranda em Direito pela Faculdade Milton Campos. Membro da Comissão de Conciliação e Arbitragem da OAB/MG. Coautora de artigos publicados em obras coletivas. Especialista em Direito Público, Direito Privado, Direito Penal e Processo Penal. Coordenadora geral da ACCC Administração Judicial. Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

O mundo vem mudando diuturnamente, as sensações dos indivíduos frente às adversidades também. Muito se tem questionado sobre a efetiva resolução de um conflito para que se dê da forma menos onerosa possível, tanto financeira quanto psicologicamente.

Da mesma forma, o ordenamento jurídico tem se movimentado no sentido de valorizar sistemas e institutos que facilitem essa solução adequada dos conflitos e evite a judicialização de toda e qualquer controvérsia. Para isso, institutos como mediação, conciliação e arbitragem vêm sendo cada vez mais consagrados e validados.

Isso porque tais institutos têm sido grandes aliados daqueles que optam pelo seu uso como soluções adequadas de conflito, evitando embates judiciais, grandes gastos com processos e a morosidade judicial.

São, portanto, sistemas autônomos que buscam, cada um em sua particularidade, trazer respostas e oferecer soluções aos conflitantes, com a perspectiva de alcançar um resultado mais justo em uma dupla perspectiva, para as duas partes.

A mediação, a conciliação e a arbitragem são institutos que não se confundem, tendo em vista comportarem a atuação dos profissionais de forma totalmente distintas, bem como terem por objeto bens e sujeitos diferentes. No entanto, tais institutos são extremamente necessários no cenário atual em que se busca, cada vez mais, evitar a judicialização de conflitos.

Nesse contexto, faz-se necessário abordar as diferenciações dos institutos, bem como os efeitos e as consequências da adoção das referidas alternativas, de modo a estudar e investigar os mecanismos promissores para essa modernização do Direito Empresarial, tendo por base as alterações ocorridas no direito brasileiro nos últimos anos, uma vez que impactaram fortemente as relações sociais, e poderão, a partir de agora, impactar diretamente a atividade empresarial.

Dada a crise econômica, financeira e institucional que se estabeleceu no Brasil, houve um fortalecimento das medidas alternativas de resolução de conflitos, na medida em que o enfrentamento de um processo judicial se verifica, por vezes, moroso e com custos elevados para a empresa que busca o soerguimento.

Com isso, a pesquisa se justifica na medida em que tais institutos somente foram incluídos na legislação empresarial ordinária com a alteração promovida pela

Lei nº 14.112/20 na Lei nº 11.101/05, em que pese tal tema já ter sido abordado pelo Código de Processo Civil (CPC) e por diversas legislações administrativas, a exemplo da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O trabalho proposto pretende enfrentar a seguinte situação-problema: qual a melhor forma de se implementar os métodos adequados de resolução de conflitos em recuperações judiciais e a quem é possibilitada a atuação como mediador/conciliador?

A hipótese que se quis provar foi a viabilidade da mediação e da conciliação no âmbito empresarial, já que se mostram como excelentes ferramentas para acompanhar a realidade enfrentada pela sociedade em crise, na medida em que diminuem, em muito, os custos do processo.

O objetivo geral desta pesquisa foi abordar a aplicação dos institutos da mediação e da conciliação, de modo a compreender a sua funcionalidade no procedimento de soerguimento de uma empresa em crise e os benefícios da utilização.

Como objetivos específicos, tem-se: (a) compreender e diferenciar os métodos adequados de resolução de conflitos existentes no atual ordenamento jurídico; (b) identificar e refletir sobre os desafios jurídicos decorrentes da aplicação de tais institutos no processo recuperacional; e (c) analisar a possibilidade do uso dos métodos alternativos para mitigar a judicialização das recuperações judiciais.

A pesquisa foi feita na modalidade bibliográfica, seguindo as linhas metodológicas: jurídico-exploratória e crítico-metodológica, com dados extraídos da legislação, jurisprudências sobre o assunto, bem como da análise da doutrina por meio de livros e artigos que abordam de maneira objetiva o tema.

Além disso, a pesquisa buscou o repensar jurídico das regras e princípios do direito empresarial e dos métodos alternativos de solução de conflitos, de modo a se identificar os problemas que afetam a eficiência/eficácia da utilização de tais meios dentro do direito empresarial.

A partir do contato com a teoria e os problemas práticos afetos à área, será possível identificar e refletir sobre os desafios jurídicos em face da necessária interseção entre o direito e os métodos alternativos. Além disso, serão apresentadas novas possibilidades de atuação dentro do mercado profissional jurídico, suscitando, assim, o espírito jurídico-empresendedor nos operadores do direito.

O marco teórico, a princípio, foi representado pela análise do *Manual de mediação* elaborado pelo CNU, da Recomendação nº 58 e da Resolução nº 125, ambas do CNU, e das alterações promovidas pela Lei nº 14.112, de 2020.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Mediação: conceitos e características

O termo mediar é proveniente do latim *mediare*,¹ que significa intercessão, intermédio, intervenção; mediar ou intervir. Pode-se entender como ato ou efeito de mediar, com a interferência de uma ou mais potências, junto de outras dissidentes, com o objetivo de dirimir pacificamente a questão ocorrente, encaminhando, regularizando ou concluindo quaisquer negociações nesse sentido.

A mediação pode ser entendida como um método de resolução adequada de conflitos, que tem como base a escuta da palavra, tanto daquela dita quanto da escutada, que se dá por meio do diálogo e com seus envolvidos assistidos por um terceiro imparcial, que os auxilia na tomada de decisões relativas ao conflito.

Segundo a doutrinadora francesa Michèle Guillaume:

La médiation remplit une fonction fondamentale de rétablissement ou de rétablissement de la communication. Le conflit ne fait pas partie de la définition globale de la médiation, mais la définition globale de la médiation ne lui interdit pas de résoudre les conflits (HOFNUNG, 1995, p. 70).²

A mediação, portanto, pode ser entendida como um sistema alternativo, não excludente, de resolução de conflitos, em que os mediandos são auxiliados por um terceiro imparcial, que os orienta na tomada de decisões em relação aos seus conflitos, muitas vezes entendida como a interferência em uma negociação.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho:

A mediação tem por objetivo criar um ambiente favorável à negociação. O mediador não é um conciliador, tampouco um negociador. Os dois últimos são chamados para se empenharem na concretização do acordo entre duas

¹ Cf. MEDIAR. In: DICIO, *Dicionário On-line de Português*. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/mediar/>. Acesso em: 5 out. 2021.

² Tradução: “A mediação cumpre uma função fundamental de restabelecer ou estabelecer a comunicação. O conflito não faz parte da definição abrangente de mediação, mas a definição abrangente de mediação não a proíbe de resolver conflitos”.

partes, mas o trabalho do mediador antecede até mesmo a construção de possíveis cenários negociais. Ele se empenha em eliminar assimetrias entre os envolvidos e prepará-los para a negociação, da qual normalmente não participará (COELHO, 2021, p. 96).

Já a Lei nº 13.140, de 2015, doravante denominada Lei de Mediação, trouxe o conceito legal em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. 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 soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015b, grifamos).

Sob qualquer perspectiva que se analise o conceito de mediação, seja ele doutrinário, brasileiro ou estrangeiro, seja ele legal, todos eles ressaltam a necessidade de se dar a palavra aos envolvidos no processo, mudando a abordagem de que um terceiro decidirá por eles e trazendo a concepção de que a conclusão será dada pelos participantes.

De acordo com o art. 5º da Lei de Mediação, ela deve ser pautada nos seguintes princípios: a) imparcialidade do mediador; b) igualdade entre as partes; c) oralidade; d) informalidade; e) vontade das partes; f) busca do senso comum; g) confidencialidade; e h) boa-fé.

2.2 Conciliação: conceitos e características

Já a conciliação é entendida como um método de resolução de conflitos breve, utilizado em demandas mais simples ou mais restritas, que não demandam tantas negociações e discussões como ocorre na mediação.

Tal instituto é entendido como instrumento alternativo e acessível ao indivíduo, tanto na fase pré-processual quanto na processual, que tem como finalidade dirimir o conflito existente entre as partes de forma simples, célere e eficiente, alcançando a pacificação social.

Eliana Nazareth afirma que:

A Conciliação é mais eficaz em conflitos que podemos chamar de pontuais e novos, isso é, de pouca idade. A relação entre os mediados é transitória e

sem maiores laços que os unam. Acidentes de trânsito e algumas relações de consumo seriam alguns exemplos (NAZARETH, 2006, p. 131).

Assim como o é para o exercício da mediação, alguns princípios devem ser observados dentro da conciliação, quais sejam: a) confidencialidade; b) competência – habilitação na forma da Resolução nº 125/10 do CNU; c) imparcialidade; d) independência e autonomia; e pé) decisão informada.

A conciliação também se encontra vinculada diretamente com os princípios da economia processual, celeridade processual e simplicidade.

2.3 Arbitragem: conceitos e características

Por fim, em relação à arbitragem, nota-se que essa é conduzida por um terceiro ou conselho de terceiras pessoas, imparciais, que conduzem a demanda de maneira impositiva, de forma muito semelhante a um processo comum.

Por ser um processo privado, na arbitragem, os solicitantes, de pleno acordo, escolhem um árbitro com qualificação profissional e conhecimento técnico sobre o assunto, que produzirá uma sentença arbitral, que não ficará sujeita a homologação, recurso ou revisão, sendo equivalente a um título executivo judicial. Ressalta-se que a arbitragem cuida de direitos patrimoniais disponíveis.

No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996, e instituída por meio de negócio jurídico denominado “convenção de arbitragem”, que é entendido como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem é tida como pressuposto processual negativo do processo e enseja a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 485, VII, do CPC). Por fim, cumpre salientar que tal convenção não pode ser conhecida de ofício pelo julgador, conforme disposto no art. 337, § 5º, do CPC.

2.4 As peculiaridades que diferem a mediação da conciliação

Tanto a conciliação quanto a mediação são regidas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme disposto no art. 166 do CPC:

Art. 166. A 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.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

[...] (BRASIL, 2015a).

Em que pese a similitude dos institutos, o CPC cuidou de distinguir a atuação dos profissionais que atuam na mediação e na conciliação, conforme se depreende do art. 165 e seus parágrafos:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015a).

Pela leitura dos parágrafos nota-se que a diferença primordial entre a mediação e a conciliação é em relação à atuação dos profissionais. Na conciliação, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, apontando caminhos e medidas a serem adotadas pelas partes. Já o mediador auxiliará os mediandos na compreensão das questões que envolvem o conflito, identificando os interesses e reestabelecendo a comunicação para que eles cheguem à melhor solução.

Outra distinção trazida pelo CPC é em relação à existência ou não de vínculo anterior entre as partes. Na conciliação, não há vínculo pretérito entre as partes, o único elo é em relação àquela demanda, como nos casos de direito do consumidor, por exemplo. Já na mediação, há um vínculo anterior entre as partes, elas já se conhecem e estão ligadas por sentimentos e emoções, como nos casos de direito de família.

A mediação tem sido cada vez mais relevante no cenário atual, porque tem demonstrado sua eficiência na solução de conflitos interpessoais, uma vez que são os próprios mediandos que encontram a melhor solução para seus casos. A atuação do mediador será apenas de facilitador do diálogo, utilizando, para tanto, suas técnicas, a fim de que sejam estabelecidos critérios e raciocínios pelos mediandos e que lhes permitirão um entendimento melhor sobre o conflito.

2.5 A evolução da mediação no Brasil

Os primeiros registros sobre a legalização da mediação se deram com o início da tramitação do Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra, que trazia a definição de mediação e algumas especificidades sobre o tema.

O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, havendo recebido o número PLC 94, de 2002.

No entanto, em paralelo, no ano de 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) constituiu comissão para elaborar um anteprojeto àquele já em tramitação, que culminou em diversos debates públicos e elaboração de um texto final em consenso com a Deputada, encaminhado ao Senado Federal como substitutivo.

Quando da análise pelo relator, senador Pedro Simon, foi apresentado, por ele, texto substitutivo baseado no texto do IBDP, mas sem alterações significativas. No entanto, o país passava pela Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45, o que acabou por modificar, em muito, o Código de Processo Civil vigente à época (CPC de 1973).

Em razão do tempo decorrido desde a apresentação em 1998, o Governo Federal entendeu por apresentar um Projeto de Lei autônomo elaborado pelo IBDP. O projeto foi recebido em março de 2006 pela Comissão de Constituição e Justiça e, em agosto de 2006, a Emenda nº 1 foi encaminhada à respectiva Comissão. Desde então, não houve mais movimentação no sentido de aprovação do projeto de lei.

Estacionada a tramitação do projeto de lei, em 2009, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, convocou comissão de juristas para

apresentar o projeto do novo código de processo civil, quando reacenderam as esperanças da positivação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro.

O Projeto de Lei do novo código recebeu o nº 166/10 no Senado Federal e, após ser submetido a reiteradas consultas e audiências públicas, foi enviado com um substitutivo à Câmara dos Deputados, sob o nº 8.046.

Aprovado, assim, o novo Código de Processo Civil, em 16 de março de 2015, tratando, em diversos momentos, sobre a mediação e a conciliação, com suas peculiaridades, conceitos e regulamentações.

Portanto, nota-se que o Brasil há tempos vem seguindo o caminho de diversos países, no sentido de estimular a solução autocompositiva das controvérsias, em especial por meio da mediação e da conciliação, adotando o “sistema multiportas”³ e com o abandono da “cultura da sentença”.⁴

O CNJ deu início ao tratamento efetivo da matéria, enquanto a legislação ainda era produzida pelo Poder Legislativo. A Resolução nº 125/2010 instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos, que organizou os órgãos responsáveis pela operacionalização e aplicação da mediação e da conciliação nos Estados.

Desde então, diversas outras alterações legislativas foram ao encontro do CPC, ressaltando, cada vez mais, a importância da mediação e da conciliação, como meios adequados de solução de conflitos.

Especificamente, em relação ao âmbito empresarial, em 2016, o tema já era discutido pelos doutrinadores, notadamente, com o Enunciado nº 45, da 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, restou previsto que a mediação e a conciliação seriam compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, desde que observadas as restrições legais, utilizando-se, para tanto, o CPC e as orientações do CNJ.

Recentemente, em 2019, o CNJ emitiu a Recomendação nº 58, que tratou sobre a necessidade de os magistrados estimularem a utilização dos institutos nos processos de recuperação judicial. Veja:

³ O termo “sistema multiportas” surgiu em 1976, nos Estados Unidos, e foi apresentado pelo professor de Harvard, Frank Sander. O sistema tem como base o conceito de que, a partir de um conflito, os envolvidos têm à sua disposição infinitas alternativas, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Considerando tais alternativas, torna-se possível escolher qual delas é a mais adequada para ser utilizada no caso concreto.

⁴ Expressão coninada pelo professor Kazuo Watanabe, que pregava que a “cultura da sentença” deveria ser substituída, dia a dia, pela “cultura da pacificação” (WATANABE, 2005).

Art. 1º Recomendar a todos 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 qualquer conflito entre o empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo (BRASIL, 2019).

Em que pesem as recomendações existentes, somente com as alterações promovidas pela Lei nº 14.112, de 2020, é que houve a previsão legislativa expressa da necessidade de se incentivar a utilização da mediação e da conciliação na resolução dos conflitos empresariais.

Segundo dados divulgados pelo CNU, no período de 2014 a 2019, foram ajuizadas mais de 180 mil ações de recuperação judicial e falência, sendo que, em 2019, foram mais de 41 mil casos.

Ocorre que, com a crise econômica instaurada em razão da pandemia da covid-19, o cenário tende a piorar, já que o polo empresarial, um dos maiores geradores de riqueza, empregos, renda, recolhimentos tributários, está se vendo diante de um cenário sem muitas perspectivas de melhora em um curto/médio prazo, devendo evitar maneiras alternativas de resolução de demandas, já que o enfrentamento de demandas judiciais, em razão da sua morosidade e do seu custo, pode piorar em situação de crise.

2.6 Considerações gerais sobre a recuperação judicial

O pedido de recuperação judicial pelo devedor, em uma análise eminentemente jurídica, exige condições para o seu processamento e que estão delineadas nos art. 48 e 51 da Lei nº 11.101, de 2005.⁵

⁵ “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

Assim sendo, para que o devedor tenha o processamento de sua recuperação judicial deferido, é imperioso que ele atenda aos requisitos previstos na referida Lei.

Nesse contexto, como se pode observar, a Lei nº 11.101/2005 direciona procedimentalmente a recuperação judicial, estipulando prazos desde o deferimento do processamento até o encerramento do processo.

2.7 Inovações trazidas pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2021

Iniciando o tema debate deste trabalho, qual seja da aplicabilidade da mediação e da conciliação na recuperação judicial, nota-se que a Lei nº 14.112, de 2020, alterou a Lei nº 11.101, de 2005, incluindo a Seção II-A, tratando especificamente sobre a aplicabilidade dos institutos da mediação e da conciliação no processamento da recuperação judicial, dando especial ênfase à necessidade de incentivo à sua opção.

Em que pese a positivação só ter ocorrido em 2020, fato é que a lei, em verdade, apenas incorporou os entendimentos e práticas que já vinham sendo adotados no ordenamento jurídico, principalmente no intuito de se evitar o colapso

-
- I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;
- II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:
- a) balanço patrimonial;
 - b) demonstração de resultados acumulados;
 - c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
 - d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;
- III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;
- IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;
- V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;
- VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;
- VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
- VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;
- IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.”

do Poder Judiciário, com a morosidade excessiva que se observa em virtude do abarrotamento de ações.

Logo no primeiro artigo da Seção II-A, verifica-se que a legislação caminhou no mesmo sentido do CPC, qual seja, tratar como imperativo o incentivo à conciliação e à mediação pelas partes, em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito dos recursos, em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, sem suspensão dos prazos previstos, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

Tal previsão caminhou no mesmo sentido do art. 3º, § 3º, do CPC, segundo o qual “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” (BRASIL, 2015a).

Conforme disposto na legislação recuperacional, foi possibilitado que as conciliações e as mediações sejam antecedentes ou incidentais ao processamento da recuperação judicial.

Conforme ensinamentos de Ulhoa (2021), aquele que mais se beneficia com a mediação empresarial é a pessoa sem experiência negocial, que desconhece as vantagens de se negociar e evitar o litígio. Com a mediação, se tornaria viável para essa pessoa contar com o trabalho do mediador, que é profissional imparcial e de confiança dos envolvidos, capaz de criar um ambiente favorável à negociação.

No procedimento da recuperação judicial, a responsabilidade por negociar continua sendo do devedor, atuando o juiz e o administrador judicial como fomentadores da ideia da mediação nos casos em que se verifica a viabilidade da negociação. No entanto, isso não dá ao administrador a atribuição de conciliar ou mediar. O art. 22, inciso II, alínea e, da Lei nº 11.101, de 2005, estabelece como sendo de responsabilidade do administrador judicial “fiscalizar o decurso das tratativas e a regularidade das negociações entre devedor e credores”. Portanto, nota-se que ao administrador judicial cumpre apenas e tão somente atuar como fiscal da negociação, nunca assumindo o papel de mediador, que, novamente, deve ser um profissional imparcial.

Em relação às funções de conciliador e mediador, não parece ser o caso de confusão nos termos. Isso porque, na ausência de determinação específica sobre a

matéria na lei, deve-se utilizar o CPC, subsidiariamente, nos termos do art. 189 da Lei nº 11.101, de 2005. Nesse sentido, as funções de conciliador e mediador, suas atribuições e demais características estão devidamente especificadas no referido diploma processual.

A legislação cuidou de trazer, em um rol exemplificativo, as matérias passíveis de serem objeto de conciliação ou mediação, conforme se extrai do art. 20-B da Lei nº 11.101, de 2005:

- I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;
- II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias 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;
- IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial (BRASIL, 2005).

Portanto, nota-se que cuidou o legislador de possibilitar tais meios adequados de resolução de conflitos, com o objetivo principal de preservar a continuidade das atividades empresariais. Do mesmo modo, cuidou o legislador de impedir que matérias que influenciam no procedimento, como um todo, sejam objeto de negociação pelas partes, notadamente a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como os critérios de votação em Assembleia Geral de Credores.

Foi ainda possibilitado à empresa em crise o requerimento, por meio de tutela de urgência, a suspensão por até 60 dias das execuções contra ela propostas, para tentativa de composição com seus credores, quando já existente procedimento de mediação ou conciliação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) ou em câmara especializada.

Porém, cumpre ressaltar que, caso deferida a suspensão indicada, o prazo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º da lei recuperacional.

Em caso de celebração de acordo em conciliação ou em mediação, para que se tenha a validade de título executivo, deve ser devidamente homologado pelo juiz

competente, qual seja o do local do principal estabelecimento do devedor, ou da filial de empresa estrangeira, a fim de que produza seus efeitos.

No caso de ser requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias, contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, ao credor serão reconstituídos os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos, por óbvio, os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos de conciliação e mediação.

Veja que o ajuizamento de recuperação judicial se apresenta como condição resolutiva do acordo firmado entre a devedora e os credores de créditos potencialmente concursais. Busca-se, com tal previsão, a estimulação à autocomposição quando já visível a crise na empresa, sem que a devedora tenha que ajuizar a ação recuperacional e sem que os créditos se submetam às condições do plano de recuperação judicial.

Por fim, influenciada pela pandemia da covid-19, a legislação cuidou de trazer a possibilidade de conciliação e de mediação por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização nessa modalidade, garantindo todos os princípios inerentes aos institutos.

Nota-se que houve uma grande inspiração da legislação na já citada Recomendação nº 58, do CNU. Porém, cumpre trazer alguns pontos não tratados pela legislação, mas que foram abordados pela referida resolução.

Foi devidamente resguardado que o acordo obtido na conciliação ou na mediação não dispensa a deliberação por Assembleia Geral de Credores naquelas hipóteses exigidas pela lei, além de não afastar o controle de legalidade a ser exercido pelo magistrado quando da homologação.

Ademais, restou possibilitado ao magistrado, a qualquer tempo do processo, nomear mediador, a requerimento da recuperanda, do administrador judicial ou de credores que detenham percentual relevante dos créditos do devedor, para quaisquer questões atinentes à coletividade de credores para os casos de verificação de créditos.

Ainda, o mediador poderá ser nomeado de ofício nos casos em que o magistrado entender útil para que o processo se desenvolva de maneira mais eficiente, conforme determina a resolução.

Quanto ao procedimento para a escolha do mediador, não havendo consenso na escolha do profissional mediador, ao magistrado caberá oficiar Centro de Mediação que tenha lista de profissionais habilitados a exercer a função nos processos de recuperação judicial para que indique um mediador apto para atuar em tais processos.

Na hipótese de não haver Centro de Mediação, de não haver indicação ou de recusa da nomeação pelas partes ou pelo devedor e/ou credores com volume de créditos relevantes, caberá ao magistrado fazer a nomeação a sua livre escolha, podendo acolher um dos nomes indicados pelas partes.

O mediador que aceitar a nomeação poderá sugerir a nomeação de um ou mais comediadores e/ou a consulta a técnicos especializados, sempre em benefício do bom desenvolvimento da mediação, considerando a natureza e a complexidade do caso ou o número de procedimentos de verificação de créditos em que deverá atuar, devendo exercer suas funções com autonomia, inclusive no que se refere aos procedimentos a serem adotados, pautando-se, sempre na legislação e nos padrões éticos e de confidencialidade.

Por fim, a Recomendação nº 58 cuidou de reafirmar a impossibilidade de o magistrado e o administrador judicial atuarem como mediadores. No entanto, trouxe a possibilidade de o magistrado ou o administrador judicial conduzirem tentativas de conciliação e negociação.

3 CONCLUSÃO

Feitas as conceituações e as diferenciações dos institutos de solução adequada de conflito, quais sejam, mediação, conciliação e arbitragem, verificou-se que, em que pese algumas características comuns, são métodos diferentes e disponíveis, principalmente no que se refere à matéria submetida em cada procedimento e à atuação do profissional que conduzirá o caso.

A mediação e a conciliação, métodos consensuais e adequados na resolução de conflitos, vêm se mostrando cada vez mais instrumentos efetivos na resolução de demandas judiciais já em curso ou em demandas pré-judicialização.

A mediação e a conciliação, objetos do presente estudo, vêm sendo discutidas e estudadas há vários anos, mas com a publicação do CPC, em 2015, com a Recomendação nº 58, de 2019, do CNJ e com as inovações trazidas pela Lei nº 14.112, de 2020, é que o tema ganhou maior influência dentro do âmbito empresarial.

A Lei nº 11.101, de 2005, alterada pela Lei nº 14.112, de 2020, trouxe para a legislação aquilo que já era previsto na Recomendação nº 58, de 2019, do CNJ, colocando uma pá de cal sobre a aplicabilidade ou não de tais institutos no processo recuperacional.

Nota-se que tais institutos são plenamente viáveis no procedimento da recuperação judicial, já que se mostram promissores em processos que envolvem múltiplas partes e interesses, dependendo efetivamente da capacidade de negociação dos envolvidos para que a empresa saia da situação de crise vigente e que desaguou no seu estado de insolvência momentânea.

Ainda, com os institutos da mediação e da conciliação, muitos custos podem ser evitados, já que os valores dispendidos para participarem das negociações são bem menores que aqueles envolvidos no procedimento da recuperação judicial e o procedimento é mais célere que um processo judicial.

Ante o exposto, conclui-se que é perfeitamente cabível a utilização da mediação e da conciliação no processo de recuperação judicial, seja ela antecedente ou incidental, o que, inclusive, agrega para a viabilidade do soerguimento da empresa envolvida.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 mar. 2021 - Edição extra D e republicado em 30 mar. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 58 do CNJ, de 22 de outubro de 2019. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. *DJe/CNJ* nº 229/2019, de 30 out. 2019, p. 4-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJe/CNJ* nº 219/2010, de 1º dez. 2010, p. 2-14 e republicada no *DJe/CNJ* nº 39/2011, de 1º mar. 2011, p. 2-15. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 27 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei 14.112/20, nova Lei de Falências*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

HOFNUNG, Michèle Guillaume. *La médiation (que sais-je?)*. Paris: Press Universitaires de France, 1995.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, p. 131, set. 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazu%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.