

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA

**MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

**Participação e construção de consenso**

SÃO PAULO

2023



CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA

**MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

**Participação e construção de consenso**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Associado Carlos Alberto de Salles.

Área de Concentração: Direito processual

Subárea: Processo Civil

Candidato: César Augusto Martins Carnaúba

Orientador: Professor Associado Carlos Alberto de Salles

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Carnaúba, César Augusto Martins

Mediação na recuperação judicial: participação e construção de consenso ; César Augusto Martins Carnaúba ; orientador Carlos Alberto de Salles -- São Paulo, 2023.

251 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito processual. 2. Mediação. 3. Recuperação judicial. 4. Acesso à justiça. 5. Construção de consenso. I. Salles, Carlos Alberto de, orient. II. Título.

---

Nome: CARNAÚBA, César Augusto Martins.

Título: Mediação na recuperação judicial: participação e construção de consenso.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Associado Carlos Alberto de Salles.

Aprovado em:

**BANCA EXAMINADORA:**

Professor(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Professor(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_



## AGRADECIMENTOS

Escrever monografias no Direito, como em tantas outras áreas do saber, é um trabalho bastante solitário e que exige abnegação em relação ao tempo livre. Seria impossível, entretanto, finalizar esta dissertação sem o apoio de tantos que comigo conviveram nestes últimos anos.

Para o caso em específico deste trabalho, vale apontar que grande parte do mestrado (e da elaboração desta dissertação) se deu durante a pandemia do coronavírus. As bibliotecas fechadas foram um problema para qualquer pesquisador, mas o maior prejuízo desse período, com certeza, foi a privação de vivenciar a Faculdade e a pós-graduação, de trocar ideias com colegas e professores nos intervalos das aulas, de efetivamente prolongar a experiência acadêmica para o dia a dia. Esse contexto me leva a fazer um agradecimento ainda mais enfático a todos que participaram, direta ou indiretamente, da realização desta dissertação: lendo os esboços dos capítulos, sugerindo referências bibliográficas, ou mesmo oferecendo empatia nos momentos de desespero pelos prazos apertados.

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço à minha família, base de tudo. Aos meus pais, Eliana e Vítor, pelo amor e apoio incondicionais, e ao Flávio, meu irmão, melhor amigo e, no futuro próximo, colega de profissão;

Ao professor Carlos Alberto de Salles, a quem tenho o enorme privilégio de chamar de orientador: estes últimos anos de estudo na pós-graduação me mostraram enormes exemplos de um professor que sabe, como dizia Paulo Freire, que ensinar não é apenas transferir conhecimento, mas “criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”. E um agradecimento, nas pessoas de Marília Golfieri Angella, Rafael Mott Farah e Guilherme Rodrigues, aos “Sallesianos”, grupo de orientandos (atuais e antigos) do professor Salles e fonte inesgotável de amigos e revisores;

Aos professores Daniela Gabbay e Bruno Takahashi, pelos valorosos conselhos dados na banca de qualificação. Esta versão final da dissertação foi sensivelmente alterada – para melhor! – a partir de suas recomendações;

Aos inestimáveis amigos que ganhei ao longo dos anos no Largo São Francisco. Nominá-los um a um seria correr o risco imperdoável de esquecer alguém, então agradeço-os nas pessoas daqueles que, além da graduação, compartilharam comigo também as agruras do mestrado: Ana Laura Pereira Barbosa, Diogo Olm Arantes Ferreira e Marcello Uriel Kairalla. Agradecimentos especiais também ao João Felipe Bezerra, que, além de amigo, mais de uma vez me socorreu

na condição de representante discente da pós-graduação, e ao Marcello Gulim, meu “amigo das teses” já há tantos anos;

Aos amigos “de Osasco”, nas pessoas de Allan Saj Porcacchia e Raphaela Souza, porque eles são as maiores certezas de que amizade pode, sim, ser para a vida toda;

A Vítor Monteiro, João Paulo Hecker e Ronaldo Vasconcelos, outrora chefes, mas hoje amigos e mentores, e que em muito me moldaram como profissional e como acadêmico ao longo dos estágios e da advocacia. Sem seu incentivo e constantes ensinamentos, certamente meu caminho na academia seria muito mais lento e tortuoso;

À Laís Vendrami, amiga e sócia, aproveitando para não apenas agradecer a amizade longeva e a parceria no dia a dia, mas desculpar-me e agradecer a compreensão com a minha ausência do nosso escritório no período que antecedeu a finalização desta dissertação.

Muito obrigado!

Arcadas, junho de 2023.

*“One can no more predict the outcome of a case from the facts and the law than one can predict the outcome of a game of chess from the positions of the pieces and the rules of the game. In either case, one needs to know who is playing”* (LYNN M. LOPUCKI; WALTER O. WEYRAUCH. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, vol. 49, n. 6, 2000, p. 1405-1486).



## RESUMO

CARNAÚBA, César Augusto Martins. *Mediação na recuperação judicial: participação e construção de consenso*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, 242 p.

O presente trabalho consiste em investigar e responder a questão sobre *como* viabilizar a inserção de um procedimento de mediação de forma antecedente ou incidental a um processo de recuperação judicial. Mais especificamente, pretende-se estudar como fazer isso com vistas a reduzir as assimetrias informacionais entre os sujeitos em conflito e estimular a participação efetiva de todos esses sujeitos na elaboração do plano de recuperação judicial. Para tanto, adota-se a tipologia de Marc Galanter sobre litigantes habituais e participantes eventuais para identificar déficits de representação de interesses no fenômeno da recuperação judicial; uma vez identificadas essas lacunas, propõe-se uma abordagem baseada em um processo de construção de consenso para justificar o uso de mediações antecedentes ou incidentais a processos de recuperação judicial. Dentro desse contexto, analisa-se o papel dos sujeitos do processo em relação à mediação, os momentos do *iter* processual da recuperação judicial em que ela pode ser instaurada; os objetos possíveis sobre os quais se pode convencionar nas sessões de mediação; os custos da mediação e as formas de fixação e de distribuição entre os mediados, e os aspectos procedimentais necessários à criação de um processo de construção do consenso. Para além da pesquisa teórica, faz-se pesquisa empírica qualitativa, consistente em dois estudos de caso: dois processos de recuperação judicial em que a mediação foi utilizada de forma incidental. Ao final, conclui-se ter sido possível demonstrar como implementar a mediação nos processos concursais, de modo a assegurar uma participação, direta ou por representação, de todos os interessados na crise de empresa, a fim de seus interesses influenciam e sejam contemplados nos processos de tomada de decisão que ocorrem no âmbito da recuperação judicial.

**Palavras-chave:** Processo civil. Meios alternativos de solução de conflitos. Mediação. Recuperação judicial. Participação. Construção de consenso.



## ABSTRACT

CARNAÚBA, César Augusto Martins. *Mediation in judicial reorganization proceedings: participation and consensus building*. Dissertation (Master's in Civil Procedural Law). Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2023, 242 p.

This work aims at investigating and answering the question about how to make possible the insertion of a mediation procedure, antecedental or incidentally, into a judicial reorganization proceeding. More specifically, the intention is to study how to do this in order to reduce informational asymmetries between the parties in conflict and to encourage the effective participation of all these parties in the elaboration of the judicial reorganization plan. To this end, Marc Galanter's typology on repeat players and one-shotters is adopted to identify interests' representation deficits in the background of judicial reorganization; once these gaps are identified, it is proposed an approach based on a consensus building process to justify the use of ancillary mediations to judicial reorganization proceedings. Within this context, an analysis is carried out on the role of the parties of the procedure regarding the mediation; the moments of the procedural path of judicial reorganization in which it can be inserted; the possible objects that can be agreed upon in mediation sessions; the costs of mediation and the forms of quantification and distribution among parties, and the procedural aspects necessary for the creation of a consensus building process. Besides the theoretical study an empirical research is carried out, consisting of two case studies: two judicial reorganization proceedings in which mediation was used incidentally. In the end, it is concluded that it was possible to demonstrate how to implement mediation in bankruptcy procedures so as to ensure the participation, directly or by representation, of all those interested in the company's crisis, so that their interests may influence and be contemplated in the decision-making processes that occur within the context of judicial reorganization.

**Keywords:** Civil procedure. Alternative Dispute Resolution. Mediation. Judicial reorganization proceedings. Participation. Consensus building.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ADR	Alternative Dispute Resolution
AGC	Assembleia-Geral de Credores
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
art.	artigo
BATNA	Melhor Alternativa Ao Acordo Negociado, ou <i>best alternative to a negotiated agreement</i>
c/c	Cumulado com
CC	Código Civil – Lei nº 10.403, de 10 de janeiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990
CEJUSC	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
coord.	coordenador(es)
CP	Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

CREA	Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
DIP	<i>Debtor-in-possession</i>
DSD	Desenho (ou Design) de Sistemas de Disputas
ed.	edição
EUA	Estados Unidos da América
fl. ou fls.	Folha(s)
j.	juízo em
LCp	Lei Complementar
LREF	Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005
MASC	Meios Alternativos de Solução de Conflitos
MEI	Microempreendedor individual
Min.	Ministro
n. ou nº	número
NEMESC	Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos
NEPI-PUC/SP	Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil

ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OGMO	Órgão Gestor de Mão de Obra
p.	página(s)
PL	Projeto de Lei
QGC	Quadro-Geral de Credores
Rec.	Recomendação
rel.	Relator
Res.	Resolução
REsp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TP	Pedido de Tutela Provisória
Trad.	Tradutor
vol.	volume
ZOPA	Zona de Acordo Possível



## **LISTA DE FIGURAS**

**Figura 1** – Taxonomia de litigância por configuração estratégica das partes

**Figura 2** – Técnicas de mediação de acordo com a orientação do mediador

**Figura 3** – Tabela de honorários do mediador – CAMARB

**Figura 4** – Tabela de honorários do mediador – AMCHAM

**Figura 5** – Tabela de honorários do mediador – CAM-CCBC

**Figura 6** – Passivo (por classe de credores) do caso Saraiva

**Figura 7** – Resultado da votação em AGC no caso Saraiva

**Figura 8** – Passivo (por classe de credores) do caso Enpavi

**Figura 9** – Resultado da votação em AGC no caso Enpavi

**Figura 10** – Comentário da devedora sobre a aprovação do plano no caso Enpavi

**Figura 11** – Cláusula de mediação no plano de recuperação judicial da Enpavi

**Figura 12** – Opinião do juízo sobre a mediação no caso Enpavi



## **LISTA DE TABELAS**

**Tabela 1** – Datas da AGC no caso Saraiva

**Tabela 2** – Datas da segunda AGC no caso Saraiva

**Tabela 3** – Datas da terceira AGC no caso Saraiva

**Tabela 4** – Quóruns de aprovação do plano e dos aditivos no caso Saraiva

**Tabela 5** – Tempo decorrido nas AGC do caso Saraiva

**Tabela 6** – Datas da AGC no caso Enpavi



# SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>vii</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>xi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>xiii</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS</b> .....	<b>xv</b>
<b>LISTA DE FIGURAS</b> .....	<b>xix</b>
<b>LISTA DE TABELAS</b> .....	<b>xxi</b>
<b>SUMÁRIO</b> .....	<b>xxiii</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>27</b>
<b>APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA</b> .....	<b>27</b>
<b>JUSTIFICATIVA</b> .....	<b>28</b>
<b>MARCOS TEÓRICOS: PERFIS DE LITIGÂNCIA E CONSTRUÇÃO DE CONSENSO</b> ...	<b>30</b>
<b>ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO</b> .....	<b>33</b>
<b>1. A COMPATIBILIDADE EM TESE (OS “SES”) E A NECESSIDADE (OS “PORQUÊS”) DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>37</b>
1.1. A CONSOLIDAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....	37
1.1.1. Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa .....	37
1.1.2. Sistema multiportas e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	43
1.1.3. A construção de um “microssistema legislativo de meios consensuais” .....	48
1.2. OS “SES”: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E RETROSPECTIVA HISTÓRICA .....	54
1.2.1. Compatibilidade em tese da mediação e de seus fundamentos teóricos .....	54
1.2.1.1. Pacificação social .....	55
1.2.1.2. Participação e a construção do consenso pelo diálogo .....	59
1.2.2. A consolidação da mediação e a Recomendação nº 58/2019 do CNJ .....	64
1.2.3. Lei nº 14.112/2020 e a positivação em lei: avanços e retrocessos.....	68
1.2.4. Os desafios já e ainda presentes.....	82

1.2.4.1.	Desconhecimento e despreparo da comunidade jurídica.....	83
1.2.4.2.	Ausência de normatização expressa .....	87
1.3.	OS “PORQUÊS”: DESVANTAGENS ESTRUTURAIS E PARTICIPAÇÃO.....	90
<b>1.3.1.</b>	<b>Instrumentalidade metodológica e o fenômeno da crise da empresa.....</b>	<b>90</b>
1.3.1.1.	A natureza bifronte da recuperação judicial .....	95
1.3.1.2.	Conflitos multifacetados e déficits de representação dos interesses .....	97
<b>1.3.2.</b>	<b>Taxonomia de litigantes na dinâmica da recuperação judicial .....</b>	<b>106</b>
1.3.2.1.	<i>Planet of the APs</i> : Pessoas físicas e jurídicas na recuperação judicial .....	110
1.3.2.2.	Comparado a quê? Argumentos de qualidade na recuperação judicial .....	114
1.3.2.3.	Congregação de casos e a recuperação judicial.....	116
<b>1.3.3.</b>	<b>Déficit de participação e a ineficiência da Assembleia-Geral de Credores ..</b>	<b>120</b>
<b>1.3.4.</b>	<b><i>Sed contra</i>: abordagem negocial para construção do consenso .....</b>	<b>123</b>
1.3.4.1.	Aspectos práticos do <i>consensus building</i> .....	128
1.3.4.2.	<i>Consensus building</i> e mediação.....	129
<b>1.3.5.</b>	<b>Conclusões parciais e o “como” da mediação na recuperação judicial .....</b>	<b>133</b>
<b>2.</b>	<b>ASPECTOS PRÁTICOS DA CONSTRUÇÃO DO CONSENSO: O “COMO” DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>137</b>
2.1.	O PAPEL DOS SUJEITOS DO PROCESSO .....	137
2.1.1.	<b>Juiz .....</b>	<b>137</b>
2.1.2.	<b>Mediador.....</b>	<b>142</b>
2.1.3.	<b>Administrador judicial .....</b>	<b>151</b>
2.1.4.	<b>Partes (mediados).....</b>	<b>155</b>
2.1.4.1.	Credores e outros interessados .....	155
2.1.4.2.	A devedora.....	160
2.1.4.3.	Representação adequada: Ministério Público e sindicatos .....	162
2.1.4.4.	O Comitê de Credores .....	164
2.2.	O MOMENTO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	166
2.3.	OBJETO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	171
2.3.1.	<b>Incidentes de verificação de crédito .....</b>	<b>174</b>
2.3.2.	<b>Negociação do plano de recuperação .....</b>	<b>175</b>
2.3.3.	<b>Consolidação substancial.....</b>	<b>175</b>
2.3.4.	<b>Disputas entre sócios e acionistas da devedora .....</b>	<b>176</b>
2.3.5.	<b>Participação de órgãos reguladores .....</b>	<b>177</b>

2.3.6.	<b>Credores não sujeitos à recuperação.....</b>	<b>178</b>
2.4.	<b>CUSTOS DA MEDIAÇÃO.....</b>	<b>179</b>
2.4.1.	<b>Parâmetros não cogentes de fixação da remuneração.....</b>	<b>180</b>
2.4.2.	<b>Rec. CNJ nº 58/2019 e a voluntariedade das partes.....</b>	<b>184</b>
2.4.3.	<b>Financiamento de terceiros (<i>third-party funding</i> e <i>DIP Financing</i>).....</b>	<b>185</b>
2.4.4.	<b>Mediador enquanto auxiliar do administrador judicial.....</b>	<b>186</b>
2.5.	<b>ASPECTOS PROCEDIMENTAIS.....</b>	<b>187</b>
2.5.1.	<b>Convocação dos participantes.....</b>	<b>188</b>
2.5.2.	<b>Atribuição dos papéis e das responsabilidades .....</b>	<b>189</b>
2.5.3.	<b>Resolução de problemas coletivos pela mediação .....</b>	<b>191</b>
2.5.4.	<b>O fechamento do acordo.....</b>	<b>195</b>
2.5.5.	<b>O cumprimento dos compromissos assumidos.....</b>	<b>196</b>
3.	<b>ESTUDOS DE CASO .....</b>	<b>199</b>
3.1.	<b>CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>199</b>
3.1.1.	<b>Objetivos .....</b>	<b>199</b>
3.1.2.	<b>Metodologia .....</b>	<b>199</b>
3.2.	<b>APRESENTAÇÃO DOS DADOS .....</b>	<b>202</b>
3.2.1.	<b>O caso Saraiva .....</b>	<b>202</b>
3.2.1.1.	Evidências sobre a mediação e argumentos de qualidade .....	206
3.2.1.2.	Argumentos de produção.....	209
3.2.2.	<b>O caso Enpavi.....</b>	<b>210</b>
3.2.2.1.	Evidências sobre a mediação e argumentos de qualidade .....	213
3.2.2.2.	Argumentos de produção.....	216
3.3.	<b>DISCUSSÃO .....</b>	<b>218</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>223</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>231</b>
	<b>APÊNDICE A – Roteiro das entrevistas semidiretivas .....</b>	<b>249</b>



# INTRODUÇÃO

## APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente trabalho consiste em investigar e responder a questão sobre *como* viabilizar a inserção de um procedimento de mediação de forma antecedente ou incidental a um processo de recuperação judicial. Mais especificamente, pretende-se estudar como fazer isso com vistas a (i) reduzir as assimetrias informacionais entre os sujeitos em conflito e (ii) estimular a participação efetiva de todos esses sujeitos na elaboração do plano de recuperação judicial. Acredita-se, em boa lógica, que um plano de recuperação judicial que contemple todos os interesses multifacetados presentes nesta espécie de conflito (ou ao menos uma maioria “esmagadora”) é melhor do que aquele aprovado apenas pelos credores com maior poder de voto (e, conseqüentemente, maior participação) na Assembleia-Geral de Credores (AGC).

À época do início desta pesquisa, o objeto único do trabalho poderia também ser o *porquê* do uso da mediação na recuperação judicial, ou mesmo *se* isso era possível à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF, Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). O desenvolvimento do tema pelos profissionais e estudiosos da área, entretanto, contou com uma profusão doutrinária recente sobre o assunto e com experiências exitosas em casos concretos que se tornaram verdadeiros *leading cases*, culminando com a alteração da LREF pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. A lei alterada passou a prever, expressamente, o uso da mediação antecedente e incidental nos processos de recuperação judicial.

Dessa forma, é de se esperar que a prática forense da recuperação judicial se encarregará de consolidar a mediação como mais uma ferramenta útil para o direito das empresas em crise. O que se pretende nestas páginas é buscar diretrizes, boas práticas e caminhos a serem seguidos para que essa consolidação se dê em respeito aos interesses em jogo, proporcionando a todos os sujeitos da recuperação judicial uma participação efetiva na tomada de decisões destinadas à manutenção da empresa e de suas unidades produtivas.

Tem-se como hipótese que a construção de uma mediação adequada a esse contexto (o “*como*”) passa pela análise de cinco aspectos distintos: (i) o papel dos sujeitos do processo de recuperação judicial em relação à mediação (e, também, o papel do mediador); (ii) o momento adequado para instauração e finalização da mediação; (iii) o objeto da mediação; (iv) os custos da mediação e quem deve suportá-los, e (v) o procedimento a ser adotado. O objetivo na análise

de cada um desses aspectos será identificar alternativas adequadas (as “boas práticas” acima mencionadas), mas também possíveis vedações ou proibições, a fim de balizar o uso desse meio de solução de conflitos em procedimentos futuros.

## JUSTIFICATIVA

A justificativa para a escolha desse objeto de pesquisa parte de dois principais aspectos: a *atualidade* e a *relevância* do tema.

No que se refere à *atualidade*, a adoção da mediação de forma incidental a procedimentos judiciais tem sido encorajada e incentivada nos últimos anos, inclusive com a alusão doutrinária a um microsistema legal de meios consensuais de solução de controvérsias: notadamente, com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).<sup>1</sup>

No campo específico deste trabalho (mediação em processos de recuperação judicial), houve um interesse doutrinário recente<sup>2</sup> e que, no último triênio, se multiplicou em diversos artigos de periódicos e capítulos de livros.<sup>3</sup> Faltam, ainda, trabalhos monográficos de fôlego (dissertações de mestrado e teses de doutorado) que examinem o tema com a completude e a profundidade necessárias para contribuir com a utilização adequada e efetiva de um meio de solução de controvérsias em ambiente até então inexplorado.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

<sup>2</sup> Notadamente, por parte de RONALDO VASCONCELOS. Ver: VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469. O tema também foi objeto de estudo de sua tese de doutorado: VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., esp. p. 61-72. Mais recentemente, ver: BONILHA, Alessandra Fachada. *A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 385-410, abr./jun. 2018; SALTIEL, Augusto von; SALTIEL, Germano von. *A mediação como instrumento de efetividade em processos de recuperação judicial*. *Revista de direito Recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, out./dez. 2018.

<sup>3</sup> Há que se destacar inclusive a existência de coletâneas de artigos destinadas exclusivamente ao estudo do direito das empresas em crise em conjunto com os meios alternativos de solução de conflitos. Ver: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022; MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

<sup>4</sup> Já existem trabalhos tangenciando o tema, mas sob abordagem diferente da ora proposta (ver, exemplarmente: CHO, Tae Young. *Mediação e conciliação como instrumentos de governança na recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, 162 p.). Conforme se verá adiante, este trabalho adota uma perspectiva processual da recuperação judicial (que, segundo lição doutrinária bem aceita, é instituto bifronte, comportando simultaneamente análises sob perspectiva material e processual: VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em

Ademais, e comprovando a atualidade da matéria, a Lei nº 14.112, publicada em dezembro de 2020, alterou a LREF e inseriu os artigos 20-A a 20-D para tratar das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.<sup>5</sup> Os dispositivos legais inseridos ainda não foram longamente interpretados pela jurisprudência, mas já é possível trabalhar com a hipótese segundo a qual são insuficientes, por si só, para regularem com precisão e exaustividade os procedimentos incidentais de mediação.<sup>6</sup>

No que se refere à *relevância*, acredita-se que a experiência brasileira com meios consensuais incidentais à recuperação judicial tem importância redobrada em casos de grande porte, com valores multimilionários envolvidos. Isso porque, de acordo a abordagem adotada neste trabalho, a mediação será tão mais importante quanto mais complexo for o conjunto de interesses em jogo no processo de recuperação.<sup>7</sup> Multiplicidade de interesses significa multiplicidade de credores, de relações obrigacionais simples e complexas, de relacionamentos comerciais ou empresariais estratégicos e, conseqüentemente, a maior necessidade de acomodar todos esses anseios para, no melhor dos cenários, lograr a recuperação de uma empresa viável.

Se, de um lado, a mediação traz ganhos de qualidade na acomodação de conflitos de interesses multifacetados, a outra face dessa moeda é o modelo adotado pela LREF, potencialmente insuficiente para os mencionados casos complexos. Trata-se do modelo que privilegia a tomada de decisões pelo voto da maioria (por cabeça ou por cabeça e valor do crédito, conforme o artigo 45, §§ 1º e 2º da LREF).<sup>8</sup> A regra do “51% dos votos” gera grande instabilidade na tomada de decisões, porque qualquer alteração na situação fática pode dar azo à necessidade de novas deliberações (com a celebração de aditivos ao plano de recuperação judicial), retomando do zero uma série de discussões que poderiam ter sido evitadas caso a

---

Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 36; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri: Manole, 2008.

<sup>5</sup> As disposições previstas na LREF após a mencionada alteração serão analisadas em maior detalhe no capítulo 1.2.3.

<sup>6</sup> Apenas para exemplificar e contextualizar o debate (sem prejuízo de análise mais detida ao longo do trabalho): as modificações legislativas deixaram de tratar de temas essenciais como a escolha dos mediadores e a distribuição dos custos da mediação.

<sup>7</sup> Sobre o uso profícuo da mediação em casos “complexos”, assim entendidos como aqueles com pluralidade de partes, nos quais são inúmeros e de difícil identificação os interesses e pretensões envolvidos na controvérsia deduzida em juízo, que fujam da concepção tradicional de processos “Caio x Tício” ou do conceito clássico da lide carnelluttiana: CARNAÚBA, César Augusto Martins; MENDES, Marina Rocha Cavalcanti Barros. *Mediação judicial em casos complexos*: estudo de casos no Judiciário brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade*: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 669-693.

<sup>8</sup> “Art. 45 [...] § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito”.

decisão inicial tivesse se preocupado também com os interesses dos “49%” de votos contrários. Além disso, essa regra traz problemas em relação à sua legitimidade, porque nada impede que uma decisão do tipo “sim ou não”, como “aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial”, seja tomada sem qualquer deliberação eficiente sobre sua adequação, com a participação franqueada a todos os sujeitos afetados pelo plano.<sup>9</sup>

A partir dessas constatações, pretende-se demonstrar neste trabalho que, quanto mais complexos os feixes de interesses na recuperação judicial, maior é a inadequação do método “51% dos votos” e, conseqüentemente, maior é a importância da construção do consenso por meio de uma mediação. A complexidade desses feixes de interesses, por sua vez, será diretamente afetada pelo “tamanho” da recuperação judicial e da empresa devedora, seja em relação ao número de credores, aos parceiros comerciais estratégicos que possuem especial interesse na recuperação da empresa, à importância da devedora para o segmento de mercado em que atua, e mesmo ao valor do seu passivo constante no Quadro Geral de Credores (QGC).

É em razão disso que a análise partirá de dois principais marcos teóricos.

## MARCOS TEÓRICOS: PERFIS DE LITIGÂNCIA E CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

O primeiro marco teórico necessário ao desenvolvimento da pesquisa consiste no mapeamento dos sujeitos envolvidos na recuperação judicial a partir de perfis de litigância dos sujeitos do processo (análise taxonômica) e das vantagens e desvantagens estruturais experimentadas por eles ao longo da recuperação, desde aspectos como a aversão ao risco (em decorrência da impossibilidade de trabalhar com probabilidades) até os custos informacionais de cada um ou a expertise de seu corpo jurídico. Pretende-se, então, partir da distinção entre os tipos ideais de “litigantes habituais” (*repeat players*) e “participantes eventuais” (*one-shotters*), da forma como proposta por MARC GALANTER.<sup>10</sup> Na sequência, examina-se em que medida os sujeitos da recuperação judicial se subsomem a uma ou a outra dessas categorias de perfil de litigância.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Isso porque “as decisões de órgãos deliberativos melhor resistirão a inquéritos de todos os tipos se os motivos atrás dessas decisões forem bem divulgados, através de um debate político. O debate e a discussão conferem legitimidade a uma decisão e a tornam, portanto, mais estável” (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 25).

<sup>10</sup> GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], vol. 9, n. 1, p. 1-71, 1974.

<sup>11</sup> Com apoio também em outros trabalhos do mesmo autor. Ver, exemplarmente: GALANTER, Marc. Planet of the APs: reflections on the scale of Law and its users. *Buffalo Law Review*, [s.l.], vol. 53, n. 5, p. 1369-1417, 2006.

A subsunção dos sujeitos típicos de um processo de recuperação judicial – devedora, credores trabalhistas, instituições fornecedoras de crédito, a Fazenda Pública etc. – à tipologia de GALANTER evidenciará, em um primeiro momento, aqueles litigantes (mais assemelhados ao conceito de *one-shotters*) que sofrem desvantagens estruturais no *iter* processual da recuperação. Ato contínuo, identificar-se-á os potenciais déficits de participação que esses litigantes sofrem e que redundam em uma sub-representação de seus interesses nas deliberações havidas em AGC e nos planos de recuperação judicial.

A justificativa pela análise da recuperação judicial a partir do perfil de litigância dos sujeitos presentes em tais conflitos decorre da opção, aqui adotada, pelo uso de uma instrumentalidade metodológica como alternativa para o tratamento das questões aqui abordadas sob a perspectiva do direito processual civil (mais especificamente, na seara dos meios alternativos de solução de conflitos). Ao invés de tomar como ponto de partida as normas processuais positivadas na LREF ou na legislação a ela correlata, “parte-se da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado”.<sup>12</sup>

No estudo da crise da empresa (e, mais especificamente, da recuperação judicial), é corrente a lição doutrinária acerca dos diversos interesses, provenientes da diversidade de sujeitos processuais e, não raramente, com déficits de participação e de representação na dinâmica do processo judicial.<sup>13</sup> Com efeito, o fenômeno da recuperação judicial envolve muito mais do que a simples satisfação de créditos: há que se considerar o desejo dos credores trabalhistas em manter seu emprego, o impacto que a reprovação do plano de recuperação judicial poderá trazer para parceiros comerciais estratégicos da empresa devedora e que dela dependem no dia a dia empresarial, e mesmo temas mais “intangíveis”, como a opinião pública acerca da crise da empresa.<sup>14</sup> Dessa diversidade de enfoques possíveis decorre a necessidade de analisar o processo de recuperação judicial a partir da complexidade das disputas que o

---

<sup>12</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 25.

<sup>13</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

<sup>14</sup> As companhias aéreas, por exemplo, não podiam requerer concordata nos termos da Lei de Falências anterior (Decreto-Lei nº 7.661/1945), mas o artigo 199 da LREF excepcionou essa norma, em que pesem os comentários anedóticos sobre as crises no setor da aviação civil ou mesmo o cancionero de BELCHIOR (“Foi por medo de avião que eu segurei pela primeira vez a tua mão...”). Sobre o tema, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO aponta: “O medo que o imaginário popular cultiva em relação à ‘viagem de avião’ é algo com peso econômico, pois, se acaso houver qualquer risco quanto à segurança, o eventual cliente vai buscar outra empresa. Por isso mesmo é que se proíbe às companhias de aviação o benefício da concordata, que, ao semear a desconfiança entre os possíveis usuários, certamente traria mais prejuízos do que vantagens” (*Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/05 comentada artigo por artigo*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 626).

antecedem, e que permitem tratar desse fenômeno como um “caso congregado” (*case congregation*), ou seja, “grupo de casos que são vistos como um conjunto que possui características comuns, que são delineados por uma história em comum, que estão sujeitos às mesmas contingências, e que tendem ao mesmo destino”.<sup>15</sup>

Algumas das características típicas dos casos congregados, como a possibilidade de a decisão em um caso ser vista como antecipação do que será feito em casos ulteriores (*anticipation effect*) ou a necessidade de estudar os conflitos sem se restringir a casos individuais e tampouco a pretensões juridicamente deduzidas em juízo,<sup>16</sup> conduzem à escolha da segunda premissa deste trabalho. Trata-se da importância de construir um adequado arranjo procedimental que permita a participação efetiva de todos os sujeitos interessados no conflito e que proporcione uma deliberação apta a conduzir esses participantes a uma solução que, se não for satisfatória para todos os envolvidos, assim o será, ao menos, para uma maioria esmagadora. Parte-se, então, da noção de construção de consenso (*consensus building*), enquanto abordagem negocial que requer (i) interações entre representantes adequadamente escolhidos de todos os grupos de interesses, (ii) esforços voluntários para a busca de soluções “ganha-ganha” (*win-win* ou *all-gain*), em detrimento de jogos de soma zero e (iii) a assistência, frequentemente, de um facilitador neutro e imparcial como o mediador.<sup>17</sup>

A construção de consenso serve justamente para combater o problema identificado acima, consistente na instabilidade das decisões do tipo “51% dos votos”, presentes na AGC nos

---

<sup>15</sup> No original: “a group of cases that are seen as a defined set that share common features, that are shaped by a common history, that are subject to shared contingencies, and that elan into a common future” (GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 371-395, 1990, p. 372). A tradução é retirada de texto de BRUNO TAKAHASHI, que aborda a possibilidade de aplicar as lições de GALANTER – incluindo-se aí o conceito de casos congregados – à experiência brasileira: TAKAHASHI, Bruno. *Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103-124, p. 107.

<sup>16</sup> Ao propor o conceito de *case congregation* como alternativa para o estudo da litigiosidade, GALANTER parte dos estudos de FELSTINER, ABEL e SARAT a respeito da transformação de disputas (FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980-1981). Para os autores, existe uma escalada na transformação de disputas, que começa com a percepção de que uma determinada situação é danosa (*naming*), passa pela atribuição, a alguém, da responsabilidade por ter causado o dano (*blaming*) e culmina na reivindicação da reparação cabível pelo dano causado (*claiming*). O estudo que se voltasse apenas às pretensões juridicamente deduzidas em juízo, portanto, seria insuficiente para a análise aqui proposta, porquanto centrado exclusivamente no topo da pirâmide de disputas existentes no contexto da recuperação judicial. Partindo da premissa aqui adotada de que certos sujeitos da recuperação judicial sofrem desvantagens estruturais, é consequência lógica que eles terão maior dificuldade de participar desse processo e trazer, para a apreciação do juízo ou deliberação em Assembleia-Geral de Credores, suas pretensões e seus interesses.

<sup>17</sup> “*Consensus Building requires informal, face-to-face interaction among specially chosen representatives of all ‘stakeholding’ groups; a voluntary effort to seek ‘all-gain’ rather than ‘win-lose’ solutions or watered-down political compromise; and, often, the assistance of a neutral facilitator or mediator*” (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987, p. 11).

termos da LREF. Em casos como a recuperação judicial, no qual é possível vislumbrar uma relação de interdependência entre devedora e credores (trabalhadores que não podem perder seus empregos, instituições fornecedoras de crédito que precisam tomar risco para obter lucro, parceiros comerciais da devedora que também podem ir à bancarrota em caso de decretação da falência etc.), é igualmente razoável defender que esses indivíduos precisam transigir entre si para atingir seus próprios objetivos, ao invés de votar uma moção em caráter binomial (aprovar-reprovar).<sup>18</sup> Dessa forma, a mediação, enquanto *ferramenta para auxiliar a construção do consenso na recuperação judicial*, se presta a contribuir com a obtenção de “ampla solidariedade e concordância entre os membros do seu grupo e conseguir que boa parte dele venha a compartilhar a mesma posição no fim do processo”.<sup>19</sup>

## ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Para o desenvolvimento do tema acima exposto, o trabalho será dividido em três partes, cada uma subdividida em número variado de capítulos.

Na primeira parte, subdividida em três capítulos, pretende-se estudar a compatibilidade em tese (os “*ses*”) e a necessidade (os “*porquês*”) da mediação na recuperação judicial. Como apontado acima, esses temas não são propriamente novidadeiros, uma vez que a mediação, hoje, é expressamente prevista na LREF e pouco ou nada se discute acerca de sua compatibilidade com os processos concursais. Permanece, todavia, o interesse em registrar a evolução doutrinária e legislativa do tema, ainda que sem pretensões de exaustividade, inclusive para contextualizar o objeto principal do trabalho (o “*como*”).

O primeiro capítulo expõe, em linhas gerais, as noções atuais de conceitos comumente utilizados como fundamentos para a mediação e outros meios consensuais no ordenamento jurídico brasileiro. Abordam-se, portanto, noções como o acesso à justiça (hoje relido como acesso à ordem jurídica justa, conforme a feliz expressão de KAZUO WATANABE<sup>20</sup>) e o sistema multiportas, culminando com a exposição de dispositivos legislativos e infralegais que permitem vislumbrar um microssistema de resolução consensual de conflitos no Brasil.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> “[...] when individuals or groups must depend on support from other before they can take the actions they want, they must satisfy the needs of those other parties to achieve their own goals. Interdependence requires helping others in order to help ourselves” (idem, p. 238).

<sup>19</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 32.

<sup>20</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 77-101, jul./set. 1996, p. 77.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

O segundo capítulo trata dos “ses” da mediação na recuperação judicial, ou seja, da compatibilidade em tese entre esses dois universos até recentemente bastante apartados.<sup>22</sup> São apresentados, então, os fundamentos teóricos comuns aos dois institutos – notadamente a primazia de uma solução negociada mediante o diálogo entre as partes (seja em sessões de mediação, seja em AGC) e, também, o endosso ao uso da mediação nos processos concursais por meio de políticas de administração da Justiça (como a Recomendação CNJ nº 58/2019) e de alterações legislativas (como a Lei nº 14.112/2020).

O terceiro capítulo discute os “porquês” do uso da mediação na recuperação judicial, procedimento concursal que já conta com a AGC, um mecanismo de diálogo entre as partes para facultar a obtenção de uma solução negociada: a aprovação do plano de recuperação. A partir da opção pela mencionada instrumentalidade metodológica,<sup>23</sup> são traçados diferentes perfis de litigantes típicos da recuperação judicial, com o fim de demonstrar que alguns (ou muitos) deles sofrem desvantagens estruturais na dinâmica da recuperação de empresas. Essas desvantagens conduzem a um déficit de participação e de representatividade nas negociações e deliberações havidas em AGC,<sup>24</sup> donde decorre, justamente, a importância da mediação, como mecanismo de construção do consenso que proporcione ganhos de qualidade<sup>25</sup> às deliberações entre as partes e, em última instância, a elaboração de um plano de recuperação judicial mais consentâneo com os interesses em jogo.

Na segunda parte, passa-se a abordar, à luz das considerações feitas nos capítulos anteriores, o “como” da mediação na recuperação judicial: aspectos práticos para a inserção de um procedimento de mediação de forma incidental à recuperação, com vistas a auxiliar na construção do consenso entre devedora e credores. O objetivo, menos do que criar um “tutorial” ou “passo a passo”, é discorrer sobre boas práticas, vedações e proibições (*dos and don'ts*), no intuito de subsidiar trabalhos ulteriores sobre o tema e, outrossim, a implementação *in concreto* da mediação como ferramenta útil à superação da crise da empresa.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469.

<sup>23</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 13-27.

<sup>24</sup> CEREZZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 216-236.

<sup>25</sup> GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

<sup>26</sup> Opção similar à adotada por DIEGO FALECK ao tratar de sistemas de disputas: “[o] objetivo deste capítulo não é fornecer um mapa ou manual para a avaliação de um sistema, mas tão somente apresentar um panorama geral do processo e as questões relevantes que esta etapa suscita” (FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas*

O primeiro capítulo investiga o papel dos sujeitos do processo de recuperação judicial em relação à mediação (e, também, o papel do mediador). O segundo, o momento adequado para instauração e finalização da mediação, em contraste com a dinâmica típica da recuperação judicial: os prazos para apresentação do plano de recuperação, de instalação da AGC, a suspensão das ações contra a devedora (*stay period*), entre outros.

O terceiro capítulo trata dos objetos possíveis da mediação, como a solução de disputas entre acionistas da devedora, pactuação com entes reguladores e a negociação com credores extraconcursais, entre outros. O maior destaque, todavia, é da negociação acerca dos termos do plano de recuperação judicial, objeto que muito bem se amolda às premissas teóricas aqui desenvolvidas sobre a construção do consenso e, portanto, é o pano de fundo de todo o trabalho.

O quarto capítulo versa sobre os custos da mediação e quem deve suportá-los, levando-se em conta o contexto de crise econômico-financeira já instalado, os prejuízos de uma onerosidade ainda maior recaindo sobre os credores e, também, as desvantagens dos sujeitos hipossuficientes. Por fim, o quinto capítulo trata de aspectos procedimentais da mediação, como o uso de técnicas adequadas a esses casos, a eleição de representantes dos diversos grupos de interesses, a atribuição de responsabilidades e o cumprimento dos compromissos assumidos.

Na terceira e última parte do trabalho, abre-se trecho para realizar pesquisa empírica qualitativa, consistente em dois estudos de caso.<sup>27</sup> Após breve exposição introdutória acerca da metodologia utilizada nesta parte empírica, passa-se a analisar dois processos de recuperação judicial que utilizaram procedimentos de mediação de forma incidental.

O primeiro caso é a recuperação judicial do grupo Saraiva (aqui denominado “Caso Saraiva”), tido por muitos na doutrina como o verdadeiro *leading case* do tema no Brasil.<sup>28</sup> O segundo caso tem como requerentes três empresas do ramo de terraplanagem e asfaltamento, denominadas em conjunto como “Enpavi” (“Caso Enpavi”).<sup>29</sup>

---

*de Disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 149).

<sup>27</sup> “Os periódicos jurídicos estão repletos de artigos, que variam dos normativos aos descritivos, das análises doutrinárias estritas às investigações estatísticas com amostragem de grande tamanho (grande-n). Alguns estudos defendem uma reforma legal; outros pretendem apenas ser agregados ao reservatório da literatura jurídica. Mesmo com toda essa variação de abordagens, com toda essa diversidade de propósitos, efeitos e mesmo público-alvo, muitos, se não a maioria, desses estudos apresentam uma característica comum: uma preocupação, mesmo que implícita, com *empirismo* – baseando conclusões em observação ou experimentação – e *inferência* – usando fatos conhecidos para aprender sobre fatos que desconhecemos” (EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito*: as regras de inferência. São Paulo: FGV, 2013, p. 11, destaques do original).

<sup>28</sup> TJSP, processo n. 1119642-14.2018.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO. Na doutrina, ver, por todos: JUSCELINO, Cristhiane Bessas. Consideração sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva. *Revista de direito recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, jul./set. 2019.

<sup>29</sup> TJSP, processo n. 1050778-50.2020.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO.

Em ambos os casos, procurar-se-á identificar em que medida as mediações aí conduzidas se aproximam ou se afastam das considerações feitas na segunda parte do trabalho (os *dos and don'ts*), bem como investigar a existência de ganhos de produção e de qualidade na recuperação judicial em decorrência da instauração da mediação.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Adotam-se, aqui, as definições de MARC GALANTER para argumentos de produção e de qualidade: o primeiro referente ao ganho *quantitativo* para o processo, produzindo mais com menos recursos; o segundo referente ao ganho *qualitativo*, assim entendido como o aumento na satisfação das partes e o restabelecimento ou a manutenção das relações amigáveis entre as partes. Ver: GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

# 1. A COMPATIBILIDADE EM TESE (OS “SES”) E A NECESSIDADE (OS “PORQUÊS”) DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

## 1.1. A CONSOLIDAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

### 1.1.1. Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa

É cediço que, nas últimas décadas, os desafios teóricos na área do direito processual vêm se direcionando à busca pela tutela jurisdicional mais adequada possível – na célebre expressão de KAZUO WATANABE, a busca pelo “acesso à ordem jurídica justa”.<sup>31</sup> No plano global, essa inclinação decorre dos trabalhos desenvolvidos nos anos 1970 pelo Projeto Florença, capitaneado pelos professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH.<sup>32</sup>

Decorre da “terceira onda renovatória de acesso à justiça” de CAPPELLETTI e GARTH<sup>33</sup> o estímulo a soluções práticas, procedimentais, voltadas a tornar o processo um instrumento de efetivação de direitos.<sup>34</sup> Não por coincidência, é contemporânea ao Projeto Florença a difusão do conceito de *sistema multiportas* (ver *infra*, capítulo 1.1.2).<sup>35</sup> Dentro de sua lógica, certos meios de solução de controvérsias são mais adequados que outros, a depender do conflito a eles submetido. Assim, a arbitragem é adequada em certos casos, a mediação em outros, e para alguns a via adequada será a adjudicação praticada pelo Poder Judiciário.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 77-101, jul./set. 1996, p. 77.

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. Sobre a importância do Projeto Florença para o direito brasileiro: “O Brasil não estava dentre os países latino-americanos analisados no Projeto Florença (Chile, Colômbia, México e Uruguai), mas o livro ‘Acesso à justiça’ escrito por Cappelletti e Bryant Garth, representou um marco significativo para o estudo do tema no país. A publicação da tradução brasileira, coincidentemente, ocorreu no ano da promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou um importante momento de transição para a democracia após longo período de regime militar, prevendo o acesso à justiça como garantia e direito de todos os cidadãos brasileiros” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 76-77).

<sup>33</sup> Idem, p. 67-73.

<sup>34</sup> “O coroamento de toda atividade desenvolvida com vista a certos objetivos bem definidos e até mesmo individualizada em função deles há de ser representado, naturalmente, pela plena realização dos objetivos eleitos. Falar em *efetividade do processo* e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 297).

<sup>35</sup> Ou, na expressão original de FRANK SANDER, “*multi-door courthouse*”. Ver: SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*, in BURGER, Warren; LEVIN, Leo; WHEELER, Russell (coord.) *The Pound Conference, perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. St. Paul: West Publishing, 1979.

<sup>36</sup> E, além desses meios já bem conhecidos, “[e]xistem situações que poderiam se beneficiar de arranjos procedimentais customizados [...] As soluções processuais para a diversidade de circunstâncias materiais e

A partir desse cenário, hoje a comunidade jurídica respalda com afinco os trabalhos de mestres como ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>37</sup> e KAZUO WATANABE,<sup>38</sup> e tornou-se frequente ouvir e ler sobre temas como o estímulo aos meios consensuais no processo civil, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes,<sup>39</sup> o privatismo no processo (derivado, p. ex., da cláusula geral de convenções processuais atípicas do artigo 190 do Código de Processo Civil) e outros. Também o legislador respaldou essa corrente e o direito brasileiro conta com normas de incentivo à consensualidade, tais como o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (Res. CNJ nº 125/2010) (ver *infra*, capítulo 1.1.3).<sup>40</sup> O estímulo à solução consensual pode ser visto não só nas disposições legais genéricas, como nas específicas: citam-se, como exemplos, os conflitos de direito de família<sup>41</sup> e aqueles envolvendo a Administração Pública.<sup>42</sup>

Ocorre que, diferentemente do que ocorreu no restante do planeta (ao menos, até onde foi objeto do Projeto Florença), o acesso à justiça enquanto preocupação institucional e agenda de pesquisa no Brasil teve um outro nascedouro.

De acordo com o conceito de cidadania de MARSHALL, é possível identificar que, em regra, a conquista de direitos dos cidadãos obedece a uma ordem cronológica bastante estanque, e que pode ser subdividida em três momentos ou espécies de direitos: civil, político e social:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de

---

jurídicas que informam disputas e conflitos não admitem um ‘tamanho único’. Concordamos com [Carlos Alberto de] Salles: ao processualista, em determinados contextos, caberá atuar como um verdadeiro alfaiate, desenhando processos sob medida para a diversidade de situações existentes. Esta é a tecnologia de ponta no direito processual, no momento metodológico em que vivemos” (FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15).

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

<sup>38</sup> 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, p. 684-690.

<sup>39</sup> DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do novo CPC, vol. 1 (coord. geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-26.

<sup>40</sup> Sobre o tema: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

<sup>41</sup> CPC, art. 694: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

<sup>42</sup> Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), art. 32: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: [...]”.

justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido na autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e os conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com êle são o sistema educacional e os serviços sociais.<sup>43</sup>

Ao destrinchar essa evolução na conquista de direitos, MARSHALL associa os direitos civis ao século XVIII (cuja conquista foi “completada” com a Revolução Francesa), os direitos políticos ao século XIX e, por fim, os direitos sociais ao século XX.<sup>44</sup> Trata-se de um desenvolvimento paralelo ao que foi identificado por CAPPELLETTI e GARTH ao apontarem as “ondas renovatórias do acesso à justiça”.

A primeira “onda renovatória” consiste na assistência judiciária para os pobres – afinal, o acesso aos tribunais era, para MARSHALL, um direito civil essencial.<sup>45</sup> O Projeto Florença identificou, entre outros movimentos destinados a oferecer tal auxílio, reformas legislativas na Alemanha entre 1919 e 1923,<sup>46</sup> na Inglaterra em 1949<sup>47</sup> e, principalmente, nos Estados Unidos da América durante os anos sessenta.

A segunda “onda renovatória” representa a conquista cidadã da tutela jurisdicional de interesses difusos, notadamente, nos Estados Unidos da América, no final dos anos sessenta.<sup>48</sup> Assim, os direitos cujo titular fosse a coletividade (notadamente, o direito ambiental), os direitos de classe (como os trabalhistas) e aqueles cujos danos individualmente considerados eram desprezíveis (objeto, por exemplo, da legislação consumerista) passaram a contar com ferramentas que permitissem a reparação, em juízo, dos prejuízos causados. Mediante técnicas como a legitimação extraordinária *ope legis* ou a eleição de um autor/representante de todos os sujeitos atingidos (*fair representation*), buscou-se assegurar que os interesses daqueles que não participam da demanda fossem protegidos de forma satisfatória.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-64.

<sup>44</sup> Idem, esp. p. 64-75.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 31-ss.

<sup>46</sup> “*Gesetz über Teuerungszuschläge zu den Gebühr der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher*” de 1919. Em tradução livre, “Lei sobre a sobretaxa dos honorários de advogados e servidores da justiça”. O objetivo da norma era ofertar uma remuneração adicional aos advogados que oferecessem assistência judiciária.

<sup>47</sup> “*Legal Aid and Advice Act*” de 1949.

<sup>48</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 49-ss.

<sup>49</sup> Para uma análise comparada entre Brasil e Estados Unidos da América acerca da representatividade adequada nos processos coletivos, ver: COSTA, Susana Henriques da. *O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As*

Por fim, CAPPELLETTI e GARTH tratam da terceira “onda renovatória”, que consiste em uma “atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.<sup>50</sup> Esta, sim, costuma ser associada ao desenvolvimento de mecanismos como a própria mediação,<sup>51</sup> mas que se relaciona intimamente com as duas ondas anteriores por também se destinar a proporcionar efetividade aos direitos de indivíduos e grupos que se viam alijados dos benefícios de uma justiça igualitária.

Em que pese a mediação esteja, sim, relacionada com a terceira onda renovatória de acesso à justiça, ela deve ser compreendida a partir da evolução de direitos experimentada pelos cidadãos brasileiros na segunda metade do século XX, que, em síntese, não decorreu de um fracasso do modelo de Estado de bem-estar social (*welfare state*), mas de um alheamento da população de direitos sociais básicos ainda hoje insuficientes, como moradia e educação.<sup>52</sup>

Durante os anos setenta, enquanto os países integrantes do Projeto Florença se ocupavam de temas como a gratuidade do acesso ao Poder Judiciário, as conquistas cidadãs no Brasil se voltaram aos direitos sociais como saneamento básico e temas como a criminalidade.

Dada essa “inversão nas ondas renovatórias”, com a preocupação com direitos sociais precedendo conquistas individuais (*civis*, na nomenclatura de MARSHALL), o estudo do acesso ao Poder Judiciário no Brasil foi relegado a um segundo plano nesse momento. Surgiram estudos acerca de outras arenas de solução de conflitos, como as próprias delegacias de polícia,<sup>53</sup> e a adoção, pelos estudiosos da então novel sociologia do direito, de concepções como o pluralismo jurídico de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.<sup>54</sup> Os efeitos do regime militar até então vigente e a conseqüente luta pela redemocratização postergaram o debate acerca do Judiciário enquanto instituição na pauta do acesso à justiça.<sup>55</sup>

---

*grandes transformações do processo civil brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 953-978.

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 67-ss.

<sup>51</sup> Ver, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 78.

<sup>52</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 18, p. 389-402, 1996, p. 390.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Luciano. Polícia e classes populares. *Cadernos de estudos sociais*, Recife, vol. 1, n. 1, p. 85-96, 1985.

<sup>54</sup> De acordo com a definição do autor: “criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Discurso e poder.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 76).

<sup>55</sup> “Na década de 1970 a importância do sistema de Justiça começa a ser debatida com foco nos direitos humanos e na discussão sobre a redemocratização. Referências importantes em pesquisa empírica nesse período são: Joaquim Falcão, Cláudio Souto e Solange Souto, na Universidade Federal de Pernambuco, desenvolvendo estudos sobre percepção de Justiça, ensino jurídico no Brasil, conflitos entre posseiros e proprietários, direito

É nesse contexto que se verifica a positivação tardia de conquistas de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, os grandes marcos legislativos comuns, mas anacronicamente, associados às ondas renovatórias datam das décadas de oitenta e noventa. Os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984), posteriormente substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), são ferramentas de estímulo ao acesso à justiça que já foram identificadas pelo Projeto Florença décadas antes.<sup>56</sup> Aliás: os juizados de pequenas causas se relacionam muito mais com a terceira onda renovatória de acesso à justiça (busca por universalização da jurisdição e racionalização de seu exercício, mediante a promoção de uma justiça coexistencial) do que com a primeira (voltada, eminentemente, ao acesso à justiça da população de baixa renda).<sup>57</sup> Da mesma forma, as leis essenciais ao desenvolvimento do processo coletivo no Brasil, como a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) nasceram apenas com a queda do regime militar e a consequente redemocratização da República (cujo principal marco, obviamente, é a Constituição Federal de 1988).

Ocorre que a inserção tardia de conquistas de direitos pelos cidadãos no debate acerca do acesso à justiça traz um risco relevante, que é a interpretação de mecanismos como a mediação, a arbitragem e a conciliação – os MASC, ou Meios Alternativos de Solução de Conflitos (ou ADR, conforme a expressão original *Alternative Dispute Resolution*) – apartada dos estudos mais tradicionais de acesso à justiça, e mais próxima de debates recentes como “explosão de litigiosidade” ou “morosidade do Judiciário”.<sup>58</sup>

O risco acima mencionado consiste em estudar os MASC, ao menos de maneira mais preponderante, como uma solução contra a crise de litigiosidade e o afogamento dos tribunais, e não como um meio de acesso à justiça, assim entendido como “uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”.<sup>59</sup> Passar-se-ia, portanto, a fechar as portas

---

informal e sobre a polícia como espaço público para a solução de conflitos (Sadek, 2002). Nesse mesmo período, em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Minas Gerais, pesquisadores se voltavam para o estudo de temas relacionados à criminalidade e à violência, abordando as instituições do sistema de Justiça de forma transversal” (SADEK, Maria Tereza Ainda; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Estudos, pesquisas e dados em justiça*. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci de (coord.). *Justiça em foco: estudos empíricos*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 15-62, p. 28).

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 94.

<sup>57</sup> Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

<sup>58</sup> Ver, sobre o tema: TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75.

do Poder Judiciário – principalmente àqueles sujeitos mais vulneráveis, objetos de preocupação da primeira onda renovatória – e tornar os MASC um mero escorredouro de demandas, ignorando por completo temas como a litigiosidade contida<sup>60</sup> ou o próprio acesso à justiça enquanto agenda de pesquisa.<sup>61</sup>

O resultado do Projeto Florença, apesar de ter proporcionado as “bases metodológicas para os métodos de solução de conflitos do terceiro milênio”,<sup>62</sup> merece devidas atualizações e releituras, a começar pela compreensão de que, no Brasil, as “ondas renovatórias de acesso à justiça” apresentaram evolução diversa da experimentada pelos países integrantes do projeto.

Ademais, e a partir da constatação de CAPPELLETTI e GARTH de que a superação das três ondas daria ensejo a uma nova fase da ciência processual, há de se convir que novas ondas já “chegaram à praia”. É possível, por exemplo, apontar a tecnologia como um indício de “quarta onda renovatória”.<sup>63</sup> Hoje, o *Global Access to Justice Project* já identifica quatro novas ondas: a quarta, relacionada à ética dos profissionais do direito; a quinta, que trata da internacionalização da proteção dos Direitos Humanos; (apenas) a sexta sobre novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça, e a sétima, voltada às inequidades de raça e de gênero nos ordenamentos jurídicos.<sup>64</sup>

Por fim, mas principalmente, é essencial a constatação de que, apesar dos debates atuais sobre crises de litigiosidade, os MASC ainda devem ser estudados como meios de pacificação social e de acesso à justiça, e não como paliativos para desafogar o Poder Judiciário. Em razão disso se justifica sua análise a partir das noções de sistema multiportas e de inafastabilidade da tutela jurisdicional, abordadas no próximo capítulo.

---

<sup>60</sup> Que impulsionou, por exemplo, a criação dos juizados de pequenas causas e dos Juizados Especiais Cíveis. Ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

<sup>61</sup> “Only in very recent times have some scholars become aware of the fact, in the years of the demise of the Welfare State, that access to justice had been transformed into a non-issue (as witnessed by the disappearance of all the scholarly literature) and substituted by a quite opposite and almost certainly “invented” problem, that of “litigation explosion”. Accordingly, the solution to the flood of litigation was closing the doors of adversary justice to everybody, in particular to weaker market actors and the development of a new “industry”, that of ADR governed by the ideology of harmony and social peace. Possibly the less than desirable consequences of this state of affairs, after more than a decade of single thought, explain the revival of interest in the issue in more recent literature. To be sure, closing the doors of justice to the non-wealthy constituted a further empowerment of the strong economic actors and because there is no legal venue relatively open to the average individual, powerful market actors became free not to confront the social consequences of their actions” (MATTEI, Ugo. Access to Justice: a renewed global issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, [s.l.], vol. 11, n. 3, Dec. 2007).

<sup>62</sup> GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 68.

<sup>63</sup> Exemplarmente: TOOHEY, Lisa; MOORE, Monique; DART, Katelane; TOOHEY, Dan. Meeting the access to civil justice challenge: digital inclusion, algorithmic justice, and human-centred design. *Macquarie Law Journal*, [Australia], vol. 19, p. 133-156, Nov. 2019.

<sup>64</sup> Disponível em: <<https://globalaccessstojustice.com/global-thematic-coordinators/>>, acesso em 29 set. 2022.

### 1.1.2. Sistema multiportas e a inafastabilidade da tutela jurisdicional

Tema clássico da doutrina processual brasileira, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A leitura rasa do comando constitucional torna evidente o possível descompasso entre a inafastabilidade do Poder Judiciário e a existência de meios extrajudiciais de solução de controvérsias.

HEITOR SICA propõe quatro interpretações para o sobredito inciso.<sup>65</sup> Em primeiro lugar, um comando dirigido *ao legislador* (“a lei não excluirá...”), para que ele não limite o acesso ao Poder Judiciário e, outrossim, garanta a possibilidade de o jurisdicionado requerer o que bem entender: trata-se de um *direito ao processo judicial*.<sup>66</sup> Em segundo, tal garantia seria um direito à tutela jurisdicional, consubstanciada na sentença de mérito, mas essa interpretação não contempla, por exemplo, os casos que se encerram com sentenças terminativas.<sup>67</sup> Em terceiro, a previsão constitucional seria o direito à tutela jurisdicional efetiva outorgada via devido processo legal: a tutela jurisdicional somente será efetiva (e a CF/88 somente será respeitada) se o processo que se desenrolar observar os ditames do devido processo legal, adequada e tempestivamente.<sup>68</sup> Por fim, ainda seria possível compreender a norma constitucional como um direito à efetiva satisfação do direito material reclamado, o que permitiria a valorização da atividade satisfativa (executiva) e a realização prática das decisões judiciais.

---

<sup>65</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-41.

<sup>66</sup> Em linha, aliás, com a primeira onda renovatória de acesso à justiça apontada por CAPPELLETTI e GARTH (*Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 31-ss).

<sup>67</sup> Essa interpretação se alinharia com a teoria eclética do direito de ação proposta por ENRICO TULLIO LIEBMAN, mas, ainda na extinção do processo sem resolução do mérito, haveria direito de ação: “[...] mesmo quando o processo se encerra por decisão terminativa, não se pode negar a existência do exercício do direito de ação. De fato, se o direito de ação é regularmente exercido, a Constituição Federal garante que o seu produto será o proferimento de uma sentença de mérito. No entanto, se o direito de ação for exercido sem observância dos requisitos legais, e ensejar uma decisão terminativa, ainda assim há direito de ação, mas exercido de modo desconforme ao modelo legal” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27).

<sup>68</sup> Essa posição parece se amoldar também a conceitos mais modernos de processo, que conferem destaque ao devido processo legal e aos valores presentes ao longo do procedimento: “A caracterização do processo, nessa medida, não pode ser feita apenas pela presença do contraditório no procedimento. Na verdade, o fator definidor do interesse jurídico e processual nesse fenômeno não é o contraditório em si, mas o conjunto de valores que, como ele, se projetam no procedimento. O *elemento normativo* do procedimento, poder-se-ia dizer. A esse propósito, o contraditório e os demais valores, que servem de base ao desenvolvimento do processo são representativos de determinar racionalidade normativa, pela qual se orienta o modo de produção de decisões no Estado contemporâneo. [...] Assim, considerando seus aspectos funcionais, o processo pode ser conceituado como o *procedimento decisório dotado de normatividade*, pelo qual se expressa uma racionalidade jurídica determinada, significativa dos valores aos quais a decisão, a ser produzida, deve estar condicionada” (SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: procedimento dotado de normatividade* – uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 201-217, p. 211-212, destaques do original).

Sob qualquer dessas perspectivas, todavia, é visível o enfoque no Poder Judiciário, e não em outras arenas de solução de conflitos, a partir das interpretações do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88. Esse enfoque traz algumas inconsistências se comparado aos tempos atuais.

*Garantir o acesso* ao Poder Judiciário é atitude que, conquanto nobre e acertada, desconsidera as razões que podem levar um jurisdicionado a não bater à porta do Judiciário: os custos informacionais da demanda,<sup>69</sup> as impossibilidades financeiras (que não se resolvem por completo com a gratuidade judiciária), ou mesmo a falta de percepção de um indivíduo de que tem sofrido uma lesão a direito seu.<sup>70</sup> Se existem arenas que resolvem controvérsias que *não seriam levadas* ao Poder Judiciário, elas não podem ser ignoradas pelos estudos acerca da jurisdição ou do direito de ação. Destarte, é preciso que a inafastabilidade do Poder Judiciário seja relida como a inafastabilidade *da jurisdição*, e que a previsão constitucional albergue também outros meios de solução de conflitos, judiciais ou não.<sup>71</sup>

Por sua vez, a jurisdição, enquanto instituto fundamental do processo, passa por releitura semelhante, igualmente voltada à *garantia*. Isto é, existe uma maneira de encarar a inafastabilidade da jurisdição

[...] che si traduce nella ricerca di taluni valori fondamentali che molti ordinamenti moderni hanno affermato con norme aventi forza de *lex superior*, vincolante anche per il legislatore (ordinario), spesso impodendone il rispetto mediante formi e meccanismi speciali giurisdizionali.<sup>72</sup>

Sob essa perspectiva, exige-se “a releitura do art. 5º inciso XXV da CF, pois por acesso ao Poder Judiciário deve entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos”.<sup>73</sup> Em outras palavras, a inafastabilidade da jurisdição não corresponde exatamente à

---

<sup>69</sup> KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in Law, Economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, passim.

<sup>70</sup> Ver: FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980-1981.

<sup>71</sup> “Os mecanismos alternativos de solução de controvérsia podem ser vistos como instrumentos de auxílio e complementação do serviço judiciário prestado pelo Estado. Mesmo quando substituem a jurisdição estatal – como no caso da arbitragem – ou são colocados como requisitos à prestação da tutela jurisdicional estatal – como se discute em relação à mediação –, não podem ser vistos como obstáculos ao exercício da garantia constitucional prevista no inc. XXXV do art. 5º da CF. O direito à prestação da tutela jurisdicional, implícito na mesma norma constitucional, deve conduzir sua interpretação, de forma a não deixar qualquer disputa em sociedade sem o remédio adequado” (SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792, p. 792).

<sup>72</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1982, p. 234-245, p. 243.

<sup>73</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 3.

inafastabilidade do Poder Judiciário, mas sim à inafastabilidade do acesso à justiça. Surge como consequência lógica dessa inafastabilidade a percepção da jurisdição enquanto *garantia* de acesso à justiça, “utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social”.<sup>74</sup>

Dentre outras razões, é por isso que se passa a privilegiar os MASC enquanto sucedâneos eficientes da tutela jurisdicional estatal (judicial).<sup>75</sup> Independentemente de serem jurisdicionais ou não, tratam-se de arenas de solução de controvérsias potencialmente capazes de pacificar conflitos de forma justa. E sucedâneos, aliás, apenas da forma como costumeiramente analisados; é possível afirmar que os meios extrajudiciais como a mediação são a primeira opção, e o Poder Judiciário seria o sucedâneo, ou *alternativo*:

[É] inegável que em sua raiz o direito brasileiro filia-se à visão de alguns cientistas europeus, segundo a qual a solução via Poder Judiciário é alternativa. Prova disso é o instituto de direito processual *interesse de agir*. Para estar em juízo, é preciso que a pessoa atenda aos pressupostos da *necessidade* e da *adequação*, binômio que condensa o *interesse de agir*. A *necessidade* de estar em juízo deve ser demonstrada, provando-se que não foi possível resolver o conflito levado ao Poder Judiciário de outra forma civilizada. Contudo, este requisito, ainda presente nos dias de hoje para quem procura o Poder Judiciário, condição para quem pretende demandar, perdeu-se no tempo. Nos dias que correm, o Estado-Juiz não exige nenhuma demonstração concreta de que se tentou resolver o conflito de forma diferente da solução adjudicada proposta pelo ente estatal.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 7. É de se destacar que o conceito de jurisdição proposto por ADA PELLEGRINI GRINOVER no livro citado (jurisdição enquanto função, atividade e garantia, e não mais como poder, função e atividade), em que pese boa aceitação doutrinária, não é consenso. Mesmo não sendo objetivo deste trabalho se alongar sobre possíveis conceitos de jurisdição, todavia, o destaque que a autora dá à pacificação social permite chegar-se a conclusões semelhantes sobre o sistema multiportas a partir de posições mais tradicionais, como a figura do escopo social do processo trazida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190).

<sup>75</sup> SALLES aponta, por exemplo, que a importância da inafastabilidade da tutela jurisdicional decorreu dos períodos de instabilidade democrática nacional e, principalmente, do regime militar instaurado em 1964 (SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792, p. 780). A diminuição dessa instabilidade institucional possibilita a valorização de meios extrajudiciais de solução de conflitos sem desprestigiar o próprio Poder Judiciário e, certamente, sem causar déficits em termos de acesso a uma ordem jurídica justa.

<sup>76</sup> LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “*Sistema multiportas*”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 41-70, p. 43, destaques do original. A afirmação do autor, contudo, de que o interesse de agir é instituto que se perdeu no tempo deve ser tomada *cum grano salis*: o Projeto de Lei nº 533/2019 (PL nº 533/19), por exemplo, pretende adicionar parágrafo único ao artigo 17 do CPC e prever que em “caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor”. A lei projetada vem sofrendo duras críticas, justamente por acabar alijando do Poder Judiciário sujeitos vulneráveis e representar, ao final, um obstáculo ao acesso à justiça. Já em sentido contrário, enxergando o Judiciário como meio “principal” e a autocomposição como forma alternativa, ver, exemplarmente: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 33.

Sem querer criar digressões sobre a evolução histórica de qual seria o meio “principal” de solução de controvérsias – donde viria o risco inevitável de cometer anacronismos<sup>77</sup> – é possível ao menos apontar uma orientação bastante pacífica no sentido de que o “A” dos MASC hoje não representa mais a alternatividade do meio, mas sim sua *adequação*. Não se pode mais encarar o litígio judicial como a principal forma de resolver conflitos, a mais adequada, ou sequer o “plano A”. É compreendendo as especificidades de cada conflito, individualmente considerado, que se concluirá qual é o melhor meio para pacificar a controvérsia com justiça.<sup>78</sup>

A mera prática dos MASC, ou mesmo a afirmação doutrinária de que são meios adequados e seu uso deve ser incentivado, não basta para proporcionar a existência de um sistema multiportas. É preciso aplicar uma técnica processual, mais ou menos formalizada, tanto na escolha do método de solução do conflito quanto em sua condução.<sup>79</sup> Afinal, é com a legitimação social de meios até então “alternativos” de solução de controvérsias que se pode considerá-los como adequados<sup>80</sup> e, portanto, fecha-se o ciclo, com a identificação *in concreto* de um sistema multiportas, capaz de proporcionar meios adequados à pacificação com justiça dos conflitos.

Sistema multiportas, portanto, é o “complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito”.<sup>81</sup> Esses métodos poderão ser administrados ou não pelo Estado, podem ser heterocompositivos (adjudicatórios)

---

<sup>77</sup> O risco de se propor a realizar retrospectivas históricas sem a metodologia adequada para pesquisas dessa espécie é denunciado por LUCIANO OLIVEIRA (OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004).

<sup>78</sup> Ver: LEE, Joel. The evolving “A” in ADR. *Kluwer Mediation Blog*, 14 Mar. 2012. Disponível em: <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/the-evolving-a-in-adr/>>, acesso em 24 nov. 2022. Em inglês, o autor trata da evolução do termo “Alternative” para “Appropriate”, e o paralelo aqui feito com “alternativo” e “adequado” se trata de tradução livre. JOEL LEE ainda aponta uma evolução mais recente, para “Amicable” (“amigável”), segundo o qual haveria uma preferência inicial por meios consensuais de solução da controvérsia. Em boa lógica, é de se esperar que as partes procurem uma solução amigável antes de um litígio. Deixa-se, porém, de relacionar os MASC com o caráter consensual para não alijar, ao menos neste momento, a arbitragem e outras formas extrajudiciais de solução heterocompositiva da noção de sistema multiportas.

<sup>79</sup> “Como afirma Kimberlee K. Kovach, a existência da prática não a legitima. É necessário saber, com base no arcabouço jurídico existente, quais são as possibilidades de cada uma das formas de solução de conflitos e quais são os seus limites” (GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 31).

<sup>80</sup> “A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico: trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 35).

<sup>81</sup> LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 41-70, p. 42.

ou consensuais (autocompositivos). E podem, inclusive, consistir em uma mistura de métodos, um arranjo procedimental adequado ao conflito a ser solucionado.<sup>82</sup>

Tradicionalmente, a classificação dos métodos de solução de conflitos é atribuída a NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, para quem havia três opções possíveis de desfecho da controvérsia: a *autotutela*, a *autocomposição* e o *processo*.<sup>83</sup>

La solución *parcial* (el calificativo se opone aquí a imparcial, no a total) del litigio ofrece, a la vez, dos perspectivas: o bien uno de los litigantes *consiente* el sacrificio de su *propio* interés, o bien *impone* el sacrificio del interés *ajeno*. En la primera hipótesis, tenemos la figura que, también de acuerdo con la terminología de CARNELUTTI, llamaremos *autocomposición*; en el segundo supuesto, nos hallamos ante la *autodefensa* [...]. En cuanto a la solución *imparcial*, y prescindiendo por ahora de la legítima defensa efectuada por un tercero, porque representa una cantidad insignificante, prácticamente se reduce a la que se obtiene mediante el *proceso*: dentro de él cabe, en este sentido, el *arbitraje*, y fuera de él ha de quedar la *mediación*. *Proceso*, *autocomposición* y *autodefensa* se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio.<sup>84</sup>

No atual grau de civilidade das relações interpessoais, a autotutela é via bastante excepcional para resolver conflitos. O direito brasileiro guarda algumas hipóteses, como o desforço imediato nos casos de esbulho da posse<sup>85</sup> ou a legítima defesa do direito penal,<sup>86</sup> mas não aceita mais as medidas exageradas como a escravidão por dívidas do direito romano.<sup>87</sup> Por suas vezes, a autocomposição e o processo (ou heterocomposição) se tornam as alternativas mais viáveis, a depender do conflito *in concreto* que deverá ser resolvido por uma dessas opções.

---

<sup>82</sup> Sobre o tema: “O DSD [design de sistemas de resolução de disputas] pode ser entendido como a organização deliberada e intencional de procedimentos ou mecanismos processuais, que interagem entre si, e, quando aplicáveis, de recursos materiais e humanos, para a construção de sistemas de prevenção, gerenciamento e resolução de disputas” (FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1).

<sup>83</sup> Nesse sentido, exemplarmente: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 24-30; GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 30-31.

<sup>84</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: UNAM, 2000, p. 13, destaques do original.

<sup>85</sup> Código Civil (CC, Lei nº 10.403/2002), artigo 1.210, §1º: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

<sup>86</sup> Código Penal (CP, Decreto-Lei nº 2.848/1940), artigo 25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

<sup>87</sup> “Nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, os estudos sobre a evolução histórica do processo de execução comumente voltam à figura do *nexum*, por meio da qual um cidadão respondia por dívidas com seu próprio corpo, inclusive mediante escravidão ou tortura. A prática foi formalmente abolida com a *Lex Poetelia Papiria* no século IV a.C., e a atividade jurisdicional satisfativa evoluiu, desde então, para um ambiente mais ordeiro” (CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. *Processo de execução e moedas digitais: uma perigosa releitura contemporânea de “Os bons companheiros”*. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 539-558, p. 540).

É frequente o esforço doutrinário em realizar uma tipologia de conflitos para, em seguida, atribuir a cada espécie um meio adequado a resolvê-la. Assim, por exemplo, associa-se a mediação aos casos nos quais as partes possuíam um relacionamento anterior ao conflito e a conciliação às hipóteses sem tais relacionamentos;<sup>88</sup> atribui-se à arbitragem a resolução de lides empresariais,<sup>89</sup> entre outros.

Tais aproximações não são objeto do presente trabalho por duas razões. A primeira, porque a mediação ora estudada se propõe a auxiliar na solução de conflitos de diversas naturezas, todos eles presentes na recuperação judicial. A segunda, porque essas classificações não agregam ao estudo de conflitos que são resolvidos por *um conjunto* de meios, como os aqui abordados: investiga-se a mediação como apoio à recuperação judicial, processo em maior parte comercial, mas administrado pelo Poder Judiciário.<sup>90</sup>

Isto posto, e dentro do objeto de pesquisa deste trabalho, dois importantes recortes devem ser feitos a partir da miríade de opções do sistema multiportas.

O primeiro se refere ao objeto estudado, que é a *mediação*, antecedente ou incidental, dentro de um contexto maior, que é o processo de recuperação judicial. Trata-se, portanto de um meio consensual, conduzido por um terceiro imparcial, e utilizado no bojo de um processo judicial que visa à superação de uma crise econômico-financeira. Já o segundo recorte se refere ao estudo da mediação da forma como prevista e disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente – é do que trata o próximo item.

### **1.1.3. A construção de um “microssistema legislativo de meios consensuais”**

O tratamento em lei da solução consensual de controvérsias, ao contrário de sua sistematização, não é recente no Brasil. Mesmo a audiência de conciliação dos Juizados Especiais Cíveis, prevista no artigo 16 da Lei nº 9.099/1995, está longe de ser a primeira previsão legal da conciliação ou da mediação. Em verdade, o estímulo à autocomposição possui

---

<sup>88</sup> Sobre o tema, embora criticando essa distinção, ver: SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 133-140 e 169-186.

<sup>89</sup> Exemplarmente: “[...] tradicionalmente a arbitragem tem sido considerada mais adequada para a solução de conflitos que envolvem empresas, em suas relações nacionais ou internacionais, mais interessadas na preservação de sua imagem pública pelo sigilo e atraídas pela especialização dos árbitros” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 64-65).

<sup>90</sup> Há doutrina que defende, por exemplo, que a recuperação judicial tem natureza de jurisdição voluntária: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 310, p. 237-262, dez. 2020.

caráter constitucional desde a época do Império.<sup>91</sup> E, *de lege ferenda*, tampouco é novo o esforço de disciplinar, de forma ampla e adequada, a mediação e a conciliação judiciais e extrajudiciais, a teor do que demonstrava, por exemplo, o PL nº 4.827/1998.

Como já apontado, não se pretende extremar a mediação e a conciliação como métodos diferentes entre si: eles são, ambos e antes de tudo, meios consensuais de solução de conflitos que contam com o auxílio de um terceiro imparcial (o conciliador ou mediador). Ademais, o escopo deste trabalho (institucionalização da mediação como meio de solução de conflitos incidental a um processo de recuperação judicial) implica a ausência de efeitos práticos na possível distinção entre ela e a conciliação.<sup>92</sup> Apesar disso, vale o parêntese de que as previsões legislativas sobre *conciliação* são mais antigas do que aquelas sobre *mediação*, estas últimas com suas primeiras aparições apenas nos anos noventa.<sup>93</sup>

Havia – e ainda há – a preocupação em tratar adequadamente os conflitos mediante a criação de política pública com tal escopo, seja porque os meios consensuais são forma de acesso à ordem jurídica justa, seja porque tal política pública combateria a crise do Poder Judiciário.<sup>94</sup> Evoluiu-se, portanto, para a edição, em 2010, da Resolução nº 125 do CNJ, que, segundo seu preâmbulo, “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.<sup>95</sup>

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça visa instituir uma “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”. Confere aos órgãos judiciários a tarefa de, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e

---

<sup>91</sup> “Influenciada pelo constitucionalismo francês, a conciliação prévia obrigatória tornou-se norma constitucional. A partir de 1824, passou a ser dever de ofício do juiz de paz buscar a pacificação entre as partes, alterando o que antes era apenas um dever moral – nascido das expressões ‘honestidade e virtude’, consagradas nas Ordenações para tornar a atividade conciliatória em dever jurídico” (SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 154).

<sup>92</sup> Também afastando os efeitos práticos da distinção entre mediação e conciliação: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 47.

<sup>93</sup> GUERRERO, Luis Fernando. *Conciliação e mediação – novo CPC e leis específicas*. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*, vol. VI: Mediação e outros institutos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 789-814, p. 793. Por sua vez, sobre a evolução legislativa da conciliação: SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 153-169.

<sup>94</sup> Sobre o tema, ver: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 47-72.

<sup>95</sup> Contextualizar a Resolução CNJ nº 125/2010 como mera “evolução” do que dito antes sobre a crise do Poder Judiciário e a valorização dos MASC consiste em mera preferência deste autor para exposição do tema. Sobre tal opção: “*The evolution story recognizes the persistence of inefficiencies, court delays, and the legal profession’s contribution to the complexity of procedure; the story suggests that diligence, vigilance, and better legal education about these problems will enable human actions to alter the problems*” (MINOW, Martha. Some thoughts on dispute resolution and civil procedure. *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, p. 284-297, 1984, p. 295).

orientação ao cidadão. Fixa as bases para essa política: “centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico, sendo possível firmar parcerias com entidades públicas e privadas para a prestação do serviço. E, no âmbito dos Tribunais, determina que mantenham *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos* e *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, para realização das sessões de conciliação e mediação e atendimento e orientação ao cidadão.<sup>96</sup>

Não se olvida que haja discussões até mesmo sobre a constitucionalidade da Res. CNJ nº 125/2010.<sup>97</sup> Apesar disso, sua importância – ao menos para o objeto deste trabalho – subsiste por três principais razões.

Em primeiro lugar, a Res. CNJ nº 125/2010 reforça a “necessidade de uma mudança cultural e de mentalidade dos operadores jurídicos, cuja formação deveria ser modificada para adequadamente satisfazer às novas formas de solução de conflitos”.<sup>98</sup> Como será visto adiante (*infra*, capítulo 1.2.1), a utilização da mediação é, ao mesmo tempo, causa e consequência da busca por uma “cultura da pacificação”, em contraposição à “cultura da sentença” ainda hoje dominante.<sup>99</sup> Trata-se de norma que legitima e estimula o uso de meios consensuais.

Em segundo lugar, a previsão – ainda que em norma infralegal – de diretrizes básicas para o tratamento adequado de conflitos gera duas consequências positivas para o uso da mediação. Pela primeira, angaria legitimação social aos objetos lá regulados.<sup>100</sup> Pela segunda, inicia o combate contra um dos principais problemas da mediação em procedimentos de recuperação

---

<sup>96</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13-40, p. 22, destaques do original.

<sup>97</sup> Por todos: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 170-179. O autor aponta a aparente incompatibilidade entre a Resolução e o art. 103-B, § 4º da CF/88, por não vislumbrar, dentre as competências constitucionais do CNJ, algo que sustente seu poder normativo no que diz respeito à atividade fim dos órgãos do Poder Judiciário (*idem*, p. 172).

<sup>98</sup> ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 121.

<sup>99</sup> 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, p. 684-690.

<sup>100</sup> “Em relação ao público desempenha-se, dessa forma, uma função dupla. Por um lado, simboliza-se a grande variabilidade e capacidade de decisão e assim se motiva uma orientação para uma complexidade elevada, se não positiva, então indiferente. Por outro lado procura-se, de procedimento para procedimento, na medida do possível, alcançar um consenso real suficiente, como base de atuação política. Quando estes procedimentos encontram apoio suficiente nas restantes estruturas da sociedade e nos seus outros sistemas parciais, um problema que só poderíamos tratar de forma alusiva, então pode conseguir-se assim que os interessados recebam bem as variações do direitos nos casos isolados, em parte; todavia, na generalidade, pode conseguir-se que eles as aceitem como um acontecimento real e modifiquem as suas expectativas correspondente, sem que, por esse motivo, surjam complicações consideráveis, ou discrepâncias nos seus outros papéis” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 162).

judicial, que é a ausência de normatização expressa sobre as possibilidades de seu uso (*infra*, capítulo 1.2.4.2).<sup>101</sup>

Em terceiro lugar, ainda que o enfoque da Res. CNJ nº 125/2010 seja nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), há seção específica para tratar das câmaras privadas de conciliação e mediação, como também disposições acerca dos mediadores e conciliadores, seus deveres, os requisitos para exercer tais funções, entre outras. Tais disposições incidem também sobre a figura do terceiro imparcial nas mediações incidentais aos processos de recuperação judicial (*infra*, capítulo 2.1.3).

Ultrapassada a Res. CNJ nº 125/2010, outras duas normas são apontadas como essenciais para a disciplina da mediação no Brasil: o CPC e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Curiosamente, em que pese o CPC seja lei anterior (de 16 de março de 2015, ao passo que a Lei de Mediação data de 26 de junho de 2015), sua vigência se iniciou após a da lei específica, em razão de seu art. 1.045 (“Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”).<sup>102</sup> Entretanto, apesar do brocardo latino segundo o qual *lex posterior derogat priori*, a doutrina afirma sem maiores digressões que a Lei de Mediação, porquanto especial, se sobrepõe às disposições genéricas do CPC.<sup>103</sup>

O CPC de 2015 evidenciou tanto a índole do então novel direito processual brasileiro, cada vez mais voltado à citada cultura da pacificação, quanto um novo método de trabalho do Poder Judiciário, consagrando a mediação como uma “nova espécie de serviço público de justiça”.<sup>104</sup> Já em seu art. 3º, §2º, inserido no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, encontra-se o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Há também disposições específicas, como o *caput* de seu art. 694 (“Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a

---

<sup>101</sup> Sobre a ausência de normatização expressa como desafio à implementação da mediação em processos de recuperação judicial: ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. *University of Massachusetts Law Review*, vol. 4, n. 1, p. 76-89, Jan. 2009.

<sup>102</sup> Não impacta as conclusões deste trabalho, mas é digna de nota a controvérsia doutrinária que se instaurou acerca do início da vigência do CPC, se em 16, 17 ou 18 de março de 2016. Sobre o tema, conferir: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março de 2016. *Consultor Jurídico*, 22 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-22/jose-bedaque-novocpc-entrara-vigor-dia-18-marco-de2016#:~:text=Novo%20CPC%20entrar%C3%A1%20em%20vigor%20no%20dia%2018%20de%20mar%C3%A7o%20de%202016.&text=A%20Lei%2013.105%2C%20de%2016.3,data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o%20oficial>>, acesso em 21 dez. 2022.

<sup>103</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 1; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 169-170.

<sup>104</sup> SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Introdução*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1-12, p. 5.

mediação e conciliação”). Principalmente, porém, o CPC inova ao agregar os mediadores e conciliadores no rol de órgãos auxiliares da justiça (art. 149), e dedica toda uma Seção (art. 165-175) a regular a função desses sujeitos (*infra*, capítulo 2.1.3).

Por sua vez, a Lei de Mediação surgiu em 2015 para tratar de dois temas bastante diversos: a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Esse segundo assunto interessa menos a este trabalho, por tratar de meios de solução de controvérsias para além da mediação (como, p. ex., o termo de ajustamento de conduta) e se direcionar a órgãos e entidades do Poder Público, distantes da realidade da recuperação judicial.<sup>105</sup>

Por óbvio, a mediação objeto da lei de forma mais preponderante e minudente é a mediação judicial, i.e., realizada nos CEJUSC.<sup>106</sup>

A mediação extrajudicial – cuja definição não é trazida na lei, mas pode ser entendida como aquela “na qual as partes almejem a solução consensual, antes de cruzar as fronteiras do poder público”<sup>107</sup> – é abordada apenas nos artigos 21 a 23. O artigo 21 consagra a liberdade das formas na convocação para iniciar o procedimento de mediação. O artigo 22, por sua vez, positiva a possibilidade de incluir cláusula contratual prevendo a mediação,<sup>108</sup> bem como traz alguns requisitos mínimos de validade (tal como, na Lei nº 9.307/1996, as formas de celebração da convenção de arbitragem – cláusula compromissória e compromisso arbitral – são previstas, respectivamente, nos artigos 4º e 10). Já o artigo 23 prevê que a existência de cláusula contratual prevendo a mediação impede o acesso ao Poder Judiciário ou ao juízo arbitral durante certo prazo ou até o implemente de determina condição, donde decorre ser a cláusula de mediação um obstáculo temporário (ou uma *condição jurídica de procedibilidade*) à via heterocompositiva de solução da controvérsia.

---

<sup>105</sup> A LREF, nos termos de seu art. 2º, inc. I, não se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista, possivelmente em razão da distinção (hoje não mais justificável) entre o domínio econômico e o domínio dos deveres do Estado. Por sua vez, as instituições financeiras (inclusive as privadas, as cooperativas de crédito e outras entidades semelhantes) são afastadas do âmbito da LREF pelo inc. II do mesmo artigo, por se subsumirem à Lei nº 6.024/1974, lei específica que disciplina a liquidação de tais instituições. Sobre o tema, criticando as vedações da LREF em respeito aos pressupostos subjetivos da recuperação judicial, ver: CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. *Pressupostos subjetivos e legitimidade da parte na reforma da Lei nº 11.101/2005 (Lei nº 14.112/2020)*. In: FRAZÃO, Ana; MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R.; CAMPINHO, Sérgio (coord.). *Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho*, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 753-779.

<sup>106</sup> “A lei foi elaborada pensando no Poder Judiciário. Tudo o que ela trata vai nesse sentido, até porque a mediação essencialmente privada não necessita de qualquer tipo de disciplina legal” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 179).

<sup>107</sup> ASSMAR, Gabriela. *Comentários ao artigo 21*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord.). *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 130-135, p. 130.

<sup>108</sup> Que, em conjunto com o art. 2º, §1º da mesma lei, é iniciativa elogiada por doutrina: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 180.

Dado esse cenário, passou-se a tratar de um “microsistema” de solução consensual de conflitos.<sup>109</sup> Os grandes marcos legislativos dos meios consensuais (e, mais especificamente, da mediação) hoje mencionados por doutrina são, geralmente, três: a Res. CNJ nº 125/2010, o Código de Processo Civil de 2015 (especialmente em seus art. 165 a 175) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) (especialmente em seus art. 1º a 31).

Há algumas dificuldades interpretativas em relação a essas três normas, a exemplo do que são as três listas diversas de princípios norteadores da mediação.<sup>110</sup> Para os critérios clássicos de hermenêutica<sup>111</sup> – lei superior derroga inferior, lei especial derroga lei geral e lei posterior derroga lei anterior – é possível concluir que prevalece, *prima facie*, a Lei de Mediação, com aplicação supletiva e subsidiária do CPC e ulteriormente, apenas no que não conflitar com as leis em sentido formal, a Res. CNJ nº 125/2010. Todavia, a menção ao termo “microsistema”, já utilizado ao tratar do processo coletivo,<sup>112</sup> permite, quando menos, vislumbrar uma certa interpenetração entre as diferentes normas que regulam a solução consensual de conflitos, um diálogo das fontes voltado ao traslado de normas e técnicas processuais entre uma lei e outra para atuação em uma demanda específica.<sup>113</sup>

A análise a ser realizada no capítulo 2 deste trabalho dialoga, tanto quanto possível, com as três normas acima apontadas. A uma, porque a mediação no âmbito da recuperação judicial, ainda que não administrada em um CEJUSC, é antecedente ou incidental a uma demanda judicial. A duas, em deferência à importância que o CNJ tem na evolução da matéria no campo específico ora estudado (*infra*, capítulo 1.2.2). A três, porque o objetivo desta obra (identificar

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21; GUERRERO, Luis Fernando. *Conciliação e mediação – novo CPC e leis específicas*. In: WALD, Arnaldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*, vol. VI: Mediação e outros institutos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 789-814, p. 793.

<sup>110</sup> Os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais constantes do Código de Ética (Anexo III da Res. CNJ nº 125/2010) são estes: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Nos incisos do art. 2º da Lei de Mediação, os princípios da mediação são: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé. Para o artigo 166 do CPC, os princípios são: da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

<sup>111</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 290-302.

<sup>112</sup> A professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, por exemplo, já havia anotado que a tutela processual instituída pelo CDC era plenamente extensível à disciplina de qualquer interesse ou direito transindividual, “em face da reciprocidade entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estabelecida pelo art. 90 do CDC e pelo art. 21 da referida Lei” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação civil pública; defesa de interesses individuais homogêneos; tutela coletiva e tutela individual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 556-582, p. 561).

<sup>113</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 115, ano 27, p. 21-40, jan./fev. 2018.

“boas práticas” da mediação em recuperações judiciais) pode levar à recomendação de adoção de condutas não cogentes, mas cujo acatamento pode ser proveitoso e adequado ao caso concreto.

## 1.2. OS “SES”: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Ultrapassado o trecho anterior, que tratava da mediação no contexto do sistema multiportas no direito brasileiro, a proposta deste capítulo é expor os “ses” da mediação no âmbito da recuperação judicial. Isto é, pretende-se investigar se os fundamentos teóricos da mediação são compatíveis com os objetivos da recuperação judicial, se as questões deduzidas em recuperação judicial podem ser objeto de mediação, entre outros assuntos afins.

### 1.2.1. Compatibilidade em tese da mediação e de seus fundamentos teóricos

No que se refere ao presente item – os fundamentos teóricos da mediação e sua relação com os objetivos da recuperação judicial – pede-se vênia para, inicialmente, transcrever e adotar o rol proposto por ADA PELLEGRINI GRINOVER:

O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca), e isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, bem como na resistência ao cumprimento da sentença. Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico, do qual a “lide” é apenas a ponta do *iceberg*. Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar. O terceiro fundamento – talvez o mais discutível de todos – é o *funcional*, porque se afirma que a utilização desses instrumentos é capaz de desafogar o acúmulo de trabalho dos tribunais estatais.<sup>114</sup>

Dos três fundamentos propostos acima, dois – a pacificação social e a participação – serão objeto dos subitens seguintes. O fundamento funcional, apontado pela própria autora como discutível, não será objeto de aprofundamento por duas razões.

---

<sup>114</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 3, destaques do original.

A primeira razão, levantada anteriormente (*supra*, capítulo 1.1.1), se relaciona com o risco de estudar a mediação como remédio (ou, quiçá, possível solução) contra o afogamento dos tribunais e a morosidade do processo judicial. Trata-se de agenda de pesquisa que relega novamente os MASC ao *status* de “alternativos”, ao invés de “adequados”. Já a segunda razão, bastante lógica, é que o objeto deste trabalho – mediação em recuperações *judiciais* – traz um benefício meramente marginal ao acúmulo de trabalho dos tribunais estatais, uma vez que o número absoluto de processos relacionados à insolvência empresarial não diminuirá com a instalação de mediações incidentais a eles. Acredita-se, com base em análises qualitativas (*infra*, capítulo 3), que a mediação otimiza o trabalho dentro de um processo unicamente considerado e se torna, assim, útil sob a perspectiva da economia processual. O enfrentamento detalhado dessa hipótese, todavia, sugeriria um outro trabalho, com enfoque diverso do deste texto.

#### 1.2.1.1. Pacificação social

A *pacificação* é questão recorrente no direito processual a partir de diversos de seus institutos fundamentais, seja o processo em si considerado,<sup>115</sup> seja a jurisdição.

A atividade jurisdicional possui uma evidente intenção de *pacificar conflitos*, mas mais do que isso, *pacificar com justiça*.<sup>116</sup> Assim, portanto, ela visa a “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”.<sup>117</sup> Há, também, uma dimensão *pedagógica* nesse desiderato: educar os jurisdicionados e conscientizá-los sobre seus direitos e obrigações.<sup>118</sup>

Para o presente objeto, a pacificação social almejada se constitui com a superação da crise econômico-financeira da empresa devedora e a resolução de seus multifacetados conflitos.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>116</sup> “[A] *jurisdição* não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício de poder. Ela passa a ser, em nossa visão, *garantia do acesso à justiça*, que se desenvolver pelo exercício de *função* e *atividade* respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal” (*Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4, destaques do original). Em contraposição, sem vislumbrar nos meios consensuais a pacificação *com justiça*: FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-146, p. 139.

<sup>117</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190.

<sup>118</sup> *Idem*, p. 191.

<sup>119</sup> “[A] recuperação judicial perfaz um *método de trabalho* para a superação da crise econômica da empresa, constituído por uma relação jurídica processual *multifacetada* [...] e procedimentos definidos em lei

Há de se recordar que a recuperação judicial nasce de uma crise econômico-financeira da devedora apenas, mas os conflitos daí decorrentes afetam as relações entre ela e seus credores, muitos deles parceiros comerciais estratégicos ou de longa data. A mediação significa, a um só tempo, a possibilidade de pacificar o conflito instaurado entre esses sujeitos que já possuíam relacionamento prévio e, também, permitir a manutenção do relacionamento para o futuro.<sup>120</sup>

Preservar os relacionamentos entre os diversos interessados na crise da empresa – acionistas, empregados, fornecedores etc. – significa, em última análise, a manutenção da própria capacidade produtiva de tal empresa. Daí porque o artigo 47 da LREF consagra, no direito positivo brasileiro, o princípio da preservação da empresa:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

É corrente no direito societário a oposição de duas teorias a respeito do que comporia o interesse social, a *contratualista* e a *institucionalista*.<sup>121</sup> Não obstante tais divergências, a expressão *interesse social* se aproxima da preservação da empresa na medida em que se entende que essa preservação é “um interesse básico ou mínimo a todos aqueles que de alguma forma participam da empresa pois da manutenção da empresa dependeria a satisfação dos interesses de cada um desses participantes”.<sup>122</sup> A empresa, portanto, em seu perfil funcional,<sup>123</sup> conjuga

---

(ordinário e especial). De acordo com a premissa adotada na presente tese, referido método visa alcançar objetivos de *interesse público* (função social da empresa), por meio de instrumentos capazes de garantir a obtenção de resultado idêntico àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 61, destaques do original).

<sup>120</sup> “A mediação é, portanto, instrumento eficaz para facilitar que as partes retomem um diálogo que se perdeu em razão da disputa empresarial e, assim, restabeleçam uma relação duradoura e que ao final provavelmente trará novos benefícios econômicos para os envolvidos” (MUBARAK JR., Elias; MULLE, João Paulo Betarello Dalla. *A mediação como ferramenta facilitadora nos processos de insolvência*. In: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 51-61, p. 57).

<sup>121</sup> Sobre o tema: SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 41, n. 127, p. 7-20, jul./set. 2002; CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157-177.

<sup>122</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 173.

<sup>123</sup> ALBERTO ASQUINI definia a empresa como conceito multifacetado e que consistia em quatro diferentes perfis: subjetivo, pelo qual a empresa é um sujeito de direitos (o *empresário*); objetivo, pelo qual empresa é o conjunto de bens que a compõem (aproximando-se do conceito de *estabelecimento* no artigo 1.142 do CC); funcional, pelo qual a empresa se confunde com a atividade econômica por ela desenvolvida (o *empreendimento*), e corporativo, pelo qual a empresa é uma instituição com fim econômico comum (ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 104, p. 109-126, out./dez. 1996).

interesses diversos que não se esgotam – como se busca aproximar no âmbito das teorias contratuálistas – na somatória dos interesses dos sócios. Ao contrário, ela abarca “o lucro do titular da empresa (empresário ou sociedade empresária); os *salários* (de manifesta natureza alimentar) dos trabalhadores; os *créditos* dos fornecedores; os *tributos* do Poder Público”,<sup>124</sup> entre outros (*infra*, capítulo 1.3.1.2).

Ademais, existe uma relação bastante íntima entre a mediação enquanto meio consensual de solução de controvérsias e os objetivos da LREF – notadamente logrados com a comunhão de interesses das partes.<sup>125</sup>

De seu turno, a mediação é indissociável do objetivo de se buscar um acordo entre as partes em conflito.<sup>126</sup> Ainda que o desiderato principal seja a comunicação entre as partes e uma consequente reflexão sobre as interações pessoais, é decorrência lógica ansiar pela resolução também da controvérsia que deu azo à mediação a partir dessa comunicação.<sup>127</sup> Essa visão “dúplice” decorre da amálgama, dentro da mediação, entre o conflito juridicamente deduzido – e que pode ser aproximado ao conceito carneluttiano de *lide*<sup>128</sup> – e o conflito subjacente, sociológico, entre as partes mediadas. Na mediação, pode-se tratar esses dois conflitos, trabalhando tanto a relação subjetiva quanto o conflito concretamente deduzido.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 322, grifos do original.

<sup>125</sup> A comunhão de interesses é tida como o “critério principal para a obtenção dos objetivos insculpidos nos arts. 47 e 75 da Lei de Recuperação e Falências” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 118).

<sup>126</sup> Não se desconhece que, a depender da *escola* de mediação, das técnicas usadas pelo mediador e de outros aspectos, uma mediação individualmente considerada pode ter um foco maior ou menor no *acordo* e, paralelamente, um foco menor ou maior no *conflito* subjacente. Ver, sobre o tema: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 50-61. Criticando essa divisão, ver: FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 110-113.

<sup>127</sup> Nesse sentido: BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 149; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 119.

<sup>128</sup> “*La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio. La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en contestación (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y lesión (no lo subordino) de la pretensión. La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal*” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, vol. 1. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1997, p. 28).

<sup>129</sup> “Já para a mediação, o conflito é definido de forma diferente, sem as mesmas molduras e separações entre o âmbito processual e o substancial. A mediação parte da premissa de que o conflito é parte normal da interação humana, e pode ser construtivo. Enquanto o processo judicial visa a eliminar e pacificar os conflitos (seu escopo social), nos moldes do que foi levado ao Judiciário através do objeto litigioso, a mediação trata os conflitos sob ótica diferenciada, vendo ao mesmo tempo aspectos de perigo e oportunidade” (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 25).

Em outras palavras, a mediação comporta, para além de abordagens avaliativas ou transformativas, uma negociação baseada em princípios, a teor do que preconiza a Escola de Harvard, visando à solução do conflito mediante o acordo entre as partes.<sup>130</sup> Nessa toada, os “interesses e as necessidades das partes são investigados, mas a relação intersubjetiva não é necessariamente enfocada”.<sup>131</sup> A mediação se torna, assim, uma negociação assistida com foco no acordo.<sup>132</sup>

A mediação, enquanto negociação assistida baseada em princípios, adquire forte relação com os litígios advindos do ambiente empresarial e societário, preponderante na recuperação judicial. Os conflitos societários demandam solução célere (dado o dinamismo das relações empresariais), com a menor intervenção possível e a consequente primazia da vontade das partes envolvidas.<sup>133</sup>

A recuperação judicial não difere dessa constatação. Conquanto judicial, trata-se de procedimento eminentemente negocial entre devedora e credores, voltado à novação de dívidas e à consequente superação da crise. Seu cerne é a negociação que ocorre no bojo da AGC, visando à aprovação do plano de recuperação judicial.<sup>134</sup> Logo, considerando (i) a

---

<sup>130</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 21-118.

<sup>131</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 137.

<sup>132</sup> “*Mediation is facilitated negotiation, and most commentators recognize two basic approaches to negotiation. Of the many dichotomies developed, I find ‘adversarial’ versus ‘problem-solving’ the most generally useful. The adversarial approach usually assumes that the negotiation will focus on a limited resource – such as money – and that the parties will decide whether and how to divide it. In such a situation, the parties’ goals conflict – what one gains, the other must lose. The problem-solving approach, in contrast, seeks to bring out and meet the underlying interests of the parties – i.e., the needs that motivate their positions. Unfortunately, negotiators generally face a tension between adversarial and problem-solving approaches, as each tends to interfere with the other*” (RISKIN, Leonard. Understanding mediators’ orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1, n. 7, p. 7-51, 1996, p. 13-14). Sobre o tema, em doutrina nacional: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 52-54).

<sup>133</sup> “Muito embora de difícil parametrização nos dias atuais, verificou-se que o direito societário e os litígios dele decorrentes – até mesmo pela potencialidade de eventuais conflitos impactarem sobre uma quantidade de pessoas quase que difusa – exigem solução célere, que privilegie, na medida do possível, mas na maior amplitude possível, a continuidade da relação societária. [...] A partir da referida constatação, buscou-se demonstrar que o processo societário seria dotado de autonomia por exigir a observância a determinadas peculiaridades [...] – a autonomia das partes para a celebração de convenções processuais, a presunção de igualdade real entre as partes, a intervenção mínima nos assuntos da sociedade e a atenção às externalidades que permeiam o conflito societário” (LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 64). No mesmo sentido: SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 63-76.

<sup>134</sup> “O processo de recuperação judicial foge da clássica construção adversarial “credor x devedor” que, por muito tempo, serviu de substrato para a formulação de conceitos e institutos processuais. Mas ele não foge dessa construção apenas porque é multitudinário e, ao invés de dois interesses contrapostos, possui diversos feixes de interesses, muitas vezes apenas aparentemente contrapostos. A existência dessa diversidade de interesses leva à conclusão de que os objetivos da recuperação judicial devem visar à *comunhão de interesses* de todos os credores, bem como a manutenção das unidades produtivas – que não deixa de ser interesse da coletividade presente na recuperação judicial. Para lograr a comunhão de interesses é que o processo concursal conta com uma fase de

preponderância de relações empresariais e/ou societárias no multifacetado contexto da recuperação judicial e (ii) a abordagem eminentemente negocial que se desenvolve no processo de recuperação, a mediação (enquanto negociação assistida baseada em princípios) auxilia no atingimento dos escopos do direito das empresas em crise.<sup>135</sup> Ela permite, inclusive, a criação de um ambiente e uma oportunidade em que as partes possam negociar entre si (com a presença do terceiro imparcial), evento que possivelmente não ocorreria em uma AGC multitudinária.<sup>136</sup>

Portanto, e delimitando um pouco mais o objeto deste trabalho, a mediação, enquanto procedimento adequado no auxílio ao atingimento dos objetivos da recuperação judicial, é aquela mediação desenvolvida e estimulada pela Escola de Harvard, visto que seu principal objetivo é encontrar uma solução satisfatória para a integração dos interesses presentes.<sup>137</sup> A busca pela pacificação social, tanto na recuperação judicial quanto no modelo de mediação ora adotado, passa pela busca por um acordo fundado nos interesses, motivações e critérios próprios de cada parte envolvida.

#### 1.2.1.2. Participação e a construção do consenso pelo diálogo

O fundamento político da mediação, calcado na participação das partes na decisão do conflito, igualmente pode ser estudado sob a perspectiva do processo, em três aspectos:

---

*negociação*, cujo resultado esperado é o plano de recuperação” (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019, destaques do original).

<sup>135</sup> “Traditionally and typically bankruptcy reorganizations have benefitted from negotiated settlements among parties who must yet live together under the aegis of a plan of reorganization. As increasing societal litigiousness has eroded these negotiated settlements and increased judicial burdens, the courts have turned to alternate means – Alternative Dispute Resolution – to redress the imbalance between litigation and negotiation” (MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. *South Carolina Law Review*, Columbia, vol. 46, p. 1259-1328, 1995, p. 1313).

<sup>136</sup> “A mediation program provides a court-established setting for negotiation discussions. Attorneys who fear asking their opponent to consider settlement negotiations because it may be perceived as a sign of weakness may be more willing to engage in negotiations when prompted by the court. The mediation forum can provide parties with a neutral third-party evaluation of the value of their case, which may be particular value to counsel who focus their intellectual energies on advocating the client’s position and lack the advantage of having a partner or associate who can provide a sober second view” (LOMAX, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. *American bankruptcy law journal*, Denver, vol. 68, p. 55-90, 1994).

<sup>137</sup> “À luz dessas premissas e ainda considerando a existência de diferentes modelos, técnicas e escolas de mediação para o escopo do presente artigo, entende-se que o modelo de mediação propugnado pela Faculdade de Direito de Harvard revela-se adequado para o tratamento destinado ao processo de recuperação judicial” (VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469, p. 463).

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.<sup>138</sup>

Sob o aspecto do *poder* pouco há que se falar, pois é consenso que não há poder de império nas soluções consensuais – não por outra razão, o poder enquanto característica intrínseca à jurisdição é questão central do debate sobre o caráter jurisdicional dos meios consensuais de solução de conflitos.<sup>139</sup> De outro lado, a dignidade dos indivíduos sobre os quais o poder jurisdicional é exercido e a participação desses indivíduos nos destinos da sociedade (concretizada na participação na solução dos conflitos) justifica a análise da mediação na recuperação judicial a partir de um modelo centrado na participação das partes (*participation-centered approach*).<sup>140</sup> Conforme será tratado adiante (*infra*, capítulos 1.3.4.2 e 2.3), o objetivo mais desejado da mediação na recuperação judicial é proporcionar melhores deliberação e negociação no âmbito da AGC, donde decorre a legítima preocupação com a participação de todos os interessados na decisão que vier a ser tomada em assembleia.

Nesse contexto, é possível afirmar, como faz Arthur Badin, que, na teoria de Komesar, a participação é o “mínimo denominador comum” para efeitos comparativos dos desempenhos institucionais, consistindo na verificação de “quais grupos de interesse participam efetivamente do processo de decisão”. De fato, Komesar entende que, assim como o mercado possui custos de transação, também existem os custos de participar do processo judicial e do processo político. Os custos de participação envolveriam, basicamente, custos de acesso, de organização e de informação, com destaque para o último. Os benefícios da participação, por sua vez, vão depender dos interesses em jogo (*stakes*). Desse modo, a efetiva participação institucional depende da ponderação entre os custos e os benefícios existentes.<sup>141</sup>

Em última análise, a participação no processo é consequência lógica do princípio do contraditório, que só se legitima por meio da participação dos interessados na realidade

---

<sup>138</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 198, destaques do original.

<sup>139</sup> Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-10; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77-80.

<sup>140</sup> KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in Law, Economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 123-152.

<sup>141</sup> TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p., p. 133.

controvertida.<sup>142</sup> Na recuperação judicial, ela se justifica com redobrada importância pela “necessidade de ‘composição’ de interesses tão antagônicos em face da grande quantidade de sujeitos processuais”.<sup>143</sup>

Tradicionalmente, as preocupações com a representação dos interesses na tomada de uma decisão residem na representação excessiva ou exagerada dos interesses (*stakes*) de um pequeno grupo concentrado que, por razões quaisquer (influência política, poderio financeiro, *expertise* etc.), tem um custo de participação muito baixo e consegue fazer valer suas pretensões. Os pequenos grupos de interesses concentrados têm uma participação política substancialmente maior que os grupos maiores em sujeitos, mas de interesses *per capita* menores, ainda que o somatório destes últimos possa representar a maioria dos *stakes*. A esse fenômeno atribui-se a expressão de *tendência minoritária (overrepresentation of the few)*.<sup>144</sup>

Em sua análise institucionalista, NEIL KOMESAR propõe um modelo de duas forças no exame da participação das partes na tomada de decisões. Para além da tendência minoritária, o autor observa uma *tendência majoritária (overrepresentation of the many)* na qual a maioria, conquanto possua pequenos interesses *per capita*, consegue se utilizar de seus números absolutos para influenciar ou mesmo dominar o processo de tomada de decisão.<sup>145</sup>

A existência *per se* de tendências majoritárias ou minoritárias, ainda que impactante para a participação dos sujeitos em um determinado processo, não é de plano um fenômeno prejudicial. Razões como reparação histórica, ações afirmativas, políticas públicas e outros fatores podem conduzir à decisão de, deliberadamente, ampliar a participação de um grupo de interesses, seja ele representativo de uns poucos indivíduos ou da maioria dos envolvidos.

A LREF, em certa medida, combate os vieses na participação com as quatro classes de credores previstas no artigo 41 e os critérios de cômputo dos votos previstos no artigo 45.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 101. Ver também: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 15, p. 7-20, 1998.

<sup>143</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 56.

<sup>144</sup> KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in Law, Economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 55.

<sup>145</sup> “Majoritarian influence can represent a countervailing force to minoritarian influence, given the possibility that a majority, even though it has lower per capita stakes, may be able to use its greater numbers to influence and even dominate political outcomes. The power of this second force will vary from the virtually nonexistent or dormant force imagine by the IGTP [interest group theory of politics] to a dominant, even oppressive force captured in phrases like ‘tyranny of the majority.’ This variation in majoritarian influence and the tradeoffs or tension between the majoritarian and minoritarian forces is the core of the two-force model” (idem, p. 65-66).

<sup>146</sup> “Os julgamentos manifestados no seio das classes permitem ou não que a proposta de reestruturação das dívidas seja aprovada. Destarte, uma apropriada composição dos interesses em classes, assim entendida como aquela que se propõe a respeitar direitos e a oferecer condições minimamente satisfatórias aos envolvidos, está

Para as classes de credores com garantia real e credores quirografários (art. 41, inc. II e III), o plano de recuperação deve ser aprovado, cumulativamente, por credores representativos de maioria simples dos *credores* presentes (voto por cabeça) e dos *créditos* presentes (voto por valor do crédito). Já para as classes de credores trabalhistas e credores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte (art. 41, inc. I e IV), o cômputo dos votos exige tão somente a maioria simples dos credores presentes (voto por cabeça) para aprovação do plano, desconsiderando o valor do crédito devido por cada sujeito. E, nos termos do *caput* do artigo 45, todas as classes deverão aprovar a proposta para que o plano seja considerado aprovado.

As tendências majoritárias e minoritárias, não obstante a forma de votação do artigo 45 da LREF, ainda podem ser encontradas nos processos de recuperação judicial. Existe um sensível descompasso entre os interesses de cada classe – o exemplo por excelência são os credores trabalhistas – que acaba por exigir, em um cenário ideal, que todos (ou tantos quanto possível) sejam contemplados no plano que vier a ser aprovado.

Ora, é bastante evidente que a maior possibilidade de consenso se dá entre as votações em separado dos credores com garantia real e os quirografários. Esses têm, como já mencionado, o típico interesse creditório consistente na satisfação breve de seus créditos. Já os trabalhadores têm interesses tipicamente relacionados à preservação da empresa de que dependem, o que lhes é muito mais relevante que a satisfação imediata de seu crédito. Assim, a divergência mais provável é com a assembléia dos credores trabalhistas, restando clara a preferência legislativa pelos típicos créditos financeiros. Parece imperioso, então, que a jurisprudência venha a interpretar essa faculdade (no art. 58, § 1.º, a expressão utilizada é “o juiz poderá”) de forma sistemática e teleológica, não admitindo e exigindo a adaptação de plano que não contém a aprovação de uma das votações em separado (em especial a dos trabalhadores), se esse plano não tiver garantias suficientes de preservação da empresa. Não se trata de impedir a recuperação, mas sim de exigir a adaptação do plano e a introdução de concessões por parte do controlador e/ou dos credores.<sup>147</sup>

A partir da identificação desses interesses diversos, é possível vislumbrar uma sub-representação dos interesses dos credores trabalhistas no cotidiano da recuperação judicial – mormente a partir da experiência profissional que aponta para uma “super”-representação dos

---

intimamente relacionada com o alcance de bons resultados nos procedimentos” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *As classes de credores como técnica de organização de interesses*: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 365-385, p. 368-369).

<sup>147</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54, p. 51.

titulares de crédito com garantia real (instituições financeiras) – uma tendência minoritária, no vocabulário de NEIL KOMESAR.

A própria LREF apresenta mecanismos para combater essas assimetrias na representação dos interesses, como o *cram down* previsto no §1º de seu artigo 58. Segundo o dispositivo, poderá o juiz homologar plano de recuperação judicial que tenha sido rejeitado por uma das classes de credores, desde que vislumbre a viabilidade econômica da empresa nos termos dos incisos dessa norma.<sup>148</sup> Para além de condutas esperadas do magistrado, há também ferramentas disponíveis aos sujeitos do processo (prestigiando a *participation-centered approach*), como o Comitê de Credores previsto nos artigos 26 e seguintes da LREF.

O Comitê de Credores é, essencialmente, um órgão de fiscalização que “desempenha papel fundamental na negociação do plano de reorganização e exerce grande influência sobre a opinião dos próprios credores acerca da proposta do devedor”.<sup>149</sup> Sua relevância decorre da opção, adotada pela LREF em seu art. 64, de manter o devedor na condução dos negócios da empresa em recuperação – orientação, por sua vez, inspirada no direito norte-americano (*debtor-in-possession*).<sup>150</sup> Ainda que suas competências, delineadas no artigo 27, sejam essencialmente direcionadas à fiscalização das atividades da devedora, não há óbice – e, inclusive, a doutrina encoraja – a que o Comitê de Credores, enquanto agente com menos custos informacionais do que um credor individualmente considerado, auxilie na elaboração de um plano de recuperação mais consentâneo com os interesses em jogo (*infra*, capítulo 2.1.4.4).<sup>151</sup>

As maneiras de corrigir ou atenuar possíveis falhas na participação dos sujeitos da recuperação judicial não são tema novo na doutrina, que trata, por exemplo, da subdivisão de classes de credores para obter uma deliberação em AGC mais adequada aos objetivos da LREF.<sup>152</sup> O objetivo deste trabalho também é enfrentar os possíveis déficits de participação em

---

<sup>148</sup> “Art. 58 [...] § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II - a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei”.

<sup>149</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 414.

<sup>150</sup> *Idem*, p. 413.

<sup>151</sup> “Considerando a múltipla composição do órgão, formado por pessoas eleitas pelas três classes de credores, seria de todo recomendável que esses agentes pudessem, na qualidade de representantes dos variados credores, auxiliar na elaboração de um plano plausível e aceitável aos seus destinatários” (*idem*, p. 418).

<sup>152</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 365-385.

tal contexto, mas com o uso da mediação antecedente ou incidental para diminuir os custos dessa participação (*infra*, capítulo 1.3.4).

### 1.2.2. A consolidação da mediação e a Recomendação nº 58/2019 do CNJ

Como visto, a mediação, enquanto meio consensual de solução de controvérsias, não é tema novidadeiro no direito brasileiro. Seja em âmbito legislativo ou doutrinário, trata-se de instituto que, se não familiar, ao menos não é um completo desconhecido. Há ainda um longo caminho a percorrer para enraizar a mediação na formação cultural do profissional do direito (*infra*, capítulo 1.2.4.1),<sup>153</sup> mas os fundamentos que justificam tal enraizamento – notadamente a busca pela pacificação social e a garantia de participação efetiva às partes – já se encontram presentes desde antes.

De seu lado, tampouco a recuperação judicial representa um avanço recente no âmbito do direito das empresas em crise. Ela teve, sim, importância destacada à época da promulgação da LREF, que substituiu o Decreto-Lei nº 7.661/1945 e extinguiu a já vetusta concordata.

O atual direito da empresa em crise – nesta denominação que pretende conviver com a famosa referência a “direito concursal” – reflete perspectiva bastante peculiar sobre a matéria. Apresenta-se como área de investigação cujo objeto passou por período eminentemente punitivo, por fase de objetivos liquidatórios, por momento em que os propósitos conservativos foram aclamados em institutos concordatários, em perspectiva essencialmente de tutela de interesses privados, e hoje alcança o objetivo de criar fórum mais amplo, no qual os interesses abrangidos pela crise da empresa são em certa medida levados em consideração, na busca da melhor solução.<sup>154</sup>

A opção adotada pela LREF foi a de alocar a *comunhão de interesses* como critério principal para atingir os objetivos de preservação da empresa.<sup>155</sup> Por tal motivo a recuperação judicial passa a ser vista como uma oportunidade de proporcionar um ambiente de negociação entre devedora e credores, todos participando para alcançar a solução mais adequada à crise,

---

<sup>153</sup> Ver: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p.

<sup>154</sup> CEREZZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 15-38, p. 16.

<sup>155</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 118.

que pode ser tanto a recuperação da devedora quanto a expedita liquidação de seus ativos (e a manutenção, tanto quanto possível, das unidades produtivas).<sup>156</sup>

A evolução da recuperação judicial e da mediação, todavia, não se deu *pari passu*. Ao contrário: na elaboração do que veio a se tornar a Lei de Mediação, o texto substitutivo ao PL nº 7.169/2014 da Câmara dos Deputados vetava expressamente o uso da mediação nos procedimentos concursais.<sup>157</sup> Nada obstante, surgiu um interesse doutrinário recente – que hoje monta há cerca de uma década – em estudar a compatibilidade entre esses dois universos, preponderantemente sob o prisma da governança corporativa.

Desde o início, a mediação na recuperação judicial foi defendida (notadamente por RONALDO VASCONCELOS) com o objetivo de conduzir as partes “a um estado de cooperação tal que propicie a efetiva negociação”.<sup>158</sup> Isto é, a intenção nunca foi englobar ou substituir a negociação que já ocorre ao longo da recuperação e no bojo da AGC, mas apenas auxiliar na composição dos interesses e reduzir as tensões entre os sujeitos desse processo.<sup>159</sup>

Ocorre que esses estudos apontavam, como forma concreta de auxiliar na composição dos interesses, à adoção de medidas de governança corporativa pela devedora e/ou pelos órgãos de fiscalização da recuperação judicial (administrador judicial, Comitê de Credores ou o próprio juiz), visando à redução de assimetrias informacionais entre a recuperanda e os credores (ou *stakeholders*).<sup>160</sup> A responsabilidade pela adequada composição dos interesses, nesse cenário,

---

<sup>156</sup> Idem, p. 119. Ver também: CEREZZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 15-38; CEREZZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205-210; ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 320-322.

<sup>157</sup> Criticando essa opção: VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469, p. 453-454.

<sup>158</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 66. O próprio RONALDO VASCONCELOS, todavia, atribui a ideia de introduzir a mediação na recuperação judicial a FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR na 19ª Reunião de Debates do Instituto Brasileiro de Estudo de Recuperação de Empresas – IBR em fevereiro de 2011 (idem, p. 64).

<sup>159</sup> “Como foi elaborado no correr da presente tese, um dos maiores problemas de uma empresa em crise é a quebra da confiança. O mediador ou o conciliador pode reduzir a tensão entre as partes, e, dentre outras questões, diminuir os problemas de confiança que acabam resultando em posturas estratégicas calcadas na Teoria dos Jogos. Pode, também, minimizar a postura de pensamento automático baseada no princípio da escassez. Por fim, eles podem auxiliar as partes na criação de soluções alternativas, maximizando o resultado de todos” (CHO, Tae Young. *Mediação e conciliação como instrumentos de governança na recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, 162 p., p. 140-141).

<sup>160</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 72-80. Ver também, do mesmo autor: VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469.

recaía preponderantemente sobre a devedora, a quem se pedia transparência, prestação de contas ou mesmo responsabilidade perante os credores.<sup>161</sup>

Mais recentemente, a produção doutrinária ampliou as perspectivas possíveis para estudar o tema. Há estudos sobre aspectos estruturais do Poder Judiciário, como a disponibilização dos CEJUSC (inclusive os CEJUSC empresariais previstos pela Recomendação nº 71/2020 do CNJ) para condução das mediações antecedentes;<sup>162</sup> a correlação entre os princípios da mediação e a recuperação judicial;<sup>163</sup> ferramentas e etapas necessárias à realização da mediação;<sup>164</sup> visões práticas do fenômeno;<sup>165</sup> reafirmando o compromisso da mediação em tão somente facilitar a retomada do diálogo entre as partes da recuperação judicial,<sup>166</sup> entre outros.

O que os trabalhos acima referenciados têm em comum são dois principais pontos, que lhes conferem maior concretude: o diálogo (*i*) com experiências em casos concretos e (*ii*) com a Recomendação nº 58/2019 do CNJ (Rec. CNJ nº 58/2019).

Tradicionalmente, atribui-se à recuperação judicial do Grupo Oi a primeira experiência com mediação no direito brasileiro.<sup>167</sup> Tratou-se, com efeito, do primeiro respaldo à mediação

---

<sup>161</sup> CHO, Tae Young. *Mediação e conciliação como instrumentos de governança na recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, 162 p., p. 68-92.

<sup>162</sup> MOURA RIBEIRO, Paulo Dias; TAU, Clarissa Somesom. *Mediação antecedente nos processos de insolvência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 31-40.

<sup>163</sup> MACEDO, Giovanna Vieira Portugal; BARBOSA, Jéssica Mlucelli. *Mediação, recuperação judicial e falência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 41-54.

<sup>164</sup> BRAGA NETO, Adolfo; MAZZONETTO, Nathalia. *A mediação e sua inserção em novos contextos – contribuição em cenários de crise e de reestruturação de empresas e na recuperação judicial*. In: MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 63-80.

<sup>165</sup> PALMA, Andréa Galhardo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *A mediação incidental na recuperação judicial: visão prática*. MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 131-146; GOUVEIA; Luiz Antonio Sampaio. *Uma visão pragmática da mediação*. MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 243-256; GONÇALVES, Ana Maria Maia; CEBOLA, Cátia Sofia Marques. *Mediação de recuperação de empresas: algumas considerações prático-legais baseadas no sistema português*. MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 279-300.

<sup>166</sup> MUBARAK JÚNIOR, Elias; MULLE, João Paulo Betarello Dalla. *A mediação como ferramenta facilitadora nos processos de insolvência*. In: MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 51-62.

<sup>167</sup> Exemplarmente: MOURA RIBEIRO, Paulo Dias; TAU, Clarissa Somesom. *Mediação antecedente nos processos de insolvência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 31-40; MACEDO, Giovanna Vieira Portugal; BARBOSA, Jéssica Mlucelli. *Mediação, recuperação judicial e falência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 41-54; SILVA, Ana Livia Carvalho. *O papel da mediação em processos de insolvência empresarial*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação,*

nos processos concursais conferido pela jurisprudência e, mais especificamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em caso relatado pelo Ministro MARCO BUZZI:

[...] 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. [...] na forma do art. 3º da Lei 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.<sup>168</sup>

O procedimento denominado de “mediação” na recuperação do Grupo Oi, apesar dos apontamentos doutrinários acerca do tema, não se confunde com a mediação estudada no presente trabalho, razão pela qual deixa-se de trazer maiores considerações sobre o caso concreto (para as justificativas por essa opção, ver *infra*, capítulo 3.1).

Outros processos de recuperação judicial que se utilizaram do procedimento de mediação e são lembrados por doutrina são os das empresas Inepar,<sup>169</sup> Mservice,<sup>170</sup> entre outros. E, citado à vera pelos trabalhos que versam sobre o assunto, há o Caso Saraiva,<sup>171</sup> tido, até onde se tem notícia, como a primeira grande experiência exitosa na introdução da mediação nos procedimentos concursais. Sobre ele serão tecidas maiores considerações na terceira parte deste trabalho (ver *infra*, capítulo 3.2.1).

Fato é que a Rec. CNJ nº 58/2019 surgiu nesse contexto para, nos termos de seu preâmbulo, recomendar “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”. Na ausência de normas legais sobre o tema, a Recomendação foi pioneira ao “privilegiar o uso da mediação extrajudicial, proibir mediação sobre classificação de créditos e prever mecanismos próprios para a indicação e qualificação de mediadores voltados a atuar nos processos de insolvência”.<sup>172</sup>

---

*falência e recuperação*: resolução de disputas na empresa em crise. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 55-63.

<sup>168</sup> STJ, Pedido de Tutela Provisória (TP) nº 1.049/RJ, 3ª T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. 09.11.2017, publicado em 13.11.2017.

<sup>169</sup> STJ, Recurso Especial (REsp) nº 1.692.985/SP, 3ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE.

<sup>170</sup> TJSP, processo nº 1092381-06.2020.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO.

<sup>171</sup> TJSP, processo n. 1119642-14.2018.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO.

<sup>172</sup> CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial*: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CERZETTI, Sheila C. Neder (coord.). *Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

A Rec. CNJ nº 58/2019 foi alterada em 20 de outubro de 2021, pela Rec. CNJ nº 112. A motivação para tanto, tratada no capítulo seguinte (*infra*, capítulo 1.2.3), foi a alteração da LREF pela Lei nº 14.112/2020, que positivou a mediação em processos de recuperação judicial. A Recomendação do CNJ, enquanto ato de hierarquia inferior à da lei, buscou adaptar-se à novel redação.

Extirpou-se, da redação da Rec. CNJ nº 58/2019, a previsão da mediação para pactuação acerca de consolidação substancial nos casos em que já houvesse consolidação processual (antigo inc. III do art. 2º), bem como foi eliminada a vedação à mediação para classificação dos créditos (antigo § 1º do art. 2º) – vedação que agora consta do art. 20-B, § 2º da LREF.

O antigo artigo 5º, também revogado, previa o incentivo à mediação em qualquer grau de jurisdição (inclusive nos Tribunais Superiores), e apontava que a mediação não implicaria a suspensão ou interrupção dos prazos da LREF, salvo deliberação em contrário. Não se tratou, contudo, de uma mudança no entendimento do CNJ: esta previsão, hoje, está contida no art. 20-A da LREF.

### **1.2.3. Lei nº 14.112/2020 e a positivação em lei: avanços e retrocessos**

Após quinze anos de vigência, a LREF foi alterada no final de 2020 por meio da Lei nº 14.112/2020. Após essa reforma, tornou-se frequente ouvir sobre uma “nova lei de falências”, ainda que a proposta tenha sido a de alterar o texto vigente, e não o substituir por outro diploma.

As mudanças ocorridas em 2020 foram diversas, muito mais amplas do que o objeto restrito deste trabalho. E, como sói acontecer nesses grandes empreendimentos legislativos, os profissionais e estudiosos do ramo passaram a debater sobre os avanços e retrocessos, sobre o desperdício de chances de aprimorar o ordenamento jurídico, e mesmo sobre novas possíveis antinomias.

De um lado, algumas novas medidas foram criticadas por conceder proteção em demasia ao devedor, fato que reavivou as discussões sobre o dualismo pendular do direito das empresas em crise. Assim, por exemplo, a abertura da possibilidade de requerimento de tutela de urgência pelo devedor para a suspensão das execuções por 60 dias para negociações, antes de realizar o pedido de recuperação judicial (art. 20-B, §1º), ou a positivação da suspensão das ações e execuções por período superior a 180 dias (art. 6º, §4º), também sem exigir contrapartida.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> Ver, sobre o tema: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. A reforma da Lei de Falências e o Curioso Caso de Benjamin Button. *Exame*, 10 dez. 2020.

No que se refere ao tema desta pesquisa, a novidade da Lei nº 14.112/2020 foi encartada na Seção II-A da LREF, que compreende os artigos 20-A a 20-D e trata “das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial”. As previsões constantes dessa Seção, todas elas inauguradas em sede legal com a reforma da LREF, contêm as redações transcritas a seguir.

Art. 20-A. 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.

Em grande parte, os novos artigos da LREF reproduzem (por vezes *ipsis litteris*) as disposições da Rec. CNJ nº 58/2019. É o caso, por exemplo, do artigo 20-A, que prevê o dever de estímulo à solução consensual de conflitos em todos os graus de jurisdição. Para além da disposição específica relacionada aos processos de recuperação judicial e falência, é norma que se relaciona intimamente com outros deveres genéricos de incentivo à mediação, como os §§ 2º e 3º do artigo 3º do CPC.<sup>174</sup>

O trecho final do artigo 20-A coloca, como regra, a não suspensão dos prazos previstos na LREF em decorrência da instauração de uma mediação – notadamente, prazos para apresentação do plano de recuperação, prazos para impugnação e habilitação de créditos, ou mesmo o prazo de suspensão das ações movidas contra a devedora (*stay period*). Na sequência, todavia, a lei permite a suspensão, desde que haja consenso entre as partes ou determinação judicial.

A previsão acerca da possível suspensão dos prazos tem lá sua utilidade no que se refere a possíveis discussões acerca da preclusão, nos casos em que não houver consenso ou determinação judicial suspendendo algo: não pode a devedora deixar de apresentar plano de recuperação judicial no prazo de 60 (sessenta) dias previsto no artigo 53 da LREF sob a alegação de que havia procedimento de mediação em curso. De outro lado, entretanto, a lei se mantém minudente ao deixar de disciplinar quaisquer limites ou orientações relacionadas à suspensão consensual ou *ope judicis*. Não fica claro, por exemplo, se o consenso precisa ser entre *todas as partes* ou se, em caso de maioria das partes, isso dependeria de quórum

---

Disponível em: <<https://exame.com/colunistas/opinio/a-reforma-da-lei-de-falencias-e-o-curioso-caso-de-benjamin-button/>>, acesso em 24 fev. 2023.

<sup>174</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 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”.

semelhante aos de aprovação do plano de recuperação. Também não se sabe se a suspensão consensual poderia contar também com a participação de terceiros, credores extraconcursais, e ensejar igualmente a suspensão de suas demandas movidas em face da devedora.

A falta de orientação legal nesse âmbito, todavia, não é necessariamente um ponto de preocupação. A mediação é orientada pela autonomia da vontade das partes (artigo 2º, V da Lei nº 13.140/2015), princípio cuja aplicação no processo judicial heterocompositivo vem sendo encorajada por doutrina desde os primórdios do CPC.<sup>175</sup> Considerando a disponibilidade dos direitos discutidos no bojo de uma recuperação judicial (em sua grande maioria creditórios),<sup>176</sup> bem como o resultado comumente obtido com a aprovação de planos de recuperação (longas moratórias, parcelamentos que se diluem ao longo de anos e mesmo décadas etc.), o amplo permissivo legal parece se coadunar com o espírito da LREF e da mediação, ambas em busca de uma solução eficiente e adequada a cada caso concreto.

Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:

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.

§ 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 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.

---

<sup>175</sup> Por todos: DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do novo CPC, vol. 1 (coord. geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-26.

<sup>176</sup> É preciso ter cautela com possíveis consequências sobre direitos indisponíveis (*infra*, capítulo 2.3), a exemplo do que são alguns direitos trabalhistas. A suspensão do processo de recuperação, acordada em procedimento de mediação, não pode ocorrer às custas da transação acerca de aspectos como a saúde e a segurança do trabalho.

§ 2º São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores.

§ 3º Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei.

O artigo 20-B, diferentemente do 20-A, é alvo de críticas e de ponderações mais aprofundadas. Seus incisos trazem objetos possíveis dos procedimentos de mediação, como as disputas entre sócios e acionistas da empresa devedora (inciso I), conflitos entre o Poder Público e devedoras que também sejam concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (inciso II), e para o caso de créditos extraconcursais contra recuperandas, apenas em contexto de calamidade pública, e apenas para permitir a continuidade de serviços essenciais (inciso III). O inciso IV, por sua vez, em que pese também trate do objeto “negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores”, tem como ponto principal o *momento* em que se admite a mediação ou conciliação: em caráter antecedente ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

O inciso I prevê duas hipóteses distintas de mediação (tanto incidental aos processos judiciais quanto em caráter pré-processual ou antecedente), sendo a primeira relativa às disputas societárias dos sócios ou acionistas da devedora, e a segunda referente a credores extraconcursais.

O primeiro caso guarda poucos desafios em relação à sua consolidação na prática ou mesmo a como a mediação deve se desenvolver, pois o uso de meios consensuais para resolver conflitos societários já é uma realidade mais antiga do que a mediação em recuperações judiciais, e é sabido que ele é benéfico inclusive para os terceiros que se relacionam com a empresa devedora.<sup>177</sup> No âmbito da recuperação judicial, no qual o devedor e seus administradores são, em regra, mantidos na condução da atividade empresarial (artigo 64 da LREF), sobreleva-se a importância de garantir uma gestão harmoniosa, e isso depende de uma solução eficiente das disputas que eventualmente surjam entre os sócios e acionistas.

---

<sup>177</sup> “[...] a utilização dos métodos consensuais é necessária para a manutenção da relação existente entre os sócios, entre estes e a sociedade, bem como entre esta e a comunidade com a qual ela se relaciona. A utilização de métodos como a negociação, a mediação e a conciliação possibilita a construção de um ambiente para a solução de conflitos que privilegia a autonomia e mitiga as disparidades entre as partes, evita a interferência desnecessária nos assuntos da sociedade e se atenta às externalidades que permeiam o conflito entre os sócios. A evolução da investigação permite sugerir, com base nesse contexto, que o processo societário deve privilegiar a construção de técnicas consensuais, que restabeleçam, com celeridade e eficiência, a atmosfera necessária à consagração do objeto de vincular os sócios, o que possivelmente ensejará o advento de repercussões altamente positivas sobre uma quantidade incalculável – em certas situações – de pessoas que poderiam ser prejudicadas com a disputa” (LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 157).

Na reforma da LREF em 2020, as possibilidades de recuperação judicial com a manutenção de sócios e administradores na gestão da devedora aumentaram, e é possível inclusive celebrar contratos de financiamento – trata-se do *debtor-in-possession financing (DIP Financing)*, importado da legislação norte-americana e incorporado nos artigos 69-A a 69-F da LREF.<sup>178</sup>

Já o segundo caso previsto no inciso I trata da mediação com credores extraconcursais, consagrando o permissivo amplo da LREF em termos de extensão subjetiva da mediação. Afinal, não parece haver motivo para alijar dos meios consensuais qualquer sujeito envolvido no contexto da crise da empresa, seja ele um credor extraconcursal ou submetido ao processo de recuperação.

O inciso II consiste em previsão específica acerca da solução consensual de conflitos com o Poder Público, notadamente quando a devedora é permissionária ou concessionária de serviço público. Trata-se de norma que segue uma onda, já não tão nova, de incentivo à solução consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública.<sup>179</sup> Desde a regulamentação ampla promovida pela Lei nº 13.140/2015 sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, passando pelo acordo de não persecução cível inaugurado pela reforma da Lei de Improbidade Administrativa (art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021)<sup>180</sup> e pelas normas de transação sobre créditos da Fazenda Pública, tributários ou não (Lei nº 13.988/2020), há um incentivo legal constante à solução amigável entre particulares e Poder Público.

A norma decorre também da experiência recente em casos midiáticos de recuperações judiciais envolvendo concessionárias de serviço público, como a Aeroportos Brasil,

---

<sup>178</sup> “A disponibilização de novos recursos financeiros é importante instrumento para viabilizar a manutenção da atividade empresarial e permitir aos empresários em recuperação judicial o planejamento e a implementação de reestruturação de seus débitos e a alocação mais eficiente dos diversos fatores de produção” (CIAMPOLINI NETO, Cesar; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O financiamento da empresa em recuperação judicial diante da reforma da lei de recuperação de empresas e falência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 779-801).

<sup>179</sup> “Depreendeu-se que o modelo de previsão da consensualidade no direito administrativo brasileiro é do tipo disperso, uma vez que a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) não possui permissivo genérico à atuação administrativa consensual, como se verifica nos sistemas italiano e espanhol. Os acordos administrativos encontram-se dispostos em variadas normas, adquirindo funcionalidades diversas conforme o setor a que estejam relacionados e o desenho que lhes seja conferido” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 303).

<sup>180</sup> “Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados”.

responsável pelo aeroporto de Viracopos em Campinas/SP.<sup>181</sup> A recuperação judicial foi encerrada em dezembro de 2020, mas, até o momento, não houve a relicitação do aeroporto, justamente por divergências apontadas pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) acerca do cálculo de indenização decorrente do contrato de concessão.

Vislumbra-se, portanto, um incentivo ao Poder Público para participar de procedimentos consensuais de solução de controvérsias – por meio de seus agentes competentes para tanto – com mitigação dos riscos da indisponibilidade do poder público, da improbidade administrativa, do dano ao erário, entre outros. A Administração Pública pode, sim, fazer uso da mediação, da arbitragem e de outros MASC.<sup>182</sup> Esse uso, todavia, precisa ser constantemente reforçado em leis específicas, como é o caso da LREF, para que se concretize na prática e atenuem o temor que o agente público tem de adotar medidas menos “tradicionais” para resolver disputas.<sup>183</sup>

O inciso III merece ser compreendido no contexto em que a LREF foi reformada, no fim de 2020: o mundo vivia a pandemia do coronavírus e foi preciso criar, em âmbito legislativo, medidas para combater as incertezas decorrentes desse cenário. Assim, por exemplo, foram a Lei nº 13.979/2020, que trouxe “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, e a Lei Complementar (LCp) nº 173/2020, que estabeleceu o “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2”. O inciso III segue a mesma linha desse arcabouço legal, preocupando-se com a manutenção das atividades (no caso, os serviços essenciais) que se viram prejudicadas pela pandemia.

A redação do inciso, contudo, pode trazer confusões em interpretações mais literais. A lei admite a mediação “na hipótese de haver créditos extraconcursais”, mas não diz expressamente – como deveria – que a mediação poderá se dar *com os credores extraconcursais*. Ademais, prevê essa hipótese apenas para a salvaguarda de serviços essenciais, alijando – talvez

---

<sup>181</sup> TJSP, processo n. 1019551-68.2018.8.26.0114, 8ª Vara Cível, Comarca de Campinas, juíza Dra. BRUNA MARCHESI E SILVA.

<sup>182</sup> Sobre arbitragem e Poder Público, ver: SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

<sup>183</sup> Sobre o tema, analisando o acordo de não-persecução cível inserido na reforma da lei de improbidade administrativa: “Parece que o legislador buscou ‘desenhar’ o óbvio: inseriu na LIA o consequencialismo já previsto em demais diplomas legais, especialmente no art. 20 da LINDB para que ele fosse de fato observado no manejo das ações de improbidade administrativa. Todavia, considerando que isso se deu em decorrência do alto grau de abstração de valores jurídicos presentes no texto desse diploma legal, a redação do seu artigo 17-C, inc. II, trazida pela Lei nº 14.230/21 foi, sem dúvida, uma medida necessária” (MARQUES, Laís Azevedo Barreto. *O advento da lei nº 14.230/21 e o consequencialismo inserido no art. 17-C, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa reformada: uma necessidade*. In: POZZO, Augusto Neves dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 273-287, p. 286-287).

indevidamente – outras empresas dessa possibilidade de resolver a controvérsia. E isso sem contar as potenciais discussões jurisprudenciais sobre o que se enquadraria como serviço essencial, ou mesmo sobre marcos temporais da recuperação judicial na vigência de uma calamidade pública (e se a calamidade pública se instaura após a aprovação do plano? E se ela já estava instalada há vários anos? E se os créditos extraconcursais são anteriores à calamidade pública?)

A interpretação que melhor parece se coadunar com os objetivos da LREF e com o que doutrina e experiência vinham defendendo em termos de mediação na recuperação judicial é aquela que privilegia a autonomia da vontade das partes, desde que respeitados os direitos e as condições iguais de todos os credores (*par conditio creditorum*). Dessa forma, o que o inciso III traz é uma hipótese excepcional, no contexto de uma calamidade pública, na qual é possível contar com credores extraconcursais na condição de mediados. Sob o prisma da técnica processual, a participação em mediação incidental não é condição suficiente para transformar o credor extraconcursal em *parte* na recuperação judicial, razão pela qual não há que se cogitar em sua submissão a *stay period* ou outro fenômeno qualquer do processo concursal.

O que se objetiva com a mediação com credores extraconcursais – que pode mesmo contar com credores submetidos à recuperação judicial nesta mesma mediação – é o consenso das partes envolvidas acerca de pontos que, ao fim e ao cabo, auxiliarão na recuperação da empresa: o credor extraconcursal não se submete ao *stay period*, mas pode se submeter a ele de forma voluntária, novando seu crédito e auxiliando na recuperação de uma empresa que pode ser um parceiro comercial estratégico, que pode ser essencial ao regular funcionamento daquele segmento de mercado,<sup>184</sup> entre outras tantas razões. Vale o reforço, inclusive, de que o permissivo do inciso III não impede a negociação (ou a mediação) entre devedora e credores extraconcursais em qualquer outro caso: afinal, na esmagadora maioria das vezes, o crédito extraconcursal será patrimonial e admitirá autocomposição. A devedora pode negociar uma novação dessas obrigações em razão do contexto de crise econômico-financeira, ainda que o credor extraconcursal não se submeta a esse procedimento.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> Ver, por exemplo, todo o contexto da crise econômica de 2008 e a expressão “*too big to fail*”, segundo a qual certas empresas seriam tão grandes e interrelacionadas com outros sujeitos do mercado que sua falência seria desastrosa para o próprio sistema econômico. O contexto também foi representado no filme “Grande demais para quebrar” (*Too big to fail*, Dir. Curtis Hanson, 2011). Embora a ideia seja utilizar a mediação também para casos menores do que a falência do banco Lehman Brothers, *mutatis mutandis*, os motivos que levaram o Tesouro estadunidense a intervir no sistema financeiro parecem se aplicar à espécie.

<sup>185</sup> Na hipótese de negociação ou mediação direta promovida pela devedora, o credor extraconcursal tem uma Melhor Alternativa Ao Acordo Negociado (BATNA, ou *best alternative to a negotiated agreement*) do que o credor que se submete à recuperação judicial. O credor extraconcursal tem mais alternativas caso não se sente à

O inciso IV, por fim, tem como aspecto positivo a inauguração, no direito positivo brasileiro, da previsão sobre mediações e conciliações antecedentes (ou pré-processuais) em relação aos processos de recuperação judicial, medida que até então tampouco era observada na prática.<sup>186</sup> Trata-se de nascedouro diverso das mediações incidentais, que já eram uma realidade (ainda que bastante jovem) e, com a reforma da LREF, ganharam novo incentivo. A mediação antecedente do inciso IV pode ser entendida como uma negociação prévia, em que pese a confusão de conceitos entre “negociar”, “conciliar” e “mediar”.<sup>187</sup>

De plano, é preciso reforçar que a previsão de mediações antecedentes no inciso IV não pode conduzir à interpretação *a contrario sensu* de que as mediações incidentais estariam vedadas pela LREF. Em primeiro lugar, porque tal postura contrariaria o próprio *caput* do artigo 20-B, que prevê mediações antecedentes e, também, incidentais. Ademais, toda a Seção II-A da LREF representa uma possibilidade a mais aos sujeitos envolvidos na controvérsia para resolverem as disputas de forma adequada; não é, dessa maneira, um conjunto de normas restritivo de direitos. Tais normas, portanto, não poderiam ser interpretadas de forma a restringir direitos indevidamente.

O § 1º do artigo 20-B se dirige exclusivamente à hipótese de mediação do inciso IV – a mediação antecedente com os credores da empresa devedora – e permite, uma vez atendidos os requisitos do artigo 305 e seguintes do CPC, a concessão de tutela de urgência cautelar, para *suspender as execuções* contra a devedora pelo prazo de até 60 (sessenta) dias.

A primeira confusão trazida por essa norma é a possibilidade de soma dos 60 (sessenta) dias de suspensão das execuções aí previstos com os 180 (cento e oitenta) dias de *stay period* previstos no artigo 6º, II e § 4º da LREF – este último, inclusive, podendo ser prorrogado por igual período em caráter excepcional. A interpretação sistemática da lei faz crer que se tratam de suspensões de natureza diversa, mesmo porque produzem efeitos em momentos diferentes: a suspensão do artigo 20-B, § 1º opera em caráter pré-processual, antes mesmo do protocolo de um pedido de recuperação judicial. Já o *stay period* surge a partir da decisão judicial que defere o processamento da recuperação.

---

mesa para negociar com a devedora, sendo a principal delas simplesmente prosseguir com um processo de execução. Entretanto, um BATNA atrativo não significa a inexistência de zonas de acordo possível (ZOPA). Sobre os conceitos de BATNA, ZOPA e outros, ver: GABBAY, Daniela, FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 19-44.

<sup>186</sup> CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005*. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CERZETTI, Sheila C. Neder (coord.). *Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 24.

<sup>187</sup> Apontando essa confusão: ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel de; GUERRERO, Luis Fernando. *O novo instituto da negociação prévia*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 339-358.

Lado outro, na hipótese de a recuperação judicial ser deferida enquanto vigora a suspensão das execuções do artigo 20-B, § 1º, o prazo do *stay period* deve começar a correr imediatamente, deduzindo-se dele o tempo que já se houver passado. Trata-se de leitura conjunta do § 1º do artigo 20-B com o § 3º: quando efetivamente houver pedido de recuperação, inclusive extrajudicial, a suspensão prevista no § 1º será deduzida do *stay period*.

Interpretação diversa da acima conduziria a condutas manifestamente protelatórias da devedora, que visaria exclusivamente a um prazo maior – de duzentos e quarenta dias – de suspensão das execuções. Afinal, em boa lógica, uma empresa em crise econômico-financeira que possui contra si uma diversidade de processos de execução preenche com facilidade os requisitos necessários à concessão de tutela de urgência nos moldes do CPC, notadamente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). A plausibilidade de suas alegações, da mesma forma, fundar-se-á na existência da crise econômico-financeira, na intenção de acomodar os interesses em jogo de maneira adequada (bastante factível, uma vez que a má-fé não se presume) e no permissivo legal, que agora consta da LREF.

Para além da contagem dos prazos de suspensão das execuções contra a devedora, vale ressaltar que a LREF não afirma categoricamente que a suspensão operará em *todos* os processos executivos. Ao fazer remissão aos procedimentos de tutela provisória previstos no Código de Processo Civil, a LREF se submete àquelas normas processuais, donde decorre concluir que os sujeitos inseridos no polo passivo – os credores que terão suas execuções suspensas – serão tão somente aqueles indicados pela devedora em sua petição inicial.

Como se trata de hipótese que antecede o deferimento do processamento da recuperação judicial, ainda não há que se falar em procedimentos de habilitação de crédito ou consolidação do Quadro Geral de Credores pelo administrador judicial. É razoável assumir, em razão disso, que alguns credores serão esquecidos pela devedora em sua petição inicial, muitas vezes por legítimo desconhecimento da existência da dívida.

Ocorre que a regra prevista pelo artigo 305 do CPC, referenciado pela LREF, prevê a citação dos réus para contestarem o pedido de tutela cautelar em 5 (cinco) dias. E mesmo na hipótese da concessão de tutela provisória em caráter liminar (conforme o artigo 303 do CPC, ao qual o parágrafo único do artigo 305 remete), o réu será citado para contestar o pedido após a decisão judicial sobre ele.

Na recuperação judicial é possível a suspensão das execuções contra o devedor, mas apenas daquelas submetidas ao processo de recuperação: esses credores, prejudicados pela suspensão, ingressarão na recuperação judicial na condição de partes. Já no procedimento trazido pelo artigo 20-B, § 1º, não há a mesma previsão de litisconsórcio necessário e sequer

procedimento para garantir sua efetivação. Não se pode suspender a execução de um credor que não é parte e, dessa forma, a suspensão do artigo 20-B, § 1º deve atingir apenas os credores que sejam indicados na petição inicial da devedora.

Por fim, vale um comentário sobre a parte final do § 1º, que prevê apenas a mediação *judicial*, instaurada perante o CEJUSC do tribunal competente. A LREF não dialoga com outras arenas possíveis da mediação, como as Câmaras especializadas, ou mesmo as mediações *ad hoc* conduzidas por mediadores independentes. Disso decorre indagar se seria possível realizar a mediação prevista no inciso IV do artigo 20-B, em caráter antecedente, em seara outra que não o CEJUSC.

Em primeiro lugar, é importante frisar que a mediação *ad hoc* e a mediação institucional não são vedadas pela LREF, e a experiência demonstra que elas são uma realidade nas recuperações judiciais (*infra*, capítulo 3). Para a hipótese específica da tutela de urgência (a suspensão das execuções contra a devedora), contudo, há de se convir que ela é uma norma que restringe os direitos dos credores. Dessa forma, como norma restritiva de direitos, exige interpretação que não amplifique a restrição. A praxe da jurisprudência certamente ainda se encarregará de tal questão, mas é mais prudente, neste momento, concluir que não se pode causar prejuízo aos credores que, eventualmente não façam parte da mediação antecedente.

De um lado, a interpretação segundo a qual a suspensão das execuções só é possível quando a mediação for instaurada em CEJUSC não impede que a devedora negocie, em grupo ou individualmente, a suspensão convencional das execuções nos termos do artigo 313, II, c/c artigo 921, I, ambos do Código de Processo Civil. Em boa lógica, se o credor concorda em se submeter a um procedimento de mediação, provavelmente concordará com a suspensão da execução.

De outro lado, a suspensão prevista no § 1º é decorrente de tutela jurisdicional, e não de convenção das partes.<sup>188</sup> É importante, em razão disso, que o juiz tenha um contato maior com o desenrolar da mediação – resguardada sua confidencialidade – para, se o caso, revogar a tutela de urgência antes concedida, e permitir que os prazos das execuções tornem a fluir.

---

<sup>188</sup> “Assim, quando no Poder Judiciário nega-se uma medida, não se pode ver apenas a ‘não interferência’ como sendo algo positivo. ‘Não conceder uma medida’ é conceder tutela jurisdicional a uma das partes, do mesmo modo que ‘conceder’, desloca-se apenas o beneficiário. Quando um juiz nega uma tutela imediata, rigorosamente concede tutela (de não invasividade imediata) à parte contrária. Portanto, não há rigorosamente a figura da ‘não interferência’. Realizado um pedido, concedido ou denegado, há interferência. O que pode não ocorrer é a *alteração da fruição de uma titulação jurídica*, no caso de denegação” (FERREIRA, William Santos. *O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo* – perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de *et al.* (coord.). *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 535-552, grifos do original).

O § 2º do artigo 20-B veda as conciliações e mediações sobre natureza jurídica e classificação de crédito, bem como sobre critérios de votação em AGC. A reforma da LREF, inclusive, revogou a posição anterior, constante da Rec. CNJ nº 58/2019, que permitia esse objeto. A justificativa, todavia, não é obscura: trata-se de medida que resguarda princípios importantes da recuperação judicial, pois o ato de reclassificação dos créditos “poderia ser utilizado para burlar o concurso de credores reclassificando créditos conforme o interesse e conveniência das recuperandas e ferindo o *par conditio creditorum*”.<sup>189</sup>

Ao discorrer sobre a aplicação, no processo de recuperação brasileiro, de princípios extraíveis de outros ordenamentos jurídicos como o *best interest of creditors*, o *unfair discrimination* e o *fair and equitable*, RONALDO VASCONCELOS aponta que somente por meio de sua aplicação e sopesamento poderá o juiz confirmar a aprovação do plano de recuperação que efetivamente obtenha a comunhão de interesses necessária à recuperação da empresa.<sup>190</sup> Esses conceitos jurídicos indeterminados também podem ser interpretados dentro do princípio “guarda-chuva” já mais comum ao direito brasileiro, o *par conditio creditorum*. Segundo este, os credores são tratados com igualdade (isonomia) dentro da classe que integram, e tais classes são definidas pelo legislador a partir da natureza de cada crédito, não por preferências pessoais ou outros aspectos de excessivo subjetivismo.<sup>191</sup> Ainda que se possa advogar pelo excepcional afastamento desse princípio quando em conflito com o interesse público e social reservado à recuperação da empresa,<sup>192</sup> acredita-se que a mediação auxilia na construção do consenso sem precisar de tais medidas drásticas (*infra*, capítulos 1.3.4 e 2.3).

---

<sup>189</sup> COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, p. 96.

<sup>190</sup> Para tanto, o autor enumera alguns requisitos para a aprovação do plano à luz dos princípios citados: “(i) todos os credores das classes que o aprovaram receberem na recuperação valor igual ou superior ao que receberiam em caso de falência (*best-interest-of-creditors*), bem como não se verifique qualquer discriminação entre credores integrantes da mesma classe ou com créditos da mesma natureza, (ii) seja nas relações horizontais estabelecidas dentro da própria classe de credores (*unfair discrimination*), (iii) seja nas relações estabelecidas entre as diversas classes (*fair and equitable*)” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 101-102).

<sup>191</sup> “O tratamento privilegiado de certos credores, obviamente, não pode basear-se em aspectos pessoais, mas sim em critérios abstratos ligados à natureza dos créditos, sob pena de expressa violação da *par conditio creditorum*. Daí porque a natureza dos créditos não se altera em função da declaração da falência, ou mesmo da sua classificação. O que muda é a forma de exercício dos direitos decorrentes do crédito. A diferenciação de tratamento através dos privilégios tem sua razão de ser na necessidade de se prover o equilíbrio dos interesses em jogo no procedimento concursal” (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. *Comentários ao art. 83*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 356).

<sup>192</sup> Ver, exemplarmente: VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 130-141; MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, vol. 36, p. 194-199, 2007.

Para além das críticas ao que consta dos incisos do artigo 20-B, há também os problemas sobre o que não está escrito na lei. Aqui, com preponderância, destaca-se a ausência de referência ao uso da mediação para facilitar e viabilizar a negociação do plano de recuperação judicial.<sup>193</sup> Trata-se de um aparente contrassenso entre o que a lei prevê (ou, melhor dizendo, deixa de prever) e o que parece fazer mais sentido no que se refere ao atingimento dos objetivos da recuperação judicial com o auxílio da mediação. A elaboração de um plano de recuperação mais consentâneo com todos os interesses em jogo é não apenas o cerne de todo o processo concursal, como também o escopo mais produtivo de uma mediação incidental (*infra*, capítulos 1.3.4 e 2.3).

Art. 20-C. O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei.

Parágrafo único. Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção.

O *caput* do artigo 20-C prevê a necessidade de homologação judicial do acordo de mediação celebrado “com fundamento nesta Seção”. De um lado, a medida pode ser criticada, uma vez que conflita diretamente com o artigo 3º, § 2º<sup>194</sup> e com o artigo 28, parágrafo único,<sup>195</sup> ambos da Lei nº 13.140/2015. Afinal, se se trata de um procedimento voluntário que versa sobre direitos disponíveis e envolve partes capazes, a homologação judicial deveria ser apenas uma faculdade das partes para conferir maior segurança jurídica ao acordo.

---

<sup>193</sup> “Se o modelo adotado na legislação brasileira é o de superação da crise por meio da negociação coletiva, entre devedor e os credores, e o resultado dessa negociação é formalizado em um plano de recuperação que trata de direitos disponíveis, é de se estranhar que o art. 20-B da Lei 11.101/2005 não se refira à utilização como instrumento adequado para que se construa a várias mãos o plano de recuperação” (OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. *Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial*. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, ano XLI, n. 150, jun. 2021, p. 208). No mesmo sentido: CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005*. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). *Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 24; ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. *A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381.

<sup>194</sup> “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. [...] § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

<sup>195</sup> “Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo”.

Apesar do conflito com a Lei de Mediação, a necessidade de homologação do acordo decorre, antes de tudo, da atenção ao tratamento isonômico dos credores (*par conditio creditorum*), pois um acordo não poderia beneficiar um determinado credor em detrimento de outros de mesma classe. Disso exsurge não apenas a segurança jurídica para as partes do acordo, mas também um poder-dever do juiz de controlar a legalidade dos termos desse acordo, sua consonância com as disposições da LREF e sua viabilidade ante as outras normas cogentes que regem a recuperação de empresas (*infra*, capítulo 2.1.1).<sup>196</sup>

Da mesma forma, vale lembrar que o artigo 20-C faz menção ao artigo 3º da LREF, que prevê a competência do juízo para homologação de planos de recuperação extrajudicial. A recuperação judicial é de homologação facultativa apenas quando há a adesão de todos os credores. Quando a adesão for superior a três quintos dos créditos abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial, mas não for unânime, passa-se a tratar de homologação necessária, nos termos do artigo 163 da LREF.<sup>197</sup> Necessária, nesse caso, porque vincula inclusive os credores dissidentes, desde que titulares de créditos da mesma espécie que a abrangida pelo plano de recuperação.<sup>198</sup>

Se o acordo obtido em mediação antecedente não contou com a participação de todos os credores, surge o dever de, uma vez homologado judicialmente, conferir tratamento isonômico aos demais, sob pena de ofensa ao *par conditio creditorum*.

Art. 20-D. As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.

Por fim, o artigo 20-D traz a possibilidade de realização de conciliações e mediações virtuais. É uma permissão bastante lógica, principalmente ao se considerar os avanços recentes em decorrência da pandemia do coronavírus como o teletrabalho, as sessões de julgamento

---

<sup>196</sup> Nesse sentido: ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. *A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381, p. 373-375; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 257-260.

<sup>197</sup> “Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial”.

<sup>198</sup> “É conveniente lembrar que o devedor pode incluir, no plano de recuperação extrajudicial, uma ou mais espécies de créditos, e não a totalidade dos créditos sujeitos à recuperação mencionada. Assim, quando o art. 163 declara ser homologável o plano de recuperação que obtenha aprovação de três quintos, de cada espécie de créditos, por ele abrangidos, refere-se, obviamente, às espécies de créditos incluídas no plano. À guisa de explicação: se o plano só inclui créditos quirografários, faz-se necessária a obtenção de *três quintos* dos respectivos titulares” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 377-378).

virtuais, as audiências e despachos por videoconferência, entre outros. Da mesma forma, sua ressalva (as sessões só poderão ser virtuais se houver estrutura para tanto) é um antecedente lógico, e parece despiendo que conste da redação da lei.

No que se refere à mediação, contudo, o fato de se permitir a sessão *online* dá azo a outras tantas possibilidades, inclusive no que se refere ao paralelo com a *online dispute resolution* (“ODR”), assim entendida como um conjunto de técnicas *online* de solução de conflitos que surgiu na década de 1990 para, eminentemente, resolver disputas relacionadas ao comércio eletrônico.<sup>199</sup>

A ODR surgiu para resolver problemas consumeristas de pouca complexidade – o caso paradigmático é o do site eBay –, mas hoje ela também é utilizada em uma variedade de disputas, inclusive em relação a órgãos governamentais.<sup>200</sup> Sobre a relação da ODR com os MAS em sua acepção “tradicional”, já se teve oportunidade de comentar:

Há que se notar que os meios alternativos de solução de controvérsias visam, simultaneamente, a proporcionar melhoras quantitativas (voltadas à eficiência do procedimento) e qualitativas na solução de disputas, bem como ampliar a participação das partes em conflito. Já a ODR, contudo, parece ser mais voltada ao primeiro e ao terceiro objetivos, prescindindo em parte das melhoras qualitativas no processo. Falhando no escopo de buscar melhoras qualitativas no procedimento, a ODR falharia no objetivo máximo de toda a lógica do sistema multiportas, que é a busca pelo acesso à justiça – entendido, como leciona Kazuo Watanabe, como acesso à ordem jurídica justa.

Os argumentos acima serviriam, teoricamente, para afastar a ODR da lógica do sistema multiportas e do desenvolvimento dos meios alternativos. Contudo, a tese não pode prosperar.

A uma, o aparente distanciamento do acesso à ordem jurídica justa é problema comum a todos os meios de solução de conflitos – inclusive o judicial. Principalmente no que tange aos meios consensuais, já houve severas críticas nesse sentido, porquanto a solução não adjudicatória privaria a sociedade da oportunidade que o Poder Judiciário tem de conferir racionalidade ao direito.

A duas, a afirmação de que ODR não se volta ao aprimoramento da *qualidade* na solução dos conflitos pode (e deve) ser questionada quando fundada tão somente em experiências pessoais. Pode haver alguém que atue na mesma área e tenha impressões diversas.

A três, e principalmente, a ODR surge para *complementar* os meios alternativos, proporcionando *técnicas* e *ferramentas* que podem (ou não) ser usadas pelas partes e pelos terceiros neutros. Afinal, o processo eletrônico não mudou a natureza do processo; a aula por *Skype* não mudou a natureza do serviço prestado; o aplicativo que entrega refeições não mudou a natureza ou o sabor da comida antes retirada no *drive-thru* do estabelecimento.

ODR abrange duplicatas *online* dos meios alternativos clássicos, como a mediação *online*. Ela abrange, também, pequenas técnicas e ferramentas derivadas da tecnologia

---

<sup>199</sup> KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *Shout Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016.

<sup>200</sup> “Growth of ODR was evidenced in the development and adoption of ODR in new settings such as government agencies, the EU regulatory framework and international bodies, extending beyond the more predictable milieu of private online entities” (RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 1, n. 1, p. 5-36, 2014).

da informação, como uma simples videoconferência ou uma intimação por *WhatsApp*. E ela pode abranger também um conjunto de técnicas inéditas, destinadas à resolução de um conflito determinado e específico, e que podem se assemelhar pouco ou quase nada com a dinâmica de um procedimento de mediação ou conciliação tradicional.<sup>201</sup>

No âmbito da recuperação judicial, o uso das técnicas de ODR em complemento à mediação clássica pode contribuir para o atingimento dos escopos do processo (enumerados no artigo 47 da LREF). Assim, por exemplo, o mapeamento de interesses mediante aplicação de mecanismo de *blind bidding*, o uso da inteligência artificial para identificar interesses comuns e zonas de acordo possíveis (ZOPA), a superação dos distanciamentos geográficos das partes envolvidas no conflito, ou mesmo a abertura de canais *online* de negociação com grupos específicos de credores.<sup>202</sup>

O artigo 20-D, conquanto simples, não pode ser interpretado sem a profundidade que as técnicas *online* de solução de conflitos exigem. Por certo, a redação legal trata da mera faculdade de realizar a sessão de mediação em ambiente virtual (videoconferência), para tão somente prescindir do deslocamento de todos os participantes a um único local. De outro lado, entretanto, a lei também abarca – ou, quando menos, levanta essa oportunidade a quem for aplicá-la no caso concreto – arranjos mais customizados e complexos, sempre destinados a proporcionar uma mediação ou conciliação que adequadamente contribua com a elaboração do plano de recuperação judicial.

#### **1.2.4. Os desafios já e ainda presentes**

O advento da reforma da LREF trouxe consigo a positivação da mediação, antecedente ou incidental, como mecanismo ancilar à recuperação judicial, destinando-se a contribuir para a melhor acomodação de todos os interesses desse multifacetado conflito. *Pari passu*, a experiência no direito brasileiro contou com casos paradigmáticos mesmo antes da alteração legislativa – por excelência, o caso Saraiva destrinchado no capítulo 3.2.1.

Apesar dos avanços, seria leviano deixar de reconhecer que ainda há desafios a serem superados para que a mediação em recuperações judiciais seja usada de forma eficiente, ou mesmo que seja aceita sem grandes resistências pela comunidade jurídica. Na sequência,

---

<sup>201</sup> CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. *Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente*. In: WOLKART, Erik Navarro et al. (coord.). *Direito, processo e tecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 621-637, destaques do original.

<sup>202</sup> Esta última alternativa foi adotada na recuperação judicial do Grupo Oi: abriu-se um site destinado à composição entre credores e devedoras para a definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com incidentes de habilitação e impugnação de crédito. Ver: <[www.credor.oi.com.br](http://www.credor.oi.com.br)>, acesso em 28.03.2023.

apresentam-se dois aspectos – já sugeridos em oportunidade anterior<sup>203</sup> – que, acredita-se, são da maior importância no que se refere ao aprimoramento e à consolidação da mediação como um meio de solução de conflitos adequado e eficiente para a recuperação de empresas.

#### 1.2.4.1. Desconhecimento e despreparo da comunidade jurídica

O primeiro desafio para que a mediação se consolide no âmbito da recuperação judicial – mas que também se faz presente em outros tantos ramos do direito – é a descrença da própria comunidade jurídica nos meios alternativos de solução de controvérsias. A lacônica formação dos profissionais do direito no Brasil (que apenas recentemente tem dado sinais de mudança, mas ainda insuficientes) é voltada a uma concepção adversarial do processo, a uma errônea visão de que a solução adjudicada seria mais forte, mais segura, mais legítima ou mesmo mais “nobre” do que um acordo celebrado pelas partes em conflito, que alcançaram a decisão como protagonistas desse processo. E essa mentalidade já é denunciada há tempos, principalmente por KAZUO WATANABE:

[a] mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados.<sup>204</sup>

Não por outra razão, a mudança dessa mentalidade deve começar já nos bancos de graduação, com alterações na estrutura curricular dos cursos de direito que passe a privilegiar a solução *adequada* de conflitos, e não a primazia dos mecanismos heterocompositivos.<sup>205</sup>

As recentes novidades legislativas, como o CPC de 2015, a Lei de Mediação – e, antes disso, a Res. CNJ nº 125/2010 – entre outras, não são suficientes para transformar os MASC em uma realidade. É preciso que haja uma prática consolidada desses mecanismos, fundada em experiências passadas, ensinamentos doutrinários, entendimentos jurisprudenciais, todos em

---

<sup>203</sup> Ver: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019.

<sup>204</sup> 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. p. 684-690.

<sup>205</sup> Ver, por todos: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 92 ss.

conjunto com a lei. Sem essa prática, todavia, as previsões legais se tornam letra morta. Daí surge a importância dos diversos operadores do direito nessa seara.<sup>206</sup>

Aos advogados, cabe o exame prévio do conflito, a fim de identificar a solução mais adequada em tese. E, uma vez escolhida essa solução, incumbe-lhe a orientação de seu cliente, que será tão mais produtiva quanto maior for o domínio e o contato que o advogado tem com o meio consensual.<sup>207</sup> Aos juízes, cabe o estímulo ao uso dos meios consensuais – observável em diversas normas, como o artigo 3º, § 2º do CPC – e, também, um papel de controle dos acordos celebrados pelas partes, mas no âmbito de processos judiciais ou cuja homologação ulterior deverá ocorrer. Não que o magistrado deva se imiscuir nos termos de uma transação entre as partes (principalmente se maiores e capazes), mas deve, sim, zelar pela observância de regras e princípios gerais do direito processual como o contraditório e a isonomia.<sup>208</sup>

A mudança cultural que ainda precisa ser plenamente verificada no direito brasileiro se desdobra em dois diferentes problemas a serem enfrentados. De um lado, o *desconhecimento* sobre os meios adequados de solução de conflitos. De outro, o *despreparo* para lidar com esses meios, extremamente diversos do método judicial e adjudicatório de resolução de disputas. Não é sem motivo, então, que o próprio Poder Judiciário venha se adaptando e estimulando a formação de mediadores e conciliadores.<sup>209</sup>

O desconhecimento aludido no excerto acima se relaciona com a deficiência dos cursos jurídicos, que não oferecem oportunidades para um aprendizado efetivo sobre os MASC. Mesmo com mudanças recentes, na grade curricular e em atividades de pesquisa e extensão,<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> “Caberá aos advogados uma mudança de cultura, uma transformação, aceitando as novas formas de solução de conflitos e valorizando a cidadania. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário o desafio de criar e implementar os Núcleos e os Centros de Conciliação, assim como estimular e disseminar o uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, como a mediação. Os mediadores e conciliadores deverão ter capacitação e treinamento adequado para participar das sessões, sob pena de não se alcançar a qualidade e o objetivo do trabalho” (AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. *Mediação no novo CPC: avanços e desafios*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 51, p. 461-478, out./dez. 2016).

<sup>207</sup> Nesse sentido: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 87-88; SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 311.

<sup>208</sup> Nesse sentido: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 88-90; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 257-260.

<sup>209</sup> VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. *Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira*. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019, grifos do original.

<sup>210</sup> Ver, por exemplo, a iniciativa do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC), atividade de extensão vinculada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que tem como objetivo a realização de atividades extracurriculares e de caráter prático acerca de

ainda há uma grande dificuldade em incluir, sem estranhamento, o ensino dos meios consensuais em um contexto tão voltado a concepções adversariais e a técnicas adjudicatórias de solução de litígios.

Há, evidentemente, um caráter pedagógico mesmo nas iniciativas que não se relacionam com o ensino do direito. A audiência prévia de conciliação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil, por exemplo, proporciona a muitos sujeitos processuais um primeiro contato com os mecanismos consensuais, donde pode surgir o interesse em utilizá-los também em oportunidades futuras.<sup>211</sup> Apesar disso, os objetivos por trás dessa política pública de tratamento de conflitos parte da concepção já apontada acima (*supra*, item 1.1.1): os MASC são vistos como corredouro de demandas, cujo objetivo principal é o desafogamento do Poder Judiciário, e não a abertura de uma via adequada e eficiente à solução de uma disputa.<sup>212</sup>

No objeto deste trabalho, mais claro ainda é o desconhecimento da mediação – e dos meios consensuais como um todo – como forma viável de se proporcionar a recuperação das empresas em crise.

A uma, a própria recuperação judicial (que é, eminentemente, um procedimento negocial) é recente: trata-se de processo inaugurado em 2005 e que só agora vem atingindo sua “maioridade”. Até então, o que se havia como alternativas à crise da empresa eram a falência e a concordata, ambos característicos de um sistema liquidatório-solutório.<sup>213</sup> Buscar um acordo entre devedora e credores para a manutenção das unidades produtivas, portanto, já é novidade sobre a qual muito ainda há de se estudar.

A inserção da mediação na lógica da recuperação judicial traz dificuldades adicionais, mormente pela confusão conceitual e de objetivos – trazida com o desconhecimento da comunidade jurídica – entre a *negociação* que se desenrola em AGC e a *mediação*, antecedente ou incidental, que tem papel ancilar àquela (*infra*, capítulo 1.3.4). E mais: trata-se de dificuldade encontrada inclusive nos Estados Unidos da América, no qual o uso de mediação judicial na recuperação de empresas já é realidade há muito mais tempo do que no Brasil, mas onde

---

negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Sobre o tema: SALLES, Carlos Alberto de *et al.* A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC). *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 6, n. 1, p. 67-94, jan./jun. 2010.

<sup>211</sup> Já se anotou que normas, como a do art. 334 do novo Código de Processo Civil, que *obrigam* as partes a participarem de um meio consensual (ou, ao menos, terem uma oportunidade de seguir por este caminho), levam em consideração “que parte da sociedade civil desconhece tal prática alternativa de resolução de conflitos, baseada principalmente nos princípios de comunicação” (AVILA, Eliedite Mattos. *Mediação familiar: mitos, realidades e desafios*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 35, p. 97-114, jul./set. 2008).

<sup>212</sup> Nesse sentido: ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 122.

<sup>213</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 48.

também se constata a necessidade de treinar e preparar advogados, juízes e outros profissionais para que a prática da mediação se dê da melhor maneira possível.<sup>214</sup>

Um primeiro passo, e que o sistema jurídico brasileiro dá lentamente, é a formação de juízes, mediadores e conciliadores de maneira ampla: é o caso dos CEJUSC, dos cursos de capacitação de mediadores judiciais, dentre outras iniciativas no mais das vezes trazidas pelo CNJ.<sup>215</sup> No que se refere à capacitação para casos de recuperação judicial, todavia, o que existe é apenas algumas normas de incentivo (como a Rec. CNJ nº 58/2019), mas não um ensino prático sobre como trabalhar em casos que tais. É a ausência dessa perspectiva prática nas políticas públicas de tratamento adequado de conflitos que perpetua o *despreparo* da comunidade jurídica para lidar com os MASC na recuperação judicial.<sup>216</sup>

Esse despreparo também é oriundo da concepção adversarial do processo, ainda em voga tanto no Brasil quanto nos já mencionados Estados Unidos da América.<sup>217</sup> Não bastam, como já dito, as normas gerais de permissão e incentivo à mediação. É importante saber que pode ser feito, mas, mais ainda, saber *como* fazer. De alguma fonte – lei, doutrina, usos e costumes ou outra qualquer – é preciso surgir um motor que, a um só tempo, ensine a aplicar a mediação em processos de recuperação judicial e, com isso, altere a mentalidade dos operadores do direito, demonstrando a adequação e a eficiência dos MASC.<sup>218</sup>

---

<sup>214</sup> “The use of ADR in bankruptcy cases, while firmly established in concept across the nation, has been realized in a minority of jurisdictions. Mediation training of judges, lawyers and professionals of other disciplines, together with the continued development of ADR programs, is necessary to achieve the vision of a judicial system in which both adjudicative and non-adjudicative, or negotiative, dispute resolution services are available to all parties in all cases” (ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. *University of Massachusetts Law Review*, Dartmouth, vol. 4, n. 1, jan. 2009).

<sup>215</sup> ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p., p. 65-68.

<sup>216</sup> “[...] even if the laws and standards governing ADR in bankruptcy were clear, a variety of other practical considerations limit the use of ADR in bankruptcy. Many bankruptcy courts have no experience or only limited experience with ADR; there is no comprehensive, national, formal ADR training for bankruptcy judges; the Bankruptcy Code and Bankruptcy Rules contain no express ADR provisions and no provisions for mandatory ADR; and there is no comprehensive, national program for establishing panels of trained bankruptcy-specific mediators who are available to accept assignments in bankruptcy cases” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. First report of the select advisory committee on business reorganization. *The Business Lawyer*, vol. 57, n. 1, p. 163-244, nov. 2001).

<sup>217</sup> “Immersed in the adversary system as we are, it is easy to forget that although the adversarial system ensures legal resolution of disputes, its confrontational nature may not allow parties to resolve their underlying differences and often leaves their relationships permanently scarred” (MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. *South Carolina Law Review*, Columbia, vol. 46, p. 1259-1328, 1995).

<sup>218</sup> “The principle that reform must be built from the bottom up supports the current practice of creating mediation programs on a district-by-district basis. Competing against the policy of ‘bottom up’ reform is the desirability of uniform rules that is not well-served by a patchwork of bankruptcy mediation programs. Therefore, it may be appropriate to devise national rules that identify minimum standards for mediation programs and that

#### 1.2.4.2. Ausência de normatização expressa

Como visto acima (*supra*, item 1.2.3), a reforma na LREF fez com que a mediação fosse prevista expressamente como um mecanismo de uso possível no âmbito dos processos de recuperação judicial, seja de forma antecedente ou incidental. Os quatro artigos inseridos na LREF, entretanto, não parecem suficientes para sanar todas as dúvidas acerca de como utilizar esse meio de solução de controvérsias. Não fica claro, com a leitura dos dispositivos, quais se destinam exclusivamente à mediação judicial conduzida nos CEJUSC e quais se dirigem também àquelas mediações conduzidas por um mediador *ad hoc*, fora da estrutura do Judiciário, seja ele indicado por juiz, pelo administrador judicial ou por alguma das partes. Também não se sabe quais trechos tratam da mediação antecedente e quais da mediação incidental. E principalmente, as normas pouco dizem acerca de aspectos práticos do procedimento de mediação: como eleger o mediador, quais os marcos temporais importantes para o início e o fim da mediação, ou mesmo como dividir os custos no caso de discordância entre os mediados.

Obviamente, não se quer advogar pela regulação minudente, em sede legislativa, das mediações antecedente e incidentais a processos de recuperação judicial. Engessar os MASC de tal forma vai contra aspectos dos mais essenciais da solução consensual de conflitos, como a flexibilidade do procedimento e a autonomia da vontade das partes.<sup>219</sup> Ademais, contraria mesmo as disposições do CPC que privilegiam essa flexibilização, como seu artigo 190.<sup>220</sup>

De outro lado, é fato que a mediação em recuperações judiciais passa longe de ter um procedimento tão bem definido como as demandas regidas pelo CPC ou por legislação esparsa. Essa indefinição, conquanto deva existir, representa um desafio à implementação da mediação porque, somada ao despreparo da comunidade jurídica, representa riscos relativos à segurança jurídica dos mediados e à própria legitimidade do procedimento.<sup>221</sup>

---

*resolve some of the quandries. [...] Rule-making efforts by the Supreme Court that would foster the continuing development of alternative dispute resolution methods in bankruptcy should be encouraged, yet restrained by the cornerstone principle of 'bottom up' reform"* (LOMAX, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. *American bankruptcy law journal*, Denver, vol. 68, p. 55-90, 1994).

<sup>219</sup> Ver, por todos: GABBAY, Daniela Monteiro, FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

<sup>220</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018; DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do novo CPC, vol. 1 (coord. geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-26.

<sup>221</sup> Essa indefinição acerca do *iter* de uma mediação pode ensejar a falta de legitimidade do procedimento (ao menos àqueles que o desconhecem), uma vez que ele não estará previamente diferenciado de outros, ou complexo o suficiente para justificar seu uso: "Todas as características sistemáticas dum procedimento, que

A previsão da mediação na LREF dá um passo importante, que é evitar a recalcitrância dos agentes que entendiam não ser possível sua utilização.<sup>222</sup> Afinal, em um país de sistema jurídico de raiz romano-germânica, se a lei permite, não há mais o que se discutir (exceto, em casos que não o presente, uma eventual inconstitucionalidade).<sup>223</sup>

Mesmo antes, já era possível defender a possibilidade de utilização da mediação em processos de recuperação de empresas: é do que se tratou acima (*supra*, item 1.2.1) sobre a compatibilidade em tese desses dois universos antes tão longínquos. Para esses casos, valia a lógica de que se a lei não proíbe, é porque ela permite.<sup>224</sup>

Ocorre que, com uma previsão em lei tão lacônica como a adotada pela LREF, é previsível que surjam dúvidas na aplicação prática do quanto lá regulado. Daí exsurge mais um problema, pois é uma “consequência do despreparo mencionado no item anterior que a prática na recuperação judicial aponte para uma reprodução mecânica dos artigos de lei, sem a procura de soluções mais adequadas às especificidades de certos casos concretos”.<sup>225</sup>

---

anteriormente apresentamos em teoria, têm de cooperar para atingir este resultado: o procedimento tem de ser diferenciado por meio de normas jurídicas específicas da organização e por meio duma separação de papéis socialmente institucionalizada, como um sistema especial de ação; tem de adquirir uma certa autonomia graças à ligação com as normas jurídicas para se poder individualizar, por duma história própria; tem de ser suficientemente complexo para poder submeter ao debate os seus conflitos e poder deixar na incerteza, durante algum tempo, as soluções desses conflitos. Só assim, pode mobilizar motivos junto dos interessados para colaborarem em papéis caracterizados pela tendência para fixação e delimitação” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980, p. 140).

<sup>222</sup> “Although the authority of bankruptcy courts to use ADR seems clear, there is no unifying procedural encouragement. Accordingly, we believe that, in addition to continued usage, a unified procedure would enhance the instances of ADR. Thus, bankruptcy ADR would benefit from an amendment to the Bankruptcy Rules” (MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. *South Carolina Law Review*, Columbia, vol. 46, p. 1259-1328, 1995).

<sup>223</sup> Ver, sobre a importância da previsão em lei: “On a substantive basis, adoption of a local rule or standing order is particularly helpful in disposing of objections by third parties to the use of ADR. Such parties may not be directly involved in the controversy for which mediation has been proposed, or may be merely recalcitrant in a multi-party dispute in which the majority of parties wish to initiate an ADR process. In such cases, the existence of a local rule will support the court’s authority to mandate the use of an ADR process and require participation when it is determined that an objecting party has not demonstrated good cause for being excused” (ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. *University of Massachusetts Law Review*, Dartmouth, vol. 4, n. 1, jan. 2009). No mesmo sentido: PECK, James. Settlement talks in Chapter 11 after “WaMu”: a plan mediator’s perspective. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria, vol. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

<sup>224</sup> Raciocínio utilizado também nos Estados Unidos da América, no qual o *Bankruptcy Code* não tem normas específicas sobre o uso de mediação nos processos de recuperação judicial (que, *mutatis mutandis*, são os procedimentos regulados pelo *Chapter 11* daquela lei). Ver: “in addition to the authority granted by statute and the Federal Rules, the district courts also have the inherent power to manage their own affairs so as to achieve the orderly and expeditious disposition of cases. The ‘mere absence of language in the Federal Rules specifically authorizing or describing a particular judicial procedure should not, and does not, give rise to a negative implication of prohibition’” (BURR, Anne. Building reform from the bottom up: formulating local rules for bankruptcy court-annexed mediation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, vol. 12, n. 2, p. 311-358, 1997).

<sup>225</sup> VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019.

É dizer: porque a lei prevê, a mediação *pode* ser utilizada em recuperações judiciais, mas não necessariamente *será*, porque inexistente, nos artigos da LREF, um “passo a passo” de como implementar isso. Apesar disso, é necessário “que o processo civil crie mecanismos aptos a permitir a convivência integrada da jurisdição estatal com os mecanismos de solução de controvérsias de variada espécie”.<sup>226</sup>

O desafio trazido pela ausência de normatização expressa consiste em compatibilizar a negociação que já ocorre no âmbito da AGC com a mediação, antecedente ou incidental. A mediação deve concorrer para o atingimento dos objetivos da LREF (dispostos em seu artigo 47) que, por excelência, dependem da elaboração e da aprovação de um plano de recuperação judicial que albergue, da melhor forma possível, todos os interesses em jogo nessa disputa. É preciso, portanto, criar uma convivência entre meios diversos de solução de conflitos.

A rigor, um arcabouço técnico e teórico apto a subsidiar este trabalho seria o Desenho (ou Design) de Sistemas de Disputas (DSD), um “método, baseado em princípios e técnicas, de customização de sistemas que possibilitem o procedimento e a solução mais adequada a um determinado conflito”.<sup>227</sup> Para o uso da mediação em uma recuperação judicial, faz-se necessário criar um arranjo procedimental completamente customizado para aquele caso em específico, pois nenhuma recuperação judicial será igual a outra, “seja pela empresa em crise, seja pelo segmento de mercado em que atuam os credores, seja a própria configuração do quadro de credores (se majoritariamente quirografários, trabalhistas...), sejam quaisquer outros motivos”.<sup>228</sup> O grau de especificidade dos conflitos, portanto, também dificulta a implementação de mediações antecedente ou incidentais. Não há normatização expressa acerca de aspectos mais detalhados do procedimento de mediação, e *sequer poderia haver*. Trata-se de um desafio que somente será superado com a formação dos profissionais, bem como com a experiência adquirida por meio dos casos concretos exitosos.

---

<sup>226</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792, p. 792.

<sup>227</sup> ÓSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, 231 p., p. 92. Para DIEGO FALECK, desenho de sistemas de disputas é um “conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com determinado conflito, ou uma série destes, envolvendo disputas com maior ou menor grau de complexidade” (*Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas*). In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 71-90, p. 72).

<sup>228</sup> VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. *Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira*. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019.

### 1.3. OS “PORQUÊS”: DESVANTAGENS ESTRUTURAIS E PARTICIPAÇÃO

#### 1.3.1. Instrumentalidade metodológica e o fenômeno da crise da empresa

Conforme já tratado acima, os meios consensuais de solução de conflitos já existem há muito tempo, não apenas no Brasil como no restante do mundo. Seu estudo, todavia, é muito mais recente e, no Brasil, inicia apenas na segunda metade do século XX. Em tempos mais atuais, o enfoque nos MASC aumentou, mas, principalmente, como um paliativo ao afogamento do Poder Judiciário, e não como uma via adequada para resolver o conflito a ela submetido. A constatação é relevante porque a forma como se estuda os MASC e o direito processual civil como um todo – ou, melhor dizendo, a *metodologia* utilizada para tanto – impacta nas soluções encontradas e, também, na definição de políticas públicas de tratamento de conflitos, nos “próximos passos” e na identificação dos problemas ainda presentes.

É cediço que o estudo do processo apresenta três fases metodológicas bem delimitadas: a primeira caracterizada pelo sincretismo entre processo e direito material, a segunda consistente na busca pela autonomia do processo enquanto ramo do direito com principiologia, institutos e técnicas próprios (no mais das vezes, com sua inauguração atribuída a OSKAR VON BÜLOW<sup>229</sup>), e a terceira, ainda atual, correspondente à visão *instrumental* ou *teleológica* do processo.<sup>230</sup>

Na fase instrumentalista, atribui-se ao processo certos escopos (social, político e jurídico), objetivos a serem buscados com o emprego do processo. Afinal, se o processo é instrumento, ele se destina a um fim. Em razão disso, é natural que o estudo sobre esses objetivos do processo guarde relação com o direito material e aumente a importância do estudo dos *conflitos*.<sup>231</sup>

Ocorre que, para o enfrentamento de certos temas, dizer que o processo é instrumento e deve ter escopos relacionados com um objetivo – notadamente, a pacificação com justiça<sup>232</sup> e a

---

<sup>229</sup> BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

<sup>230</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. A obra de CÂNDIDO DINAMARCO, costumeiramente apontada como marco da fase instrumentalista do processo no direito brasileiro, é fruto de sua tese de titularidade, defendida em 1987 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>231</sup> Ver, exemplarmente: DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de (coord.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 29-40; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*: contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM, 2000, passim.

<sup>232</sup> “[A] *jurisdição* não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício de poder. Ela passa a ser, em nossa visão, *garantia do acesso à justiça*, que se desenvolver pelo exercício de *função e atividade* respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do

intenção de “eliminar conflitos mediante critérios justos”<sup>233</sup> – ainda é insuficiente. Isso porque, sob uma perspectiva metodológica, é importante ter em mente as relações controvertidas de direito material para, a partir daí, identificar as soluções possíveis com a técnica processual.

Quer-se dizer, portanto, que, sem perder de vista a autonomia científica do direito processual, é preciso adotar uma *instrumentalidade metodológica*, da forma como exposta por CARLOS ALBERTO DE SALLES, a fim de “esperar do processualista, mais do que a simples aplicação de normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender às necessidades de situações de grande especificidade”.<sup>234</sup> Com essa metodologia – dentre outras tantas possíveis –,

O problema não se coloca no campo estritamente processual, buscando-se subsídios do direito material para solucioná-lo. Ao contrário, vai-se ao problema em sua maior concreção, buscando entendê-lo a partir das peculiaridades da disciplina jurídica e social à qual deve estar conformada e identificada a resposta processual mais adequada para sua solução.<sup>235</sup>

A proposta da instrumentalidade metodológica não tem a pretensão de inaugurar uma nova fase no estudo do direito processual, mormente porque não nega a aplicação daquela outra instrumentalidade, que pode ser chamada de *finalística*, e que tem como enfoque os objetivos (escopos) do processo. Ela propõe partir do direito material e da realidade controvertida, caso em que o processo se coloca como ponto de chegada.

Essa abordagem tampouco ofende as garantias de um processo mínimo, ou mesmo a aplicação adequada da técnica processual. Isso porque, como já apontava CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, justamente para a observância de um contraditório substancial e do diálogo para a formação do convencimento do juiz, não se pode enclausurar o processo “em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa”.<sup>236</sup> Daí decorre que a própria técnica processual é aplicada a partir de considerações sobre a realidade controvertida ou, como aponta JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS

---

ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4, destaques do original). Em contraposição, sem vislumbrar nos meios consensuais a pacificação *com justiça*: FISS, Owen. *Contra o acordo*, in FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 139.

<sup>233</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190.

<sup>234</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 23-24.

<sup>235</sup> Idem, p. 19.

<sup>236</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 15, p. 7-20, 1998, p. 11.

BEDAQUE, “informada por conotações deontológicas, que impõem alteração da maneira como a técnica deve ser aplicada”.<sup>237</sup>

É também a necessidade de informar a técnica processual com a realidade controvertida que enseja um novo protagonismo das partes em conflito, não só formando o convencimento do julgador como também auxiliando na construção do procedimento para que se chegue à decisão definitiva, seja ela consensual ou adjudicada. Trata-se, inclusive, de observância ao escopo político do processo, que tem, primordialmente, três aspectos:

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.<sup>238</sup>

Sobre a liberdade já se comentou nos tópicos anteriores: as partes possuem autonomia para expressarem sua vontade em momentos diversos do procedimento. O artigo 190 do Código de Processo Civil e sua cláusula geral de convenções processuais atípicas é o exemplo por excelência disso. As partes negociam sobre processo executivo (e a ordem de bens a penhorar),<sup>239</sup> sobre o duplo grau de jurisdição (e a abdicação do direito de recorrer), ou mesmo sobre os prazos processuais para a prática dos atos pertinentes (CPC, art. 191).

Ampliar a liberdade da parte para decidir também sobre o meio de solução dos conflitos e sobre o procedimento dele, conseqüentemente, contribui para a maximização do escopo político sob tal aspecto. Sob outro lado da mesma moeda, permitir que o jurisdicionado escolha o juízo que julgar mais adequado privilegia o *culto à liberdade*, na medida em que afasta a restrição do Estado em um caso no qual ela poderia se mostrar inadequada.<sup>240</sup>

Ato contínuo, não é um raciocínio longo concluir que essa supramencionada liberdade traz consigo uma maior *participação* do jurisdicionado na consecução da atividade

---

<sup>237</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

<sup>238</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 198.

<sup>239</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 275, p. 193-228, jan. 2018.

<sup>240</sup> “Trata-se das liberdades públicas, e especialmente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o indivíduo. O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 201).

jurisdicional. Participação essa no sentido de “*influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia”.<sup>241</sup>

No âmbito deste trabalho, que investiga o uso da mediação em processos de recuperação judicial, há destacada relevância em se adotar a instrumentalidade metodológica. Aqui se conjuga, ao mesmo tempo, um meio extrajudicial e consensual de solução de controvérsias – marcado pela autonomia da vontade das partes e pela flexibilização procedimental – e um procedimento especial, regido por lei específica (LREF) e verdadeiro exemplo de tutela diferenciada para os casos de recuperação de empresas em crise. Ou seja, o tema ora estudado está intimamente relacionado com o objetivo de fornecer uma solução adequada aos conflitos em contraste com os desafios da transsubstancialidade do processo.<sup>242</sup>

Não por acaso, a opção pela instrumentalidade metodológica tem sido vista com mais frequência em trabalhos (i) interdisciplinares, com acentuada preocupação com a realidade controvertida, (ii) voltados ao estudo dos MASC e inseridos no contexto do sistema multiportas, e (iii) com foco na pacificação social dos conflitos.<sup>243</sup>

Neste caso, as peculiaridades do direito material evidentemente já ensejaram um cuidado adicional do legislador, que disciplinou o processo de recuperação judicial em lei especial. Ainda que assim não fosse, há que se ressaltar as particularidades do direito comercial como um todo. As relações societárias por si só ensejam tratamento diferenciado dentro do sistema processual, seja pelas especificidades das relações jurídicas havidas entre empresas e sócios,

---

<sup>241</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 202, destaque do original.

<sup>242</sup> “A transsubstancialidade do processo, ainda mais em um sistema de direito codificado, corresponde à premissa, no mais das vezes implícita, de as normas e arranjos processuais serem aplicáveis a qualquer tipo de relação de direito material, indistintamente dos diversos campos fáticos e jurídicos em que possa estar inserido. O processo, enquanto forma, estaria imune às vicissitudes dos conteúdos substanciais por ele veiculados. O processo, sob essa perspectiva, apresentaria certa neutralidade em relação ao direito material e às situações a ele peculiares. Vale dizer, a transsubstancialidade refere-se ao pressuposto de que uma determinada regulamentação processual deve tender à generalidade, servindo a todas ou a um grande número de situações de direito material. Essa pressuposição marca tanto a disciplina legal do processo, quanto o campo específico de seu estudo. Nesse sentido, situações fáticas de grande disparidade podem ser submetidas à mesma disciplina legal e estudadas sob uma mesma perspectiva” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 20-21).

<sup>243</sup> Ver, exemplarmente: SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011; FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019; ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020, 157 p.; GUERRERO, Luis Fernando. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

seja pelo dinamismo das relações de mercado que conferem ao ramo empresarial um tempo incompatível com o processo “tradicional” do CPC.

Essa relação complexa de interesses subjetivos convergentes e concorrentes é fonte de inúmeras questões processuais que demandam tratamento específico, que o sistema de tutela individual e dicotômica de interesses do Código de Processo Civil não é suficiente para resolver. A própria definição de Tullio Ascarelli do contrato social das sociedades como contrato plurilateral e de organização já é fonte de consequências jurídicas específicas sob o âmbito do direito material que dão aos processos societários uma peculiar aplicação do direito processual, como se vê nos institutos da legitimidade ativa e passiva, do litisconsórcio ou da coisa julgada.<sup>244</sup>

Mais especificamente, também a recuperação judicial tem suas particularidades e pode ser estudada como um método de trabalho apto para a superação da crise da empresa.<sup>245</sup> Propor a abordagem desse processo a partir da realidade controvertida sequer é novidade, mas apenas a opção metodológica adotada aqui e, também, ainda que com outros enfoques, por RONALDO VASCONCELOS:

É, pois, com esse estímulo em mente que se procede neste trabalho de direito processual a um estudo interdisciplinar do instituto da recuperação judicial e de suas “umbilicais” relações estabelecidas com o direito constitucional e comercial. Tudo isso com vistas a (i) realizar uma nova leitura das normas processuais e materiais voltadas à recuperação judicial da empresa, a fim de compatibilizá-las com as conclusões obtidas a partir da análise dos princípios processuais constitucionais; e, com a liberdade e ousadia que devem nortear os estudantes, (iii) propor novos instrumentos aptos à outorga de uma tutela jurisdicional de qualidade superior e em consonância com os vetores sinalizados pelo princípio da função social da empresa.<sup>246</sup>

As características da recuperação judicial e seu multifacetado conflito de interesses justificam uma metodologia que parta da realidade controvertida para procurar soluções, na técnica processual, necessárias e suficientes a uma adequada solução dos conflitos. No recorte proposto por esse trabalho, busca-se identificar o uso da técnica processual em relação à instauração de sessões de mediação antecedentes ou incidentais: qual deve ser o papel dos sujeitos processuais, como distribuir os custos desse processo, qual o momento adequado no

---

<sup>244</sup> SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 66. O autor prossegue: “Aliás, sendo o exercício da atividade empresarial brasileira o centro erador da riqueza que circula na economia, deve-se garantir um apto ordenamento jurídico que viabilize o bom desempenho das relações comerciais e sob a égide desses princípios estatuídos pelo direito material” (idem, p. 73).

<sup>245</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 13. A definição do processo como um método de trabalho pode ser encontrada, entre outros, em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-40; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>246</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 19.

*iter* da recuperação judicial para instaurá-lo, entre outras questões pertinentes e que serão debatidas a seguir (*infra*, capítulo 2). Essa busca não necessariamente passa pela proposta de alterações legislativas, pois a construção de um arranjo procedimental adequado é atividade casuística, e sua análise é de natureza epistemológica.<sup>247</sup>

### 1.3.1.1. A natureza bifronte da recuperação judicial

Em linha com o capítulo anterior, viu-se que o estudo do processo de recuperação judicial comporta uma análise que parte da realidade controvertida – a crise econômico-financeira da devedora e o subsequente multifacetado conflito de interesses – para proporcionar soluções processuais à disputa. No presente caso, essa interdisciplinaridade adquire caráter ainda mais intenso, uma vez que o próprio instituto da recuperação judicial tem natureza *mista* ou *bifronte*, comportando análise tanto da perspectiva do direito material quanto do processo.<sup>248</sup>

A aplicação do regime jurídico da LREF pressupõe a existência do processo de recuperação, porquanto dependa da provocação do Poder Judiciário pela devedora.

O referido regime jurídico, por sua vez, delinea aspectos de natureza material e processual do instituto, uma vez que a reestruturação da atividade e das diferentes relações jurídicas materiais a ela atreladas pressupõe que o devedor peça em juízo: (i) a mudança de seu estado jurídico e consequente aplicação de tal regime; e (ii) as consequências jurídicas necessárias à recuperação ou à manutenção da empresa, o que ocorre por meio da aprovação e homologação de plano de recuperação. Logo, é possível pensar em duas faces conceituais jurídico-positivas de recuperação judicial: (i) uma de natureza material (pertencente à Ciência do Direito Empresarial) e (ii) outra de natureza processual (pertencente à Ciência do Direito Processual Civil).<sup>249</sup>

A natureza bifronte do instituto pode ser exemplificada a partir de algumas disposições da LREF, notadamente seu artigo 58.<sup>250</sup> Cumpridas as exigências da LREF, o juiz *concederá a*

---

<sup>247</sup> “A esse respeito, deve-se destacar, não contém qualquer asserção normativa – no sentido de um dever ser – quanto ao modelo de regulação processual a ser adotado, não objetivando, menos ainda, uma defesa de qualquer especialização na disciplina legal do processo. Sua proposta, cabe retomar, situa-se em um plano epistemológico, quer dizer, atinente à forma como se deve construir o conhecimento no direito processual” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 23).

<sup>248</sup> Apontando a existência de um caráter bifronte na recuperação judicial: VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 36; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri: Manole, 2008.

<sup>249</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 310, p. 237-262, dez. 2020.

<sup>250</sup> “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei”.

*recuperação judicial*, donde decorre concluir que a recuperação judicial – em seu sentido material – é o conjunto de efeitos, ou a situação jurídica, buscada pela empresa devedora. Por excelência, trata-se da novação das dívidas com seus credores, mas o bem da vida que é a recuperação judicial traz consigo também outros efeitos, como a submissão da devedora às obrigações previstas no plano de recuperação, a criação do título executivo judicial que é a sentença que homologou o plano,<sup>251</sup> ou mesmo o *status* de empresa em recuperação judicial, que altera a esfera de direitos e deveres da recuperanda.<sup>252</sup>

A recuperação judicial em sentido material, portanto, pode ser entendida como o bem da vida pretendido pela devedora, cuja concessão é requerida ao juiz e, assim, consiste no *pedido* da demanda que se desenrola em um processo de recuperação judicial.<sup>253</sup>

Lado outro, há também um sentido processual no termo “recuperação judicial”, pois é evidente que a LREF disciplina o complexo conjunto de atos processuais destinados à obtenção do sobredito bem da vida. Há um *processo* de recuperação judicial,<sup>254</sup> que consiste inclusive em um *método de trabalho* destinado ao atingimento de certos escopos.<sup>255</sup> Por isso, justifica-se o estudo da recuperação judicial como o estudo do processo de recuperação judicial – ainda

---

<sup>251</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 360.

<sup>252</sup> A empresa à qual o juiz conceda a recuperação judicial, por exemplo, não poderá requerer uma nova recuperação no prazo de 5 (cinco) anos contados da concessão da primeira (LREF, artigo 48, incisos II e III). A concessão da recuperação judicial também pode alterar a ordem cronológica de pagamentos pela Administração Pública nos termos do artigo 141, § 1º, IV da Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

<sup>253</sup> “O *bem da vida* a ser individualizado na petição inicial é o preciso bem que o demandante pretende haver como resultado final do processo. Tudo que ele faz no processo, tudo que pede, atos que realiza ou requer, tudo tem para o demandante o objetivo único de conseguir esse bem, que sem vir ao Estado-juiz ou ao árbitro ele não poderia obter” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 143, destaques do original).

<sup>254</sup> “A aplicação do regime jurídico de reestruturação da empresa se desenvolve em juízo mediante uma sucessão de atos jurídicos que, juntos, dão forma a um ato complexo voltado aos seguintes fins: (i) verificação e habilitação dos débitos que consubstanciam a crise econômico-financeira afirmada (art. 7º e ss. da Lei 11.101/2005); e (ii) reestruturação da atividade empresarial por meio da criação e implementação de normas jurídicas entabuladas para afastar a crise econômico-financeira, cuja vinculatividade para os credores exsurge do exercício de jurisdição. Em tal contexto, tem-se que o pedido de recuperação judicial (ato jurídico postulatório) dá origem a um complexo de relações jurídicas integradas por: órgão julgador, devedor, credores, administrador judicial, órgãos representativos dos credores e outros auxiliares do juízo, admitindo-se, ainda, a participação dos credores no processo. Em outras palavras, o ato de postular a incidência do regime jurídico de recuperação judicial faz com que surjam novas relações entre os diferentes sujeitos (relações processuais), sendo certo que as referidas relações jurídicas não se confundem com os vínculos de direito material travados entre o devedor e os diversos sujeitos que orbitam ao seu redor” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 310, p. 237-262, dez. 2020).

<sup>255</sup> “Processo é o método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das *atividades jurisdicionais* pelo juiz, da *ação* pelo autor e da *defesa* pelo réu. Como *método de trabalho* o processo compõe-se da disciplina dos modos, momentos e limites do exercício desses poderes ou faculdades, devendo estar atento à garantia do contraditório e à cláusula *due process of law*, ambas de assento constitucional (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123, destaques do original).

que, como destacado no trecho anterior (*supra*, capítulo 1.3.1), o ponto de partida do estudo seja o direito material (ou, mais especificamente, a realidade controvertida que enseja o pedido de recuperação judicial) e a solução processual adequada a essa controvérsia seja o ponto de chegada da pesquisa.

Não interessa ao objeto deste trabalho, contudo, identificar a natureza desse processo de recuperação judicial. Dentro do sentido processual acima delineado, constata-se certa divergência doutrinária entre aqueles que enxergam na recuperação judicial uma verdadeira jurisdição contenciosa,<sup>256</sup> e aqueles que vislumbram tão somente uma jurisdição voluntária,<sup>257</sup> dada a ausência de *lide* na clássica acepção carneluttiana.<sup>258</sup> Há, ainda, aqueles que rejeitam o sentido processual, identificando a recuperação judicial como instituto de Direito Econômico “pois não se pauta pela ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, ‘caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objetivo e de método’”.<sup>259</sup>

Para o objetivo ora pretendido, importa destacar a existência de um processo judicial, de índole eminentemente negocial, com normas e procedimentos bem regulados pela LREF e já interpretados à vera pela jurisprudência. A inserção da mediação, antecedente ou incidental, se dá em respeito a essas regras codificadas, igualmente privilegiando a construção do consenso entre as partes em conflito, e com vistas à consecução dos objetivos pretendidos pelo legislador (artigo 47 da LREF) e do bem da vida almejado pela devedora (a recuperação judicial em sentido material).

#### 1.3.1.2. Conflitos multifacetados e déficits de representação dos interesses

Vem sendo dito à vera ao longo deste trabalho – e de tantos outros trabalhos sobre a recuperação judicial – que a crise da empresa é um conflito de interesses multifacetado. Há, na LREF e no direito concursal como um todo, uma preocupação com a acomodação desses interesses no plano de recuperação judicial.

---

<sup>256</sup> Ver, exemplarmente: RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri: Manole, 2008.

<sup>257</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 310, p. 237-262, dez. 2020.

<sup>258</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, vol. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1997, p. 28.

<sup>259</sup> LOBO, Jorge. *Comentários*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173.

De outro lado, mas sem se contrapor à constatação acima, há a constante remissão, nos estudos sobre a LREF, a seu artigo 47, que prevê a *preservação da empresa* como objetivo da recuperação judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nos termos da lei, a preservação da empresa se dá com a atenção a três aspectos: a manutenção da fonte produtora (e, por consequência, da atividade econômica), a continuidade dos empregos dos trabalhadores e, também, a satisfação dos interesses dos credores.

A multiplicidade de frentes tuteladas pela LREF leva a duas constatações importantes acerca de seu objetivo. A primeira é a de que, quando se fala em preservação da empresa e a relaciona com a manutenção da fonte produtora, deve-se atribuir a esse termo o aspecto funcional definido por ALBERTO ASQUINI: “sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”.<sup>260-261</sup> Daí decorre que a preservação da empresa não necessariamente é a preservação *do empresário*, mas sim das unidades produtivas ali existentes.<sup>262</sup>

A segunda constatação decorrente da preservação da empresa nos moldes previstos pela LREF é a de que, ao tutelar interesses para além daqueles do empresário (que também pode ser definido como o sócio ou acionista da empresa devedora), a legislação concursal revela clara índole *institucionalista*, em contraposição a outros tantos exemplos no direito brasileiro que se inclinam a teorias *contratualistas*.

No direito societário, os estudos sobre a definição e a função da empresa costumam partir de duas principais teorias (ou grupos de teorias): o contratualismo e o institucionalismo.

---

<sup>260</sup> ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 104, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 116.

<sup>261</sup> A aproximação entre a empresa mencionada no artigo 47 da LREF e o perfil funcional descrito por ASQUINI é feita, dentre outros, por PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO (Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresa – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXV, vol. 83, p. 98-106, 2005, p. 102-103).

<sup>262</sup> Não por outra razão, a recuperação judicial sequer pode ser vista como uma alternativa mais adequada do que a falência em toda e qualquer situação. Mesmo a falência tem como objetivos e ferramentas a alienação de unidades produtivas e a manutenção do que ainda puder ser aproveitado, para além da liquidação dos ativos da falida. Nos casos de empresas sem viabilidade econômica, melhor é uma expedita liquidação do que uma recuperação judicial fadada ao insucesso. Ver: VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Na visão contratualista clássica, de origem italiana e forte influenciadora do direito brasileiro, o interesse social coincide com o interesse dos sócios, e apenas dos sócios atuais.<sup>263</sup> Dessa concepção tem-se que o interesse da sociedade era desprovido de inflexões oriundas de elementos externos, equivalendo tão somente à somatória dos interesses daqueles que celebraram o contrato plurilateral de sociedade.<sup>264</sup> Considerando que a sociedade surgiria da celebração de um contrato de execução continuada, instrumentalizado no contrato social, com eventuais alterações no quadro societário o interesse social se atualizaria, moldando-se à nova realidade, mas ainda sendo reduzido ao interesse dos sócios.

Essa concepção perdeu força com a integração entre direito societário e mercado de capitais e a ausência do individualismo na atividade empresária.<sup>265</sup> Passou-se a tratar de um contratualismo moderno, voltado à obtenção de *shareholder value*: a maximização do valor dos bens (ações) desses sócios.<sup>266</sup> Essa alternativa, todavia, também apresentou pontos negativos, dentre os quais a busca incondicionada pelo aumento do preço das ações, o que justificaria escândalos contábeis, corrupção privada e outros tantos ilícitos do cotidiano empresarial.<sup>267</sup>

A solução para a insuficiência das teorias contratualistas e da redução do interesse social ao interesse dos sócios foi o desenvolvimento do institucionalismo, que teve na Alemanha seu maior expoente. Seu grande ponto de inflexão é atribuído por ALBERTO ASQUINI a WALTER RATHENAU, “*il quale avrebbe dichiarato in forma polemica che scopo della sua società era non di distribuire utili agli azionisti, ma di fare andare i battelli sul Reno (o sui mari)*”.<sup>268</sup> A partir dessa assertiva, passou-se a dar maior atenção à função econômica da empresa, esta de interesse público e não necessariamente coincidente com os interesses dos sócios. Em termos práticos para a gestão de sociedades, passou-se a conferir maior relevância aos órgãos internos

---

<sup>263</sup> ASQUINI, Alberto. *I battelli del Reno*. In: *Studi giuridici in memoria de Filippo Vassali*, vol. I. UTET: Torino, 1960, p. 119-134.

<sup>264</sup> ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 272-332.

<sup>265</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 31.

<sup>266</sup> “Although there remained considerable room for variation in governance practices and in the fine structure of corporate law throughout the twentieth century, the pressures for further convergence are now rapidly growing. Chief among these pressures is the recent dominance of a shareholder-centered ideology of corporate law among the business, government, and legal elites in key commercial jurisdictions. There is no longer any serious competitor to the view that corporate law should principally strive to increase long-term shareholder value” (HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The end of history for corporate law*. *The Georgetown Law Journal*, vol. 89, p. 439-468, 2001).

<sup>267</sup> CALIXTO SALOMÃO FILHO (*O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 32) usa como exemplo o caso da empresa norte-americana Enron, que foi, inclusive, objeto de didático documentário: *Enron: The smartest guys in the room*. Direção: Alex Gibney. Produção: Alex Gibney e Jason Kliot. Estados Unidos: 2005, 109 min.

<sup>268</sup> ASQUINI, Alberto. *I battelli del Reno*. In: *Studi giuridici in memoria de Filippo Vassali*, vol. I. UTET: Torino, 1960, p. 119-134, p. 119.

de administração, em contraposição à antes onipotente assembleia de sócios ou acionistas –o que também acabou sendo o calcanhar de Aquiles desse institucionalismo publicista.<sup>269</sup>

O passo seguinte foi a criação doutrinária do que se convencionou chamar de institucionalismo integracionista ou organizativo.

Seu surgimento se dá após o término da República de Weimar na Alemanha e o início do regime nazista, mas com especial papel da situação da Alemanha no pós-guerra e sua consequente necessidade de fortalecimento institucional dos sindicatos e da classe operária. Com isso, a concretização dos princípios institucionalistas se dá com o aparecimento de leis que regulamentam a participação operária nos órgãos de administração das empresas de grande porte.<sup>270</sup>

A empresa é vista, sob o mesmo panorama, não tanto como o resultado de uma associação de acionistas, mas como uma organização que agrega múltiplos participantes e, portanto, distintos interesses e cujo propósito não pode se limitar à maximização de lucros, mas deve alcançar o bem comum, por meio da coordenação dos mesmos interesses.<sup>271</sup>

Da forma como exposto por CALIXTO SALOMÃO FILHO, o direito brasileiro se revela como uma amálgama por vezes incoerente do contratualismo e do institucionalismo. Entretanto, quando se analisa dispositivos legais notadamente contratualistas como o artigo 981 do Código Civil,<sup>272</sup> a natureza institucionalista do artigo 47 da LREF se torna bastante evidente. E mais: trata-se do citado institucionalismo organizativo, que “pressupõe a colaboração na persecução de um interesse social predeterminado”.<sup>273</sup>

Daí porque, ao se estudar a recuperação judicial e seu objetivo de preservação da empresa, parte-se da teoria institucionalista, tal como faz SHEILA CEREZETTI: “[é] justamente a compreensão da empresa como organização – ou seja, como ente capaz de coordenar interesses

---

<sup>269</sup> “A recepção legislativa dessa teoria deu-se na *Aktiengesetz* 1937, que fez seus quase todos os princípios defendidos pela doutrina do *Unternehmen na sich*, assegurando à administração (*Verwaltung*) predominância sobre a assembleia dos acionistas (*Hauptversammlung*). Tal teoria entrou em crise a partir dos anos 50, sendo criticada sobretudo pelo segundo aspecto, denominado negativo e que se traduz em uma tendencial independência (e irresponsabilidade) da administração com relação aos acionistas” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34).

<sup>270</sup> *Idem*, p. 34-35.

<sup>271</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 176.

<sup>272</sup> “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. O Código Civil brasileiro, no artigo transcrito, aproxima (ou, melhor dizendo, reduz) a noção de sociedade ao contrato celebrado entre os sócios e com finalidade econômica, donde decorre também a aproximação (ou redução) do que poderia ser o interesse da sociedade ao interesse desses contratantes.

<sup>273</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

– que permite que a expressão ‘preservação da empresa’ seja aceita como elemento mínimo a todos os participantes”.<sup>274</sup>

Nesse contexto, é natural que a abrangência e a polissemia do termo “preservação da empresa” impliquem a coexistência de uma diversidade de interesses, todos eles mais ou menos tutelados pela LREF e pelo processo de recuperação judicial. Assim, não apenas pelas características do procedimento – negocial e, no mais das vezes, multitudinário – como também pelos objetivos buscados é que se percebe a necessidade de enfrentar e fornecer soluções adequadas a conflitos multifacetados oriundos de todos esses feixes de interesses. À guisa de classificação didática, SHEILA CEREZETTI enumera cinco grupos distintos de interesses afetados e protegidos pela recuperação judicial: (i) dos trabalhadores, (ii) dos credores, (iii) da devedora, (iv) dos sócios da devedora e (v) o interesse público.<sup>275</sup>

A uma, os interesses dos trabalhadores é tema de reconhecida preocupação não apenas no âmbito do direito das empresas em crise. Afinal, é cediço o contexto vulnerável em que o trabalhador se encontra em relação ao empregador, contexto, inclusive, tutelado pelo artigo 47 da LREF. A manutenção do emprego vai além de preservação da empresa e passa, outrossim, até mesmo como política pública.

O que traz um aparente contrassenso entre a proteção do empregado e a lógica da LREF é que os interesses protegidos são os dos *trabalhadores*, e não apenas dos *credores trabalhistas*. Isto é, aqueles empregados da devedora que, por qualquer razão, não sejam também seus credores, são igualmente objeto de proteção em termos de “preservação da empresa”. Decerto os credores trabalhistas têm normas protetivas no âmbito da LREF, como os prazos máximos para pagamento de seus créditos.<sup>276</sup> Isso, contudo, é insuficiente para garantir a manutenção dos empregos (dos credores e dos não-credores): é preciso levar em conta os interesses de todo esse grupo acerca dos rumos da empresa, a fim de influenciar na tomada de decisões destinadas a conservação não apenas a empresa, como seus postos de trabalho.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 176.

<sup>275</sup> Idem, p. 216-236.

<sup>276</sup> “Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. § 1º. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial”.

<sup>277</sup> “Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro deveria se afastar da posição atualmente adotada, de resguardo aos trabalhadores apenas na qualidade de detentores de créditos decorrentes da relação de trabalho. Uma visão mais ampla e consentânea com os propósitos do direito concursal faz-se necessária” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 220). Vale recordar que o institucionalismo no direito

A duas, o interesse dos credores em sentido estrito é, sem dúvidas, o mais facilmente observável na LREF. São os credores da devedora os sujeitos processuais convidados a integrar a demanda via homologação judicial do QGC.<sup>278</sup> São eles, também, que tomam as principais decisões no decorrer da recuperação judicial, inclusive a mais importante delas: aprovar o plano de recuperação apresentado pela devedora. E, também, fiscalizam todo esse *iter* com a criação de Comitê de Credores, apontam o gestor da empresa devedora nos casos em que a lei assim prevê, entre outras tantas atribuições.

Ainda assim, há “credores e credores”, e suas distinções não se esgotam nas quatro classes previstas pela LREF. De um lado, em que pese todos os créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial se sujeitem a ela, nem todos sofrem os mesmos efeitos (como a suspensão das execuções durante o *stay period*).<sup>279</sup> De outro, há credores que efetivamente têm como objetivo primordial a satisfação do crédito habilitado na recuperação judicial (por exemplo, uma instituição financeira), e credores preocupados com a manutenção das unidades produtivas da devedora em razão de alguma relação comercial estratégica (por exemplo, fornecedores e pequenos prestadores de serviço).

A três, os interesses da devedora não podem ser confundidos com os de seus sócios e acionistas, e diversas são as razões para isso. Em primeiro, há a inclinação institucionalista do artigo 47 da LREF que, por si só, justifica essa distinção. Há, também, a diversidade de estudos recentes que analisam a LREF a partir do *dualismo pendular* da legislação concursal apontado por FABIO KONDER COMPARATO, segundo o qual o direito falimentar teria uma evolução pendular, ora privilegiando a proteção dos credores, ora da devedora.<sup>280</sup> ainda que haja normas que mantenham esse dualismo na legislação atual, há quem observe na LREF a busca por sua superação, ou mesmo uma superação efetiva.<sup>281</sup>

---

societário surgiu justamente com a participação dos trabalhadores na gestão da companhia (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34 ss.).

<sup>278</sup> “Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores de que trata o § 2º do art. 7º, ressalvado o disposto no art. 7º-A desta Lei”.

<sup>279</sup> “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei”.

<sup>280</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 102.

<sup>281</sup> COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*: São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59-77, jan./mar. 2015.

A LREF também protege os interesses de credores não submetidos ao plano de recuperação judicial, como em seu artigo 50, inciso XVIII.<sup>282</sup> Trata-se de clara inspiração no *Bankruptcy Code* norte-americano e no princípio do *best interest of creditors test*, segundo o qual a legislação deve garantir que os credores não recebam, na recuperação da empresa, valor menor do que o que receberiam em hipótese de liquidação.<sup>283</sup>

A quatro, há os interesses dos sócios ou acionistas que, como visto, não se confundem com o interesse da devedora em virtude da inclinação institucionalista da LREF. E aqui há também mais subdivisões possíveis, como (i) a de sócio credor e do não-credor, e (ii) do sócio ou acionista controlador e os minoritários.

Há assimetrias na LREF que vão além dos quóruns de votação, e atingem mesmo o direito ao voto. É o caso dos sócios da devedora que detenham participação superior a 10% (dez por cento) de seu capital social, que podem participar da AGC, mas sem direito a voto (artigo 43 da LREF).<sup>284</sup> E pior ainda é o caso do sócio ou acionista minoritário, com participação societária que não alcance 10% (dez por cento) do capital social e, para além de não poder votar a aprovação do plano de recuperação judicial, sequer participa das deliberações sobre ele em sede de AGC.<sup>285</sup>

Deve-se ressaltar também o perigo típico das sociedades de menor porte, nas quais o sócio ou acionista controlador, no mais das vezes, é também o administrador da empresa: a gestão da atividade acaba se voltando, frequentemente, à persecução dos interesses do administrador-controlador, e não da sociedade.<sup>286</sup> O minoritário, que já não pode votar, tampouco vê seus interesses contemplados no cotidiano da empresa.

---

<sup>282</sup> “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada”.

<sup>283</sup> IWAMOTO, Carolina Kiyomi. “*Best interest of creditors test*” à brasileira: a tutela do melhor interesse de credores prevista no artigo 50, XVIII, da lei nº 11.01/2005. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 527-547.

<sup>284</sup> “Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação”.

<sup>285</sup> “Essa restrição decorre de alguns aspectos. Primeiro, o fato de que a assembleia caracteriza-se como uma reunião de credores, ou seja, apenas de pessoas que detenham créditos perante a companhia. Em segundo lugar, a leitura do art. 83, § 2º, esclarece que ‘não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade’ – ou seja, os acionistas, pelo simples fato de serem proprietários de ações emitidas pela companhia, não se caracterizam como credores” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 225-226).

<sup>286</sup> Ver: WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. *Michigan Law Review*, vol. 92, p. 336-387, 1993, p. 342.

A cinco, por fim, há que destacar a presença do interesse público na recuperação judicial, que pode ser traduzido em um “interesse geral na manutenção da empresa, no sentido de se evitar a dispersão de organização produtiva que assegura postos de trabalho e tem relevância social”.<sup>287</sup> Sem querer adentrar nos estudos do interesse público desenvolvidos no âmbito do direito administrativo – tarefa que não cabe nestas páginas – é possível fixar ao menos a noção de que há um interesse da coletividade na manutenção das unidades produtivas mediante recuperação judicial.<sup>288</sup>

Há que se convir: com a quebra de uma empresa, ao menos alguns exemplos dos danos causados à coletividade são a perda de empregos, a diminuição da arrecadação tributária e, potencialmente, a bancarrota de outros tantos agentes do mercado, parceiros comerciais da falida, fornecedores, prestadores de serviço etc.<sup>289</sup> Em razão disso, ainda que haja vozes doutrinárias contrárias à imissão do interesse público no direito concursal,<sup>290</sup> elas não são compatíveis com a preservação da empresa nos moldes instituídos pela legislação brasileira no artigo 47 da LREF.<sup>291</sup>

Apesar de ser evidente a existência desses diversos interesses na realidade controvertida que enseja a recuperação judicial, também é fato que existe uma assimetria em sua tutela. Por exemplo: em que pese a regra seja a concessão da recuperação judicial após a aprovação do plano por *todas* as classes de credores, o artigo 58, § 1º da LREF prevê o mecanismo do *cram down* e a consequente possibilidade de aprovação do plano mesmo com uma classe que o rejeite.<sup>292</sup> Sobre esse tema, por exemplo, CALIXTO SALOMÃO FILHO vislumbra um desprestígio

---

<sup>287</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 236.

<sup>288</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade anônima: interesse público e privado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 41, n. 127, p. 7-20, jul./set. 2002.

<sup>289</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 232.

<sup>290</sup> Ver: BAIRD, Douglas. *A world without bankruptcy. Law and contemporary problems*, [s.l.], vol. 50, n. 2, p. 173-193, 1987.

<sup>291</sup> SHEILA CEREZETTI assim afasta o posicionamento, referenciado na nota de rodapé anterior, de DOUGLAS BAIRD: “Posicionamento distinto não poderia ser esperado de jurista que é um dos precursores do estudo do direito concursal sob a perspectiva do Direito e da Economia. De acordo com essa linha de pensamento, as regras de insolvência devem servir ao propósito de maximização do valor dos ativos do devedor, para fins de mais amplo pagamento dos débitos. Por esse motivo, não é de se espantar que uma doutrina que identifica apenas os credores como os sujeitos dignos de tutela legal não encontre justificativas suficientes para as preocupações quanto ao interesse público abrangido nos casos de crise empresarial” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 235).

<sup>292</sup> “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos

dos interesses dos credores trabalhistas, que têm na manutenção das unidades produtivas da devedora uma preocupação mais relevante.<sup>293</sup>

Ou seja: a preservação da empresa prevista e perseguida pela LREF nos termos de seu artigo 47 adota uma postura institucionalista, reconhecendo que há diversos interesses em jogo para além dos interesses dos sócios da devedora e do interesse dos credores em receberem as quantias que lhes são devidas. Apesar disso, os mecanismos da própria LREF não logram fornecer uma participação équa a todos os sujeitos interessados, pois adota uma lógica de votação por maioria *de credores* apenas: acionistas não votam, acionistas minoritários sequer participam da deliberação, trabalhadores que não sejam credores ficam à mercê do resultado da AGC, entre outros tantos riscos decorrentes dessa assimetria. Daí surge a necessidade de se estudar a preservação da empresa da forma como proposta por SHEILA CEREZETTI:

Destarte, o verdadeiro estudo da preservação da empresa depende (i) do exame dos interesses, (ii) da apresentação das regras contidas na Lei de Recuperação e Falência em vista desses interesses e, mais que isso, (iii) do oferecimento de interpretações que promovam uma solução procedimental mais adequada à concretização da preservação da empresa.<sup>294</sup>

Este trabalho tem como objetivo principal o item (iii) descrito no excerto acima: fornecer uma solução procedimental – a mediação antecedente ou incidental – potencialmente adequada à concretização da preservação da empresa. Trata-se de uma solução que privilegia a construção do consenso e a participação de todos os *interessados*, termo este que, como destrinchado acima, não se confunde com *credores*.

O próprio instituto do *cram down*, cuja lógica assimétrica cria um déficit de representação para o credor trabalhista, foi inspirado na legislação norte-americana, mas se esqueceu de que, lá, a “ameaça” de utilização do *cram down* se presta mais a incentivar a negociação entre os

---

os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; II - a aprovação de 3 (três) das classes de credores ou, caso haja somente 3 (três) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 2 (duas) das classes ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas, sempre nos termos do art. 45 desta Lei; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei”.

<sup>293</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54, p. 51.

<sup>294</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 216.

interessados do que forçar a aprovação de um plano inadequado para diversos credores.<sup>295</sup> Também daí decorre a necessidade de se procurar alternativas consensuais, como a mediação antecedente ou incidental, como potencial mecanismo de combate aos déficits de participação e representação do todos os interesses em jogo.

Em razão disso, constatada (i) a diversidade de interesses afetados e tutelados pela recuperação judicial, mas também (ii) a proteção assimétrica que eles recebem pelo arranjo procedimental estatuído pela LREF, justifica-se uma análise dessa realidade controvertida que leve em consideração a existência de desvantagens estruturais entre os diversos interessados. É do que trata o item a seguir, que expõe o marco teórico adotado no presente trabalho.

### 1.3.2. Taxonomia de litigantes na dinâmica da recuperação judicial

Conforme visto (*supra*, capítulo 1.3.1), a instrumentalidade do processo da forma como originalmente apresentada no Brasil consiste na exposição de uma busca, de objetivos (escopos) a serem atingidos por intermédio do processo<sup>296</sup> – uma instrumentalidade, portanto, finalista. Sem negar a relevância e a importância dessa perspectiva, mas levando-a ao extremo, é cabível também utilizar a instrumentalidade como enfoque metodológico para o estudo do processo: a realidade controvertida deve ser levada em consideração para, aí sim, identificar-se as respostas adequadas a partir da técnica processual.<sup>297</sup>

Daí decorre a relevância de se analisar os interesses em jogo na realidade controvertida e multifacetada da recuperação judicial (*supra*, capítulo 1.3.1.2). Mais do que mapear esses interesses, contudo, a intenção é denunciar as potenciais desigualdades que estes ou aqueles

---

<sup>295</sup> “No tocante ao direito comparado, verificou-se que o *Cram Down* tem sua aplicação desviada na legislação brasileira, de forma que uma mudança na possibilidade do devedor em dispor as classes não implicaria em uma maior incidência do mecanismo nos casos concretos. Pelos dados da pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos, concluiu-se que ele é utilizado como fator de negociação, ou seja, as partes são compelidas a negociar na sombra da ameaça de sua aplicação. Conclui-se que é iminente que seja realizada a aproximação de todas as partes integrantes do processo Recuperacional para que possam chegar a conclusões consensuais já adotadas no procedimento americano há muito tempo. É inquestionável que um processo que envolve interesses distintos deve ter como pressuposto a realização de negócios jurídicos processuais para que um consenso seja atingido de forma mais eficaz. É nesse sentido que o *Cram Down* deve ser visto, como mecanismo dado a propiciar a diminuição da assimetria de informação entre as partes e o estabelecimento de sua igualdade substancial” (HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva *et al.* *O instituto do Cram Down e a sua incidência para a concessão da recuperação judicial com base nos dados estatísticos coletados pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência (NEPI-PUC/SP)*. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio H. R.; SACRAMONE, Marcelo Barbosa (coord.). *Direito comercial, falência e recuperação de empresas: temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79-103, p. 101-102).

<sup>296</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, *passim*.

<sup>297</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 23 ss.

interessados sofrem durante a crise da empresa e sua ulterior recuperação judicial: os déficits de participação, os custos informacionais insuperáveis, o desconhecimento sobre as “regras do jogo” e as especificidades procedimentais da LREF são apenas alguns dos desafios que os interessados na recuperação enfrentarão – uns mais, outros menos.

Também desse contexto e da relevância de uma análise centrada na participação dos sujeitos surge a opção pelo exame desses conflitos de interesses a partir da taxonomia de litigantes realizada por MARC GALANTER: segundo o autor, na dinâmica da litigiosidade repetitiva, os jogadores habituais, em razão de seus recursos, tamanho, oportunidades etc., experimentam diversas vantagens estruturais em relação aos demais.<sup>298</sup>

O contexto no qual se elaborou esse marco teórico é exposto por BRUNO TAKAHASHI:

No início dos anos 1970, quando os Estados Unidos passavam por um momento de valorização dos movimentos de direitos civis, do processo de interesse público e do acesso à justiça, Marc Galanter apontou os limites da transformação no direito, em seu hoje clássico *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. Neste artigo, em vez de começar pelas regras e ir descendo até às facilidades institucionais para, então, observar qual o efeito das regras sobre as partes, Galanter faz o movimento inverso. Assim, seu foco são os diferentes tipos de partes e os efeitos que essas diferenças podem ter na forma como o sistema funciona. Desse modo, partindo do pressuposto de que tão ou mais importante que conhecer o tabuleiro de xadrez ou as regras do jogo é saber quem está jogando, ele volta seu olhar para o lado oposto do telescópio.<sup>299</sup>

GALANTER parte da distinção entre os sujeitos processuais que são familiarizados com processos judiciais (litigantes habituais) e aqueles que exercem seu *day in court* apenas uma ou poucas vezes na vida (participantes eventuais), e demonstra que os mais experientes na dinâmica do processo experimentam vantagens estruturais ao longo do procedimento.

Assim, por exemplo, as partes que litigam repetidas vezes acerca de um mesmo assunto podem trabalhar com probabilidades na hora de elaborar políticas de acordo, pois um acordo “ruim” em um determinado processo é compensado por outro acordo “bom” na demanda seguinte.<sup>300</sup> Os advogados do litigante habitual, da mesma forma, contribuem para exacerbar as

---

<sup>298</sup> “Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters or OS) and repeat player (RP) who are engaged in many similar litigations over time. The spouse in a divorce case, the auto-injury claimant, the criminal accused are OSs; the insurance company, the prosecutor, the finance company are RPs” (GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, [s.l.] vol. 9, p. 97-160, 1974, p. 97).

<sup>299</sup> TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p., p. 130.

<sup>300</sup> “Risk aversion is often relevant where the amounts in question are large in relation to a party’s wealth and where the party might be left with low assets. [...] However, risk aversion would not necessarily be relevant

suas vantagens estruturais, pois serão, via de regra, mais especializados na área pertinente à demanda *sub judice*, terão melhores relações com o cliente, maior intimidade com os procedimentos que serão levados a cabo etc. Além do poder de articulação estratégica do litigante habitual, há uma articulação que se inicia mesmo com o mapeamento de normas, análises de perfil, monitoramento de agentes, entre outros fatores.<sup>301</sup>

Na outra ponta, o participante eventual sofre com as desvantagens desse cenário, o que conduz a um déficit de sua participação efetiva no processo.<sup>302</sup> Obstáculos financeiros, geográficos, informacionais e outros impedem uma participação plena, pois os custos da litigância não poderão ser diluídos em uma quantidade enorme de processos: há apenas um processo que, para o participante eventual, é tratado sob a perspectiva do “tudo ou nada”.<sup>303</sup> Não raramente, o participante eventual pode ser demandado por algo muito grande (como a acusação de cometimento de um crime), ou se ver prejudicado por algo muito pequeno que sequer justifique a movimentação do aparato judiciário (como uma controvérsia oriunda de relação de consumo): os riscos (*stakes*) do litígio se tornam, se não um impeditivo, ao menos um grande problema a ser enfrentado.

A diferenciação entre litigantes habituais e participantes eventuais, por óbvio, consiste em tipos ideais, não necessariamente identificados à perfeição em toda e qualquer demanda.

---

*where the amounts at stake don't constitute a significant proportion of a party's assets*” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Decision analysis, game theory, and information*. New York: Foundation Press, 2004, p. 12).

<sup>301</sup> Ver a síntese das vantagens apontadas por GALANTER: “i) a repetição permite o acúmulo de conhecimento e, a partir da noção do que ocorreu em casos passados, é possível estruturas transações futuras; ii) há o desenvolvimento de *expertise*, além de existir facilidade de acesso a especialistas e custos iniciais baixos por se valer de economia de escala; iii) surgem maiores oportunidades de relações informais facilitadores com outros atores institucionais, como juízes e promotores; iv) os jogadores habituais precisam estabelecer e manter sua credibilidade como combatentes e, assim, por possuírem uma reputação a zelar, são mais comprometidos com suas posições v) os *repeat players* podem usar as estatísticas a seu favor, maximizando ganhos em uma longa série de casos, ainda que isso envolva o risco de perdas significativas em alguns casos; vi) com o uso do *lobby*, os *repeat players* podem influenciar na própria construção das regras e, como a efetividade de uma regra depende em parte dos recursos das partes, são mais capazes de investir seus recursos na efetivação de regras que lhes interessem (além disso, sua experiência lhes permite fazer isso de modo mais persuasivo); vii) os jogadores habituais podem, também, atuar na construção de precedentes que lhes são benéficos, fazendo acordos em casos com maiores chances de derrota e insistindo no julgamento de casos propícios para tanto (TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p., p. 131-132).

<sup>302</sup> Expondo o déficit de participação do participante eventual a partir de caso concreto: BERGAMASCHI, André Luís; SILVEIRA, Bruna Guapindaia Braga da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Participação do atingido por desastres na formação de teses jurídicas via Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, vol. 12, n. 4, p. 2419-2459, 2021.

<sup>303</sup> “De maneira geral, pode-se qualificar esses custos associados com a litigância como *custos de informação*, uma vez que indicam a necessidade de aquisição de conhecimento e experiência que torne possível operar com as formalidades e complexidade inerentes ao processo” (SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005, p. 41).

Ademais, tanto um quanto o outro podem figurar como autor ou réu em cada processo, dando azo a tipos diversos de processos judiciais (sob a perspectiva da *Law & Society*).

Assim é, por excelência, a distinção feita por GALANTER em termos práticos:

**Figura 1** – Taxonomia de litigância por configuração estratégica das partes

		<b>A TAXONOMY OF LITIGATION BY STRATEGIC CONFIGURATION OF PARTIES</b>	
		<i>Initiator, Claimant</i>	
		One-Shotter	Repeat Player
Defendant	One-Shotter	Parent v. Parent (Custody) Spouse v. Spouse (Divorce) Family v. Family Member (Insanity Commitment) Family v. Family (Inheritance) Neighbor v. Neighbor Partner v. Partner OS vs OS I	Prosecutor v. Accused Finance Co. v. Debtor Landlord v. Tenant I.R.S. v. Taxpayer Condemnor v. Property Owner  RP vs OS II
	Repeat Player	Welfare Client v. Agency Auto Dealer v. Manufacturer Injury Victim v. Insurance Company Tenant v. Landlord Bankrupt Consumer v. Creditors Defamed v. Publisher OS vs RP III	Union v. Company Movie Distributor v. Censorship Board Developer v. Suburban Municipality Purchaser v. Supplier Regulatory Agency v. Firms of Regulated Industry  RP vs RP IV

**Fonte:** GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, [s.l.] vol. 9, p. 97-160, 1974.

No canto superior esquerdo da figura existem os conflitos instaurados por um participante eventual em face de outro participante eventual: nenhuma das partes possui demandas repetitivas, um corpo jurídico especializado ou outras vantagens típicas do litigante habitual. São exemplos didáticos os conflitos de direito de família, aqueles relacionados a direito de vizinhança, entre outros.

No canto superior direito ficam as disputas ajuizadas por um litigante habitual contra um participante eventual, nas quais a dinâmica do direito processual favorece o autor. Este é, por excelência, o tipo de demanda ajuizada pelo Ministério Público contra pessoas físicas, a

exemplo do que são as ações de improbidade administrativa. O *parquet* possui vantagem em relação aos custos informacionais do processo (haja vista suas competências investigativas constitucionais), tem um corpo jurídico especializado (seja pela aprovação em concurso de provas e títulos, seja pelo ajuizamento de várias demandas similares), e conta até mesmo com uma disciplina diferente de intimações e contagem de prazos processuais.

No canto inferior esquerdo estão os conflitos entre um autor que é participante eventual contra um réu que é litigante habitual. Nesta seara encontra-se a maior parte das demandas consumeristas, na qual o autor é um consumidor, pessoa física, pouco acostumado ao litígio judicial, mas o requerido é uma empresa de grande porte, um fornecedor com dezenas de estabelecimentos etc. A repetitividade desse tipo de demanda concede ao réu (litigante habitual) um arcabouço informacional que o autor jamais poderia possuir, pois não teve experiências anteriores em demandas semelhantes, e tampouco terá novas oportunidades de comparecer em juízo em processo igual.

Por fim, no canto inferior direito estão as disputas nas quais as duas partes são litigantes habituais. Ambas têm acesso a um corpo jurídico especializado na demanda em juízo, ambas constam em uma quantidade relevante de processos com contextos parecidos e, por conseguinte, ambas conseguem diluir os custos da litigância ao mesmo tempo em que lidam com probabilidades para a elaboração da estratégia processual mais adequada possível. Despontam, como exemplos, os conflitos coletivos de trabalho, entre o empregador e o sindicato, agências reguladoras contra grandes empresas do setor regulado, entre outros.

Na recuperação judicial, são diversos os fatores que podem levar à caracterização de uma parte processual como participante eventual ou como litigante habitual, muitas vezes não identificáveis em abstrato.

#### 1.3.2.1. *Planet of the APs*: Pessoas físicas e jurídicas na recuperação judicial

Um primeiro fator que pode se revelar preponderante em algum caso concreto, também apontado por MARC GALANTER em outro trabalho, é a própria natureza do sujeito: se uma pessoa física (natural) ou jurídica (artificial).<sup>304</sup> Isso porque as relações de uma pessoa jurídica são eminentemente construídas pelo direito, ao passo que uma pessoa física experimenta diversas relações construídas socialmente (como, por exemplo, em sua família ou nos templos religiosos). A preponderância do direito torna as relações mais formais, donde decorre haver

---

<sup>304</sup> GALANTER, Marc. Planet of the APs: reflections on the scale of Law and its users. *Buffalo Law Review*, [s.l.], vol. 53, n. 5, p. 1369-1417, 2006.

mais segurança jurídica, mas, também, mais espaço para contrariar uma norma (jurídica) dessa relação e surgir um conflito. Daí advém um aumento na litigiosidade, no mais das vezes com uma pessoa jurídica de um lado da demanda e, do outro, uma pessoa física menos acostumada com as normas da relação jurídica havida com a pessoa jurídica.<sup>305</sup> Não por outro motivo, GALANTER costuma associar o litigante habitual com grandes corporações ou instituições.

O salto lógico para relacionar os dois textos de MARC GALANTER não é longo: o aumento de litigiosidade percebido por uma pessoa jurídica implica sua cautela e preparação para esse contexto, com medidas como a criação de normas internas (e isso explica tudo o que se discute hoje sobre *compliance* e governança corporativa<sup>306</sup>) e a especialização de um corpo jurídico apto a representá-la em demandas, judiciais ou não. Automaticamente, a pessoa jurídica passa a aproveitar as vantagens estruturais mencionadas antes, como o maior conhecimento do trâmite processual nas causas em que é parte, a construção de relações informais com os agentes envolvidos nessa litigiosidade, a menor aversão ao risco e a capacidade de trabalhar com probabilidades frente a um processo.

Não se pode, todavia, aplicar esse raciocínio na recuperação judicial e na dinâmica da LREF sem realizar as devidas adequações, ou mesmo deixar à casuística a definição de certos limites dessa taxonomia.<sup>307</sup> Em outras palavras, seria incompleto e leviano dizer que, no âmbito de uma recuperação judicial, a pessoa física (por exemplo, o trabalhador) sofre desvantagens estruturais ao passo que a pessoa jurídica tem posição privilegiada. Ao menos três aspectos justificam essa necessária ponderação: um relacionado aos credores, um à devedora, e o terceiro às relações entre eles.

No que se refere à diversidade de credores, é plausível começar pelo exemplo mais extremo: não parece haver dúvida de que o credor trabalhista, pessoa física, tem muito mais dificuldades de participar de uma recuperação judicial (e influenciar os debates de uma AGC

---

<sup>305</sup> “As more of our encounters and relationships are with APs, an increasing portion of our troubles and disputes are with APs, rather than with other NPs. Conflicts arising from such relationships increasingly come to the legal system and are regulated by public law as well as by the law-like rules generated within APs” (idem, p. 1376).

<sup>306</sup> PARGENDLER, Mariana *et al.* *The basic governance structure: minority shareholders and non-shareholders constituencies*. In: KRAAKMAN, Reinier *et al.* (coord.). *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 79-108.

<sup>307</sup> Também não é a intenção deste artigo fazer uma leitura incorreta do trabalho de GALANTER: as considerações feitas por ele sobre pessoas naturais e artificiais tratam de modelos de litigantes, tipos ideais que não necessariamente se amoldarão perfeitamente a todo e qualquer sujeito. Em realidade, o que se pretende fazer aqui é exatamente o que GALANTER fez: centrar sua análise nas partes do conflito. Em metáfora bastante didática, BRUNO TAKAHASHI explica que, “partindo do pressuposto de que tão ou mais importante que conhecer o tabuleiro de xadrez ou as regras do jogo é saber quem está jogando, ele volta seu olhar para o lado oposto do telescópio” (TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p., p. 130).

com vistas à elaboração de um plano que contemple seus interesses) do que a instituição financeira que forneceu crédito à devedora, responde por relevante porcentagem do quórum de sua classe de credores e conta com garantia real. A situação muda, porém, quando se trata de personalidades jurídicas próximas da realidade do trabalhador, como o microempreendedor individual (MEI, o “pejotinha”), que presta serviços mediante a emissão de nota fiscal (para diminuir os custos tributários da relação com seu contratante) e não tem carteira assinada.<sup>308</sup> Da mesma forma, se se pensar em um QGC com diversos credores quirografários, pouca diferença fará para o resultado da recuperação se são pessoas físicas ou jurídicas.<sup>309</sup>

Em relação a *quem é a devedora*, há uma complicação já no artigo 1º da LREF, ao prever que essa lei “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. Por reger a recuperação do *empresário* e da *sociedade empresária*, a lei alija da posição de devedora todos que não se enquadrarem ou ao menos se equipararem ao conceito de empresário trazido no artigo 966 do Código Civil: aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.<sup>310</sup> Alguns dos sujeitos alijados, em caráter exemplificativo, são (i) as sociedades uniprofissionais de caráter intelectual (sociedades de advogados, arquitetos, médicos etc.), não raro de grande porte; (ii) as associações civis, que muitas vezes movimentam valores bilionários (como diversos clubes de futebol) e, até pouco tempo atrás, (iii) o produtor

---

<sup>308</sup> Antes da reforma de 2020, no artigo 83 da LREF (que classifica os créditos na falência em ordem de preferência), os créditos em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte estavam previstos como créditos com privilégio especial no inc. IV, alínea d) – atrás de outros como os derivados da legislação trabalhista, dos créditos com garantia real e dos créditos tributários. Em 2020, o inciso IV foi revogado, e os créditos de MEI entraram no balaio dos créditos quirografários, no inc. VI do mesmo artigo. Ver: “O parágrafo 6º do art. 83 é mais um dispositivo muito bem-vindo e que ajuda a simplificar o sistema de classificação dos créditos. Antes dessa alteração os créditos com privilégio especial e geral estavam acima dos quirografários. Entretanto, apesar que raros os casos, era enorme a dificuldade dos operadores do direito em separar o que de fato era privilégio especial e privilégio geral. Tanto que geralmente esse tipo de crédito acabava sendo equiparado ao quirografário” (MANGE, Eduardo Foz; MANGE, Renato Luiz de Macedo. *Classificação dos créditos na falência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 923-941, p. 931).

<sup>309</sup> Veja-se, por exemplo, a recuperação judicial da empresa de telefonia Oi, ou outras de atividades econômicas semelhantes: não raro, há milhares de credores quirografários, com valores oriundos de relações de consumo, e cujos montantes acabam se pulverizando e se tornando irrisórios frente ao somatório dos créditos da classe.

<sup>310</sup> “Diferentemente do comerciante, que era inicialmente identificado no papel de intermediário da corrente circulatória (excluídos o primeiro e o último de seus anéis), o empresário vem conceituado de modo mais abrangente, como partícipe de todo o fluxo da circulação de riquezas, desde a produção até o último dos atos em que aquela se desdobra. O simples exercício de uma atividade econômica, porém, não basta para caracterizá-lo. É preciso que tal atividade seja exercida com habitualidade, em *caráter profissional*, ficando afastados do conceito, destarte, aqueles que a exercem por amadorismo, por puro diletantismo ou em caráter eventual. O empresário é um profissional do mercado e, portanto, um perito na produção ou na circulação de bens ou de serviços, que, por isso, almeja obter *resultados lucrativos* nesse desiderato. A finalidade lucrativa decorre do caráter profissional com que é exercida a atividade econômica” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71, grifos do original).

rural individual não registrado em Junta Comercial.<sup>311</sup> Sobre isso, já se teve oportunidade de comentar em publicação anterior:

A LREF é destinada, nos termos de seu artigo 1º, ao empresário e à sociedade empresária. A reforma legislativa de 2020 manteve esse posicionamento, alijando da recuperação judicial e da falência importantes agentes econômicos, como sociedades de economia mista, associações, cooperativas, sociedades uniprofissionais e outros tantos tipos societários.

Não se pode dizer que houve retrocesso, mas certamente não se vislumbrou qualquer avanço em relação aos pressupostos subjetivos da recuperação judicial. Ao mesmo tempo em que mantém essas vedações, no mais das vezes pouco justificáveis, a lei continua regulando temas como a responsabilidade ilimitada dos sócios em seu artigo 81, esta sim já em desuso. Há um descompasso com as relações comerciais de hoje, com os novos protagonistas do ambiente de mercado e com a diversidade de figuras e vestes de personalidade jurídica para fazer parte desse meio.

Em boa lógica, se a intenção é a preservação de uma atividade econômica (ou mesmo do próprio funcionamento regular do mercado), melhor seria permitir a recuperação judicial a agentes econômicos, empresários ou não.

Nestas poucas páginas, o objetivo foi, principalmente, o de pincelar algumas possíveis incongruências nas vedações ao manejo da recuperação judicial. Há exemplos em que o legislador acatou necessidades do mercado e permitiu o acesso ao remédio contra a crise da empresa, como foi a recuperação judicial de empresas aéreas e (mais recentemente) a do produtor rural pessoa física. Há algumas outras medidas mais tímidas, como a Sociedade Anônima do Futebol (Lei nº 14.193/2021) e a Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/2021), que trazem possibilidades de renegociação das dívidas por procedimentos concursais a quem antes não podia fazer uso deles.

Apesar disso, há o outro lado da mesma moeda, que é a manutenção de proibições desarrazoadas ao uso da recuperação judicial por certos agentes econômicos. As empresas públicas e as sociedades de economia mista são apenas o mais gritante dos exemplos, dentre os quais também se inserem as cooperativas que não sejam de crédito, as sociedades simples uniprofissionais, as pessoas físicas cujo passivo não seja eminentemente formado por dívidas de consumo, as entidades desportivas que não adotem a figura jurídica da sociedade anônima, entre outros tantos.<sup>312</sup>

Para o enfoque utilizado agora, sobre as vantagens e desvantagens estruturais para pessoas físicas ou jurídicas, a diversidade de possíveis devedoras sugere, outrossim, uma análise casuística. De um lado, porque uma pessoa física – o produtor rural individual, por excelência – pode muito bem ter o corpo jurídico especializado e a expertise necessária ao desenrolar menos atribulado de uma recuperação judicial.<sup>313</sup> De outro, uma empresa de micro

---

<sup>311</sup> Sobre o produtor rural individual e a possibilidade de requerer a concessão da recuperação judicial, ver: SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. *Recuperação judicial do produtor rural: separando o joio do trigo*. In: HANSZMANN, Felipe (coord.). *Atualidades em direito societário e mercado de capitais*, vol. IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 375-424.

<sup>312</sup> CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. *Pressupostos subjetivos e legitimidade da parte na reforma da Lei nº 11.101/2005 (Lei nº 14.112/2020)*. In: FRAZÃO, Ana; MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R.; CAMPINHO, Sérgio (coord.). *Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho*, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 753-779, p. 775-776.

<sup>313</sup> O poderio do agronegócio patronal – muitas vezes desenvolvido por um rurícola individual, e não por pessoa jurídica – e seu protagonismo na economia brasileira ensejaram a alteração da LREF (BURANELLO, Renato; LEIRIÃO FILHO, José Afonso. *O novo regime de sujeição de créditos na reestruturação da atividade de produção*

ou pequeno porte também pode ser a devedora de uma recuperação judicial, inclusive fazendo jus a algumas regras mais simplificadas no que se refere a seu plano de recuperação judicial (dispostas a partir do artigo 70 da LREF). E, para além disso, há que se considerar que uma devedora não se caracterizaria como litigante habitual *em uma recuperação judicial*, pois não se trata de algo que ela possa requerer de forma recorrente. A depender de outras circunstâncias, como suas relações oriundas de outros conflitos, ela pode ter um corpo jurídico especializado, mas não da forma exposta pelo tipo ideal de MARC GALANTER, que tem suas centenas (ou mesmo milhares) de demandas idênticas tramitando concomitantemente.

E, por fim, há que se considerar que a relação *entre credores*, ou *entre credores e devedora*, pode influenciar na caracterização dos sujeitos como litigantes habituais ou participantes eventuais e, também, nas vantagens e desvantagens estruturais que experimentam no decorrer do processo. Assim, por exemplo, há o déficit de representação dos interesses dos trabalhadores quando em cotejo com uma classe de credores quirografários na qual poderiam muito bem constar, majoritariamente, pessoas físicas (*supra*, capítulo 1.3.1.2). Há também a dificuldade adicional de um credor que depende da devedora para a continuidade da sua própria empresa, aumentando sobremaneira sua aversão ao risco de reprovação de um plano ou de ulterior convalidação em falência.

#### 1.3.2.2. Comparado a quê? Argumentos de qualidade na recuperação judicial

A bem da verdade, essas dificuldades demonstram que a análise casuística das relações entre devedora e credores tem, nas quatro classes de credores previstas no artigo 41 da LREF, uma tentativa insuficiente de reduzir o conjunto de interesses em jogo a quatro tipos de créditos, quantificáveis, e que permitem (e facilitam) a criação de um sistema que preza pela vontade da maioria (cinquenta por cento mais um).

A opção por um sistema de votação simples, com o valor de cada voto facilmente quantificável, facilita tão somente a realização da votação, mas não garante a representação de todos os interesses, e não considera a infinitude de variáveis (minimamente exemplificadas nos parágrafos acima) que podem, a depender de cada caso, favorecer ou desfavorecer certos sujeitos interessados em termos de participação no processo. É preciso, em razão disso, não

---

*rural*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 695-714). Essa mudança na própria regra do jogo é, outrossim, mais uma vantagem de litigantes habituais apontada por MARC GALANTER, ainda que, nesse caso, não seja uma pessoa artificial.

parar na análise da eficiência ou da produção da recuperação judicial, mas se preocupar também com a sua *qualidade*.

Assim, na consideração da efetividade da tutela jurisdicional, deve-se tomar em conta fatores que possam retratar a totalidade de seus efeitos e de suas finalidades mediatas e imediatas. Para tanto, é possível separar dois grupos de argumentos indicadores de parâmetros para a avaliação dos processos de adjudicação judicial e de outros mecanismos alternativos de solução de conflitos: os de produção e os de qualidade. Esses argumentos trazem dois tipos de resultados a serem analisados em qualquer mecanismo processual.

No tocante àqueles argumentos, chamados de produção, considera-se qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos. [...]

O segundo grupo, aqueles dos argumentos de qualidade, coloca a questão dos benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta. Nesse caso, é preciso investigar a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz.<sup>314</sup>

A terminologia de MARC GALANTER – argumentos de produção e argumentos de qualidade – admite uma aproximação com os critérios de *quantidade* e de *qualidade* na avaliação da prestação jurisdicional e da solução de disputas.<sup>315</sup> O primeiro grupo se relaciona com temas bem conhecidos da economia processual e da duração razoável do processo,<sup>316</sup> hoje estudados (por vezes anacronicamente) a partir do aumento da litigiosidade e do afogamento dos tribunais. Pelo segundo, apontar se um processo é superior também depende de aferir se ele “aumenta a satisfação das partes, encoraja o restabelecimento de relações amistosas, está mais impregnado de valores sociais, produz maior aceitação da decisão, gera precedentes favoráveis, etc.”.<sup>317</sup>

A preocupação com a qualidade do processo de recuperação judicial fica evidenciada com os já apontados déficits de representação de interesses nesse multifacetado conflito que é a crise da empresa. Discutir um processo de recuperação “melhor”, “superior” ou “mais eficiente” deve passar não apenas pela busca por uma tramitação mais célere, ou pela diminuição de custos,

---

<sup>314</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-228.

<sup>315</sup> GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

<sup>316</sup> “Desnecessário repetir que o fator tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça. Fazzalari refere-se à demora do processo como a ‘tormenta das tormentas’! [...] É, outrossim, de Taruffo o alvitre no sentido de que a história do processo civil, a partir do iluminismo europeu, vem demarcada pelo notório esforço de tornar o processo mais racional, menos complicado e, sobretudo, mais célere” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15-16).

<sup>317</sup> TAKAHASHI, Bruno. *Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação*. In: YARSELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103-124, p. 111.

mas sim com o restabelecimento de relações entre devedora e credores estratégicos (por exemplo, fornecedores) e, principalmente, com uma aceitação maior da decisão. Se a decisão esperada é “conceder a recuperação judicial”, e isso é feito apenas quando um plano é aprovado em AGC, quanto mais aceito pela AGC (para além do “cinquenta por cento mais um”), maior será a qualidade desse plano (e da solução da disputa) para todos os envolvidos.<sup>318</sup>

### 1.3.2.3. Congregação de casos e a recuperação judicial

Da forma como exposto nas linhas acima, parece já estar justificada a análise da recuperação judicial a partir das vantagens e desvantagens que os sujeitos envolvidos, nem todos sendo credores da devedora, experimentam ao longo do processo. A dificuldade subsequente é saber *como* fazer esse exame. Uma hipótese seria analisar casos individualizados, talvez centrando-se em apenas um grupo de sujeitos interessados (por exemplo, trabalhadores que não tenham crédito contra a devedora), identificando exatamente quais os interesses *in abstracto* que esse grupo possui, e porque eles são ou não deduzidos em juízo durante a recuperação judicial. Outra opção seria tratar de recuperações judiciais genericamente, abrangendo todo e qualquer processo de reorganização da empresa regulado pela LREF.

Ainda que grande parte das considerações feitas, como o déficit de representação dos interesses, possa ser aplicada de forma bastante genérica, e ainda que as páginas finais deste trabalho estejam dedicadas a dois estudos de casos (*infra*, capítulo 3), escolheu-se uma via intermediária, que é estudar o grupo, mais ou menos determinado, de recuperações judiciais que, na terminologia de MARC GALANTER, constitui uma *congregação de casos*.<sup>319</sup>

As características de uma congregação de casos trazidas por GALANTER são assim sintetizadas por BRUNO TAKAHASHI:

a situação é reconhecida como congregação por pelo menos um grupo comum de atores (tais como advogados, juízes, seguradoras, etc.);  
cada congregação possui a sua história, não havendo um padrão geral de crescimento e diminuição da conflituosidade;  
o conjunto, além de ser influenciado por fatores externos, também produz efeitos sobre seus influenciadores, tais como gerar a prevenção ou a promoção de novos

---

<sup>318</sup> “We need specified and contextualized studies in which institutional alternatives are compared not in terms of the supposed unvarying characteristics of dispute methods, but in terms of a relevant array of ‘quality’ issues. If our choices are inevitably political we should aspire to a politics about real alternatives not imaginary ones” (GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv, p. xiv).

<sup>319</sup> GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 371-395, 1990.

casos, modificar as normas existentes sobre a matéria, e interferir na produção de informações;  
a consideração do conjunto faz com que os julgamentos de casos individuais sejam afetados pela existência dos outros casos semelhantes (*relativization*) e a alocação de recursos para um caso seja feita tendo em vista a existência dos outros (*rationing*);  
os casos se comportam em carreiras, o que faz com que a decisão em um caso possa ser vista como antecipação do que será feito na sequência de casos (*anticipation effect*);  
há a possibilidade de coordenação e troca de informações entre os litigantes de um caso com outro;  
a existência do conjunto faz com que haja a formação de um grupo especializado de advogados;  
em algumas situações, vencidos os casos mais fáceis, há um esgotamento da litigância, o que não corre, porém, em situações em que a oferta de novos casos não se exaure (como, por exemplo, em acidentes de automóvel);  
à medida em que os aspectos mais controversos dos casos são decididos, o resultado esperado vai se tornando mais estável, mais previsível.<sup>320</sup>

Tomar toda e qualquer recuperação judicial como integrante de uma mesma congregação de casos não atende à definição de GALANTER, porque os inúmeros processos em curso e futuros regidos pela LREF representam um cenário relativamente estável: é pequena a chance de que um caso individualmente considerado seja diretamente afetado pelo que foi decidido ou estabelecido em outro caso anterior.<sup>321</sup>

Dentro do objeto de estudo deste trabalho tem-se que a mediação, antecedente ou incidental a recuperações judiciais, será tão mais proveitosa e eficiente à superação da crise da empresa quanto mais complexo for o caso concreto, isto é, quanto mais complexos forem os feixes de interesses existentes na crise da empresa (muitos deles, como visto, subrepresentados). Em acepção não técnica, defende-se o uso da mediação, principalmente, em recuperações judiciais “grandes”, e elas podem ser “grandes” em relação ao número de credores, “grandes” em relação ao total do passivo,<sup>322</sup> “grandes” em relação ao impacto que a quebra da devedora

---

<sup>320</sup> TAKAHASHI, Bruno. *Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103-124, p. 107-108.

<sup>321</sup> “*My criteria of common fate and shared features are so loose and general that you will correctly note that they might apply to such immensely large and enduring and ordinary categories of litigation as automobile injury cases, cases involving injury on property, construction contracts, bankruptcies, divorces, and other matters that populate the courts in large numbers. I think there is a useful contrast, even if it is a relative one, between what I call congregations and these relatively long-lasting, slow-moving populations, in which the fate of case 100,002 is not likely to be strongly affected by what happens in case 100,001. These giant populations form a relatively stable (if slowly changing) background to smaller sets that are subject to considerable influence from one case to another*” (GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 371-395, 1990, p. 372).

<sup>322</sup> O NEPI – Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência é uma atividade de pesquisa e extensão vinculada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. O NEPI realizou um levantamento dos processos de recuperação judicial em trâmite não apenas perante as duas varas especializadas na comarca de São Paulo, como também nos demais processos de insolvência no Estado, entre janeiro de 2010 e julho de 2017. Nesse estudo, ao tratar e sistematizar os dados coletados, o NEPI incluiu, no grupo com maior passivo, as devedoras com passivo acima de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), representativas de apenas

traria para o segmento de mercado em que atua,<sup>323</sup> entre outros possíveis aspectos.

Uma recuperação judicial “grande” em número de credores não necessariamente terá um maior número de interesses diversos: se uma empresa de telefonia entra em recuperação, o QGC pode ter milhares de credores quirografários, oriundos de relações de consumo, de situações repetitivas, nas quais os interesses são essencialmente os mesmos.<sup>324</sup> Uma recuperação com milhares de credores trabalhistas, da mesma forma, pode ter esses milhares de credores em situação muito parecida (interesses relativamente parecidos): mesmo temor do desemprego, mesma situação de vulnerabilidade, mesma intenção de continuar trabalhando, entre outras semelhanças.

De outro lado, mesmo que uma recuperação judicial “grande” possa não ter tantos interesses diversos dentro do conjunto de seus credores, ela pode trazer consigo uma preponderância do interesse público na preservação daquela empresa. O próprio caso Saraiva, estudado *infra* (capítulo 3), se inseriu no contexto de crise do mercado editorial brasileiro – com a recuperação judicial da Livraria Cultura poucos meses antes<sup>325</sup> e, também, o encerramento das atividades da livraria FNAC no Brasil.<sup>326-327</sup> A preocupação de salvaguardar uma empresa relevante para um segmento de mercado tão combatido à época adiciona um grau de dificuldade a mais na acomodação dos interesses, justificando, outrossim, o uso da mediação aqui proposta.

Quer-se dizer com isso que as recuperações judiciais “grandes”, mesmo se consideradas nessa acepção não técnica, têm como característica comum terem na mediação uma possível ferramenta para, de maneira célere e pouco custosa, permitir uma adequada representação dos interesses na deliberação sobre o plano de recuperação judicial. Nesse sentido, esses casos podem ser conjuntamente considerados como uma congregação nos termos propostos por

---

5,7% (cinco vírgula sete por cento) dos processos estudados (WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência*: relatório. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019, p. 19). No caso Saraiva, por exemplo, o passivo ultrapassou R\$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais) (*infra*, capítulo 3).

<sup>323</sup> Ver, por exemplo, a já mencionada expressão “*too big to fail*” e o contexto da crise econômica de 2008 e a falência do banco Lehman Brothers.

<sup>324</sup> Exemplarmente, a recuperação judicial da empresa de telefonia Oi.

<sup>325</sup> Disponível em: <<https://exame.com/negocios/livraria-cultura-pede-recuperacao-judicial-em-meio-a-crise-do-mercado/>>, acesso em 17 abr. 2023. A Livraria Cultura chegou a aprovar um plano de recuperação judicial, mas foi forçada a aditá-lo ulteriormente por não estar conseguindo cumprir com as obrigações lá estabelecidas. Esse aditivo foi rejeitado pela classe de credores referentes às micro e pequenas empresas. À época da elaboração deste trabalho, por impossibilidade de cumprimento das obrigações assumidas, a falência da Livraria Cultura foi decretada.

<sup>326</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/19/fnac-tira-site-do-ar-e-fecha-ultima-loja.ghtml>>, acesso em 17 abr. 2023.

<sup>327</sup> A essas, outras recuperações judiciais também poderiam se juntar, como a da Editora Três e do Grupo Abril.

MARC GALANTER. E o raciocínio inverso também é válido: as recuperações judiciais que utilizam (ou possam vir a utilizar) a mediação, antecedente ou incidental, também podem ser conjuntamente consideradas uma congregação de casos.<sup>328</sup> Algumas características levantadas por MARC GALANTER são observáveis nesse âmbito:

- Existe um grupo especializado de agentes em casos que tais. Sendo o administrador judicial um terceiro que atua como *longa manus* do juiz e é por ele indicado, os casos mais relevantes provavelmente terão um administrador judicial da maior confiança do juízo, dentre alguns poucos que, por contarem com antiga e reconhecida *expertise* nessa área, são indicados com maior frequência. Dentre os mediadores, dada a novidade da prática no âmbito das recuperações judiciais, são ainda menos os potenciais indicados, e mais restrito ainda é o círculo daqueles aptos (em termos de *expertise* e mesmo de estrutura ou recursos humanos) a atuarem em casos “grandes”;
- Em decorrência do grupo especializado de agentes e da relevância midiática que certos casos passam a ter, é razoável pressupor a existência do *anticipation effect*. O que um mediador fez em uma recuperação judicial servirá de modelo ou inspiração para o que será feito em outra, seja por ele próprio, ou por outro mediador que conheça (como provavelmente conhece) o primeiro caso. A indicação do mediador (se pelo juiz, pelo administrador ou por outro sujeito), caso não seja impugnada nos primeiros casos, será feita da mesma forma nos casos seguintes;
- À medida que aspectos mais controvertidos vão sendo decididos, como a distribuição dos custos da mediação entre os sujeitos do processo, a prática começa a ser reproduzida com menores riscos de impugnação ou inovação. Cria-se estabilidade e segurança jurídica para os mediados, inclusive (para o exemplo aqui dado) para fins de alocação de recursos (*rationing*).

Outras características já poderiam ser trazidas para justificar a análise da mediação em recuperação judicial a partir de uma congregação de casos. Para não repetir as considerações realizadas no capítulo 2 (*infra*), todavia, deixa-se de detalhar tais aspectos por ora.

---

<sup>328</sup> “Em especial, entendemos que o mérito da ampla noção de casos congregados para o estudo da litigiosidade está em tratar cada tipo de conflito como um problema comum. Assim sendo, há um agrupamento por similaridade que, porém, não leva à generalização indevida de postulados como ‘há muitos processos no Judiciário’. Casos congregados permitem vez que cada conflito possui sua ‘pirâmide’ até eventualmente serem judicializados” (TAKAHASHI, Bruno. *Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103-124, p. 108).

### 1.3.3. Déficit de participação e a ineficiência da Assembleia-Geral de Credores

Do quanto exposto até o momento, vislumbra-se com certa clareza um déficit de representação de interesses no âmbito da crise da empresa. Pelo viés institucionalista do artigo 47 da LREF, uma recuperação judicial deve levar em conta os interesses dos trabalhadores (credores ou não), dos acionistas e mesmo o interesse público, ainda que este último seja “dicção dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida ao alvedrio do administrador”.<sup>329</sup>

Apesar desse viés do artigo 47 – e do reconhecimento doutrinário da existência desses déficits – a LREF adota uma lógica diversa no que se refere ao poder de decisão sobre o futuro da empresa a ser preservada. A principal decisão em uma recuperação judicial, evidentemente, é a aprovação (ou não) do plano de recuperação judicial, uma vez que sua reprovação conduz à falência da devedora.<sup>330</sup> Essa aprovação repousa, exclusivamente, na AGC, assembleia na qual o poder de voto está integralmente nas mãos dos credores. Destarte, ainda que a LREF tenha criado classes de credores para mitigar certos déficits de representação (como o trabalhador que veria seu crédito completamente apequenado ao lado do crédito milionário de uma instituição financeira com garantia real), certo é que (i) elas são insuficientes em relação aos interesses dos credores ali presentes e (ii) ainda mais insuficientes para os interesses de “não credores”.

A lógica por trás dessa escolha do legislador reside nos critérios de votação do plano de recuperação judicial: a vontade da maioria, na lógica do “cinquenta por cento mais um”, desde que atendidos os critérios do artigo 45, §§ 1º e 2º da LREF:

Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

---

<sup>329</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, 2009.

<sup>330</sup> “Na recuperação judicial, a mais importante atribuição dos credores deve ser exercida em assembleia-geral de credores e diz respeito à avaliação do plano de recuperação apresentado pelo devedor” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 278).

A crítica que ora se faz ao critério majoritário adotado pela LREF é a de que ele não atende da melhor forma possível a regra frequentemente lembrada pela doutrina brasileira – ainda que de inspiração norte-americana – do *best interest of creditors*: o plano de recuperação judicial deve ser aprovado apenas se proporcionar aos credores uma situação melhor do que a que encontrariam na hipótese de não reprovação dele.<sup>331</sup> Um AGC que não permite que todos os sujeitos interessados tenham voz e sejam contemplados pelo plano, fatalmente, condená-los-á a uma situação possivelmente pior do que a da mera liquidação da empresa. Quando menos, condená-los-á a uma situação inexoravelmente pior do que a que teriam caso tivessem influenciado nas deliberações e na votação do plano.<sup>332</sup>

“Traduzir” o *best interest of creditors* para o linguajar do profissional mais próximo da mediação e dos MASC não é tarefa difícil. Para aferir se a aprovação do plano trará uma situação melhor ou pior àquele que vota para aprová-lo ou não equivale a dizer que, para um adequado atendimento da preservação da empresa insculpida no artigo 47 da LREF, é preciso garantir que os credores conheçam seu BATNA quando deliberarem sobre o plano de recuperação judicial.

O BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), traduzido para o português como MAANA (Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo), também é uma garantia de que a parte não aceitará um acordo que a coloque em situação pior do que poderia estar caso buscasse outras alternativas, protegendo-a em relação aos maus acordos ou mesmo em relação ao desnível de poder com a outra parte. O BATNA vai além do estabelecimento de valores, é mais do que um limite de barganha (*reservation point*), pois implica pensar alternativas concretas ao acordo. Segundo Fisher, Ury e Patton, que criaram o BATNA em resposta ao poder da outra parte, o máximo que qualquer método de negociação pode fazer é atender a dois objetivos: primeiro, protegê-lo de fazer um acordo que você deveria rejeitar, e, segundo, ajuda-lo a extrair o máximo dos recursos de que efetivamente dispõe, para que qualquer acordo obtido satisfaça seus interesses tanto quanto possível.<sup>333</sup>

Nesse ponto a questão dos déficits de representação na recuperação judicial – e, com maior relevância, na AGC – merece uma subdivisão. Conhecer o BATNA daqueles que votam

---

<sup>331</sup> “[...] a aplicação desse teste pelo juiz concursal visa a identificar se o plano de recuperação enviado para homologação prevê o pagamento, a cada um dos credores, de valor no mínimo igual ao que seria por ele angariado em caso de falência” (idem, p. 378).

<sup>332</sup> “No entanto, se ao menos se impuserem instrumentos objetivos de incentivos para a efetiva participação dos sujeitos do processo no conclave, tal qual a regra do *best-interest-of-creditors* de inspiração norte-americana, poderíamos adotá-la como ponto de partida para a obtenção do referencial mínimo daquilo que deve ser oferecido aos credores da devedora nas sessões de mediação prévias à efetiva e eventual deliberação em assembleia geral de credores” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 130).

<sup>333</sup> GABBAY, Daniela. *Negociação*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211-225, p. 219.

o plano de recuperação e buscar o atendimento ao *best interest of creditors* ainda reproduz a lógica da LREF de proteger exclusivamente os interesses dos credores.

São dois, então, os principais pontos de ineficiência da AGC e, por metonímia, de toda a recuperação judicial:

- A AGC não permite uma adequada representação dos interesses envolvidos na crise da empresa que não sejam interesses creditícios. Interesse público, interesse dos acionistas e sócios da devedora, interesse dos trabalhadores que não sejam credores etc. sequer podem votar acerca do destino da empresa;
- A AGC, ao adotar o critério majoritário de votação, não permite uma adequada proteção do *best interest of creditors* porque, mesmo dentre os credores votantes, percebem-se déficits de representação nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial. Não raro, o plano aprovado pela AGC condena diversos credores a uma situação pior do que a que obteria com a falência da empresa, tornando o plano de recuperação um “mau acordo” a este(s) credor(es), por não se atentar ao(s) seu(s) BATNA.<sup>334</sup>

Some-se a isso que a recuperação judicial não se esgota com a aprovação do plano de recuperação judicial (ou, se o caso, com a convolação em falência). Muito pelo contrário: uma vez aprovado o plano, inicia-se a fase de verificação do cumprimento, pela devedora, das obrigações lá previstas.<sup>335</sup> A qualquer momento em um horizonte que frequentemente perdura por anos, pode-se constatar a impossibilidade de cumprimento das obrigações (por exemplo,

---

<sup>334</sup> No mesmo sentido é a opinião de SHEILA CEREZETTI: “Ocorre que alguns credores não se importam única ou prioritariamente com o recebimento dos valores que lhes são devidos. Muitas vezes a manutenção de determinado vínculo contratual com o devedor representa valor a ser considerado por credores quando do exercício dos seus respectivos direitos de voto. Nessas situações, as perdas experimentadas por alguns credores mediante a debilidade econômico-financeira do devedor não são apenas de cunho econômico e influenciam o direcionamento do voto a ser por eles exercido quando do julgamento do plano de recuperação apresentado pelo devedor” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 280-281). Em sentido contrário: “[...] a *regra da maioria* justifica-se porque permite, mais do que qualquer outra, a satisfação de valores fundamentais como a liberdade e a igualdade. O princípio majoritário é visto como um *expediente técnico* para se alcançar a tomada da decisão coletiva entre pessoas com opiniões diversas em consonância com o princípio da isonomia. Desse modo, reafirma-se a validade do princípio majoritário por sua aptidão em produzir decisões coletivas de um modo respeitoso em relação à ampla variedade de opiniões existentes, mesmo discordantes” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 125, destaques do original).

<sup>335</sup> Concedida a recuperação judicial nos termos do artigo 58 da LREF, o período de fiscalização, ou de verificação, se inicia nos termos do artigo 61 da mesma lei: “Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o juiz poderá determinar a manutenção do devedor em recuperação judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, independentemente do eventual período de carência. § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei. § 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

por agravamento da situação de crise), ensejando a convolação em falência, a celebração de aditivo ao plano de recuperação judicial etc.

No cenário em que o plano foi aprovado pelo critério majoritário do “cinquenta por cento mais um”, existem “cinquenta por cento menos um” de interesses não contemplados no plano – e isso só para mencionar os interesses creditícios. É um número perigoso, pois um plano que deixa de contemplar tantos interesses envolvidos em seu objeto pode conduzir ao mencionado agravamento da situação de crise.

#### **1.3.4. *Sed contra*: abordagem negocial para construção do consenso**

A questão que se coloca neste momento é a de procurar alternativas, soluções ou paliativos que auxiliem a mitigar os déficits de representação de interesses percebidos no âmbito da recuperação judicial e, principalmente, em sede de AGC. Isso porque a AGC, conquanto seja a grande responsável pela aprovação do plano de recuperação da empresa devedora, não oferece uma arena adequada de participação aos interessados que não tenham crédito em face da devedora e, mesmo dentre os credores, fornece proteção insuficiente aos interesses que não sejam exclusivamente econômicos/creditícios.

A proposta formulada neste trabalho é a de que uma dessas alternativas é o uso da mediação, antecedente ou incidental, como forma de proporcionar uma melhor participação dos interessados, garantindo sua representação nas deliberações que vierem a ser tomadas ao longo da recuperação judicial. Essa intenção, todavia, não significa propor o fim da AGC ou de seu critério majoritário: tratar-se-ia de objetivo digno de outro trabalho monográfico. O que se pretende com a mediação é permitir que as deliberações tomadas em AGC tenham ciência de outros interesses presentes – no mais das vezes, subrepresentados – e, idealmente, alcancem um plano de recuperação judicial mais consentâneo com todos eles.

Dessa forma, mesmo sem negar a manutenção do critério “cinquenta por cento mais um”, a mediação pode proporcionar um contexto em que, mais frequentemente do que não, os planos de recuperações judiciais sejam aprovados com quóruns do tipo “quase todos”, “pela esmagadora maioria” e assim por diante. Afinal, quanto mais sujeitos estiverem de acordo com as previsões do plano, mais interesses estarão contemplados.<sup>336</sup>

---

<sup>336</sup> Trata-se de uma abordagem que, considerando os interesses não representados na AGC, mas contemplando-os no plano de recuperação judicial, valorize os ganhos mútuos e maximize o resultado útil do processo. A abordagem baseada em ganhos mútuos pode ser assim resumida: *“In lieu of the conventional approach, we offer the mutual-gains approach – six simple guidelines that provide a framework for dealing the*

Também não se olvida que a mediação pode ter espaço em outras searas que não o auxílio às deliberações da AGC (*infra*, capítulo 2.3). Esse auxílio, todavia, é onde ela mais pode contribuir – a “menina-dos-olhos” do assunto, por assim dizer.<sup>337</sup>

Essa anunciada intenção da mediação na recuperação judicial – permitir que a AGC tome mais decisões pela “esmagadora maioria” do que pelo “cinquenta por cento mais um” – está intimamente relacionada com o conceito de *consensus building*, ou “construção de consenso”, apresentado por LAWRENCE SUSSKIND e JEFFREY CRUIKSHANK da seguinte forma: “[c]onsensus building is a way for a group or organization to reach a nearly unanimous agreement, and then implement that agreement successfully”.<sup>338</sup> É uma abordagem que visa ao atingimento de soluções que serão aceitas por quase todos os membros de um determinado grupo, ou seja, que não se contenta com “cinquenta por cento mais um”. E as razões para defender essa abordagem – ou, *a contrario sensu*, acusar a insuficiência do critério majoritário – são cinco:<sup>339</sup>

- *Tirania da maioria*. Se uma apertada maioria determina o resultado de uma votação (desde uma AGC até eleições presidenciais), o que acontece com a apertada minoria, senão aguardar uma mudança no contexto (o aditamento ao plano de recuperação judicial, ou novas eleições presidenciais) e batalhar por um quórum maior? Esse descaso completo do sistema majoritário com a apertada minoria gera uma instabilidade na implementação do que foi decidido e votado: essa instabilidade, quando percebida pela minoria (e pelos diversos subgrupos que compõem essa minoria) levam à criação de obstáculos à realização da vontade da maioria, à criação de coalisões (para não dizer conluíus), entre outras manobras destinadas a satisfazer os interesses de um ou de outro grupo de interessados, mas nunca da grande maioria.

---

*more effectively with an angry public: acknowledge the concerns of the other side; encourage joint fact finding; offer contingent commitments to minimize impacts if they do occur, promise to compensate knowable but unintended impacts; accept responsibility, admit mistakes, and share power; act in a trustworthy fashion at all times; focus on building long-term relationships”* (SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. *Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes*. New York: The Free Press, 1996, p. 37-38).

<sup>337</sup> “A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de ‘reorganização da empresa’). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação ou não da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulha. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219-220).

<sup>338</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert’s Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 3.

<sup>339</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987, p. 35-80.

- *Ausência de comprometimento a longo prazo.* Em uma recuperação judicial que protege o poder de voto apenas dos detentores de interesses econômicos/creditícios, cria-se uma primazia dessa relação meramente financeira entre os sujeitos interessados (que não deveriam ser apenas os credores) e a devedora. Interesses imediatistas como a satisfação do crédito contribuem para a ineficiência de obrigações de trato continuado na recuperação judicial,<sup>340</sup> porque pouco ou nada importa para os interesses econômicos quantos empregos a devedora gerará após a concessão da recuperação judicial, como será o seu atendimento a critérios de governança corporativa e responsabilidade socioambiental (ESG), entre outros.
- *Deficiências do processo de votação.* Em que pese a clareza dos critérios de votação previstos na LREF, há inconsistências que, como já visto, impedem que todos os interesses envolvidos sejam considerados na votação sobre as obrigações que constarão do plano de recuperação judicial. Para além do que já foi discutido, também é possível citar: (i) a votação se estende no tempo (com frequentes e sucessivas suspensões dos trabalhos da AGC), e vários interesses (para além dos creditícios) podem se alterar entre o início das deliberações e a efetiva votação; (ii) não há o oferecimento de opções de contingência para a parcela perdedora da votação, e os votantes são comumente obrigados a votarem entre opções muito generalizadas ou muito simplificadas; (iii) grupos de interessados possuem níveis diferentes de organização interna, e um grupo desorganizado não necessariamente assim o é por desinteresse nas deliberações, mas por falta de tempo ou de estrutura para se fazer representar adequadamente.
- *A complexidade técnica supera os lugares-comuns.* As discussões que têm espaço na AGC tratam de assuntos muito mais complexos do que a mera novação da dívida com os credores. De um lado, há, sim, aspectos como deságio, métricas de amortização e correção monetária, juros e outros pontos que, por si só, já podem se tornar complexos. Há, todavia, uma série de temas como a alienação de “Unidades Produtivas Isoladas”<sup>341</sup>

---

<sup>340</sup> “Após análise de compatibilidade entre recuperação e obrigação de trato sucessivo, fixou-se o entendimento de que o crédito dessa obrigação constituído após o pedido de recuperação não pode a ela se subjugar, sob o risco de prejudicar a continuidade do contrato, a reabilitação da empresa em crise, os interesses do credor desse crédito e os próprios valores e diretrizes decorrentes da natureza dessa obrigação” (VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. *Revista de direito Recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, jan./mar. 2018).

<sup>341</sup> LEMOS NETO, Jáder Aurélio Gouveia; HAYASHI, Renato. *Sistema de alienação de ativos do art. 60 da lei de recuperação judicial: uma síntese epistemológica*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 741-763.

e o financiamento DIP,<sup>342</sup> muito distantes da realidade de vários dos interessados na recuperação judicial (e, também, de seu corpo jurídico): por mais que a LREF garanta o pagamento dos créditos trabalhistas em até um ano (artigo 54), não é simples entender como todas essas cláusulas constantes de um plano de recuperação podem impactar na manutenção dos empregos desses trabalhadores (credores ou não). Em paralelo com as eleições democráticas: a complexidade dos temas que formam a agenda de um candidato político supera em muito o simplismo de seus slogans como “combate à fome” ou “mais educação para as crianças”.

- *A mentalidade do “perde-ganha”, ou do “vencedor leva tudo”*. Apesar de a crise da empresa ser um fenômeno afeto a critérios distributivos de justiça (com a negociação por todos os credores, com técnicas de rateio em caso de falência etc.), as votações de um plano de recuperação judicial são tomadas com maior frequência pela lógica do “perde-ganha”, sem a criação de opções de ganho mútuo ou maximização dos valores envolvidos.<sup>343</sup> Não raro, as disposições do plano tornam a ser objeto de discussão judicial, arena na qual também é frequente a decisão do tipo “perde-ganha” e o estreitamento do escopo que é resolver essa disputa.<sup>344</sup>

Em razão dos cinco problemas apontados, percebe-se a criação de uma *instabilidade* nas deliberações tomadas pelo critério majoritário, seja porque há um grupo diverso e expressivo de interesses não contemplados com a decisão, seja porque há cada vez mais mecanismos direcionados à proteção de minorias nas regras societárias, em um Poder Judiciário mais ativista, em um quadro cada vez maior de advogados, entre outros espaços. Essa instabilidade gera a mencionada *situação do “perde-ganha”*, ou do “tudo ou nada”, que é uma decisão pouco sábia para um conflito distributivo e multitudinário. Essa ausência de preocupação com os interesses não representados – que se concretiza na ausência de deliberação acerca deles durante as votações – conduz a um problema de *legitimidade* nas deliberações, que não resistirão a

---

<sup>342</sup> MORATO, Leonardo; SCAPIM, Renan. *Fortalecimento do DIP Financing no direito brasileiro: breves comentários às alterações legislativas de estímulo a essa modalidade de financiamento*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 767-778.

<sup>343</sup> Para LON FULLER, contrato e eleição são duas formas diferentes de se resolver disputas. Pela primeira as partes afetadas participam via negociação, pela segunda, mediante o voto. O risco da AGC com a mentalidade “perde-ganha” é a de focar eminentemente na votação e, com isso, esquecer-se de que a solução para a crise da empresa, na verdade, é negocial. Ver: FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978, p 363

<sup>344</sup> “No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial ou arbitral – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, destaques do original).

inquiridos dos mais variados tipos ou mesmo à necessidade de rediscussão de tantos pontos votados inadequadamente. E essa falta de legitimidade conduz à alocação do poder nas mãos de quem melhor se adapta às regras do critério majoritário, aproveitando suas vantagens estruturais já destrinchadas (*supra*, capítulo 1.3.2).<sup>345</sup>

Esse contexto requer uma nova abordagem, apta a proporcionar uma representação adequada dos interesses em jogo. Aí entra a construção do consenso.

Consenso, entretanto, não necessariamente implica a unanimidade, sob pena de se tornar utópico. No verbete respectivo do dicionário CALDAS AULETE, a diferença entre consenso e unanimidade é clara: consenso é “consentimento, anuência; Ninguém jamais obteve o *consenso* geral, há que se contentar com o da maioria”.<sup>346</sup> Por isso tem sido apontada a necessidade de se atingir uma “maioria esmagadora” nas votações: ainda que haja esforço para alcançar a unanimidade, no mais das vezes uma aceitação generalizada já será considerada um resultado positivo.<sup>347</sup>

Mais do que isso, procura-se um consenso *informado*. Não basta aos sujeitos interessados participarem do processo de deliberação que antecede a votação, se pouco souberem sobre o que está sendo votados, ou se não tiverem condições de entender as implicações do voto em um ou em outro sentido. Assim é que, quando se fala em participação dos interessados, deve-se entender uma participação efetiva, que mitigue quando possível as desvantagens estruturais existentes, que franqueie uma possibilidade de debate a todos e, em última análise, que torne a AGC *permeável aos interesses não representados no momento do voto*.

É evidente que os diversos sujeitos da recuperação judicial experimentam vantagens e desvantagens estruturais ao longo do *iter* processual, e é no momento de deliberação e votação do plano que esse cenário se apresenta da maneira mais perniciosa: a decisão mais importante sobre a reorganização de uma empresa em crise é tomada sem consideração a tantos interesses em jogo, mas não representados adequadamente durante a AGC. Entretanto, essa decisão deveria, idealmente, ser tomada mediante uma atividade plural, franqueando a participação de todos na tomada de decisão, pois desequilíbrios de poder entre agentes diversos podem ser

---

<sup>345</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 23-26.

<sup>346</sup> CALDAS AULETE. *Diccionario contemporaneo da lingua portugueza*, t. I. Lisboa: António Maria Pereira, 1881, p. 1100.

<sup>347</sup> Há quem chame o consenso não unânime, mas de ampla e generalizada aceitação, como *soft consensus*: “In general, the consensus is defined as the full and unanimous agreement of all experts regarding all the feasible alternatives. However, this definition is inconvenient, and a complete agreement is not always necessary in practice. This has led to the use of soft consensus (i.e., consensus measure). Bases on soft consensus, different types of consensus models have been investigated” (DONG, Yucheng; XU, Jiuping. *Consensus building in group decision making: searching the consensus path with minimum adjustments*. Springer: [s.l.], 2016, p. 6).

solucionados com um processo dialógico por meio da mediação, estimulando uma comunicação franca e honesta.<sup>348</sup>

Quando se fala em tomada de decisão, não necessariamente se fala em direito de voto. Como já dito, não é objetivo deste trabalho propor um novo sistema de votação à AGC ou qualquer outra alteração legislativa na LREF. Participar, no processo civil, é poder exercer o contraditório em sua dimensão substancial, colaborando na construção da decisão a ser tomada (pelo juiz togado, pelo árbitro, pelas partes em consenso ou, no caso, pela AGC); é trazer “o seu ponto de vista, suas percepções, vivências e elementos aos autos”.<sup>349</sup> Ainda que diversos interessados não tenham direito a voto – como é o caso dos acionistas previsto no artigo 43 da LREF – a eles deve ser oportunizada uma participação plena e efetiva na superação da crise da empresa, algo que se concretizará mediante a elaboração e ulterior aprovação do plano de recuperação judicial.<sup>350</sup>

#### 1.3.4.1. Aspectos práticos do *consensus building*

Entendida a importância da construção do consenso, o passo seguinte é descobrir como criar um procedimento apto a alcançá-lo. Aqui, também, a lição de LAWRENCE SUSSKIND, JEFFREY CRUIKSHANK e YANN DUZERT é extremamente didática, e aponta cinco passos bem definidos:

*A convocação dos participantes.* Significa concordar em recorrer a um processo específico de tomada de decisão (o PCC); definir o problema; combinar quem precisa estar na mesa de negociação e conseguir que essas pessoas participem; além de garantir um diálogo produtivo com algumas medidas preliminares.

*A atribuição dos papéis e das responsabilidades.* Nessa etapa, é preciso esclarecer quem fica responsável por que tarefa e estabelecer as regras básicas. Define-se também o papel do mediador (isto é, um profissional de fora ou alguém do grupo),

---

<sup>348</sup> “Power imbalance between social actors is solved within the dialogical process and is tackled through mediation and deliberative settings aimed at fostering an ‘honest and antiauthoritarian dialogue’” (SAPORITO, Emanuela. *Consensus building versus irreconcilable conflicts: reframing participatory spatial planning*. Springer: [s.l.], 2016, p. 27).

<sup>349</sup> BERGAMASCHI, André Luís; SILVEIRA, Bruna Guapindaia Braga da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Participação do atingido por desastres na formação de teses jurídicas via Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, vol. 12, n. 4, p. 2419-2459, 2021, p. 2430.

<sup>350</sup> “De plenitude e efetividade do contraditório fala freqüentemente a doutrina italiana (ver Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, p. 152, nota 150). Entre nós, Antonio Celso Camargo Ferraz, quando Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, utilizou a expressão (*apud* Cândido Dinamarco, *op. cit.*, p. 33). E plenitude e efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da garantia do contraditório*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 17-45, p. 18).

certificando-se de que alguém está registrando o que foi decidido. Finalmente, determinam-se as regras de participação dos observadores.

*A resolução de problemas coletivos pela mediação.* Trata-se aqui de montar propostas mutuamente vantajosas e de lidar com divergências com respeito. Resolver problemas de maneira eficiente significa usar as melhores informações disponíveis e garantir que um leque de soluções possíveis – incluindo algumas em que ninguém pensara antes – é levado em consideração no intuito de fazer todo o possível para atender às preocupações de todos os participantes.

*O fechamento do acordo.* Decidir não é assim tão simples como votar. O desafio é se aproximar ao máximo do ponto que satisfaz às exigências básicas de cada um dos envolvidos e registrar como e por que um acordo foi alcançado.

*O cumprimento dos compromissos assumidos.* Isso vai além de cada um simplesmente fazer o que prometeu. Significa também manter as partes em contato uma com a outra para que problemas inesperados possam ser sanados em conjunto.<sup>351</sup>

Por tratarem do procedimento destinado à construção do consenso, esses cinco passos se relacionam diretamente com os aspectos procedimentais da mediação na recuperação judicial, objeto de capítulo seguinte (*infra*, capítulo 2.5). Por ora, portanto, deixa-se de detalhá-los.

#### 1.3.4.2. *Consensus building* e mediação

Do que se fixou até aqui, a mediação na recuperação judicial vem sendo apresentada como uma maneira de possibilitar a construção do consenso – consenso este que, uma vez conceituado como ampla ou generalizada aceitação, representa um cenário melhor (mais legítimo, mais estável, mais factível) do que a aceitação “por pouco”, do “cinquenta por cento mais um”, típica do sistema de votação majoritário adotado pela LREF. Construção de consenso, todavia, *não é mediação*: é preciso identificar as diferenças entre a construção do consenso aqui proposta (que, sim, é realizada mediante um procedimento de mediação) e uma mediação propriamente dita (que, no mais das vezes, tem preocupações e objetivos diversos).

Essa questão se torna mais importante no âmbito da mediação, antecedente ou incidental, a recuperações judiciais quando se recorda que os artigos 20-A a 20-D da LREF, que tratam das mediações e conciliações, estão relacionados com o procedimento judicial de mediação e conciliação promovido pelos CEJUSC (*supra*, capítulo 1.2.3). Isso porque, em que pese a existência de uma política pública destinada à promoção de soluções consensuais, aproximá-las do combate ao afogamento dos tribunais reduz sua credibilidade e sua eficiência.<sup>352</sup>

---

<sup>351</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta*: método de negociação coletiva para a construção de consenso. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 16, destaques do original.

<sup>352</sup> “Simplesmente questionar se há acordo não é conciliar; tampouco configuram atividade conciliatória pressionar, intimidar, forçar, prejudicar. Se exitosas tais questionáveis condutas, possivelmente gerarão não acordos genuínos, mas lamentáveis ‘pseudoautocomposições’. O consenso obtido deve ser legítimo e verdadeiro. De nada

Nas mediações e conciliações judiciais, argumentos como a morosidade do Poder Judiciário (e o temor, incutido nas partes, de um lentíssimo processo superveniente) não são uma verdadeira busca pela solução consensual, mas sim uma técnica de filtragem de demandas consensuais totalmente contrária ao escopo social do processo<sup>353</sup> e mesmo a conceitos mais modernos de jurisdição.<sup>354</sup> Como é sabido, essa postura tende, infelizmente, a ser frequente nas sessões de mediação e conciliação judiciais e pré-processuais, momentos nos quais a iminência de um processo judicial heterocompositivo é mais palpável do que em uma mediação ou conciliação extrajudicial, seja *ad hoc* ou institucional.<sup>355</sup>

Ainda que não fossem as mazelas que ameaçam as mediações e conciliações judiciais, elas enfrentam desde o início algumas limitações que, em outras arenas de solução de conflitos, poderiam ser mais bem trabalhadas. Tem-se, como principal exemplo, a limitação *subjetiva* do conflito posto à apreciação do terceiro imparcial, que deverá se restringir às partes do processo judicial e, por conseguinte, a temas da técnica processual como a legitimidade e os pressupostos processuais subjetivos. Nesse contexto, será parte do processo judicial e, conseqüentemente, da mediação ou conciliação ancilar a ele, quem tiver interesse jurídico na controvérsia, excluindo-se os titulares de direitos meramente econômicos e, também, a coletividade (a quem pertence o interesse público, muitas vezes presente na demanda). Ainda que a técnica processual permita o ingresso de terceiros – como o *amicus curiae* – essa opção parece pequena para colmatar os déficits de representação de interesses na recuperação judicial, seja pela sua diversidade, seja pela ausência de organização institucional de potenciais representantes desses interesses.<sup>356</sup>

---

adianta que as instituições se contentem com um simulacro de acordo que apenas liquide momentaneamente o processo; aqueles jurisdicionados regressarão com novas lides em uma lamentável ‘volta dos que não foram’” (TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209-239, p. 236).

<sup>353</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>354</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

<sup>355</sup> “Em inúmeras intervenções realizadas nas sessões de conciliação, destacam-se argumentos relacionados às mazelas do Judiciário como forma de conduzir as partes ao consenso. Assim, é comum que se frise a demora do Judiciário na entrega da tutela jurisdicional. Outro ponto comumente focado é a inefetividade dos provimentos judiciais. Ora, os argumentos relacionados às mazelas do Judiciário devem ser afastados das sessões de conciliação – esse é o ponto: nenhuma das partes deve ser atemorizada pelo argumento de que, se não conseguir resolver o conflito, ficará presa ao litígio, com enorme perda de tempo e dinheiro. É claro que as partes devem considerar custos e tempo como fatores relevantes, a fim de ponderarem a melhor forma de resolução do seu conflito, mas insistir o conciliar nos entraves do Judiciário como forma de intimidação é totalmente inadequado como técnica. Bem o contrário, os conciliadores que concentram sua abordagem nesses argumentos demonstram fragilidade na técnica adota porque agridem a livre escolha das partes” (SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 256).

<sup>356</sup> “Both in litigation and in most forms of court-connected dispute resolution, participation is limited to the named parties. Courts sometimes give formal recognition or intervenor status to certain outside groups, but such groups appear at the table only if they are self-starting, self-funded, and well-organized enough to put

É comum na doutrina, ao enumerar e classificar os meios possíveis de solução de controvérsias, criar uma espécie de linha evolutiva: em um extremo, aloca-se a solução judicial adjudicada, na qual as partes em conflito abrem mão do controle sobre o procedimento<sup>357</sup> e, também, sobre a decisão final; no outro lado, costuma-se inserir a negociação, MASC que sequer conta com um terceiro imparcial (não se inclui aqui a negociação assistida) e, portanto, mantém com as partes o total controle do procedimento e da decisão.<sup>358</sup> Nesse contexto, a mediação (judicial ou não), consensual por excelência, é alocada mais próxima da negociação, ao passo que meios extrajudiciais, mas adjudicatórios, como a arbitragem, se avizinham da solução judicial.

Para corretamente compreender e implementar o processo de construção de consenso, é preciso adotar uma perspectiva diferente. Ainda que se faça uma linha evolutiva, o que deve contar em seus extremos é a relação com atividades Judiciais (aqui com inicial maiúscula para indicar a relação com o Poder Judiciário). Isso porque as atividades relacionadas ao Poder Judiciário são limitadas pelas próprias normas do processo civil – notadamente o CPC e tudo o que se aprende nos bancos de graduação sobre técnica processual. Nesse lado da linha evolutiva se inserem as mediações e conciliações levadas a cabo pelos CEJUSC, não porque são “erradas” ou menos nobres do que as demais, mas apenas porque, em aspectos como a conformação subjetiva do procedimento e a definição do objeto litigioso, já se aproximam enormemente do processo judicial. A construção do consenso da maneira ampla e flexível como aqui proposta precisa se livrar dessas amarras, pois só assim poderá identificar e tratar adequadamente os interesses em jogo na disputa.

Para além das partes e interesses em disputa, as soluções possíveis também se apresentam em número maior quando conjecturadas no contexto da construção do consenso – com ampla participação de todos os interessados. Não raro, as partes se comprometem com obrigações não previstas em norma alguma, e das quais certamente se afastariam no contexto de uma disputa

---

*forward a claim. Thus all the relevant stakeholders are often not at the table. Furthermore, in most forms of court-connected ADR, all parties are hyperconscious of the fact that they will be heading back to court if settlement negotiations break down. As a result, they tend to give priority to the narrow set of questions that got the case into court”* (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 358).

<sup>357</sup> Mesmo isso já pode ser posto em xeque com a evolução recente do processo civil brasileiro e, com destacada importância, as convenções processuais atípicas do artigo 190 do CPC. Ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018; DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do novo CPC, vol. 1 (coord. geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-26.

<sup>358</sup> GABBAY, Daniela. *Negociação*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211-225.

judicial. Esse comprometimento voluntário difere do que se encontra em soluções adjudicadas e se afasta do que pode ser proposto no âmbito de uma mediação ou conciliação judicial. Resta, por óbvio, o desafio de criar mecanismos de *enforcement* dessas obrigações voluntariamente assumidas, mas, uma vez que o consenso está sendo buscado por todos os interessados e contará com ampla e generalizada aceitação, é razoável pressupor que (i) esses voluntários cumprirão com suas obrigações porque disso depende a satisfação de seus próprios interesses, mas, se assim não for, (ii) a construção do consenso pode incluir em seu escopo também ferramentas que garantam obrigações quase que auto-executáveis e uma necessidade tão mínima quanto possível de se recorrer a soluções forçadas.<sup>359</sup>

É dizer, os procedimentos de construção de consenso são muito mais difíceis de se implementar do que uma mediação (judicial ou não), não só porque não contam com um mínimo de regras procedimentais codificadas em algum corpo normativo, mas porque, de início, sequer se sabe quem serão os sujeitos participantes desse processo.<sup>360</sup> No âmbito aqui estudado da recuperação judicial, pode-se até ter uma razoável noção dos interessados – que, além dos credores, estão em grupos determináveis como sócios e acionistas, ou os trabalhadores (credores e não credores). Mesmo o interesse público, apesar de pertencente à coletividade, já pode encontrar no Ministério Público um experiente representante e, nesse caso, *ope legis*. Agora, criar um procedimento de mediação que permita a todos esses sujeitos dialogarem sobre seus interesses para, ao fim, transportar isso para uma AGC – na qual apenas parte deles terá poder de voto – é o maior desafio.<sup>361</sup>

---

<sup>359</sup> “The challenge with such commitments is ensuring compliance. The relevant convenor cannot insist that a regulated entity do more than the law requires. However, voluntarily negotiated commitments growing out of a public consensus-building process can be included as ‘orders of condition’ attached to a formal license or permit issued by a regulatory agency. Implementation of the negotiated agreement thus becomes the domain of the licensing agency. Getting agreements in writing is not the end result in most consensus-building efforts. Rather, finding a way to link the informally negotiated agreement with a formal binding mechanism is necessary. In courtconnected ADR efforts, the court offers a relatively simple means of redress for those who feel that the other side is not living up to the terms of a settlement. Consensus building requires a different level of creativity to design nearly selfenforcing agreements” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 367).

<sup>360</sup> A bem da verdade, existe até mesmo literatura formulando modelos matemáticos e econômicos para a construção do consenso: “To date, numerous of consensual models have been proposed to Support the consensus reaching in GDM problems. The first mathematical approaches of consensus model was initiated by French and his collaborators in the late 1940s and early 1950s, in which the matrix calculus was employed to model the time evolution and reaching of the consensus process. Utilizing the Markov chain process, Harary, and De Groot and French extended the consensus theory into a more general form. Later, many models of consensus reaching have been proposed” (DONG, Yucheng; XU, Jiuping. *Consensus building in group decision making: searching the consensus path with minimum adjustments*. Springer: [s.l.], 2016, p. 5-6).

<sup>361</sup> “In a consensus-building process, the parties have to write their own rules and impose their own negotiating structure. Deciding who should be at the table in a consensus-building process is not always clear, and getting the appropriate parties to the table is not always easy. Indeed, mediators in these settings often spend

### 1.3.5. Conclusões parciais e o “como” da mediação na recuperação judicial

A mediação e a recuperação judicial são temas que, historicamente, pouco conversaram entre si. No direito brasileiro, em realidade, a recuperação judicial é instituto bastante recente – de 2005 – e que até conta com índole consensual, mas surgiu antes de importantes marcos legislativos dos MASC, como a Res. CNJ nº 125/2010, o Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015. Em razão disso, era previsível que os estudos doutrinários não dialogassem sobre possíveis imbricações entre um e outro lado,<sup>362</sup> que a maioria dos profissionais de uma área pouco atuassem na outra,<sup>363</sup> e que a jurisprudência tivesse escassas oportunidades de racionalizar o direito nos pontos de sobreposição entre os dois assuntos.

Apesar disso, os objetivos e os fundamentos teóricos de ambas nunca foram excludentes entre si, mas ao contrário, revelam-se até mesmo complementares. A recuperação judicial, criada para oferecer uma alternativa moderna e eficiente à já vetusta concordata de credores, consiste em procedimento negocial destinado à preservação da empresa, à manutenção de suas unidades produtivas. Essa intenção de reorganização e recuperação da atividade econômica tem íntima relação com o que costumeiramente se busca em uma mediação: a preservação dos relacionamentos entre as partes em conflito, o estímulo da comunicação entre elas – para oportunizar uma negociação baseada em interesses, e não em posições – e a resolução da disputa não apenas sob a perspectiva jurídica, mas também sociológica, pacificando socialmente o conflito.

Daí porque o uso da mediação antecedente ou incidental nos processos de recuperação judicial não poderia encontrar (e como não encontrou) impeditivos no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que, até há pouco tempo, não houvesse norma legal específica sobre seu uso.<sup>364</sup>

---

*a significant portion of their time at the outset of a dispute resolution effort convincing key parties that it is in their interests to participate. Parties have a clearer set of expectations about the mediation process in a court-connected ADR context, making their participation decision much more straightforward” (SUSSKIND, Lawrence. Consensus building and ADR: why they are not the same thing. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. The handbook of dispute resolution. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 368).*

<sup>362</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015.* In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência.* São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469, p. 451-454.

<sup>363</sup> 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, p. 684-690.

<sup>364</sup> “Para tanto, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa na LRE, estaria o juiz autorizado a delimitar oportunidades de sessões de mediação na fase mais significativa do processo de recuperação judicial, qual seja, a fase deliberatória, tão logo seja deferido o processamento do pedido (LRE, art. 52). Tudo isso com

A mediação nunca se apresentou aos processos concursais como um substituto da AGC, ou como uma forma absolutamente melhor de resolver o conflito do que uma solução adjudicada ou negociada em outras arenas. Seu papel é ancilar, destinando-se à criação de oportunidades de comunicação entre as partes.

Esse objetivo – oportunizar às partes um espaço para que se comuniquem, apresentem seus anseios e interesses – acaba sendo bastante diferente dos escopos perseguidos no procedimento padrão da recuperação judicial nos termos da LREF – notadamente, nas deliberações havidas em AGC. Isso porque, a fim de construir um procedimento bastante objetivo e seguro, a LREF adotou recortes que, na prática, não parecem representar a melhor maneira de preservar a empresa.

A uma, a LREF concedeu o poder de decidir sobre o futuro da recuperação judicial (via aprovação do plano) aos credores da empresa devedora. Não se olvida que eles são, no mais das vezes, os mais prejudicados pela situação de crise, pois seu interesse econômico/creditício é o mais afetado pela crise econômico-financeira.<sup>365</sup> Ocorre que essa opção alija (quando não das deliberações acerca do futuro da empresa, ao menos da decisão sobre o plano) outros tantos interesses que se fazem presentes no conflito multifacetado que é a recuperação judicial: o interesse dos trabalhadores, credores ou não, que têm no desemprego uma ameaça à própria subsistência; o interesse dos acionistas, inclusive os minoritários, mas que não pode se confundir com o interesse da própria empresa devedora; o interesse da devedora; mesmo o interesse público, de difícil definição, mas de presença sensível principalmente em casos relevantes para algum segmento de mercado, para a coletividade, que impactem políticas públicas ou que, no fim do dia, tenham alguma repercussão para além da mera novação de dívidas.<sup>366</sup>

A duas, mesmo os interesses presentes na AGC podem não lograr uma participação efetiva nas deliberações e, conseqüentemente, na votação do plano de recuperação judicial, e a divisão em quatro classes de credores prevista na LREF não é suficiente para colmatar essa lacuna. A dispersão de interesses individualmente considerados (imaginem-se, por exemplo, uma recuperação judicial com milhares de credores trabalhistas) dificulta e, por vezes, impossibilita

---

vistas à obtenção da tão almejada *comunhão de interesses*” (VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469, p. 458, destaques do original).

<sup>365</sup> CEREZZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 220-223.

<sup>366</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

a organização dos interessados em grupos maiores, capazes de representá-los adequadamente nos trâmites assembleares: a desorganização sequer é causada pelo desinteresse dos sujeitos envolvidos, mas muito mais pela falta de tempo e estrutura para tanto. Assim é que, em que pese o interesse creditício dos trabalhadores tenha espaço para votar em AGC, não há garantia de que o interesse social deles na manutenção do emprego tenha efetivamente sido contemplado pelo plano de recuperação judicial – se se considerar a existência de outros credores mais organizados (ou, na nomenclatura adotada aqui, mais próximos da noção de litigante habitual), menor ainda é essa possibilidade.

Disso decorre o primeiro grande déficit da recuperação judicial, que é a ausência de participação dos interessados nas deliberações que envolvem a criação do plano de recuperação, sendo que este último é, justamente, o divisor de águas entre o sucesso e o fracasso de uma superação de crise da empresa. E não se está advogando por uma participação direta, porque isso incorreria em dois outros problemas: (i) o caráter multitudinário da recuperação judicial, que certamente impede a oitiva adequada e irrestrita de milhares de sujeitos, e (ii) os custos informacionais de cada parte do processo individualmente considerada, e que em sua grande maioria teria dificuldades em compreender o que está sendo deliberado e como isso pode afetar seus interesses (ou, novamente pela nomenclatura aqui adotada, isso exporia as desvantagens estruturais que os participantes eventuais experimentam na recuperação judicial). O problema da participação na recuperação judicial – e, por metonímia, na AGC – é um problema de representação dos interesses nas deliberações lá ocorridas, e uma representação que garanta a participação informada dos sujeitos envolvidos.

O segundo grande déficit da recuperação judicial surge logo após o primeiro, e se constata no momento de votação do plano de recuperação judicial. A LREF, ainda que divida os credores em quatro classes e possua duas formas de computar os votos (por cabeça e por valor do crédito), adota o critério majoritário, da espécie “cinquenta por cento mais um”. O risco desse critério reside na possibilidade de haver uma votação por maioria apertada, na qual a minoria perdedora (“quase a metade”) sai insatisfeita, e qualquer mudança ulterior no cenário – uma dificuldade adicional da devedora em cumprir as obrigações do plano, ou mesmo casos fortuitos como a pandemia do coronavírus – pode ensejar uma rediscussão extremamente ampla sobre como recuperar aquela empresa. Considerando-se que vários interesses presentes no contexto de crise da empresa já não foram representados nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, a votação pelo critério majoritário se revela ainda mais incongruente com os ideais de preservação da empresa – isto, claro, sob a perspectiva institucionalista, presente no artigo 47 da LREF.

Não se quer dizer que o critério majoritário deva ser extinto ou completamente substituído por algum outro método. Defender isso implicaria advogar pelo fim das eleições presidenciais nos moldes como hoje feitas (não só no Brasil), o que demandaria um estudo de ciência política que certamente foge do objeto deste trabalho. O objetivo aqui é mais modesto, mas importante: criar mecanismos que possibilitem uma melhor representação dos interesses envolvidos na recuperação judicial, a fim de que as decisões tomadas ao longo do processo possam contemplá-los.<sup>367</sup> Com isso, enfrenta-se o primeiro grande déficit da recuperação judicial (ausência de participação dos sujeitos interessados), mas esse enfrentamento, se exitoso, permite que a tomada de decisões, apesar do critério “cinquenta por cento mais um”, acabe sendo realizada sempre ou quase sempre por esmagadora maioria.

Para isso, é necessária a construção do consenso entre os interessados, não para atingir uma utópica unanimidade, mas, quando menos, para construir uma solução – no caso em estudo, um plano de recuperação judicial – que contemple e satisfaça essa esmagadora maioria. O consenso ora buscado, portanto, é aquele da ampla e generalizada maioria dos sujeitos envolvidos. Caso alcançado, a decisão tomada e o plano aprovado se tornam mais estáveis, porque são menos os interesses não contemplados e menores as chances de impugnação; mais legítimos, porque franquearam a todos os envolvidos uma oportunidade de participação informada e uma influência verdadeira no processo de deliberação que antecedeu a tomada de decisão; mais eficientes, porquanto a consideração de todos os interesses envolvidos enseja a criação de opções de ganho mútuo e de maximização do valor e dos recursos ali alocados.<sup>368</sup>

Nesse contexto aparece, com renovada importância, o objetivo da mediação, antecedente ou incidental, em processos de recuperação judicial: proporcionar uma participação mais adequada dos interessados na situação de crise da empresa, a fim de que seus interesses sejam considerados e contemplados nos procedimentos de tomada de decisão ao longo do processo concursal. O atingimento desse objetivo, consistente na criação de um consenso de ampla e generalizada maioria, leva a um atendimento maior da própria preservação da empresa, princípio insculpido no artigo 47 da LREF que, para ser alcançado, deve tutelar tanto quanto possível todos os interesses ali presentes. E, disso, surge a necessidade de se estudar *como* construir esse consenso no âmbito de uma recuperação judicial e com o auxílio de uma mediação antecedente ou incidental. É do que se ocupa o capítulo seguinte.

---

<sup>367</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 216.

<sup>368</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006.

## 2. ASPECTOS PRÁTICOS DA CONSTRUÇÃO DO CONSENSO: O “COMO” DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme apontado no início deste trabalho, acredita-se que a definição de aspectos práticos sobre como inserir a mediação na recuperação judicial passa pela análise de cinco questões principais: qual o papel de cada sujeito envolvido no processo, quais os momentos possíveis e adequados para inserção da mediação, quais os objetos possíveis da mediação, como distribuir os seus custos, e como deve ser o procedimento da mediação.

Não é propósito destas páginas criar um “passo a passo” da mediação na recuperação judicial, sob pena de engessar e inutilizar sua prática. O que se pretende é identificar aspectos, diretrizes ou boas práticas que auxiliem, da forma como já exposta, a construção do consenso, a fim de otimizar a consecução dos objetivos da LREF – notadamente, a preservação da empresa.

### 2.1. O PAPEL DOS SUJEITOS DO PROCESSO

#### 2.1.1. Juiz

Na recuperação judicial, assim como na falência, o juiz conta com o auxílio de um *longa manus*, que é o administrador judicial. É este último quem mais se coloca em contato com as especificidades de cada recuperação, é quem fiscaliza o cumprimento das obrigações assumidas pela empresa devedora e, dentre outras tantas, realiza as atividades previstas no artigo 22 da LREF. Ao juiz, *a contrario sensu*, compete um papel um tanto mais distante, mas que não pode colocá-lo como sujeito completamente alheio à mediação que, eventualmente, venha a ser instaurada.

Juiz, por óbvio, não é parte e, portanto, não se cogita da participação dele como *mediado*. Não existe interesse do Estado-juiz na realidade controvertida da recuperação judicial e, ainda que se pensasse na presença do interesse público, o juiz não é titular desse interesse e sequer possui poderes para representá-lo no caso concreto.<sup>369</sup> Na condição de *mediador*, o tema será

---

<sup>369</sup> “O Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio. Aliás, como poderia o juiz, alheio aos interesses (materiais e processuais), determinar quais efeitos (e resultados) são apropriados para a solução do conflito? Ainda que haja escopos estatais no exercício da jurisdição, os interesses públicos presentes no processo não pertencem nem são titularizados pelo Estado-juiz” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 253).

abordado com maior detalhamento na sequência (*infra*, capítulo 2.1.2), mas, desde já, adianta-se a conclusão de que o juiz não pode ser mediador da recuperação judicial que ele próprio conduz – não haveria óbice, todavia, à criação de uma política pública que alocasse aos juízes o papel de mediador de outros processos de seus colegas de toga.<sup>370</sup>

Sem ser parte da mediação, sobram para o juiz dois importantes deveres: o de *incentivo* e o de *controle*.

No que se refere ao incentivo, a fundamentação surge do direito codificado e consta, dentre outros tantos dispositivos, do artigo 3º, § 2º do CPC, segundo o qual o Estado “promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. O § 3º do mesmo artigo determina que os MASC “deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O estímulo da solução consensual neste caso não conflita com a solução, negocial por natureza, da recuperação judicial (a votação do plano em AGC). Primeiro porque, como visto, o objetivo é a construção do *consenso*, e não a mera observância do critério majoritário “cinquenta por cento mais um”: em interpretação gramatical dos dispositivos legais acima transcritos, estimular a solução consensual é mais do que estimular a votação em AGC, é atuar em prol de uma solução com ampla e generalizada aceitação. E, em segundo lugar, incentivar soluções consensuais significa combater o surgimento de “pseudoautocomposições” no âmbito da recuperação judicial.<sup>371</sup> Para essas duas razões, oportunizar às partes a via da mediação incidental se apresenta como possível solução.

Possivelmente, a implementação desse dever de incentivo à autocomposição passa pela observância da colaboração processual, norma processual<sup>372</sup> insculpida no artigo 6º do Código de Processo Civil e da qual o juiz também é destinatário.<sup>373</sup> Segundo o ideário da colaboração processual, ao juiz, no decorrer do processo civil, incumbem quatro deveres, a saber: de

---

<sup>370</sup> Esta, por exemplo, é a solução adotada pelos Estados Unidos da América nos processos de recuperação de empresas regidos pelo *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*. Ver: PECK, James. Settlement talks in Chapter 11 after “WaMu”: a plan mediator’s perspective. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria, vol. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

<sup>371</sup> TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209-239.

<sup>372</sup> A colaboração processual é comumente denominada de princípio processual, mas também é possível enxergá-la como modelo de processo, que visa a “dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*)” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 50, destaques do original).

<sup>373</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

*esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.*<sup>374</sup> Assim é que, na recuperação judicial, o juiz deve

- *Esclarecer às partes* quaisquer dúvidas que tenham sobre a inserção da mediação nesse processo, indicando como será feita a eleição do mediador, como serão repartidos os custos inerentes à mediação, entre outras questões que possam surgir;
- *Prevenir as partes* sobre os efeitos e consequências da participação ou não da mediação, bem como recordá-las sobre deveres que passem a ter (como o de manter sigilo sobre o que for conversado nas sessões de mediação);
- *Consultar as partes* acerca do interesse em participar da mediação, ou indagar sobre os possíveis resultados advindos dela;
- *Auxiliar as partes* na implementação da mediação, também elegendo o mediador, elaborando um calendário processual compatível com os prazos da LREF, e até mesmo homologando o que se fizer necessário para o prosseguimento do feito.

Toda essa postura do juiz acaba por exercer também uma função pedagógica, pois o incentivo à solução consensual – que, aqui, é a mediação incidental – encoraja as partes e os demais sujeitos processuais envolvidos na recuperação judicial a promoverem a mediação *ex sponte propria* em casos futuros.<sup>375</sup>

Ao dever de incentivo se alia o dever de *controle* ou de *fiscalização* sobre a mediação na recuperação judicial. Isso porque a vontade das partes na mediação, incidental ou antecedente, à recuperação judicial só poderá ser validamente efetiva dentro dos limites de sua flexibilização formal e material.<sup>376</sup> É possível fazer um paralelo com a função de controle exercida pelo juiz sobre as convenções processuais atípicas do processo civil: conforme o parágrafo único do artigo 190 do CPC, o juiz somente recusará aplicação a uma convenção processual “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre

---

<sup>374</sup> A classificação dos deveres do juiz no paradigma da colaboração processual não é unânime. Há, exemplarmente, quem trate apenas de esclarecimento, consulta e prevenção (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236). PAULA COSTA E SILVA, embora tratando do direito processual civil português, menciona esclarecimento, prevenção, debate e auxílio (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 543-560). Esta última é a classificação adotada por DANIEL MITIDIERO (*Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 69). Aqui, optou-se pelo termo “consulta” ao invés de “debate”, por mostrar uma postura mais proativa do juiz e, também, por ser a nomenclatura adotada por DANIEL MITIDIERO na primeira edição da obra mencionada (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63-78).

<sup>375</sup> Vale recordar que, da forma como aqui analisadas, as recuperações judiciais que fazem (ou possam fazer) uso da mediação formam uma *congregação de casos*, na qual o procedimento adotado em um caso pode vir a ser replicado em caso ulterior (*anticipation effect*). Ver: GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 371-395, 1990.

<sup>376</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 258.

em manifesta situação de vulnerabilidade”. Embora a mediação não esteja relacionada em absoluto com contratos de adesão, há o risco de nulidade em acordos celebrados a partir dela e, certamente, existem partes em situação de vulnerabilidade (*supra*, capítulo 1.3.2). Os casos de “nulidade”, inclusive, são objeto de intenso estudo pela doutrina, que pode ser assim exemplificada:

Para Leonardo Carneiro da Cunha, em claro paralelo com o inciso II do artigo 104 do Código Civil (objeto lícito, possível e determinado ou determinável), os negócios processuais devem ter um objeto que (i) respeito as garantias fundamentais do processo, (ii) seja disponível (não se trate de norma cogente) e (iii) não trate de tema reservado à lei. Já Fernando da Fonseca Gajardoni simplesmente defende uma aplicação, aos negócios jurídicos processuais, do regime dos artigos 104 e seguintes do Código Civil, cujos requisitos de validade são so já conhecidos: parte capaz, objeto lícito e forma prevista ou não vedada por lei. Com visão um pouco mais publicista do que a maioria da doutrina recente, Cássio Scarpinella Bueno também destaca que o negócio processual deve respeitar as normas cogentes de ordem pública processual, e a elas confere acepção ampla. Bruno Garcia Redondo acredita que a licitude da convenção processual depende de um objeto que diga respeito primordialmente a ônus, poderes, faculdades ou deveres *das partes*, jamais de sujeitos alheios ao negócio ou sobre interesses preponderantemente públicos. Daniel Amorim Assumpção Neves, mais prudente, acredita que os limites à liberdade das partes para convencionar será feito com auxílio da jurisprudência; destaca, contudo, que essa liberdade será certamente menor que a que as partes possuem no juízo arbitral.<sup>377</sup>

O controle de validade acima destrinchado se aplica, sem maiores ressalvas, ao caso sob estudo. Vale lembrar que, para além do controle de validade de acordos celebrados a partir da mediação incidental à recuperação judicial, cabe um controle de validade *a priori*, nas hipóteses em que for constatado algum vício, como uma manifesta vulnerabilidade de um mediado. Em outras palavras, caso o juiz perceba de plano que a mediação consistirá apenas em uma “pseudoautocomposição”, pode exercer desde logo a função de controle.

Ocorre que, no caso específico do direito das empresas em crise, ao controle de validade dessa mediação somam-se aspectos do direito material, costumeiramente enumerados por doutrina em três brocardos estrangeiros: *best interest of creditors test*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*:

Em realidade, o princípio da isonomia na recuperação judicial deve ser analisado também à luz dos princípios informadores do *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable* do direito comparado, por meio do qual não se admite a injusta discriminação entre os credores. Através desses princípios, o juiz somente poderá confirmar a aprovação do plano de recuperação, superando excepcionalmente a vontade do devedor, de credor ou de classe de credores, desde

---

<sup>377</sup> SILVA, João Paulo Hecker da. *Convenções processuais na execução e a desjudicialização da atividade satisfativa*. In: ASSUMPÇÃO, Marcio Calil de; ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel José de (coord.). *Direito bancário: estudos da Comissão de Direito Bancário OAB/SP*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 161-193, p. 165-166, destaques do original.

que: (i) todos os credores das classes que o aprovaram receberem na recuperação valor igual ou superior ao que receberiam em caso de falência (*best-interest-of-creditors*), bem como não se verifique qualquer discriminação entre credores integrantes da mesma classe ou com créditos da mesma natureza, (ii) seja nas relações horizontais estabelecidas dentro da própria classe de credores (*unfair discrimination*), (iii) seja nas relações verticais estabelecidas entre as diversas classes (*fair and equitable*).<sup>378</sup>

Sobre o *best interest of creditors*, já se falou sobre a necessidade de garantir que todo credor receba, na recuperação judicial, montante não inferior ao que receberia na liquidação da empresa (*supra*, capítulo 1.3.3). Cabe ao juiz verificar se o acordo obtido na mediação não conduzirá a uma situação desfavorável a algum grupo de credores – principalmente aqueles que, por qualquer motivo, não tenham participado das sessões de mediação. Os princípios da *unfair discrimination* e do *fair and equitable*, faces de uma mesma moeda, conduzem ao dever de garantir a isonomia entre os credores, seja dentro da classe, seja entre classes. Ao juiz incumbe esse dever, a quem se transfere também o ônus argumentativo de (i) impedir a produção de efeitos de acordos que tratem os credores de forma não isonômica e de (ii) permitir, de forma justificada, a produção de efeitos do acordo que, ao tratar os credores desigualmente, atinja a efetiva isonomia almejada pela LREF.<sup>379</sup>

*Unfair discrimination* e *fair and equitable* podem ser relidos também a partir do princípio (guarda-chuva) do *par conditio creditorum*, segundo o qual “os créditos de mesma natureza devem ser quitados proporcionalmente”.<sup>380</sup> Trata-se de norma que é excepcionada pelo próprio legislador, conforme se extrai do artigo 58, § 2º da LREF.<sup>381</sup> Ocorre que, justamente por ser norma que pode ser excepcionada no caso concreto, é preciso atenção com as hipóteses em que isso ocorre, a fim de impedir o alvedrio ilimitado de alguns poucos e estratégicos credores, situação perniciosa que também pode surgir em sessões de mediação. Cabe ao juiz exercer o controle sobre o que vier a ser decidido, para salvaguardar, ao fim, os objetivos da LREF.

---

<sup>378</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 101-102. Ver, no mesmo sentido: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106.

<sup>379</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469, p. 452.

<sup>380</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 365.

<sup>381</sup> “Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleiá-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei. [...] § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”. A leitura *a contrario sensu* do dispositivo legal demonstra que, na classe de credores que aprovar o plano, pode haver previsão de diferenças no tratamento. Aqui, respeita-se o sistema majoritário, pois mais da metade dessa classe aceitou os termos desse tratamento desigual.

## 2.1.2. Mediador

Sobre o juiz, tratado acima, as boas práticas de implementação da mediação em processos de recuperação judicial se relacionam, eminentemente, à postura que deve adotar em relação a ela, a seus deveres e responsabilidades em sua promoção. Para o caso dos mediadores, todavia, há outras duas questões relevantes: *quem pode ser o mediador e quem deve indicá-lo*.

Sobre quem pode ser o mediador, deve-se principiar por quem poderia sê-lo em uma mediação qualquer, não necessariamente relacionada a um processo concursal. Isto é, deve-se observar os artigos 4º e seguintes da Lei nº 13.140/2015, a fim de que o mediador, dentre outras características, tenha a capacitação mínima para fazer mediação entre as partes em conflito e não incorra nas hipóteses de impedimento e suspeição a que os juízes também estão sujeitos (art. 5º da Lei nº 13.140/2015, c/c artigos 144 e 145 do CPC).<sup>382</sup>

Na Lei de Mediação – mais precisamente, em dispositivos como o artigo 2º, I e o artigo 5º, p. un. – há menção à imparcialidade do mediador, conceito bem próximo do que se trata sobre a imparcialidade do juiz: não poderia ser mediador aquele que não tivesse a capacidade de conduzir o procedimento sem preferências e favorecimentos entre as partes.<sup>383</sup> Todavia, quando a lei menciona o dever de relevação de “qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito” (art. 5º, p. un.), surge também a necessidade de se tratar da *independência* do mediador. Esta deve ser entendida como a inexistência de qualquer amarra ao conflito: um interesse (jurídico ou não) subjacente, um relacionamento anterior com qualquer das partes em conflito, alguma relação de subordinação entre o mediador e alguma parte etc. Para além disso, mas principalmente, a independência consiste na “preservação das pessoas sobre qualquer informação ou tema que possa levá-las a desconfiar da conduta do mediador, bem como o compromisso de manter esta atitude ao longo de todo o processo”.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> Para além disso, aplica-se integralmente às mediações ora estudadas – antecedentes ou incidentais a processos de recuperação judicial – tudo o que consta na Res. CNJ nº 125/2010, no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais anexo a ela, e nos artigos 165 e seguintes do CPC, sem prejuízo de outras normas aplicáveis ao caso.

<sup>383</sup> “Imparcialidade – compreendida no sentido de manter a devida equidistância com as pessoas envolvidas, com o objetivo de evitar que qualquer paradigma, ilusório, preconceito, mito, expectativa, valores ou necessidades pessoais do mediador interfiram em sua intervenção ao longo do processo” (BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 175).

<sup>384</sup> *Idem*, p. 175.

Também como consta da lei (art. 9º) e de farta e pacífica doutrina,<sup>385</sup> o mediador deve ter a confiança das partes, o que significa não dar motivos para sua desconfiança. Ocorre que, no âmbito de um processo de recuperação judicial – que, como já visto, tem características bastante particulares e sensíveis déficits de participação dos sujeitos interessados – há um custo informacional maior do que nos processos tradicionais “Caio contra Tício”, inclusive no que se refere ao papel dos sujeitos processuais e, mais especificamente, do administrador judicial. Em outras palavras: para o sujeito interessado que não tem tanto contato com a recuperação judicial (e, muitas vezes, mesmo para o seu corpo jurídico não especializado), é difícil compreender o papel do administrador judicial ou mesmo sua posição de sujeito imparcial.<sup>386</sup>

Não se olvida que o administrador judicial deva incentivar o uso de mecanismos de autocomposição (art. 22, I, alínea “j” da LREF), ou mesmo que seja um garantidor da transparência nos processos concursais. O entrave surge na constatação de que ele tem uma série de atribuições incompatíveis com a de um mediador.

Na atual sistemática da LREF, defende-se a existência de deveres não previstos no texto legal do artigo 22 da LREF: sendo o objetivo do processo a recuperação da empresa em crise, o rol de deveres ali escrito seria meramente exemplificativo. Há, por conseguinte, funções transversais atribuíveis ao administrador judicial que, em conjunto com as funções ditas lineares do artigo 22, fazem com que ele se torne um sujeito sem a confiança das partes no que se refere à condução de uma mediação.<sup>387</sup>

Administrador judicial, por exemplo, fiscaliza o cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação e, se o caso, requer a convocação em falência (art. 22, II, alínea “b”). Administrador judicial *exige* (este é o vocábulo da LREF) informações dos credores e da

---

<sup>385</sup> Exemplarmente: BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 174-178; SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 279-294; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 123-125.

<sup>386</sup> Essa dificuldade vinha desde antes da figura do administrador judicial, com o síndico das falências. Ver, no âmbito internacional: “[a] velha discussão acerca da natureza jurídica da função do síndico, isto é, se era um representante do devedor ou dos credores, ou de todos juntos, ou do ente falimentar, ou da massa, está hoje superada: o síndico, órgão da falência, tem a mesma natureza dos outros; também ele representa aquele fim publicístico que está na base da execução, espécie coletiva, e que determina a natureza comum de seus órgãos” (PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*, vol. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1969, p. 622).

<sup>387</sup> “Foi nesse diapasão que surgiu a teoria das funções transversais do administrador judicial, segundo a qual se exige do auxiliar do juízo uma atuação mais comprometida com os objetivos normativos do sistema de insolvência. Assim, além daquelas funções expressamente previstas no art. 22 da Lei n. 11.101/2005 (definidas como funções lineares), deveria o administrador judicial desempenhar outras funções essenciais ao atingimento dos melhores resultados das negociações em proveito de todos os interesses abarcados pelo art. 47 (definidas como funções transversais)” (COSTA, Daniel Carnio; SALOMÃO, Luis Felipe. *O administrador judicial como agente indutor dos objetivos da reforma do sistema de insolvência brasileiro: as funções transversais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 105- 120, p. 109).

devedora (art. 22, I, alínea “d”). Administrador judicial, ao longo de todo o processo, fiscaliza a conduta das partes, informando ao juiz o que entender pertinente para que este último decida a respeito.

Essas e outras competências do administrador judicial são incompatíveis com as de um mediador, porquanto na imparcialidade não se esgotam os requisitos para atuar como tal. Juiz togado e árbitro também são terceiros imparciais, mas com funções absolutamente diversas das de um mediador: aqueles decidem e adjudicam sua decisão, substituindo a vontade das partes, ao passo que este último meramente auxilia as partes na construção de uma solução alcançada por elas próprias. O administrador judicial, enquanto *longa manus* do juiz, tem uma função auxiliar à solução adjudicada, donde decorre que sua participação como mediador seria, inevitavelmente, maculada por esta pecha: parte alguma ficaria confortável em uma sessão de mediação sabendo que aquele terceiro imparcial, que a ouvirá por toda a sessão, pode requerer ao juiz algo contrário a seus interesses. Por tais razões, administrador judicial e mediador não se confundem na recuperação judicial, e aquele não pode cumular a função deste.<sup>388</sup>

Pelas mesmas razões, também não se cogita da atuação do próprio juiz da causa como mediador. Do que se tem notícia do direito estrangeiro, sabe-se que, nos Estados Unidos da América, um juiz de falências pode ser mediador em *outro processo*, conduzido por algum colega seu.<sup>389</sup> Nesse caso, entretanto, trata-se de mera política de organização judiciária: um mediador integrante do próprio quadro de funcionários do tribunal – no caso, um magistrado – atua, em determinado processo, como mediador. Não há justificativa para que esse indivíduo seja necessariamente um juiz, e não qualquer outro profissional regularmente habilitado para atuar como mediador judicial.

O que pode explicar a atuação de um juiz alheio à causa como mediador – no estrangeiro – é uma política pública de mediação judicial que se desenvolveu de forma diversa da brasileira.

---

<sup>388</sup> Neste sentido: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019. Em oportunidade anterior, RONALDO VASCONCELOS havia defendido que o administrador judicial poderia, sim, atuar como mediador nas recuperações judiciais em que fosse indicado, mas seus trabalhos mais recentes demonstram sua mudança de opinião. Ver: VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469.

<sup>389</sup> Ver, *en passant*: VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019; MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. *South Carolina Law Review*, Columbia, vol. 46, p. 1259-1328, 1995; PECK, James. Settlement talks in Chapter 11 after “WaMu”: a plan mediator’s perspective. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria, vol. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

Aqui, na mediação (ou conciliação) judicial promovida pelos CEJUSC, os mediadores são aqueles que preenchem os requisitos do artigo 11 da Lei de Mediação, a saber:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A norma da Lei nº 13.140/2015 apresenta algumas restrições irrazoáveis, como a exigência de conclusão, há pelo menos dois anos, de curso superior.<sup>390</sup> Ela, contudo, se destina às mediações judiciais, e não trata das mediações extrajudiciais – ainda que antecedentes ou incidentais a um processo judicial. Afinal, o elenco de requisitos trazido pelo artigo 11 é uma norma restritiva de direitos, e deve ser interpretada de forma a não agravar ainda mais a restrição.<sup>391</sup>

Nada impede, portanto, que um mediador extrajudicial atue de forma antecedente ou incidental à recuperação judicial, ainda que sem preencher os requisitos do artigo 11. O obstáculo fica apenas no caso de ele assim querer atuar na condição de mediador judicial, em procedimento conduzido pelo CEJUSC do tribunal.

Visto que para a eleição de um mediador na recuperação judicial há poucos entraves se comparada à eleição de um mediador para outra mediação qualquer – notadamente, os requisitos do artigo 11 para os casos de mediação judicial e o impedimento da atuação do administrador judicial como mediador – o desafio seguinte é saber quem pode indicá-lo. O aparente contrassenso dessa questão reside na possibilidade de indicação do mediador *pelo juiz* (e não pelas partes), apesar de ser um requisito do procedimento que o mediador tenha a confiança *das partes* (e não do juiz). Ambos são verificáveis na prática (*infra*, capítulo 3).

Na eventualidade de indicação do mediador pelas partes – sejam elas todos os integrantes da recuperação judicial ou apenas uma parcela deles – sobram poucos desafios, pois o requisito da confiança no mediador estará, ao menos em um primeiro momento, preenchido. Certamente,

---

<sup>390</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 10.

<sup>391</sup> “A lei foi elaborada pensando no Poder judiciário. Tudo o que ela trata vai nesse sentido, até porque a mediação essencialmente privada não necessita de qualquer tipo de disciplina legal. Não que isso diminua a importância da lei, mas é importantíssimo que todos tenham em mente essa importante observação: essa lei não trata da mediação essencialmente privada” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019, p. 179-180).

cabe ao juiz controlar essa indicação para o caso de haver alguma irregularidade ou possível conluio (*supra*, capítulo 2.1.1). Além disso, a indicação do mediador por uma parte não impede que outras partes se manifestem contrariamente, seja indicando um mediador alternativo àquele primeiro, seja simplesmente não participando do procedimento – afinal, a voluntariedade segue sendo a regra.

Questão diversa surge na hipótese de indicação do mediador pelo juiz sem a prévia oitiva dos eventuais mediados. Como garantir, afinal, a confiança das partes em um mediador sobre cuja indicação não tiveram oportunidade de se manifestar? Ou, ao menos, como justificar a indicação do mediador por alguém que não participará da mediação?

Ao menos cinco são os argumentos para tanto:

- A possibilidade de indicação de mediador pelo juiz é permitida expressamente pela Lei de Mediação em seu artigo 4º.<sup>392</sup> A irresignação com tal prática não pode levar à conclusão pela sua irregularidade, pois a lei permanece vigente e válida.<sup>393</sup>
- No processo multitudinário da recuperação judicial há uma dificuldade prática em exigir o consenso das partes para a eleição de um mediador. Afinal, sendo a própria proposta da mediação auxiliar na construção do consenso, exigí-lo previamente criaria um paradoxo insuperável, tal como o dilema de conseguir o primeiro emprego.<sup>394</sup> Nada impede que o juiz, entendendo ser necessário, ouça a devedora e/ou alguns credores cuja opinião lhe pareça mais pertinente, mas isso se insere em um eventual dever de consulta já tratado acima (*supra*, capítulo 2.1.1).
- Como já dito, a mediação é um MASC que preza pela voluntariedade das partes: ninguém é obrigado a participar do procedimento. Ademais, qualquer acordo que surja de uma mediação não poderá prejudicar aqueles que não fizeram parte dela (*par conditio creditorum, best interest of creditors, unfair discrimination e fair and equitable*), e haverá um escrutínio judicial sobre essa questão. A parte que não desejar participar da mediação simplesmente não precisa participar dela, e não será prejudicada por isso.<sup>395</sup>

---

<sup>392</sup> “Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes”.

<sup>393</sup> Ao criticar a Lei nº 13.140/2015, embora falasse do art. 11 (requisitos para atuação como mediador judicial), ADA PELLEGRINI concluiu: “[m]as ela é coercitiva, enquanto estiver em vigor” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 10).

<sup>394</sup> De forma anedótica, brinca-se com a dificuldade de conseguir um primeiro emprego ou estágio no mercado de trabalho em razão da falta de experiência profissional: exige-se experiência prévia para contratar um empregado, mas o empregado precisa do trabalho para ter alguma experiência. *In casu*, exige-se o consenso para iniciar a mediação, mas a mediação será iniciada a fim de buscar o consenso.

<sup>395</sup> “Dentre os elementos essenciais da mediação de conflitos, a autonomia das vontades possui um protagonismo muito relevante, senão o mais relevante, pois o caráter voluntário da mediação constitui-se a grande

- A indicação do mediador pelo juiz, somada a sua ulterior aceitação do encargo, não elimina o dever de revelação instituído pelo artigo 5º, p. un. da Lei de Mediação. Deve o mediador revelar todo e qualquer fato que potencialmente fira sua imparcialidade e independência. Na ausência desses fatos, deve ser considerado preenchido o requisito da confiança das partes, uma vez que não há motivos para desconfiança.<sup>396</sup>
- Tal como na indicação do mediador pelas partes, a indicação pelo juiz não exclui a oportunidade de impugnação ulterior, por qualquer motivo legalmente justificável. Trata-se muito mais de um diferimento da participação das partes na escolha do mediador do que um alijamento.

Eventuais argumentos contrários aos expostos acima certamente subsistem, mas eles se relacionam ao possível insucesso da mediação: um procedimento natimorto, visto que desde o início o terceiro imparcial não seria o mais indicado para atuar no caso. Esse raciocínio, todavia, transforma-se em mera conjectura que só poderá ser provada com a evolução da matéria e uma maior frequência em seu uso, a fim de que se detecte essa correlação entre indicação do mediador pelo juiz e fracasso ulterior da mediação. No atual momento, esse risco não parece existir.

Isto posto, passa-se ao papel do mediador em recuperações judiciais.

Como dito (*supra*, capítulo 1.3.4.2), mediação e construção do consenso são mecanismos diversos, por mais que, no caso ora estudado, esta seja um objetivo da mediação. As diferenças da mediação no âmbito do *consensus building* e da tradicional mediação “Caio contra Tício” redundam na maior diferença entre a postura do mediador em um e outro casos: a preocupação com os interesses eventualmente não representados pelas partes mediadas.<sup>397</sup> Assim é que, em um primeiro momento, deve o mediador trazer as partes “corretas” para as sessões de mediação,

---

mola propulsora da atividade” (BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 150).

<sup>396</sup> A relação entre confiança e o dever de revelação do terceiro imparcial (neste caso, o mediador) é noção bem estudada na seara da arbitragem, mas igualmente aplicável à mediação: “A confiança, por isso, permeia o instituto da arbitragem, notadamente na relação árbitro/partes, pois é ela o principal vetor que viabiliza a resolução dos conflitos fora da égide estatal. E a confiança, por seu turno, somente pode ser avaliada pelas partes em razão do dever legal de informação. Sem maiores delongas, não houvesse o *duty of disclosure*, a arbitragem estaria fadada ao insucesso. Ao fracasso. Ela não sobreviveria; sequer existiria” (MARTINS, Pedro Batista. Dever de revelar do árbitro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 219-229, 2013). Ver, mais amplamente: MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 69-104.

<sup>397</sup> CARNAÚBA, César Augusto Martins; MENDES, Marina Rocha Cavalcanti Barros. *Mediação judicial em casos complexos: estudo de casos no Judiciário brasileiro*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 669-693.

aquelas que melhor representem os interesses seus ou de algum grupo determinado.<sup>398</sup> Ao longo do procedimento, ele também terá a preocupação adicional com o adequado esclarecimento dos interesses em jogo pelas partes: não apenas os seus, mas daqueles que elas representam.<sup>399</sup>

Disso decorre que, por vezes, a conduta do mediador deverá ser aquela direcionada a proteger algum interesse eventualmente não representado pelas partes mediadas, seja porque elas não estão representando adequadamente os envolvidos que não estejam presentes à sessão de mediação, seja porque, por qualquer outra razão, elas não estão colocando seus interesses na mesa da melhor forma possível. Entra em cena um importante aspecto ético da conduta do mediador em casos que tais.<sup>400</sup> E, dentro da incerteza do mediador sobre como se portar frente a tais questões éticas, é adequada a classificação trazida por ELLEN WALDMAN entre três modelos de postura: gerador de normas, educador de normas e defensor de normas. Essa tríade é assim exposta em doutrina nacional:

Nesse aspecto, cabe citar uma classificação proposta por Ellen Waldman (2011, p. 124-130) que, embora menos difundida, apresenta grande utilidade tanto para o estudo da mediação como da conciliação. A classificação considera a postura do terceiro facilitador acerca das normas e sua inclusão ou exclusão do processo, dividindo-a em: gerador de normas (*norm-generating*), educador de normas (*norm-educating*) e defensor de normas (*norm-advocating*).

No modelo gerador de normas, o terceiro considera que as únicas normas relevantes são aquelas que as partes identificam e adotam. Assim sendo, leis, regulamentações administrativas ou mesmo os usos e costumes não são essenciais para a negociação entre as partes. O terceiro facilitador considera que o seu papel é o de encorajar as partes a decidirem por si só o que é justo, equânime ou razoável.

Por sua vez, no modelo educador de normas, defende-se que as partes não possuem autodeterminação, a menos que sejam colocadas em uma posição em que possam ser realizadas decisões informadas. Tomar uma decisão informada significa conhecer os riscos e benefícios do acordo, assim como os riscos e benefícios de uma decisão adjudicatória. De qualquer forma, o que é importante destacar nesse modelo é que o terceiro não incita as partes a adotarem as normas sociais ou legais apresentadas. Ele apenas as apresenta para enriquecer a decisão das partes.

Já o terceiro facilitador adepto do modelo de defensor de normas procura não apenas informar as partes, mas, diferentemente do modelo anterior, também zela para que as

---

<sup>398</sup> “Mediators in a consensus-building process play an important role in getting the “right” parties to the table. Using conflict-assessment techniques, the mediator (or mediation team) must make a judgment regarding not only who the relevant stakeholders are but also which group or individual would best represent each stakeholder” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 364).

<sup>399</sup> “In the course of completing several dozen not-for-attribution interviews with potential stakeholders, the mediator(s) in a consensus-building process try to push the parties to clarify their interests; urge them to think realistically about what might happen if they fail to reach a negotiated settlement; help them contemplate the interests of the other likely stakeholders; and imagine the kinds of information that might cause them, as well as others, to alter their judgments about key questions before the group” (Idem, p. 364).

<sup>400</sup> “Sometimes the goal of helping disputants meet their needs and interests must be tempered by other concerns, such as protecting vulnerable parties or advancing important societal interests. Taking actions that undercut or hinder disputant autonomy may sometimes be the most ethical choice. Value trade-offs are an inevitable end product of our efforts to attain the ethical golden mean” (WALDMAN, Ellen. *Mediation ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 15).

normas trazidas tenham alguma expressão no acordo feito. De certo modo, o que o terceiro faz é auxiliar as partes a darem aplicação ao conceito abstrato da lei.<sup>401</sup>

No âmbito da construção do consenso dentro da recuperação judicial, o modelo gerador de normas parece ser pouco útil. Entendendo como relevantes apenas as normas criadas pelas partes, a mediação agregaria pouco ao que já ocorre em AGC, seara na qual as partes – os credores – têm reconhecida soberania, mas onde se constata os já tratados déficits de representação e participação.

Assim é que o mediador passa a se aproximar do modelo educador de normas, pois, com o emprego das técnicas de mediação que entender mais adequadas a cada momento,<sup>402</sup> auxiliará na construção de um consenso informado.<sup>403</sup> Essa educação não necessariamente passará pelo conhecimento prévio do mediador sobre todas as regras do jogo da recuperação judicial, ou mesmo pela exigência de um mediador absurdamente criativo, capaz de apontar soluções viáveis à elaboração de qualquer plano de recuperação. O que se espera do mediador educador de normas é garantir que as decisões tomadas pelas partes assim o sejam com a adequada representação de todos os interesses envolvidos. Certamente, um mediador que saiba que os acordos eventualmente celebrados nas sessões que conduzir não poderão prever condições piores para os credores não participantes é mais útil à recuperação judicial do que o que desconhece tal norma.<sup>404</sup> Entretanto, o poder de controle do juiz sobre tais acordos é apenas uma das muitas alternativas para colmatar essa lacuna.

O modelo educador de normas nas mediações antecedentes e incidentais à recuperação judicial tampouco pode descambar para um modelo puramente avaliativo (*evaluative mediation*), com a participação ativa do mediador na criação de soluções possíveis.

Partindo do pressuposto de que a mediação na recuperação judicial está destinada a um escopo específico (promover a construção do consenso), é consequência lógica que, ao fim e ao cabo da mediação, haverá uma deliberação em AGC, seja ela frutífera ou não. Em razão disso, diferentemente de outras tantas possíveis escolas de mediação, ao menos neste caso, a mediação deve ser voltada à resolução de um problema concreto (*problem-solving*), que é a elaboração de um plano para a superação da crise da empresa.

---

<sup>401</sup> TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do advogado*, São Paulo: AASP, a. XXXIV, n. 123, p. 62-69, ago. 2014, p. 66.

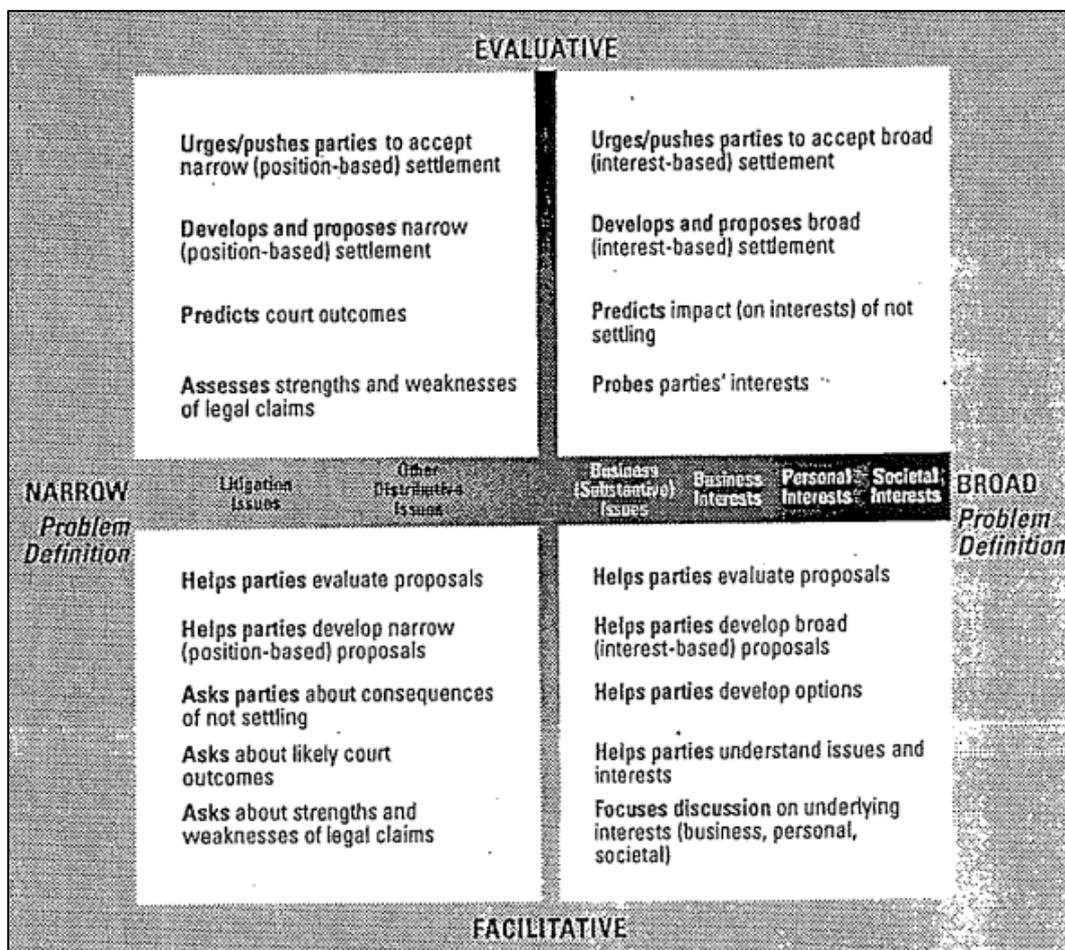
<sup>402</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 260-276.

<sup>403</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 19.

<sup>404</sup> “*Mediators in consensus-building processes need to know a great deal about the substantive questions being discussed, if only to keep from impeding the dialogue with trivial questions or requests for explanation*” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 365).

Centrando-se apenas em uma mediação do tipo *problem-solving*, é possível usar a classificação de LEONARD RISKIN:

**Figura 2** – Técnicas de mediação de acordo com a orientação do mediador



**Fonte:** RISKIN, Leonard. Mediator orientations, strategies and techniques. *Alternatives to the high cost of litigation*, [s.l.], vol. 12, n. 9, p. 111-114, Sep. 1994, p. 113.

A tipologia de RISKIN é voltada à obtenção do acordo, seja nas abordagens facilitativas, seja nas avaliativas. Na primeira, o mediador trabalha no auxílio às partes para que explorem seus interesses, a fim de que elas próprias elaborem e discutam propostas de solução.<sup>405</sup> De outro lado, na abordagem avaliativa, o mediador assume que os mediados precisam de seu auxílio para elaborarem essas propostas.<sup>406</sup>

<sup>405</sup> "The facilitative mediator is like a symphony conductor: she brings the instruments together and works to help them play in harmony, but she does not add a bass or soprano voice herself. She is the maestro of process, but endeavors to have little influence on the actual melody that emerges" (WALDMAN, Ellen. *Mediation ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011, p. 20).

<sup>406</sup> "Whereas facilitative mediators place the burden of developing and evaluating proposals firmly on the parties, evaluative mediators will, if need be, take on some of those tasks themselves. They feel free to offer their opinions regarding proposed settlement options and the legal merit of each party's positions" (idem, p. 20).

Na segunda abordagem, é evidente que a *expertise* do mediador ganha mais relevância. Entretanto, conquanto não pareça haver impeditivos a seu uso, também não se pode eliminar a possibilidade de uma mediação facilitativa no âmbito da recuperação judicial. A uma, porque o grande inimigo enfrentado pela mediação é o déficit de representação dos interesses em jogo nas deliberações acerca do processo de recuperação, donde não decorre necessariamente uma incapacidade das partes de, uma vez participando adequadamente, criarem suas próprias soluções.<sup>407</sup> A duas, porque a complexidade da recuperação judicial e de seus multifacetados interesses, caso exigisse apenas e tão somente mediadores de orientação avaliativa, engessaria esse mercado, que dificilmente encontraria tantos profissionais tão habilitados para opinarem sobre planos de recuperação judicial em seus aspectos jurídicos, contábeis, operacionais etc.

Assim é que o mediador, enquanto educador de normas (*norm-educator*), deve adotar uma abordagem voltada à resolução de problemas (*problem-solving*), prezando pela adequada representação dos interesses nas sessões de mediação (mesmo que seus titulares não estejam presentes à sessão), tudo destinado à construção do consenso.

### 2.1.3. Administrador judicial

Dentro do que já se falou acerca de juiz e mediador (*supra*, capítulos 2.1.1 e 2.1.2) muita coisa pode ser aproveitada para tratar do administrador judicial.

Antes de tudo, frise-se que o escopo de atuação do administrador judicial comporta uma interpretação bastante abrangente, partindo do viés institucionalista da LREF (em seu artigo 47) e das intenções declaradas da reforma da lei em 2020 para construir um procedimento mais célere e eficiente. Ele é órgão do processo concursal e do juízo, *longa manus* que não pode ser confundido com representante de qualquer parte envolvida no processo.<sup>408</sup>

O papel do administrador judicial na administração da falência é de grande relevância, pois cabe a ele informar e esclarecer o juiz sobre os fatos em que se baseiam as pretensões, quer dos credores, quer de qualquer interessado, além da investigação completa acerca do falido, principalmente em relação ao seu procedimento antes e depois da sentença declaratória. Por outro lado, não menos importante é a sua atuação na liquidação da falência, quer na realização do ativo, quer no pagamento do passivo, daí a célebre sentença proferida por Carvalho de Mendonça: “procurai saber quem

---

<sup>407</sup> Destacando a assimetria informacional (algo adequadamente enfrentado por uma mediação facilitativa) como um dos principais problemas da recuperação judicial: CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Compliance e recuperação de empresas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Compliance no direito empresarial*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 287-312, esp. p. 304-308.

<sup>408</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 163.

administra a massa e conhecereis imediatamente o bom ou mau êxito provável da liquidação”.<sup>409</sup>

Independentemente de se tratar de recuperação judicial ou falência, o administrador judicial é imprescindível para o sucesso dos processos concursais – não à toa, precisa preencher requisitos como a qualificação técnica necessária a tal encargo, ser idôneo (art. 21 da LREF), ser independente e imparcial como os juízes e mediadores (art. 30, § 1º da LREF), tudo para que cumpra da melhor forma possível suas funções.<sup>410</sup> Funções essas, aliás, arroladas no artigo 22 da LREF, sejam elas próprias da recuperação judicial (art. 22, II), sejam comuns à recuperação judicial e à falência (art. 22, I).

Tais funções, todavia, podem ser aqui chamadas de *lineares* que, para evitar tautologia (são funções lineares as funções expressamente previstas na LREF), podem ser definidas por exclusão: as funções não lineares, ou *transversais*, são aquelas não previstas no texto da LREF, mas igualmente necessárias ao bom funcionamento da recuperação judicial e ao atendimento da preservação da empresa trazida no artigo 47.

Deve-se garantir que o procedimento de insolvência atinja os seus objetivos com eficiência. Assim, na recuperação judicial, deve-se garantir a preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial (geração de rendas, empregos, recolhimento de tributos, circulação de produtos, serviços e riquezas) através da criação de um ambiente transparente e de confiança, de modo a viabilizar a negociação entre credores e devedores de um plano de recuperação da empresa em crise. Já na falência, deve-se garantir os mesmos valores, mas através da venda da empresa em bloco (preservando diretamente os empregos, rendas, tributos, circulação de produtos, serviços e riquezas) ou por meio da venda de ativos – permitindo que ativos vinculados à atividades improdutivas, passem a ser utilizados no desenvolvimento de outras atividades empresariais geradores daqueles mesmos benefícios econômicos e sociais. Entretanto, esses objetivos somente serão atingidos, com eficiência, se o administrador judicial atuar de forma comprometida com o resultado do processo, exercendo funções que vão além daquelas expressamente previstas em lei e que perpassam simultaneamente as duas linhas de trabalho paralelas e simultâneas previstas para os procedimentos falimentares e recuperacionais. Essas novas funções do administrador judicial devem ser chamadas de funções transversais.<sup>411</sup>

Por certo, o administrador judicial tem função linear relacionada à mediação, qual seja, seu estímulo (art. 22, I, alínea “j” da LREF). Esse estímulo, contudo, não pode ser a mera

---

<sup>409</sup> Idem, p. 164.

<sup>410</sup> NISHI, Eduardo Azuma. *A importância do administrador judicial na condução dos processos concursais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 47-66, p. 47.

<sup>411</sup> COSTA, Daniel Carnio; SALOMÃO, Luis Felipe. *O administrador judicial como agente indutor dos objetivos da reforma do sistema de insolvência brasileiro: as funções transversais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 105-120, p. 109-110.

consulta às partes acerca de seu interesse, ou a menção à possibilidade de uso da mediação. Na visão que favorece uma postura mais ativa do administrador judicial, com foco na consecução dos objetivos de preservação da empresa, estimular a mediação significa atuar também para sua efetiva implementação: sugerir formas concretas de instaurá-la – ainda que inicialmente às suas expensas, se o caso – auxiliar nos processos de indicação de mediadores, de instalação das sessões de mediação, e assim por diante.

Apesar dessa amplitude de funções lineares e transversais, mas também em razão dela, o administrador judicial não pode ser o próprio mediador (*supra*, capítulo 2.1.2). A independência do mediador e a necessidade que ele tem de manter uma relação de confiança com as partes se revela incompatível com atribuições fiscalizatórias (para não dizer inquisitivas) do administrador judicial. Um terceiro imparcial que fiscaliza o cumprimento de obrigações pelas partes, que exige a apresentação de documentos e informações, e que pode, em última instância, requerer a convocação em falência da uma recuperação judicial que entenda fadada ao fracasso, não é aquele que auxiliará as partes na construção de um consenso e de soluções protagonizadas pelas próprias, mas no máximo um que incutiria um temor nas partes destinado a uma pseudoautocomposição que em nada agregaria ao ideal de preservação da empresa.<sup>412</sup>

Dentro de seu rol de funções, não se pode ignorar que o administrador judicial é *longa manus* do juiz. Tratam-se de funções que, em um cenário “ideal” e irreal, caberiam ao próprio magistrado; o legislador entendeu por bem delegá-las a um terceiro de confiança, auxiliar do juízo, em razão da quantidade de trabalho envolvida nessas atribuições e, em diversos momentos, do conhecimento técnico exigido para seu adequado cumprimento.

Como o administrador judicial é um braço do juiz, é natural que os deveres do juiz em relação à mediação – *incentivo* e *controle* – também sejam deveres do administrador (*supra*, capítulo 2.1.1).

Para além disso, o administrador judicial também auxilia o mediador na construção do consenso. Partindo da abordagem *problem-solving*, de um modelo de mediação *avaliativa* e de uma postura de educador de normas (*norm-educator*), é fundamental que o terceiro imparcial

---

<sup>412</sup> Doutrina relevante, todavia, entende que o administrador judicial poderia atuar na função de *conciliador*, vedando-se apenas a atuação como mediador. Ver: “O administrador judicial pode exercer – e, em inúmeros casos, já vinha desempenhando – a função de conciliador, com o propósito de aproximar as partes, seja visando à celebração de acordos em litígios bilaterais, seja objetivando a aprovação de um plano pela maioria dos credores. Trata-se de função extremamente relevante, pois pode influenciar diretamente o resultado da recuperação judicial, mas deve ser exercida com muita cautela, pois o administrador judicial deverá dar parecer sobre a legalidade dos acordos celebrados e, em sua atuação como conciliador, deve preservar sua independência e posição equidistante das partes para poder opinar com isenção” (FALECK, Diego; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *A lei 14.112/2020 e os métodos alternativos para solução de disputas na recuperação judicial: a atuação do administrador judicial e a Recomendação 58/2020 do CNJ*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 301-322, p. 316-317).

(o mediador) conheça os aspectos jurídicos da realidade controvertida, justamente para saber e fazer saber quando os interesses em jogo não estão sendo observados pelas partes mediadas. Como nem sempre o próprio mediador terá essa *expertise* (dada a complexidade dos processos concursais), é de todo interessante que ele peça o auxílio do administrador judicial para sanar dúvidas pontuais, suas ou dos mediados, a respeito da recuperação judicial.

Desde aspectos mais burocráticos, como os prazos processuais da LREF ou informações sobre o passivo da devedora, passando por temas específicos da recuperação judicial como o financiamento DIP e a venda de unidades produtivas isoladas e, também, por assuntos regidos pela LREF como a forma de pagamento dos credores trabalhistas, o administrador judicial é o terceiro que possui o conhecimento técnico e fático suficiente à resolução dessas pequenas dúvidas. A mera consulta feita pelo mediador ao administrador judicial não impactará na imparcialidade do procedimento e na confiança das partes nesse terceiro – desde que ele siga utilizando adequadamente as técnicas de mediação e conciliação a fim de manter tal cenário.<sup>413</sup>

Com o auxílio ao mediador referente a questões pontuais, o administrador judicial atende a algumas de suas obrigações lineares previstas na LREF, como a prestação de informações e o estímulo às soluções consensuais. Mais do que isso, ele também auxilia na construção de um consenso informado, mediante a redução de assimetrias informacionais.<sup>414</sup> E, principalmente, reduzir tais assimetrias via solicitação do mediador, diferentemente da simples apresentação de relatórios mensais no processo de recuperação judicial, é conduta que diminui os custos de obtenção dessas informações, de outra maneira fatalmente incompreensíveis ou imperceptíveis para diversos interessados.

Essas constatações não devem levar a uma diminuição da importância do administrador judicial nos processos de recuperação que fazem uso da mediação, mas tão somente a sua manutenção. As atribuições fiscalizatórias do *longa manus* do juiz, tão exercidas ao longo do procedimento inteiro, têm nas sessões de mediação e nos eventuais acordos delas decorrentes

---

<sup>413</sup> Por tal razão, é prudente que o administrador judicial não participe das sessões de mediação, mas que esteja à disposição durante ela sempre que for necessária sua intervenção.

<sup>414</sup> “É certo que a criação de um ambiente livre e acessível do fluxo de informações, dentro do procedimento da recuperação judicial, pode servir como instrumento ideal para a efetiva solução da crise da empresa. Para tanto, medidas ativas e corajosas devem ser adotadas pelo administrador judicial e por todos os demais sujeitos ou órgãos do processo. Impedir a já mencionada assimetria de informações é uma forma inteligente de acabar com odiosos privilégios daqueles que monopolizam o controle da empresa, uma vez que é certo que a crise também deriva da falha de mecanismos internos e externos de governança corporativa. Dentro desse contexto, mostra-se fundamental o papel a ser desempenhado pelo administrador judicial. Na fase de execução, o papel de *fiscalizador* do administrador judicial prepondera, porque é ele o principal responsável por diminuir a assimetria de informações entre a devedora e o juiz e entre a devedora e os credores” (CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Compliance e recuperação de empresas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Compliance no direito empresarial*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 287-312, p. 307-308, destaque do original).

apenas mais um objeto de fiscalização. A não participação nas sessões de mediação (como regra) não conduz à ausência de fiscalização ou à ausência do dever de prestar informações.

#### 2.1.4. Partes (mediados)

##### 2.1.4.1. Credores e outros interessados

Uma vez abordados os sujeitos imparciais do processo de recuperação judicial – juiz, administrador judicial e mediador – impende tratar das partes, que, neste caso, são os mediados. Sobre a devedora, conquanto também seja uma parte mediada, tratar-se-á em capítulo apartado (*infra*, capítulo 2.1.4.2).

A primeira questão a ser colocada à mediação – e ao mediador incumbido de conduzi-la – diz respeito a quem deve estar presente nessas sessões.<sup>415</sup> Isso porque, em que pese a recuperação judicial conte com uma fase de consolidação do QGC (que redundará na definição de quem figurará como parte nesse processo), já foi visto que a opção da LREF em dar a soberania exclusiva do destino da empresa aos credores não contempla a diversidade de interesses presentes na crise da empresa. Disso, dois aspectos devem ser da maior atenção:

- Quem são os titulares de interesses relacionados à recuperação judicial e que não são credores (ou, em outros termos, não possuem legitimação nos termos da LREF). Alguns desses sujeitos são de mais fácil identificação, como os trabalhadores que não sejam credores, ou os acionistas. Em cada caso concreto, a depender do segmento de mercado, outros podem surgir, donde decorre que a análise, fatalmente, será casuística.<sup>416</sup>
- Para evitar que as sessões de mediação sejam uma grande e infundável assembleia, quem são os sujeitos aptos a representar os interesses relacionados à recuperação judicial?<sup>417</sup>

A identificação dos interessados na recuperação judicial não se esgotará no momento de instauração da mediação. A qualquer momento, se o cenário da crise da empresa muda, seus interessados também podem mudar, como com a preocupação renovada do interesse público em algum caso relevante após uma pandemia. Recordando o dever do mediador de identificar

---

<sup>415</sup> “O primeiro passo em qualquer processo de construção de consenso consiste em fazer com que as pessoas certas se sentem à mesa de negociação com as expectativas certas” (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 36).

<sup>416</sup> *Idem*, p. 36-37.

<sup>417</sup> “*In some circumstances, a mediator may even seek to identify a surrogate of some kind to stand in for a hard-to-represent group*” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 364).

esses sujeitos,<sup>418</sup> bem como o dever do juiz e do administrador judicial em zelar pelo atendimento dos objetivos do artigo 47 da LREF – em sua acepção institucionalista – é de se concluir que, mais do que fazer um passo a passo, deve-se afirmar a necessidade de ter, nesse aspecto, um ponto de atenção permanente ao longo da recuperação judicial.

Uma vez identificados os sujeitos interessados, deve-se identificar seus representantes. Nada impede a realização de sessões de mediação com todos eles (*infra*, capítulo 3.2.1), mas, se alguns grupos de interesses puderem e conseguirem se organizar em torno de um representante, isso trará dois benefícios sensíveis: um para o próprio procedimento de mediação, com economia de tempo e de recursos para franquear a participação efetiva a esses interessados; outro para os próprios interessados, que encontram nesse representante uma forma de obterem participação informada e com menos custos.<sup>419</sup>

Independentemente de como serão realizadas essas duas etapas, o que se espera é que a mediação conte com (i) a presença dos diversos interesses envolvidos na recuperação judicial, não apenas os econômicos-creditícios, e (ii) representantes mais ou menos organizados desses grupos de interesses, sempre que necessários para garantir uma participação efetiva de seus representados sem a assunção de custos que, individualmente, tornar-se-iam inacessíveis.

Ao fim e ao cabo, todos esses sujeitos se organizam em uma sessão de mediação, donde decorre passarem a ser tratados como mediados. Aí se inclui, também, a Fazenda Pública que, no mais das vezes, é apenas uma credora (detentora de interesse econômico-creditício) e que, no bojo deste procedimento de mediação, sequer contaria com prerrogativas como o prazo em dobro para se manifestar (exceto se assim fosse deliberado na própria mediação). Da mesma forma, o Ministério Público, se ali estiver enquanto representante do interesse público (*infra*, capítulo 2.1.4.3) e não como *custos legis*, ele também será apenas mais uma parte mediada, porquanto é apenas o representante de mais um dos multifacetados interesses em jogo.

Sendo todos mediados, e tendo a mediação uma abordagem destinada à solução de um problema concreto, requer-se das partes que se comportem como esperado em uma negociação

---

<sup>418</sup> Não necessariamente é o mediador o agente responsável pela identificação dos interessados. *In casu*, defende-se que ele atue nesse sentido, com ou sem o auxílio dos sujeitos imparciais com *expertise* no conflito – juiz e administrador judicial. Ver: “*Once the mediator is chosen, the convenor’s work is done*” (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987, p. 197).

<sup>419</sup> “Assim consideradas as influências que atuam sobre o processo político, as diferenças no prevailecimento de um ou de outro interesse podem ser explicadas conforme o tamanho do grupo, a parcela cabente a cada um de seus membros, a distribuição dos impactos de uma determinada medida entre os sujeitos e a sua capacidade de organização, tendo em vista um amplo número de fatores, inclusive a sua habilidade em utilizar de recursos retóricos e de mecanismos institucionais que estejam disponíveis” (SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005, p. 45).

baseada em princípios, que dialoguem a partir de seus *interesses*, e não de suas *posições*. Posição é a decisão adotada por alguém; interesse foi o que o motivou a tomar a decisão.

Conciliar interesses, em vez de posição, funciona por duas razões. A primeira é que cada interesse geralmente pode ser satisfeito por várias posições. [...] Quando você olha para os interesses por trás de posições opostas, muitas vezes encontra uma posição alternativa que atenda não só aos seus interesses, mas aos da outra parte.<sup>420</sup>

Identificar os interesses não é tarefa fácil, e muito menos quando levadas em conta (i) a complexidade da realidade controvertida que, no caso, é a recuperação judicial e (ii) as desvantagens estruturais que os diversos interessados na crise da empresa experimentam no processo de recuperação, o que os alija de uma adequada discussão sobre os rumos do processo. Assim, com ou sem o auxílio do mediador, é preciso que os mediados, *internamente*, possam identificar seus interesses para negociar a partir deles, a partir de seu próprio BATNA.<sup>421</sup>

Enfrentar essas questões internas, por si só, é um desafio relevante. Muitas vezes, a parte interessada sequer sabe que tem ou terá alguma margem de sua esfera de direitos impactada pela decisão na recuperação judicial. Em outras tantas hipóteses, sequer sabe se a recuperação judicial é o espaço adequado para tratar de seu interesse.<sup>422</sup> Daí, também, a necessidade de um mediador educador de normas e a organização dos interessados vulneráveis em grupos maiores, nos quais os custos informacionais sejam diluídos e a participação se dê com maior eficácia.<sup>423</sup>

---

<sup>420</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 65.

<sup>421</sup> “1. *Coloque-se no seu lugar*. O primeiro passo é compreender a fundo seu adversário mais poderoso: você. É muito comum cair na armadilha de ficar se julgando o tempo todo. O desafio é fazer o oposto e ouvir com empatia suas necessidades básicas, do mesmo modo que você faria com um cliente ou parceiro valioso. 2. *Desenvolva sua Batna interior*. Quase todos nós tendemos a jogar a culpa pelo conflito em outras pessoas. O desafio é fazer o oposto e torar-se responsável por sua vida e por seus relacionamentos. Mais especificamente, é desenvolver a Batna interior [...] e assumir o compromisso de cuidar de seus interesses, independentemente do que os outros façam ou deixem de fazer. 3. *Reenquadre seu panorama*. O medo natural da escassez se manifesta em praticamente todo mundo. O desafio é mudar a maneira como você vê a sua vida, criando as próprias fontes de satisfação independentes e autossuficientes. É pensar que a vida está do seu lado, mesmo quando ela parece fácil. 4. *Mantenha-se no presente*. No calor do conflito, é fácil se perder em ressentimentos do passado ou em preocupações com o futuro. O desafio é fazer o oposto e viver o presente, a única condição em que é possível experimentar a verdadeira satisfação e também mudar a situação para melhor. 5. *Respeite os outros*. É tentador reagir à rejeição com rejeição, ao ataque pessoal com ataque pessoal, à exclusão com exclusão. O desafio é surpreender os outros com respeito e inclusão, mesmo que se trate de pessoas difíceis. 6. *Saiba dar e receber*. É muito comum, principalmente quando os recursos são escassos, cair na armadilha do ganha-perde e se concentrar em satisfazer apenas as próprias necessidades. O desafio final é mudar o jogo para ganha-ganha-ganha, dando antes de receber” (URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo: o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil*. Trad. Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 12-13, destaques do original).

<sup>422</sup> Ver: FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980-1981.

<sup>423</sup> Tratando de direito ambiental, mas com conclusões aplicáveis também ao caso sob estudo: “Ações em matéria ambiental, por exemplo, envolvem custos especialmente elevados. O meio ambiente está relacionado a

Ocorre que a adequação interna ao que se espera na mediação e na construção do consenso – ou o ajuste de seu “estado de espírito”, por assim dizer – é apenas o primeiro passo para alcançar um acordo com outra parte que, muito potencialmente, não terá a mesma disposição em negociar baseada em interesses. É preciso se posicionar ao lado dessa parte intransigente, ouvindo seu ponto de vista e entendendo suas preocupações, a fim de desarmar o sujeito que aprendeu apenas a negociar baseado em posições. Na sequência, torna-se possível auxiliar essa parte, aí sim, a entender essa diferença conceitual, saindo do “o que você quer” para o “por que você quer isso”. Caso ainda assim a parte continue inflexível, cabe à mais complacente tomar a dianteira no que se refere à criação de opções de ganho mútuo (*brainstorming*), encontrando “pontes” entre os interesses de uma e de outra que permitam a identificação de uma ZOPA. E ao fim, se nada do que se fez antes der resultado, vale usar o próprio poder de negociação para instruir a parte teimosa, demonstrando não apenas o caráter negocial da recuperação judicial, mas também o prejuízo advindo da não obtenção de um acordo (*best interest of creditors*). Tudo isso, nunca é demais frisar, com o auxílio do terceiro imparcial.<sup>424</sup>

Para além da mudança na abordagem da realidade controvertida – das posições para os interesses – existe um aspecto que é comum à literatura que trata de negociação, mediação e construção de consenso em casos que tais. Trata-se da *criação de valor*, alcançada quando ambas as partes “devem acreditar que a solução negociada as deixa pelo menos tão bem quanto ficariam se não houvesse nenhum acordo”.<sup>425</sup> Em outra perspectiva, a criação de valor também pode ser entendida como a criação de *opções de ganho mútuo*.<sup>426</sup>

O primeiro passo da criação de opções de ganho mútuo é enxergar a realidade controvertida pela perspectiva dos demais sujeitos interessados. Só assim é que cada parte

---

problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação. A defesa judicial do meio ambiente implica questões 1) de conhecimento técnico e científico, 2) de informação imperfeita, 3) de risco substancial, 4) de partes numerosas, 5) de múltiplas possíveis alternativas, 6) de pluralidade de centros de decisão e 7) de oportunidades para efeitos de natureza distributiva” (SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005, p. 41).

<sup>424</sup> URY, William. *Supere o não: como negociar com pessoas difíceis*. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Benvirá, 2019, p. 27-33.

<sup>425</sup> MNOOKIN, Robert; PEPPET, Scott; TULUMELLO, Andrew. *Mais que vencer: negociando para criar valor em acordos e disputas*. Trad. Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009, p. 30.

<sup>426</sup> Ver, exemplarmente: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 79-105; URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo: o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil*. Trad. Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 109-126; URY, William. *Supere o não: como negociar com pessoas difíceis*. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Benvirá, 2019, p. 140-170; MALHOTRA, Deepak. *Acordos quase impossíveis: como superar impasses e resolver conflitos difíceis sem usar dinheiro ou força*. Trad. Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2017, p. 155-170; SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. *Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes*. New York: The Free Press, 1996, p. 37-42.

poderá, ao menos, começar a entender os interesses das outras partes envolvidas naquele conflito. Sem compreender os interesses (e não as posições) dos demais *stakeholders*, a negociação acabará redundando em um jogo de soma zero, no qual alguém terá que ceder nas transações.

O segundo passo é encorajar a transparência e a divulgação de informações pertinentes ao conflito. Nas disputas judiciais tradicionais (“Caio contra Tício”) é comum que as partes não queiram revelar quaisquer informações a menos que seja absolutamente necessário; nos conflitos multifacetados como a recuperação judicial, que demandam a construção de um consenso, a situação se inverte: prioriza-se a publicidade e a transparência do contexto, e da forma mais clara possível.<sup>427</sup> Deve-se prezar pela redução das assimetrias de informações como forma de aumentar a eficiência do processo.<sup>428</sup> Consequentemente, diminuir-se-ão os custos informacionais e as desvantagens estruturais daqueles que, de outra maneira, não teriam acesso a tudo isso.<sup>429</sup>

O terceiro passo é apresentar um comprometimento com a elaboração de ações de contingência para o caso de algum imprevisto ocorrer, ou de alguém sofrer algum dano ao longo das negociações. Assumir parte do risco do insucesso tem o efeito pedagógico de convidar as demais partes a participar da construção de soluções viáveis – nas quais esse risco poderá ser mitigado, ou mesmo eliminado.<sup>430</sup>

O quarto passo consiste em aceitar sua parcela de responsabilidade pela realidade controvertida e aceitar que pode ter incorrido em alguns erros ao longo não apenas das negociações, mas também do contexto que levou a ela. A crise da empresa é um fenômeno complexo, no qual devedoras mal administradas, credores intransigentes e outros tantos agentes desempenham papel crítico – independentemente de estarem agindo ou não dentro de sua esfera de direitos. Reconhecer esse papel é uma etapa importante para criar soluções contra a crise.

---

<sup>427</sup> É dizer: a diferença entre publicidade e transparência – para CALIXTO SALOMÃO FILHO – parte da identificação dos destinatários da informação para concluir que, quando eles possuem interesse direto no processo, é necessário que haja transparência além da publicidade, e isso consiste na divulgação de um número maior de informações do que se divulgaria se não houvesse esse interesse direto. Ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 52, p. 63-69, jan./mar. 2017.

<sup>428</sup> Nesse sentido: CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Compliance e recuperação de empresas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Compliance no direito empresarial*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 287-312; VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p.

<sup>429</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005.

<sup>430</sup> “It does make sense to minimize impacts up front, when they occur, rather than to wait and to pay a premium later” (SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. *Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes*. New York: The Free Press, 1996, p. 39).

O quinto passo se relaciona com a postura de cada parte, que deverá ser tão confiável quanto possível desde o início das negociações. Aqui tem espaço o que já se falou sobre a transparência nas informações acerca da realidade controvertida e, também, o ideário de boa-fé objetiva bem conhecido do direito civil. Agir de maneira confiável na mesa de negociações é expor com clareza e sinceridade seus interesses e suas pretensões, com vistas ao atingimento de um ponto comum – uma ZOPA – e, idealmente, o consenso.

Por fim, o sexto passo é o foco na construção de relacionamentos duradouros. A empresa em crise tem uma série de relações jurídicas que se protraem por tempo indeterminado: contratos de trabalho, clientes e fornecedores estratégicos, sócios e acionistas de longa data, entre outros. O sucesso da recuperação judicial depende da manutenção dos relacionamentos necessários à preservação da empresa e ao fomento de novas relações, que não se esgotem com o mero pagamento das dívidas novadas e com a satisfação dos interesses econômicos-creditícios.

Os seis passos acima transcritos consistem em uma abordagem baseada em princípios da criação de opções de ganho mútuo: todos eles se relacionam e são interdependentes entre si. Seu objetivo é guiar e informar a tomada de decisão das partes em conflito. Com ou sem o auxílio de terceiros, cabe às partes mediadas percorrerem esse caminho, ainda que ele seja muito mais o mencionado guia do que uma “receita de bolo” aplicável sem ressalvas a toda e qualquer disputa.<sup>431</sup>

#### 2.1.4.2. A devedora

A devedora, tal como os credores e os demais interessados na crise da empresa, é parte no processo de mediação, na condição de mediada.<sup>432</sup> Por tabela, aplica-se a ela o que foi dito acima, inclusive sobre a negociação baseada em interesses e a busca por opções de ganho mútuo.

---

<sup>431</sup> Idem, p. 41-42.

<sup>432</sup> “Partes”, aliás, é conceito que pode ter acepção muito ampla na mediação: “[d]ificilmente teremos uma mediação que envolva apenas dois sujeitos, pois são partes na mediação todos os sujeitos envolvidos no conflito (qualquer um que exerça influência ou tenha sido capturado pelo conflito, mesmo que não sejam partes processuais) e todos os envolvidos no processo para a sua gestão, como: o mediador, os observadores, os advogados, os julgadores, os fiscais da lei etc. Podem também ser partes todos os demais sujeitos que sejam imprescindíveis e estratégicos à adesão e gestão do conflito, variando em número conforme o caso concreto e a metodologia utilizada, com vistas à funcionalidade comunicativa e relacional – num olhar sistêmico às *mudanças de segunda ordem*” (ZAPPAROLLI, Célia Regina. *Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 91-124, p. 109, destaques do original).

É de especial relevância, todavia, o dever de *transparência* da devedora para com os demais interessados, que pode se relacionar intimamente com o segundo e o quinto passos da criação das opções de ganho mútuo (divulgação de informações pertinentes ao conflito e a manutenção de uma postura confiável ao longo do procedimento). Esse dever é percebido já com a petição inicial dos processos de recuperação judicial: os requisitos do artigo 51 da LREF apontam uma série de documentos e informações,<sup>433</sup> para além dos naturalmente previstos no artigo 319 do CPC,<sup>434</sup> destinados a garantir que as demais partes do processo “tenham (a) a capacidade técnica de avaliar as informações constantes no processo de recuperação judicial, (b) bem como o conhecimento do mercado de atuação da empresa em crise (devedora)”.<sup>435</sup>

Em oportunidade anterior,<sup>436</sup> foram apontados três fundamentos para a exigência da publicidade e da transparência nos processos de recuperação judicial: um de natureza econômica, relacionado à assimetria de informações, um de natureza sociológica, consistente

---

<sup>433</sup> “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: 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; e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito; 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; III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; 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. IX - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados; X - o relatório detalhado do passivo fiscal; e XI - a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o § 3º do art. 49 desta Lei”.

<sup>434</sup> “Art. 319. A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”.

<sup>435</sup> LAZZARINI, Alexandre Alves. A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 93-106, abr./jun. 2007.

<sup>436</sup> CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. Arbitragem, insolvência e o dilema da publicidade. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 292, p. 399-432, jun. 2019.

no incentivo à busca pela solução consensual, e o último de natureza jurídica, consistente na possibilidade de permitir um controle social sobre a prestação jurisdicional. Todos foram contextualizados em um perceptível déficit na qualidade da divulgação das informações referentes à empresa devedora em processos de recuperação judicial – ainda que o fundamento jurídico lá mencionado fosse direcionado ao juiz (como, por exemplo, mediante o dever de fundamentação das decisões judiciais), pouco impactando no atual trabalho.<sup>437</sup>

O fundamento econômico parte da clássica noção de assimetria de informações trazida por GEORGE AKERLOF em seu *Market for Lemons*.<sup>438</sup> Diminuí-la com um processo transparente conduz a maiores segurança e previsibilidade na recuperação judicial, o que permite aos demais interessados conhecerem melhor a realidade controvertida, descobrirem com mais facilidade seu BATNA, compreenderem os interesses da própria devedora etc. E, por transparência, entenda-se a divulgação de tantas informações quanto úteis e necessárias (publicidade), mas de forma clara e compreensível por seus destinatários.<sup>439</sup>

Por sua vez, o fundamento sociológico de estímulo à consensualidade é do que já se tratou no subitem anterior. Para o êxito na construção do consenso é necessário que as partes trabalhem na criação de opções de ganho mútuo e, para tanto, é preciso que sejam transparente e se auxiliem mutuamente na divulgação de informações relacionadas à realidade controvertida. Isso é feito para gerar uma relação de confiança entre as partes e permitir a criação de valor.<sup>440</sup>

#### 2.1.4.3. Representação adequada: Ministério Público e sindicatos

Conforme dito, o grande desafio da recuperação judicial é o déficit de participação dos interessados nos processos de tomada de decisão dentro de tal procedimento, fato bastante

---

<sup>437</sup> INSTITUTO RECUPERA BRASIL. *Eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial*. São Paulo: 2017.

<sup>438</sup> AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of Economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

<sup>439</sup> MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 01 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>, acesso em 26 abr. 2023.

<sup>440</sup> “‘Criação de valor’ designa um tipo de negociação no qual as partes buscariam aumentar o valor para ambas antes de dividir o valor entre elas. O método para esse tipo de negociação foi desenvolvido principalmente pelo Projeto de Negociação de Harvard. Antes da identificação desse método, a literatura sobre negociação em geral limitava-se a táticas para conseguir uma parte maior do todo que estava sendo negociado. O Projeto de Negociação de Harvard pôs grande foco nesse método, mas não o inventou: grandes negociadores de todos os tempos sabiam que a criação de valor, e não só a divisão de valor, é importante em uma negociação. Esse método tem vários nomes, entre eles ‘negociação baseada em princípios’” (SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 88).

relacionado com um déficit de representação, seja pelo próprio titular do interesse, seja por um representante dele ou de um grupo de indivíduos com interesses semelhantes.<sup>441</sup>

A organização dos interessados em grupos, mais ou menos organizados, portanto, é medida que potencializa e otimiza sua participação. Ou, quando menos, a eleição de um representante desses interesses já auxilia na garantia de que, em alguma medida, esse interesse será contemplado nas deliberações e decisões acerca da superação da crise da empresa.

O primeiro exemplo de representante de interesses com representação deficitária na recuperação judicial é o Ministério Público, a quem cabe a legitimação extraordinária *ope legis* para a defesa de interesses difusos e coletivos.

Na solução da questão da representação acima discutida, o sistema brasileiro optou por privilegiar o critério da seletividade em prejuízo do acesso irrestrito à justiça. Note-se que este critério não é numérico, mas qualitativo, ou seja, não foi motivado pela quantidade de causas levadas ao Judiciário, mas pela maneira como elas são conduzidas em juízo. Sem dúvida, a exclusão da iniciativa individual em defesa de interesses transindividuais “atendeu a um propósito de possibilitar um melhor controle quanto à idoneidade e seriedade na propositura das ações civis públicas”. O objetivo, ao estabelecer esses critérios de seletividade, foi garantir que aqueles interesses, pertencendo a uma pluralidade de sujeitos, fossem defendidos de maneira adequada em juízo.<sup>442</sup>

A essencialidade das funções do Ministério Público também está presente nos processos concursais. Sua atuação em recuperações judiciais e falências se destina a preservar o interesse da coletividade, evitando que o resultado do processo seja uma mera exploração lucrativa, ou o completo descaso com a economia, a função social da empresa e outros tantos possíveis temas tutelados pela norma institucionalista do artigo 47 da LREF.<sup>443</sup>

Suas funções legalmente previstas pela LREF para a recuperação judicial não perfazem um rol muito extenso. Citam-se, como exemplos, a faculdade de impugnar a relação de credores (art. 22) e a substituição do administrador judicial ou de membros do Comitê de Credores (art. 30, § 2º). No âmbito de uma mediação e de um procedimento de construção de consenso, todavia, sua função vai além disso: representar o interesse público (e/ou transindividuais, se o caso) e garantir que ele seja contemplado nos processos deliberativos ao longo da recuperação.

Um outro exemplo de representante de interesses são os sindicatos de trabalhadores, bem lembrados por MARC GALANTER para destacar exemplos de disputas entre dois litigantes

---

<sup>441</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987, p. 39-41.

<sup>442</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005, p. 48.

<sup>443</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235-239.

habituais – sindicatos e empresa empregadora, por exemplo. Em casos que tais, dados o tamanho e a organização desses litigantes, surgem até mesmo mecanismos alternativos de solução de controvérsias, negociais ou não.<sup>444</sup> E sindicato, aqui, não precisa significar apenas a associação permanente que defende os interesses de trabalhadores: entidades de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREA), ou mesmo entidades como os Órgãos Gestores de Mão de Obra (OGMO), podem fazer as vezes de representantes adequados de um grupo determinado de indivíduos.

#### 2.1.4.4. O Comitê de Credores

Para além dos representantes de interesses mencionados no subitem anterior, há um órgão dos processos concursais de recuperação judicial e falência que merece atenção especial nas hipóteses de instauração de mediação e de procedimentos destinados à construção do consenso. Trata-se do Comitê de Credores, órgão previsto nos artigos 26 e seguintes da LREF e de atribuições eminentemente fiscalizatórias.

Como outros tantos temas do direito das empresas em crise, o Comitê de Credores tem inspiração no direito estrangeiro, como no dos Estados Unidos da América e na Itália. No primeiro, o *creditors' committee* é uma estrutura que fica responsável “pela representação dos detentores de créditos, negociação do plano e investigação do devedor”.<sup>445</sup> Ele é de constituição obrigatória, uma vez que, nos EUA (tal como no Brasil), o empresário é mantido na gestão da empresa devedora durante o processo de recuperação: ao *creditors' committee* caberia a importante função de manter uma tensão constante entre a devedora e o grupo de credores, organizado por meio dele, estimulando uma constante negociação dos termos da reorganização.

Na Itália, o *comitato dei creditori* passou por uma revisão de suas competências em 2006, o que ampliou suas funções (antes eminentemente consultivas) e o tornou um órgão mais

---

<sup>444</sup> “We might expect that there would be little litigation in Box IV, because to the extent that two RPs play with each other repeatedly, the expectation of continued mutually beneficial interaction would give rise to informal bilateral controls. This seems borne out by studies of dealings among businessmen and in labor relations. Official agencies are invoked by unions trying to get established and by management trying to prevent them from getting established, more rarely in dealings between bargaining partners. Units with mutually beneficial relations do not adjust their differences in courts. Where they rely on third parties in dispute-resolution, it is likely to take a form (such as arbitration or a domestic tribunal) detached from official sanctions and applying domestic rather than official rules” (GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], vol. 9, n. 1, p. 1-71, 1974, p. 16-17).

<sup>445</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 413.

próximo do que se vê no Brasil.<sup>446</sup> Sua competência fica relacionada à fiscalização e à investigação do que ocorre na recuperação judicial – notadamente, a gestão da empresa devedora e a própria atuação do administrador judicial (*curatore*).

No Brasil, as competências do Comitê de Credores são fiscalizatórias e estão previstas principalmente no artigo 27 da LREF.<sup>447</sup> Além disso, trata-se de órgão de criação facultativa, e cuja composição deve seguir o disposto no artigo 26 da mesma lei (em linhas gerais, um representante de cada classe de credores). A lacuna apontada pela doutrina reside na ausência de previsão legal de competência do Comitê de Credores para atuar de forma negocial, auxiliando na elaboração do plano de recuperação judicial. Essa solução, potencialmente, traria chances maiores de aprovação célere do plano, uma vez que, resguardada a soberania da AGC, ele já teria passado por uma fase de negociação prévia entre devedora e Comitê de Credores.<sup>448</sup>

A ausência de atribuições negociais ao Comitê de Credores na LREF não impede sua participação em sessões de mediação caso venha a ser constituído. Primeiramente, porque na mediação impera a voluntariedade e a autonomia da vontade das partes, não havendo razão para vetar sua participação *ex lege*. Além disso, um Comitê de Credores, ao exercer suas funções

---

<sup>446</sup> “*Il comitato dei creditori è composto da tre o cinque membri scelti fra i creditori in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi. L’organo è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento. Al pari di quanto già visto per il curatore, però, conclusa l’adunanza per l’esame dello stato passivo e prima della dichiarazione di esecutività dello stesso, i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi possono effettuare nuove designazioni. In tal caso, il tribunale, valutate le ragioni della richiesta, provvede alla nomina dei soggetti designati da icreditori, verificato che sia mantenuto il requisito della equilibrata rappresentatività dell’organo (art. 37-bis). La riforma del 2006 ha significativamente rafforzato il ruolo del comitato dei creditori, aumentandone i poteri e le funzioni, che in origine erano prevalentemente consultive. Il comitato dei creditori vigila sull’operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri (succintamente motivati) nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato”* (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Manuale del diritto commerciale*. 6. ed. Torino: UTET, 2015, p. 592).

<sup>447</sup> “Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei: I – na recuperação judicial e na falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei; II – na recuperação judicial: a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial”.

<sup>448</sup> “Caso essa competência tivesse sido atribuída ao órgão, poder-se-ia imaginar que um maior envolvimento dos credores, mediante custo reduzido, poderia ser atingido. Nesse caso, ao invés de se estimular que todas as discussões sobre os detalhes do plano fossem feitas entre cada um e todos os credores, seria possível promover a representação dos interesses da classe por parte do membro eleito para o comitê. Uma vez traçados termos comuns e julgados convenientes por parte dos grupos de credores, a proposta passaria a ser avaliada pela assembleia, sendo de se esperar que, após a negociação prévia, a célere aprovação do plano seria mais provável” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 418-419).

fiscalizatórias (essas, sim, previstas em lei), auxiliaria enormemente nos objetivos buscados pela mediação para a construção do consenso, como a redução de assimetrias e custos informacionais, a primazia da transparência e a divulgação de informações pertinentes.

Por óbvio, a composição reduzida do comitê – apenas um representante de cada classe de credores – dificulta a participação efetiva de todos os possíveis subgrupos de interesses. Isso, porém, não impede uma atuação do Comitê de Credores que os contemple: em verdade, apenas reforça a importância dos deveres fiduciários desses representantes para com todos os representados.<sup>449</sup> No ambiente flexível da mediação, é possível mesmo que esses representantes sejam assessorados por tantos outros quantos forem necessários, tudo com vistas a atingir os objetivos aqui já enumerados: permitir uma adequada representação dos interesses em jogo, diminuir custos e assimetrias informacionais, proporcionar a construção do consenso que permita a reorganização da empresa de forma a contemplar satisfatoriamente, se não todos, a maioria esmagadora dos sujeitos envolvidos no contexto da crise.

## 2.2. O MOMENTO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tradicionalmente, o procedimento da recuperação judicial é dividido em três fases bem distintas: fase *postulatória*, que abrange o início do processo até a decisão judicial que defere seu processamento; fase *deliberativa*, destinada à discussão sobre o plano de recuperação judicial e que termina com a sentença que concede a recuperação judicial (ou decreta a falência da devedora), e fase *executiva*, na qual é realizada a fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.<sup>450</sup>

De plano, constata-se que não há qualquer impeditivo legal ao uso da mediação nessas três fases. Ao contrário: conforme já apontado (*supra*, capítulos 1.2.3 e 2.1.1), existe um dever de incentivo ao uso de mecanismos consensuais que não apenas se faz presente em todos os momentos do *iter* processual, como também em qualquer grau de jurisdição. E, se a mediação deve ser estimulada, é porque pode ser utilizada. Isso decorre também da diversidade possível do objeto dessa mediação (*infra*, capítulo 2.3): certas discussões só terão espaço com o avançar do processo de recuperação, ao passo que outras perderão sua pertinência se não forem tratadas de início.

---

<sup>449</sup> *Idem*, p. 421-424.

<sup>450</sup> Nesse sentido: VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 62; COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 378-385.

Para além disso, há outros dois momentos em que a mediação pode ser útil, não abarcados pela classificação ternária trazida acima.

- Por expressa previsão da LREF (art. 20-B, *caput*), mas também em boa lógica, é cabível a instauração de mediação de forma *antecedente* à recuperação judicial, ou mesmo pré-processual (independentemente de ser conduzida em CEJUSC ou extrajudicialmente). O objeto dela pode ser justamente a construção do consenso para *evitar* a superveniência de um pedido de recuperação judicial; pode ser a composição entre apenas alguns credores interessados, o que permitirá uma recuperação extrajudicial; pode mesmo redundar na novação de apenas alguns poucos débitos da devedora, mas suficientes para que se reorganize sem fazer uso de procedimentos regidos pela LREF.
- A fase executiva da recuperação judicial termina com a sentença de encerramento prevista no artigo 63 da LREF.<sup>451</sup> A prolação de tal sentença é sujeita a termo, pois, conforme o artigo 61 da mesma lei, são objeto da fiscalização dessa fase do processo as obrigações que vencerem até, no máximo, dois anos após a concessão da recuperação judicial. Não é raro, contudo, que a reorganização da devedora (e, por exemplo, o pagamento dos credores) passe pelo cumprimento de obrigações com prazos muito mais longos do que esse.<sup>452</sup>

Sobre a mediação antecedente, sem prejuízo de ela poder adiantar questões que seriam tratadas ao longo da recuperação judicial, é importante frisar as benesses, ainda que em caráter genérico, da solução consensual de conflitos. A mediação antecedente permite a pacificação de conflitos também no plano sociológico, longe da sensação de “perde-ganha” da disputa judicial; proporciona a participação das partes na construção da solução, donde decorre até mesmo uma maior chance de cumprimento voluntário das obrigações assumidas; evita os percalços da arena judicial, como os custos elevados e a morosidade.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> “Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará: I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo; II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; V - a comunicação ao Registro Público de Empresas e à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia para as providências cabíveis. Parágrafo único. O encerramento da recuperação judicial não dependerá da consolidação do quadro-geral de credores”.

<sup>452</sup> Na hipótese de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação judicial em data ulterior aos dois anos previstos pelo artigo 61 da LREF, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 da lei (art. 62 da LREF).

<sup>453</sup> “O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da

A mediação antecedente pode tratar de objetos diversos, inclusive fixando entendimentos havidos entre as partes sobre aspectos futuros como o próprio plano de recuperação judicial (*infra*, capítulo 2.3). Ela pode, também, evitar que certas disputas sejam levadas ao Poder Judiciário, ou mesmo (não seria exagero sonhar) resolver inteiramente a crise da empresa sem a necessidade de um envolvimento judicial.

Já para o caso da mediação ulterior ao encerramento da recuperação judicial, sua pertinência se justifica não só pelas obrigações frequentemente longas constantes de um plano de recuperação judicial, como também por aquele que é um dos objetivos da construção do consenso: a criação de uma relação de longo prazo entre as partes em disputa.

O pensamento a longo prazo é ferramenta útil à realização de um acordo porque, no mais das vezes, as partes em disputa manterão um relacionamento ao longo do cumprimento das obrigações do acordo. No âmbito da crise da empresa, essas relações são bastante claras: os fornecedores e clientes estratégicos da devedora manterão o relacionamento comercial, sob pena de a devedora sequer ter atividade econômica a conduzir; as instituições financeiras, fornecedoras de crédito, provavelmente continuarão a auxiliar as operações da devedora; ela também não pode abrir mão de seus empregados. Assim, é preciso garantir que as partes estejam satisfeitas com as obrigações do plano durante todo esse relacionamento duradouro, inclusive para mantê-lo e reforçá-lo.<sup>454</sup>

Nesse diapasão, a mediação ulterior à fase executiva da recuperação judicial ganha duas funções importantes para uma efetiva e definitiva preservação da empresa.

A primeira é a criação de uma arena de solução de disputas que podem surgir após o prazo de dois anos previsto pela LREF. Ter feito uso da mediação ao longo da recuperação judicial serve de exemplo aos sujeitos envolvidos que a mediação também pode ser usada depois, desde solucionar questões pontuais como um reequilíbrio econômico-financeiro de uma atualização monetária, até um eventual aditivo ao plano de recuperação judicial inicialmente aprovado. A

---

sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). E isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, bem como na resistência ao cumprimento da sentença. Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico, do qual a ‘lide’ é apenas a ponta do *iceberg*. Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar. O terceiro fundamento – talvez o mais discutível de todos – é o *funcional*, porque se afirma que a utilização desses instrumentos é capaz de desafogar o acúmulo de trabalho dos tribunais estatais” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21, p. 3, destaques do original).

<sup>454</sup> SHAPIRO, Daniel. Negotiating emotions. *Conflict resolution quarterly*, vol. 20, n. 1, p. 67-82, Sep. 2002.

presença do terceiro neutro (o mediador) colmata a lacuna deixada pelo Poder Judiciário ao encerrar a recuperação, e permite que o procedimento de renegociação e/ou solução de disputas pontuais seja conduzido de forma independente, imparcial e que conte com a confiança dos envolvidos.<sup>455</sup>

A segunda função benéfica, por mais contraintuitiva que seja, é a criação da base para um envolvimento continuado da arena de solução de conflitos – justamente uma das críticas feitas por OWEN FISS aos MASC.<sup>456</sup> Ainda que esse envolvimento continuado não seja judicial, existe uma arena que, como foi instaurada e conduzida de forma muito diversa que a de uma mediação “Caio contra Tício”, permite a constante modificação dos termos avençados e o reequilíbrio do poder. A mediação também não sofre dos receios de ingressar novamente no Poder Judiciário para requerer a execução específica de alguma obrigação, pois é mais barata, mais rápida e, muitas vezes, mais eficiente. Em casos concretos verdadeiramente “grandes”, não seria exagero cogitar a mediação em caráter permanente, enquanto perdurarem as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial: em paralelo com o que se faz em câmaras de indenização ou em outras formas de DSD,<sup>457</sup> aqui a mediação se apresentaria como um fórum sempre aberto aos sujeitos envolvidos.

Independentemente de quando for instaurada a mediação, contudo, é certo que ela não pode se sobrepor aos prazos legais estabelecidos pela LREF, sob pena de prolongar uma espécie de processo judicial cuja morosidade é um reconhecido objeto de atenção.<sup>458</sup>

O fenômeno da passagem do tempo e suas influências sobre o direito e, mais especificamente, sobre o direito processual, não é tema recente na doutrina brasileira ou estrangeira.<sup>459</sup> Não sem motivo, a positivação em diversos ordenamentos jurídicos do princípio da duração razoável do processo vem se intensificando<sup>460</sup> e tornando cada vez mais correta a impressão de CARNELUTTI, para quem “[n]on sarebbe azzardato paragonare il tempo a um

---

<sup>455</sup> SUSSKIND, Lawrence; FIELD, Patrick. *Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes*. New York: The Free Press, 1996, p. 95-107.

<sup>456</sup> FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-146, p. 134-139.

<sup>457</sup> Ver: FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 166-168.

<sup>458</sup> WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência: relatório*. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019, passim.

<sup>459</sup> Exemplarmente: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

<sup>460</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre: Lex Magister, vol. 44, p. 89-104, set./out. 2011.

*nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa*”.<sup>461</sup> Suas influências são específicas e variam de acordo com o tipo de conflito deduzido em juízo, como ocorre com as demandas societárias.<sup>462</sup>

No âmbito da recuperação judicial, seria difícilimo tratar de tempo e processo sem falar do *stay period*, período de 180 (cento e oitenta) dias durante os quais se suspendem as ações contra a devedora, a teor do que dispõe o art. 6º da LREF:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

[...]

§ 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.

O § 4º acima transcrito conta com redação dada pela reforma da LREF em 2020. Na versão anterior da lei, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias era improrrogável, mas a prática demonstrava grandes dificuldades em resolver as disputas na crise da empresa nesse interregno. Jurisprudencialmente, permitia-se a prorrogação do prazo ainda que *contra legem*. No Estado de São Paulo, entre janeiro de 2010 a julho de 2017, verificou-se a prorrogação do *stay period* em 34,8% (trinta e quatro vírgula oito por cento) dos casos.<sup>463</sup>

A intenção do *stay period* é garantir que a devedora “terá um período de tranquilidade no qual buscará recompor sua atividade e recuperar sua empresa”.<sup>464</sup> A atual redação da LREF permite sua prorrogação excepcional por uma única vez, medida que (i) combate o risco de sucessivas prorrogações antes existente, mas (ii) retira a proteção advinda dessa suspensão dos casos em que as deliberações façam o processo se alongar por mais do que 360 (trezentos e

---

<sup>461</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 354.

<sup>462</sup> Sobre a importância de um processo célere para as demandas societárias: SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, passim.

<sup>463</sup> WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência: relatório*. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019, p. 52.

<sup>464</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

sessenta dias). A postura do legislador, ao expressamente limitar a prorrogação a uma única vez, impede inclusive a prorrogação convencional ou por determinação judicial prevista no art. 20-A da LREF.

Assim, como a mediação não tem o condão de prorrogar o *stay period* para além dos limites fixados no art. 6º, § 4º da LREF, mas um número considerável de recuperações judiciais ultrapassa a regra geral dos 180 (cento e oitenta) dias de suspensão, seria um contrassenso admitir que a instauração da mediação automaticamente obstasse a fluência de outros prazos da LREF, como os 60 (sessenta) dias para apresentação do plano de recuperação, contados da decisão que deferir seu processamento (art. 53 da LREF) (ver também *supra*, capítulo 1.2.3, comentários ao artigo 20-B). Este último prazo é, sim, prorrogável por convenção das partes e que pode surgir de uma sessão de mediação, mas tal hipotética prorrogação – como qualquer outra decisão que os sujeitos tomem na recuperação judicial – deve ser uma decisão informada, atenta aos prazos cogentes e que podem impactar o sucesso das tentativas de reorganização da empresa.<sup>465</sup>

### 2.3. OBJETO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O *objetivo* da mediação antecedente ou incidental a uma recuperação judicial já foi exposto: proporcionar a construção do consenso, a fim de que, quando o plano de recuperação judicial vier a ser votado pela AGC, sua aprovação se dê por maioria esmagadora, uma vez que contemplará satisfatoriamente todos os interesses em jogo no multifacetado conflito que é a crise da empresa. Questão diferente é o *objeto* da mediação, isto é, a questão que poderá ser discutida e resolvida de forma consensual no bojo das sessões de mediação. Sobre este ponto, duas premissas devem ser tomadas.

A uma, a definição do objeto possível da mediação não impacta nos assuntos que as partes possam eventualmente trazer à mesa. A finalidade da mediação é justamente restabelecer a comunicação entre as partes e, ainda que se trace limites objetivos ao que se pode transacionar, não há limites a sobre o que se pode conversar.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> “Desde então, realizamos diversas sessões privadas e conjuntas, que, sem a suspensão de qualquer prazo, permitiram ao devedor esclarecer dúvidas dos credores, inclusive daqueles com créditos não sujeitos à recuperação judicial, que facilitaram as suas negociações e já resultaram em modificações no plano antes mesmo da Assembleia Geral de Credores” (ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. *A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381, p. 370).

<sup>466</sup> “Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente

A duas, a mediação destinada à construção do consenso tem uma orientação *problem-solving*, razão pela qual é de se esperar que seu resultado exitoso seja, efetivamente, a obtenção de um acordo – diferentemente de outras abordagens possíveis desse meio consensual de solução de conflitos.<sup>467</sup> Como existe esse objetivo bem definido de realizar um acordo entre as partes, o objeto do acordo deverá observar as limitações legais:

- O artigo 3º da Lei de Mediação dispõe que pode ser objeto da mediação o “conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Direitos indisponíveis não transacionáveis, por exclusão, não podem ser objeto do acordo produzido nesse âmbito. A questão da disponibilidade de um direito é tema controverso na doutrina e na atividade legislativa,<sup>468</sup> mas é possível associá-lo com a possibilidade de não o exercer, de renunciar a ele, de ser suscetível de apreciação econômica, de ser transacionável etc.<sup>469</sup> Na esfera da recuperação judicial, em grande maioria os interesses são claramente disponíveis – por excelência, os direitos econômicos-creditícios dos credores – e não representam desafios sob o ponto de vista da abrangência da mediação. Aspectos envolvendo os direitos trabalhistas já foram estudados e,<sup>470</sup> da mesma forma, até a Administração Pública tem adotado

---

encontrar saídas para o impasse. Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos, caso este seja o eu desejo, acordos duráveis. Para tanto, o grande trunfo da mediação é restaurar o diálogo e propiciar o alcance da pacificação duradoura” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 240).

<sup>467</sup> Ver, por exemplo, a mediação transformativa de BUSH e FOLGER (Bush, Robert; Folger, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004). Sobre ela: “principal característica desse método é ocupar-se mais dos conflitantes, colocando a resolução do conflito como fator consequente e não determinante da atuação do mediador. Dessa forma, a solução do conflito passa a ser vista como possibilidade e não como finalidade da intervenção” (SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 137).

<sup>468</sup> “Inicialmente, observa-se claramente uma dificuldade conceitual em todas as iniciativas legislativas: definir o alcance objetivo do acordo. Diante da imprecisão do texto legal, remanescem as indagações: como definir, exatamente, o que seja um direito disponível? Como distingui-lo de um direito indisponível? Seriam esses conceitos estáticos ou dinâmicos, ou seja, um direito rotulado como disponível sempre se comportaria dessa forma? Ou talvez um mesmo direito pudesse assumir, simultaneamente uma e outra característica, dependendo do referencial?” (PINHO, Humberto Dall Bernardina de. *Comentários ao artigo 3º*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 20-29, p. 22).

<sup>469</sup> Ver, exemplarmente: PINHO, Humberto Dall Bernardina de. *Comentários ao artigo 3º*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 20-29; TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 38-44; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 288-292.

<sup>470</sup> Tratando sobre arbitragem, que também possui o requisito da disponibilidade, ver: “De um lado, vale notar que nem todos os direitos de natureza trabalhista são indisponíveis – fosse assim, tornar-se-iam letra morta todas as previsões legais de negociação coletiva e instrumentos afins. O crédito trabalhista, nascido após o término da relação de emprego, certamente não é indisponível como o direito a condições dignas de trabalho, e pode ser objeto de transação nas comissões de conciliação prévia ou nas audiências individuais no curso da ação trabalhista. Da mesma forma, a arbitralidade de direitos decorrentes da relação de emprego não ofende a proteção do

paulatinamente meios consensuais e extrajudiciais para a solução de conflitos, como na área tributária.<sup>471</sup>

- O § 2º do artigo 20-B da LREF veda a mediação sobre “a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores”. Sua razão de ser, fundada na primazia do *par conditio creditorum*, foi analisada acima (*supra*, capítulo 1.2.3, comentários ao artigo 20-B). Nada obstante, dentro do escopo da mediação aqui trabalhado – proporcionar a construção do consenso para que os interesses em jogo sejam satisfatoriamente contemplados na AGC – prescinde de qualquer alteração na classificação dos créditos ou no critério majoritário das votações.

Sendo um MASC que conta com partes capazes e versa sobre direitos transacionáveis, a mediação antecedente um incidental a recuperações judiciais não deve encontrar outros limites a seu objeto além dos citados acima. O que a lei não proíbe é permitido. Apesar disso, importa tratar de algumas hipóteses específicas, relacionadas ao procedimento da recuperação judicial e previstas pela Rec. CNJ nº 58/2019 em seu art. 2º como objetos possíveis da mediação.<sup>472</sup>

---

trabalhador (nas suas três vertentes: irrenunciabilidade, indisponibilidade e igualdade) porque ‘tais princípios se aplicam ao direito material individual e não ao direito processual (ou instrumental) do trabalho, no qual devem prevalecer a imparcialidade e os poderes assistenciais do magistrado’” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. *Revista de Arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, vol. 61, p. 141-164, abr./jun. 2019, p. 151-152).

<sup>471</sup> “Acreditamos haver demonstrado, ao longo do presente artigo, em resumo, que (a) a utilização da arbitragem não viola o princípio da inafastabilidade do controle de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário, consoante já decidiu o Plenário da Corte Suprema; (b) é possível um ente público submeter-se ao juízo arbitral (arbitrabilidade subjetiva), desde que o faça no que toca aos direitos patrimoniais disponíveis, isto é, quanto aos interesses públicos secundários; (c) no que toca ao direito tributário, por não envolver diretamente os interesses públicos primários, mas os secundários, a submissão da decisão de mérito ao juízo arbitral seria plenamente possível, não constituindo, outrossim, renúncia de receita para o ente tributante; (d) a utilização da arbitragem para solução de controvérsias em matéria tributária preconiza o princípio da eficiência, estampado no art. 37 da CF/1988, possibilitando-se que sejam evitados contenciosos generalizados e massivos, desafogando a estrutura judicial atual, conferindo celeridade à resolução dos conflitos (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988), fornecendo maior tecnicidade às decisões proferidas e, por vezes, inclusive diminuindo custos” (MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 23, p. 60-88, out./dez. 2009).

<sup>472</sup> “Art. 2º A mediação pode ser implementada nas seguintes hipóteses, entre outras: I – nos incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia, otimizando o trabalho do Poder Judiciário e conferindo celeridade à elaboração do Quadro Geral de Credores; II – para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia; III – para solucionar disputas entre os sócios/acionistas do devedor; IV – em casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e V – nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei no 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais”. O *caput* do artigo 2º deixa claro que o rol de seus incisos tem caráter meramente exemplificativo.

### 2.3.1. Incidentes de verificação de crédito

Os incidentes de verificação de crédito (habilitação e impugnação) são importantes para se alcançar a versão definitiva do QGC e, com isso, identificar os indivíduos que precisarão se submeter ao concurso de credores.<sup>473</sup>

A partir da lista de credores trazida pela devedora em sua petição inicial, aqueles que lá não constarem, ou que divergirem dos valores de seus créditos, podem pleitear as correções necessárias. Em regra, a primeira oportunidade de se fazer isso é extrajudicialmente, apresentado o pedido de verificação do crédito diretamente ao administrador judicial (art. 7º da LREF). O administrador judicial consolida uma nova lista e a submete à apreciação do juízo que, na ausência de impugnações, homologa-a; se permanecer ainda alguma inconsistência, pode o credor prejudicado apresentar impugnação nos termos do artigo 8º da LREF.

Para o escopo pertinente a este trabalho, é importante notar que o QGC, além de identificar os indivíduos sujeitos ao concurso de credores, indica os indivíduos que terão poder de voto na AGC. Um QGC falho, que não contemple corretamente os credores e os valores de seus respectivos créditos, cria mais um déficit de participação na recuperação judicial, para além daqueles já mencionados (*supra*, capítulo 1.3.3).

A mediação, portanto, pode ter espaço para otimizar a fase, administrativa ou judicial, de verificação dos créditos, a fim de proporcionar maior certeza e segurança de que os credores estão representados corretamente na AGC e nas votações que vierem a ser feitas. Dentro desse escopo, há grande margem para uma flexibilização procedimental, seja com a resolução de pontos controvertidos em sessões de mediação (a serem ulteriormente levados para apreciação judicial), seja com a celebração de negócios jurídicos processuais pelo art. 190 do CPC.<sup>474</sup>

---

<sup>473</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 243.

<sup>474</sup> “Nessa seara, é interessante a análise de um exemplo prático, que foi o ocorrido na recuperação judicial da Editora Três, ajuizada em 24/04/2020. Pouco tempo após ser nomeado (01/06/2020), o administrador judicial da Editora Três sugeriu a celebração de um negócio jurídico processual ou, mais precisamente, em convenções processuais *faseadas*, para encaminhar o processo a partir de cada fase já destrinchada acima da recuperação judicial. A grande iniciativa do administrador judicial consistiu na fase dos procedimentos de verificação de crédito (habilitações e impugnações), previstos no artigo 8º da LRF. Pretendeu-se *extrajudicializar* essa fase, para que os credores, ao invés de se manifestarem via incidente processual, discutissem seu crédito com o próprio administrador em sede administrativa (via *e-mail*). Permaneceu aberta a possibilidade de impugnar a decisão ulterior do administrador judicial perante o Poder Judiciário, mas, caso o credor com ela anuísse, o valor constaria da lista definitiva de credores, tal como se habilitação ou impugnação administrativa fosse” (VASCONCELOS, Ronaldo. *O administrador judicial e os negócios jurídicos processuais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 343-373, p. 367, destaques do original).

### 2.3.2. Negociação do plano de recuperação

O plano de recuperação judicial, sem qualquer exagero, pode ser considerado a “alma” do processo concursal.<sup>475</sup> A deliberação em AGC a respeito dele define o futuro do processo: se a reorganização da empresa ou a convalidação em falência.<sup>476</sup> A importância da mediação neste caso se explica não apenas por este capítulo, mas por todos os déficits de representação constatados na AGC e a necessidade de se construir o consenso para alcançar uma solução negociada e aprovada por maioria esmagadora dos interessados.

### 2.3.3. Consolidação substancial

A consolidação processual se refere ao pedido de recuperação judicial feito por duas ou mais empresas que, alegadamente, formam um único grupo econômico com relação mútua de interdependência. Em boa técnica processual, trata-se de uma hipótese de litisconsórcio ativo da recuperação judicial, medida não vedada pela LREF e, portanto, passível de ser utilizada mediante aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

Fenômeno mais excepcional e que não se confunde com o anterior é a consolidação substancial, que ocorre quando se utiliza todo o patrimônio das empresas pertencentes ao grupo econômico para satisfazer todos os créditos contra esse grupo econômico: cria-se um balaio só, com um QGC, um plano etc. A ausência de regulamentação legal sobre tal instituto na LREF (antes da reforma de 2020) levava a uma pernicioso transformação tácita da consolidação processual em substancial, com AGCs ocorrendo como se fossem uma única massa de credores, e juízes conduzindo os processos como se só houvesse uma empresa em crise naqueles autos.<sup>477</sup>

A Lei nº 14.112/2020 reformou a LREF para passar a prever, a partir do artigo 69-G, a consolidação processual e a consolidação substancial, solucionando entraves interpretativos e conferindo maior segurança aos envolvidos.<sup>478</sup>

---

<sup>475</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p., p. 20; MELO, Cinira Gomes Lima. *Plano de recuperação judicial*. São Paulo: Almedina, 2019.

<sup>476</sup> As conclusões deste trabalho, sem maiores ressalvas, também se aplicam à hipótese de plano alternativo de recuperação judicial proposto pelos credores, situação prevista no art. 56, § 6º da LREF.

<sup>477</sup> CERZETTI, Sheila Neder; SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. *Revista do advogado*, São Paulo: AASP, vol. 36, n. 131, p. 216-233, out. 2016.

<sup>478</sup> “Como se pode observar, antes da reforma da Lei 11.101/2005 (pela Lei 14.112/2020), era complexa a tarefa de propor recuperação judicial em litisconsórcio ativo, em decorrência da ausência de regramento sobre a consolidação substancial na Lei 1.101/2005, permitindo interpretações equivocadas e subjetivas sobre o tema, com

Entre a mera consolidação processual (um litisconsórcio ativo entre várias empresas que, embora pertencentes ao mesmo grupo econômico, têm ativos e passivos distintos, e poderão ter sortes distintas na recuperação judicial) e uma consolidação substancial que realmente reúna todas as devedoras e todos os credores em uma única recuperação judicial há soluções intermediárias, seja pela aplicação do artigo 69-J da LREF,<sup>479</sup> seja por uma solução convencional das partes – via sessões de mediação.

#### 2.3.4. Disputas entre sócios e acionistas da devedora

Como visto, os interesses da empresa devedora não se confundem com a soma dos interesses de seus sócios e acionistas – na LREF, o artigo 47 consagra o institucionalismo como paradigma da noção de interesse social, donde decorre que a recuperação judicial da empresa não é necessariamente a recuperação judicial do empresário.

Paralelamente a isso, em uma empresa em crise, é razoável pressupor a existência – ou o risco de que venham a existir – de conflitos societários entre os sócios, motivados pela situação de crise (para a qual o controlador pode ter contribuído, por exemplo) ou por qualquer outra razão. A Rec. CNJ nº 58/2019 prevê o uso da mediação para resolver tais disputas e permitir, dentre outras consequências positivas, que o devedor se mantenha na condução da empresa sem ter que enfrentar, também, esses conflitos internos.

A mediação empresarial, em muitas vezes, se revela mais adequada do que outros meios de solução de conflitos em razão da preocupação com a manutenção de relacionamentos entre as partes de um contrato plurilateral,<sup>480</sup> como também por uma maior capacidade de adaptação às peculiaridades do direito material – notadamente, o dinamismo das relações societárias.<sup>481</sup> É

---

inúmeros recursos de credores para tentar configurar a consolidação substancial como facultativa e levar o assunto à votação em Assembleia Geral de Credores, em uma busca incessante por desqualificar qualquer decisão judicial que viesse a determinar consolidação substancial obrigatória” (BISSOLATTI, Kleber de Nicola; ANTONACCI, Monique Helen. *A consolidação substancial: antes e após a reforma da lei 11.101/2005*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 829-855, p. 845).

<sup>479</sup> “Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses: I - existência de garantias cruzadas; II - relação de controle ou de dependência; III - identidade total ou parcial do quadro societário; e IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes”. Perceba-se que o artigo prevê que o juiz *poderá*, e não que *deverá* autorizar a consolidação substancial.

<sup>480</sup> ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 272-332.

<sup>481</sup> SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

preciso garantir uma tutela adequada à realidade controvertida e, principalmente no decorrer de uma recuperação judicial, os conflitos societários podem não ter o tempo ou os recursos financeiros suficientes para obter uma decisão judicial adjudicada.<sup>482</sup>

### 2.3.5. Participação de órgãos reguladores

Tema de interesse recente na doutrina tem sido a recuperação judicial de concessionárias de serviço público, notadamente pela imbricação de temas do direito das empresas em crise, como a preservação da empresa, e outros relacionados ao direito administrativo, como a continuidade do serviço público.<sup>483</sup> Sobre a possibilidade de as concessionárias pedirem recuperação judicial não se discute, pois a própria realidade conta com diversos e inexoráveis exemplos: a empresa de telefonia Oi, a concessionária do aeroporto de Viracopos em Campinas/SP e a Rodovias do Tietê, entre outras.

A Rec. CNJ nº 58/2019, na linha do que também prevê o art. 20-B, II da LREF, sugere a mediação com os órgãos ou entes reguladores para pactuar acerca de sua participação no processo. Em acepção ampla, a participação a que o dispositivo alude pode ser justamente aquela pretendida pela mediação antecedente ou incidental às recuperações judiciais: contemplar os interesses em jogo e garantir que eles sejam satisfatoriamente atendidos nas decisões a serem tomadas sobre o futuro da empresa em crise.

O interesse de um órgão regulador na recuperação judicial é, em grande monta, o interesse público ali presente, algo que já se reconheceu fazer parte do caráter institucionalista da empresa. Afinal, a própria regulação resulta da “necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade”.<sup>484</sup> Dessa forma, a mediação destinada a proporcionar uma participação

---

<sup>482</sup> “A tutela adequada ao direito material deverá se adequar, nessa seara, a princípios como a autonomia processual, a presunção de igualdade real entre as partes, a intervenção mínima nos assuntos da sociedade e a atenção às externalidades que permeiam o conflito societário. Verificou-se, nesse contexto, que a via judicial não pode ser tida como a mais adequada para a solução dessa espécie de conflitos. Isso porque (i) os comandos de urgência presentes em praticamente todas as demandas societárias não são dotados, em regra, de estabilidade, e (ii) o transcurso do tempo necessário à expedição de uma decisão de cognição exauriente é absolutamente incompatível com a dinâmica das relações empresariais. A opção por técnicas autocompositivas se apresentou, nesse contexto, como aquela que mais se mostrou adequada a restabelecer, com celeridade e eficiência, o ambiente necessário à consecução dos fins que ensejaram a constituição da sociedade” (LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 159).

<sup>483</sup> Ver, amplamente: SILVA, Bruna Marchese e; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Análise dos princípios aplicáveis à recuperação judicial das empresas concessionárias de serviço público. *Revista brasileira de direito empresarial*, Florianópolis, vol. 7, n. 2, p. 58-73, jul./dez. 2021.

<sup>484</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38, p. 18.

adequada aos órgãos reguladores na recuperação judicial de uma devedora regulada se confunde com a mediação que pretende a adequada representação de todos os interesses envolvidos na realidade controvertida. Para além da mera participação nas deliberações, as características desse interessado – que tem, precipuamente, a função de regular a atividade econômica da devedora – ensejam uma atenção maior com a transparência das informações, bem como exigem sua oitiva prévia nos casos de potencial impacto no interesse público.

### 2.3.6. Credores não sujeitos à recuperação

Os titulares de créditos extraconcursais (contraídos após o deferimento do processamento da recuperação judicial), bem como proprietários fiduciários, o fisco e outros, não se submetem ao concurso de credores, donde decorrem consequências positivas (como a não suspensão de suas tentativas de cobrança do crédito pelo *stay period*) e negativas (não participar da AGC que, ao fim e ao cabo, tem o poder de decidir sobre o futuro da empresa).

Os créditos não sujeitos à recuperação judicial tampouco se sujeitam aos efeitos do plano de recuperação (art. 49, §§ 3º e 4º da LREF).<sup>485</sup> Entretanto, há de se convir que ele se submete às consequências de uma eventual falência da devedora: nas hipóteses de reprovação do plano ou de seu ulterior descumprimento, com a convolação em falência, surge uma “execução concursal cujo escopo é o de lograr a melhor liquidação possível para os créditos de todos os credores do devedor empresário”.<sup>486</sup> É interesse dos credores não sujeitos à recuperação judicial a aprovação de um plano exequível, e plano exequível é aquele que contempla de forma adequada todos os interesses em jogo na crise da empresa.

Dessa forma, certo é que os credores teriam pouco espaço para discutir formas de pagamento no plano de recuperação, mesmo porque não se sujeitam a ele. Apesar disso, eles têm interesse em contribuir com o sucesso dessas deliberações, e sessões de mediação são uma

---

<sup>485</sup> “Art. 49. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei”. O art. 86, inciso II, por sua vez, faz menção à “importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente”.

<sup>486</sup> VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 66.

arena propícia para tanto: mediante, por exemplo, técnicas de *brainstorming* ou assunção de compromissos pelos envolvidos que permitam uma solução consensual.

## 2.4. CUSTOS DA MEDIAÇÃO

Embora não seja um mecanismo tão caro quanto a arbitragem, a mediação representa a assunção de custos que, em uma recuperação judicial, não são obrigatórios. Justificar uma despesa, possivelmente suportada pela devedora, na casa das dezenas de milhares de reais, pode se revelar uma tarefa difícil no contexto de crise da empresa. Mediação, conquanto seja um mecanismo consensual, pautado na autonomia da vontade das partes, na manutenção e criação de relacionamentos duradouros, tem um custo.<sup>487</sup>

Apesar desse obstáculo, a mediação antecedente ou incidental à recuperação judicial tem benefícios outros que não a mera economia no decorrer do procedimento. Ela objetiva aumentar a *qualidade* da recuperação judicial, mediante o auxílio na elaboração de um plano de recuperação mais consentâneo com todos os interesses envolvidos.<sup>488</sup> Para tanto, a escolha por seu uso no caso concreto depende de uma análise de prós e contras, pautada na eficiência – e não na mera economicidade – do processo. Em oportunidade anterior, embora tratando sobre as relações entre recuperação judicial e arbitragem, mas com conclusões inteiramente aplicáveis no presente contexto:

Os processos de recuperação judicial e de falência possuem objetivos muito específicos, entre os quais desponta a luta para satisfazer os credores da empresa recuperanda ou da massa falida. Dessa forma, e em uma abordagem preliminar, certamente causaria espécie propor que a devedora utilizasse parte de seus ativos para assumir as (elevadas) custas e despesas de um procedimento arbitral. Mas o que se defende aqui é que é necessário *relativizar a crise da empresa* e defender que a assunção de gastos por ela deve passar por uma *análise de eficiência econômica* que, quiçá, comprovará a geração de valores em longo prazo, a atenuação de outros gastos ou outras tantas benesses.

Isto posto, uma análise econômica do processo concursal levará à conclusão de que a arbitragem, mesmo que parte de suas custas sejam suportadas pela devedora, poderá se revelar útil aos fins do processo, desde que represente a diminuição dos custos de transação se comparada à via judicial. Apesar de não ser intuitivo, a conclusão em curtas palavras é: a assunção dos gastos de um processo arbitral pode, ao final, *facilitar* a satisfação das pretensões dos credores, ao invés de dificultá-las – sem

---

<sup>487</sup> Tratando da arbitragem, NAPOLEÃO CASADO FILHO faz uma bem-humorada analogia com uma frase de Sir James Matthew (“*In England justice is open to all, like the Ritz hotel*”), juiz irlandês da era vitoriana: “A arbitragem é aberta a todos, assim como o Hotel Ritz” (*Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21). A frase volta e meia é lembrada na doutrina estrangeira, sempre inserida no tema dos altos custos como impedimentos ao efetivo acesso à Justiça. Ver, exemplarmente: HAYES, Maurice. Access to Justice. *Studies: An Irish Quarterly Review*, Ireland, vol. 99, n. 393, p. 29-42, 2010.

<sup>488</sup> GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

embargo do atendimento a outros valores igualmente caros, como a manutenção das unidades produtivas e a função social da empresa.<sup>489</sup>

#### 2.4.1. Parâmetros não cogentes de fixação da remuneração

No âmbito da mediação judicial, o artigo 13 da Lei nº 13.140/2015 prevê que a “remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes”. Trata-se de norma complementar à do artigo 169 do CPC, segundo o qual “o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”.

A parametrização dessa remuneração consta da Res. CNJ nº 271, de 11 de dezembro de 2018. Segundo seu artigo 2º, § 1º, há cinco patamares de remuneração: voluntário, básico, intermediário, avançado e extraordinário. Quando possível, o CNJ tenta direcionar a atuação sem remuneração (não onerosa) às causas em que foi deferida a gratuidade judiciária: assim, por exemplo, devem ser 20% (vinte por cento) dos casos encaminhados pelo Poder Judiciário às câmaras privadas de conciliação e mediação cadastradas junto aos tribunais nos termos do art. 12-D da Res. CNJ nº 125/2010 (art. 2º, § 7º da Res. CNJ. Nº 271/2018), e 10% (dez por cento) dos casos dos mediadores e conciliadores das outras quatro categorias (à exceção da voluntária) cadastrados no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores do CNJ ou em cadastros próprios dos tribunais.

A Tabela de Remuneração prevista na resolução dispõe o seguinte: i) Patamar Básico, Nível de Remuneração 1: de R\$ 60,00 a R\$ 700,00 a hora trabalhada de acordo com o valor da causa; ii) Patamar Intermediário, Nível de Remuneração 2: de R\$ 180,00 a R\$ 1.000,00 a hora trabalhada de acordo com o valor da causa; iii) Patamar Avançado, Nível de Remuneração 3: de R\$ 350,00 a R\$ 1.250,00 a hora trabalhada de acordo com o valor da causa; iv) Patamar Extraordinário: valor da hora negociado diretamente com o mediador, independentemente do valor da causa. Tais valores serão reajustados a cada início de ano judiciário, considerando a inflação do ano anterior, pelo IPCA/IGBE (art. 8º da Resolução).<sup>490</sup>

Os tribunais locais podem alterar os valores fixados pela tabela do CNJ de acordo com a realidade de cada um, ou podem – como foi o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Resolução nº 809/2019 de seu Órgão Especial – adotar os seus parâmetros.

---

<sup>489</sup> VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. *Revista brasileira de arbitragem*, Curitiba: CBAr, vol. 61, ano XVI, p. 36-61, jan./mar. 2019, p. 42-43, destaques do original.

<sup>490</sup> MARCATO, Ana Cândida Menezes. *Comentários ao artigo 13*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 71-74, p. 72.

Essas regras, entretanto, se destinam aos conciliadores e mediadores judiciais, que atuam nos CEJUSC, no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) ou em outras instâncias vinculadas aos tribunais estatais. Nas mediações antecedentes ou incidentais a processos de recuperação judicial, a atuação “tradicional” da mediação judicial tem se demonstrado pouco adequada à consecução dos objetivos de construção do consenso. Ademais, na prática, constata-se que a indicação dos mediadores vem sendo feita independentemente de pertencimento a CEJUSC ou a qualquer outro quadro mantido por tribunal ou por CNJ.<sup>491</sup>

Embora não se negue a importância dos CEJUSC e de toda a política pública de solução consensual de conflitos promovida pela Res. CNJ nº 125/2010, a formação do conciliador ou mediador judicial é destinada à atuação em causas menos complexas do que a ora trabalhada: no mais das vezes, na sessão de conciliação obrigatória do art. 334 do CPC.<sup>492</sup> O mediador da recuperação judicial pode até também ser cadastrado em algum tribunal, mas ele provavelmente será indicado para atuar no processo concursal como se extrajudicial fosse.

Em razão disso, os parâmetros de remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais não devem ser aplicados aos mediadores que atuem de forma antecedente ou incidental a processos de recuperação judicial (ressalvada a hipótese residual de mediação que efetivamente ocorra em algum CEJUSC, ou cenário semelhante). No máximo, eles podem servir como baliza para a fixação da remuneração, seja ela consensual ou *ope judicis*.

Na mediação institucional das câmaras extrajudiciais, é frequente, por exemplo, a fixação da remuneração (*i*) por hora trabalhada e (*ii*) variando conforme aumente o valor em disputa:

---

<sup>491</sup> “Como já mencionado, ao menos em São Paulo, os mediadores têm sido nomeados pelos juízes, com base em sua reconhecida capacitação para a função e experiência na matéria, sem prejuízo de estarem cadastrados junto ao portal dos auxiliares da justiça do tribunal e, por óbvio, disporem dos meios para a realização de tais sessões. Daí, inclusive conforme artigo 3º, § 2º, da Recomendação CNJ nº 58, de 22 de outubro de 2019, a competência do mediador, a sua experiência em processos de insolvência e em negociações complexas multipartes, bem como a confiança do juízo no seu trabalho realmente parecem-nos mais relevantes para o sucesso da inovação trazida pela Reforma – ainda mais para a sua consolidação e o seu desenvolvimento na nossa praxe forense – do que o seu simples pertencimento ao CEJUSC do tribunal ou a uma câmara especializada, até porque é preciso considerar e respeitar as realidades de diferentes processos e locais do Brasil” (ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. *A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381, p. 378).

<sup>492</sup> Nesse sentido: LAGRASTA, Valeria Ferioli. *CEJUSC Empresarial ou adequada formação de conciliadores e mediadores?* In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 23-38, p. 35-36.

**Figura 3** – Tabela de honorários do mediador – CAMARB

TABELA DE HONORÁRIOS DO MEDIADOR* (R\$)		
Valor estimado do conflito		Honorários do Mediador (por hora)
De 0	até 200.000	300,00
De 200.001	até 1.000.000	450,00
De 1.000.001	até 10.000.000	650,00
De 10.000.001	até 50.000.000	800,00
De 50.000.001	até 100.000.000	950,00
De 100.000.001	–	1.100,00

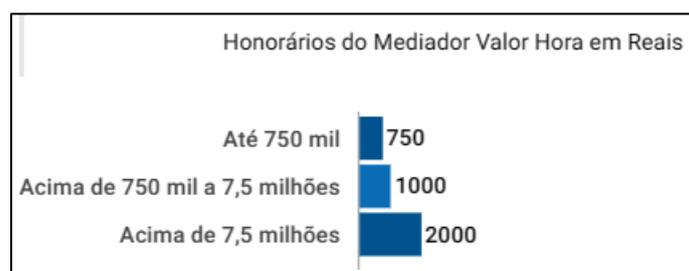
Fonte: <<https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2020/05/anexo-02.pdf>>, acesso em 01 maio 2023.

**Figura 4** – Tabela de honorários do mediador – AMCHAM

Descrição	Associado AMCHAM	Não Associado AMCHAM
Taxa de Registro	R\$ 2.200,00	R\$ 2.750,00
Mensalidade	R\$ 1.400,00	R\$ 1.800,00
Honorários do(a) mediador(a) hora valor bruto	R\$ 500,00	R\$ 500,00
Despesas extras	Rateadas em 50% entre as Partes	Rateadas em 50% entre as Partes

Fonte: <<https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2023/mediacao-tabela-custas-2022.pdf>>, acesso em 01 maio 2023.

**Figura 5** – Tabela de honorários do mediador – CAM-CCBC



Fonte: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/mediacao/tabela-despesa-calculadora/>>, acesso em 01 maio 2023.

Tampouco essa alternativa, todavia, é facilmente aplicável aos casos de recuperação judicial. A mediação antecedente ou incidental ao processo concursal pode até correr e ser administrada por uma câmara especializada, mas não há regra nesse sentido. Ademais, na prática, a nomeação do mediador se dá no processo de recuperação judicial ao indicar o nome do próprio mediador (ainda que ele possa contar com uma equipe especializada, ou mesmo trazer outros colegas consigo): ainda que ele conste (como frequentemente consta) das listas de câmaras de mediação especializadas, não há relação entre a atividade que ele desenvolverá pontualmente naquela recuperação judicial e o vínculo que ele, também ocasionalmente, possui com a instituição quanto lá atua como mediador.

De toda sorte, mesmo a “regra” de fixação da remuneração por hora trabalhada e do valor da hora a partir do valor da causa pode ser excepcionada no caso concreto, seja pela vontade das partes, seja pela atuação judicial, seja pela prática reiterada em situações semelhantes. E, por situações semelhantes, quer-se dizer a fixação de remuneração do administrador judicial, hipótese com a qual o juiz da recuperação judicial tem muito mais familiaridade. Assim, por exemplo, os critérios de fixação da remuneração do administrador judicial previstos no art. 24 da LREF (c/c art. 160 do CPC) podem ser utilizados também para definir os valores devidos aos mediadores.<sup>493</sup> Da mesma forma, o que for avençado entre o mediador e a devedora (e/ou outros mediados) pode ser objeto de homologação judicial, em analogia ao art. 24 da LREF e com ampla flexibilidade, como com a fixação de honorários provisórios ou o atrelamento do pagamento à venda de algum bem a ser prevista no plano de recuperação.<sup>494</sup>

A bem da verdade, há muitas alternativas e poucos limites à fixação da remuneração dos mediadores em recuperações judiciais. Existem, entretanto, alguns parâmetros que, conquanto não sejam de aplicação cogente, funcionam como uma diretriz razoavelmente boa do que se espera da remuneração de um terceiro, que, nesse caso, atua como uma espécie de auxiliar do juízo (ainda que a mediação corra de forma bastante independente do que acontece no *iter* da recuperação judicial), em um processo multitudinário cujo início decorreu de uma situação de crise econômico-financeira.

---

<sup>493</sup> “Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes”.

<sup>494</sup> Ver, amplamente: SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. *A remuneração do administrador judicial*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 573-598.

#### 2.4.2. Rec. CNJ nº 58/2019 e a voluntariedade das partes

Para além dos parâmetros de aplicação não cogente tratados acima, uma primeira alternativa a se pensar para disciplinar a divisão dos custos da mediação em recuperações judiciais é a que consta no artigo 3º, § 8º da Rec. CNJ nº 58/2019 (“Nas mediações plurilaterais, os honorários do mediador deverão ser custeados pelo devedor e, nas mediações bilaterais, deverão ser repartidos entre as partes, salvo, em qualquer caso, se as partes pactuarem de forma diversa”). Em qualquer caso, a Recomendação faz a ressalva de que as partes (e, aqui, entenda-se as partes da mediação, e não as partes da recuperação judicial) poderão convencionar de modo diverso. Preza-se, uma vez mais, pela autonomia da vontade das partes nos MASC.

A voluntariedade é condição *sine qua non* da mediação não só na instauração, como também em todas as suas regras e questões discutidas em seu bojo. Impor uma forma de divisão dos custos significa impor, ainda que parcialmente, uma regra sobre o procedimento, e esse caráter cogente já poderia afastar as partes da tentativa de solução consensual.<sup>495</sup>

A rigor, portanto, a norma contida na Rec. CNJ nº 58/2019 – que, recorde-se, é apenas uma recomendação – tem como *regra* a voluntariedade das partes, e a parte inicial da redação do § 8º acima transcrito é um mero exemplo dela. Em tese, toda norma pode ser excepcionada em determinado caso concreto, como se em sua redação existisse um trecho final que se inicia com “salvo se...”:<sup>496</sup> é o que HART chama de “*et cetera*”<sup>497</sup> e POSNER de “exceções *ad hoc*”.<sup>498</sup>

---

<sup>495</sup> “[...] conclui-se que a mediação de conflitos não possui qualquer caráter ou qualquer elemento de natureza impositiva. Ela existirá caso as pessoas efetivamente desejem que ela exista, tomará o rumo que elas determinarem e ao mesmo tempo incluirá temas por elas identificados e que estejam dentro de suas intenções em discuti-los. A mediação é fruto do consenso entre as pessoas em a utilizarem. Também é fruto da vontade das mesmas em conversar sobre questões que consideram ser pertinentes ao processo. Por isso, não há como impor a mediação, suas regras e muito menos as questões a serem discutidas – muito pelo contrário, o método se propõe a propiciar um ambiente de cooperação ou colaboração, o qual sem ele não há como ser realizada” (BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 150-151).

<sup>496</sup> Diz-se “em tese” porque a derrotabilidade como característica essencial do direito e de toda e qualquer norma ainda é tema em discussão pela doutrina especializada (SCHAUER, Frederick. *Is defeasibility an essential property of law?* In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (coord.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 77-88). Ver também: “*So it is not after all the concept that is defeasible, but some formulated statement of conditions for instantiating the concept in given cases, or some assertion, ascription, or claim based on a certain understanding of those conditions*” (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 243).

<sup>497</sup> “*But beyond a point, answers to the questions ‘What is trespass?’ ‘What is contract?’ if they are not to mislead, must take forms of references to the leading cases on the subject, coupled with the use of the word ‘et cetera’*” (HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49, p. 171-194, 1948-1949).

<sup>498</sup> “*Neither the fact that rules may be subject to ad hoc exceptions nor the fact that they can be changed means they are not ‘real’*” (POSNER, Richard. The jurisprudence of skepticism. *Michigan Law Review*, vol. 86, p. 827-891, Apr. 1988).

O “salvo se” do § 8º, todavia, não é essa hipótese de não aplicação da norma, mas ao contrário, é a própria norma: as partes podem pactuar sobre o custeio dos honorários do mediador da forma que bem entenderem, *inclusive*, se quiserem, acatando a sugestão da Rec. CNJ nº 58/2019.

A sugestão parece ser bastante razoável, mas vale se atentar a alguns aspectos antes de aplicá-la ao caso concreto. Isso porque é preciso recordar que a devedora está em situação de crise econômico-financeira. Não é forçoso cogitar que, em mediações bilaterais – ou mesmo plurilaterais com alguns poucos credores estratégicos – seja interesse dos próprios credores (ou de outros mediados interessados, como um acionista) custear a mediação. Da mesma forma, pode-se cogitar de um mero adiantamento dos honorários do mediador por parte da devedora, mas o plano de recuperação judicial pode contemplar alguma forma de ressarcimento, abatimento ou afim, donde decorreria que quem suportou esse gasto foram os próprios credores.

Para além disso, a sugestão da Rec. CNJ nº 58/2019 se limita à divisão dos honorários do mediador entre as partes mediadas, mas, em um caso concreto, a discussão também deverá abranger a forma de pagamento, na qual há amplíssimo espaço para flexibilização.

### **2.4.3. Financiamento de terceiros (*third-party funding* e *DIP Financing*)**

Tema recente é o financiamento de litígios por terceiros (*third-party funding*), modalidade na qual os custos de uma disputa são assumidos por um terceiro, bem como o risco da demanda, mas o financiador pode ter um benefício ao final caso a parte financiada seja a vencedora.<sup>499</sup>

No âmbito da recuperação judicial, essa possibilidade já foi levantada quando se começou a discutir as imbricações entre o processo concursal e as arbitragens às quais a devedora eventualmente estivesse submetida.<sup>500</sup> Mais recentemente, o assunto ganhou fôlego com a reforma da LREF e a previsão expressa do *DIP Financing* nos artigos 69-A e seguintes, que disciplinam o financiamento concedido às empresas em recuperação judicial.<sup>501</sup> Hoje, há mais

---

<sup>499</sup> Por todos: CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>500</sup> VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. *Revista brasileira de arbitragem*, Curitiba: CBAr, vol. 61, ano XVI, p. 36-61, jan./mar. 2019; ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolaor. Arbitragem e empresas em crise: o novo mercado de financiamento por terceiros. *Jota*, 3 ago. 2016. Fonte: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-03082016>>, acessado em 27 abr. 2023.

<sup>501</sup> Sobre o tema, amplamente: CIAMPOLINI NETO, Cesar; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O financiamento da empresa em recuperação judicial diante da reforma da lei de recuperação de empresas e falência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 779-801.

incentivos e garantias ao financiador, o que permite uma injeção de recursos na empresa devedora que, ao fim e ao cabo, contribuirão com a superação da crise.<sup>502</sup>

*In casu*, não há óbices a que o financiamento seja exclusivamente destinado à mediação. O financiador, acreditando que a mediação proporcionará melhores chances de aprovação de um plano de recuperação judicial e uma superação da crise mais eficiente, pode arcar com seus custos, mediante a expectativa de ter algum retorno positivo ao final do procedimento. Aqui, deve-se levar em conta os conflitos de interesses na relação financiador x mediador. Ao assumir os custos do procedimento, o financiador passa a ter seu interesse no resultado, razão pela qual cabe ao mediador e aos demais sujeitos imparciais da recuperação judicial evitar que ele tenha ingerência sobre o rumo das conversas havidas nas sessões de mediação.

#### **2.4.4. Mediador enquanto auxiliar do administrador judicial**

Uma outra hipótese de fixação da remuneração do mediador, embora não se tenha notícia de sua aplicação concreta até o momento, é a prevista no artigo 25 da LREF: “[c]aberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo”.

A rigor, o mediador não atua na recuperação judicial como auxiliar do administrador judicial. Poder-se-ia cogitar, talvez, de uma mediação cujo objeto seja exclusivamente o auxílio ao cumprimento de alguma função do administrador judicial, como na consolidação do QGC (art. 22, I, alínea “F”). Isso, contudo, é hipótese bastante residual e que dificilmente conseguiria ser justificada em um caso concreto: administrador judicial que não consiga, com seus próprios recursos e estrutura, consolidar um QGC, provavelmente sequer deveria ter sido nomeado para exercer tal função.

Aplicar o artigo 25 à espécie, portanto, seria cogitar de uma interpretação analógica, mas que deve ser excepcional. Imputar exclusivamente ao devedor a responsabilidade pelo pagamento dessa despesa significa desconsiderar a voluntariedade do procedimento. Além disso, em boa lógica, é razoável pressupor que a forma de pagamento do mediador será fixada

---

<sup>502</sup> “As principais inovações advindas com a Lei nº 14.112/20 foram: (i) para além da natureza jurídica extraconcursal do financiamento após instauração do processo falimentar, há a possibilidade dos créditos concursais terem tratamento especial no Plano; (ii) a estabilização de atos substancialmente implementados, de modo que a decisão de primeira grau garante ao investimento natureza jurídica extraconcursal como ‘fato consumado’; e (iii) a possibilidade de concessão, ao financiador, de garantia subordinada” (VASCONCELOS, Ronaldo; HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva. *Arbitragem, insolvência e third-party funding*: qual o lugar do financiador? In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação*: resolução de disputas na empresa em crise. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 425-447, p. 437).

no início do procedimento, muitas vezes com o adiantamento de horas trabalhadas. Assim, na hipótese de inadimplemento por parte da devedora dos valores que lhe cabiam pagar ao mediador, a questão se resolveria como uma nova obrigação, ulterior ao pedido de recuperação judicial e não sujeita ao concurso de credores (art. 49 da LREF).

Por fim, caso se considere o mediador como auxiliar do administrador judicial, ele se vê privado da faculdade de propor sua remuneração. Nos termos do art. 22, § 1º da LREF, as remunerações do administrador judicial e de seus auxiliares são fixadas pelo juiz, “que considerará a complexidade dos trabalhos a serem executados e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes”.

## 2.5. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

A implementação da mediação antecedente ou incidental nos processos de recuperação judicial é tema que deve ser objeto de atenção de todos os envolvidos desde o início: não basta simplesmente decidir pela instauração da mediação crendo que seu natural desdobramento levará ao atingimento dos objetivos perseguidos – a preservação da empresa nos termos do artigo 47 da LREF e, da forma como aqui defendido, a busca pela construção do consenso entre os sujeitos interessados na recuperação da empresa.<sup>503</sup>

O objetivo desse procedimento não necessariamente será o atendimento integral de todos os interesses em jogo – isso pode ser impossível.<sup>504</sup> Todavia, é possível trazer todos esses *stakeholders* à mesa de negociação, para que tomem decisões informadas e deliberem sobre a melhor forma possível de acomodar todos os interesses dentro da realidade.

Os passos da implementação de um sistema voltado à construção do consenso compreendem (i) a convocação dos interessados (*convening*); (ii) a atribuição de papéis e responsabilidades às partes do procedimento (*assigning roles and responsibilities*); (iii) a resolução dos problemas levantados pelas partes por meio da mediação (*facilitating group*

---

<sup>503</sup> “A implementação deve ser a preocupação do designer desde o início do processo. O processo concebido deverá certamente comportar mudanças para torná-lo mais fácil de ser implementado. O essencial envolvimento das partes interessadas para o apoio e utilização do sistema, e as análises e avaliações preliminares durante o funcionamento podem mudar a maneira como o procedimento se desenvolverá” (FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 137).

<sup>504</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 16.

*problem solving*); (iv) o fechamento do acordo (*reaching agreement*) e (v) o cumprimento dos compromissos assumidos (*holding parties to their commitments*).<sup>505</sup>

### 2.5.1. Convocação dos participantes

O primeiro passo da construção do consenso ocorre antes mesmo da própria instauração do procedimento, e consiste na convocação das partes interessadas.<sup>506</sup>

No âmbito das disputas judiciais, a identificação dos interessados costuma ser tarefa fácil, pois as partes do processo de construção de consenso corresponderão às partes do litígio.<sup>507</sup> A situação se altera, todavia, nos processos de recuperação judicial, pois as partes do processo judicial apontadas pela LREF não abrangem a totalidade de possíveis interessados na crise da empresa. Devedora e credores podem até ser as únicas partes da recuperação judicial, e o plano de recuperação judicial pode ser aprovado apenas pelos credores, mas na construção de consenso outros sujeitos já abordados, como os acionistas e os representantes do interesse público, também merecem espaço (*supra*, capítulo 1.3.3 e 2.1).

Disso surge a importância do trabalho do convocador (*convenor*), que costuma ser um sujeito especificamente encarregado dessa tarefa.<sup>508</sup> Essa função não costuma ser atribuída ao próprio mediador porque, no passo a passo projetado pela doutrina para a construção do consenso, a instauração da mediação (e a eleição do mediador) surge em momento ulterior. Na mediação em recuperações judiciais a situação se inverte (*infra*, capítulo 3): muitas vezes, o mediador é indicado logo no início do *iter* processual, seja pelo juiz (na decisão que deferir o processamento da recuperação judicial), seja após indicação do administrador judicial (que pode se dar de forma concomitante à sua própria aceitação do encargo). No caso da mediação antecedente, é evidente que a eleição do terceiro imparcial ocorre antes de outras preocupações acerca do rumo do processo como a identificação das partes.

A responsabilidade pela convocação, ainda que já exista um mediador eleito, não pode recair exclusivamente sobre ele. Ao contrário: o *convenor* deve ter um poder de decisão ou, no mínimo, de influência sobre os sujeitos envolvidos, a fim de apresentá-los à oportunidade de

---

<sup>505</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 4.

<sup>506</sup> Idem, p. 169-172.

<sup>507</sup> Em processos judiciais, a convocação dos participantes é vista como um “*non issue*” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 361).

<sup>508</sup> “Typically, a *convenor* – an elected or appointed official with an interest in generating an informed consensus – brings in a mediation team to prepare a written assessment” (idem, p. 361).

uma construção de consenso (*initiate discussion with potential organizer*). Essa autoridade do *convenor* pode decorrer da decisão judicial que elege o mediador ou que homologa sua eleição feita por outra(s) pessoa(s).

A partir daí, o *convenor* deverá identificar a intenção das partes em participar da tentativa de construção do consenso (*assessment*) e, dentre esses sujeitos, identificar aqueles que possam representar de forma adequada os interesses da recuperação judicial (*identify appropriate representatives*) – afinal, a participação no consenso não necessariamente será direta (*supra*, capítulo 2.1.4.3). Nessa senda constata-se a importância do administrador judicial que, enquanto *longa manus* do juiz, também tem a autoridade necessária à atuação como *convenor*, mas está mais próximo da realidade controvertida e, portanto, tem melhores condições de realizar essa identificação e ulterior filtragem dos sujeitos que deverão participar do processo de construção de consenso.

A figura do *convenor* para o objeto de estudo aqui trabalhado não recai sobre uma única pessoa. A função do convocador – identificar e compreender as partes que serão afetadas pelo processo ou que, de qualquer modo, tenham um papel importante a desempenhar na construção do consenso<sup>509</sup> – é realizada por uma série de atos, ora praticados pelo juiz, ora pelo administrador judicial, ora pelo mediador já eleito.

Por sua vez, a identificação dos *stakeholders* e de quem mais participará da construção do consenso são duas questões distintas entre si que o convocador deverá enfrentar.<sup>510</sup> Os interessados, por vezes, não participarão diretamente, mas serão representados por um terceiro, legitimado *ope legis* ou identificado pelo *convenor* como representante adequado de um grupo de interesses. E, por vezes, sujeitos não interessados na realidade controvertida também terão um papel a desempenhar – como a função informacional do administrador judicial (*supra*, capítulo 2.1.3).

## **2.5.2. Atribuição dos papéis e das responsabilidades**

Uma vez identificados os participantes do processo de construção de consenso, passa-se a atribuir responsabilidades a esses indivíduos, desde as mais corriqueiras (como o registro em

---

<sup>509</sup> FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 51.

<sup>510</sup> URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Cambridge: PON, 1993, p. 20.

ata do que vier a ser decidido, por exemplo), até outras mais essenciais, como a elaboração de um calendário do procedimento.<sup>511</sup>

Para a mediação em recuperações judiciais, é razoável pressupor que grande parte das responsabilidades referentes ao processo de construção de consenso ficarão a cargo do mediador. Na condição de terceiro imparcial e que conta com a confiança das partes, o mediador tem a autoridade necessária à condução do procedimento.<sup>512</sup> Junto a isso, ele tem a *expertise* sobre processos de construção de consenso que permite a descoberta dos caminhos a serem seguidos nessa mediação. Mesmo funções que possam ser delegadas a um dos mediados, como a anotação em um *flip chart* das principais questões debatidas e dos pontos de acordo e desacordo, assim o serão por iniciativa do mediador e sob sua orientação.<sup>513</sup>

Há, porém, uma diversidade de responsabilidades que serão atribuídas a diversos sujeitos ao longo desse processo. A devedora, que tem uma função informacional acerca da realidade controvertida, tem a função de apresentar documentos e dados nas sessões de mediação, e alguns desses talvez só possam ser produzidos com o auxílio de outros sujeitos. O administrador judicial tem o papel de esclarecer às partes eventuais dúvidas que surjam sobre o processo de recuperação judicial. O mediador (ou outro agente, se assim for decidido) deve comunicar o progresso das sessões de mediação ao juiz da recuperação judicial, inclusive para dar ciência aos interessados na recuperação judicial e que não tenham feito parte da mediação.

As funções de todos os envolvidos no processo de construção de consenso não estão todas previstas em lei: mesmo o administrador judicial tem suas já mencionadas funções transversais. Em outros casos, o envolvido no processo de construção de consenso precisará conhecer e definir suas funções “do zero”, ante a novidade do tema. É o caso do comitê de credores, que tem competências legalmente previstas de natureza eminentemente fiscalizatória, mas que, em uma mediação, pode ter seu papel totalmente reformulado.

---

<sup>511</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 173-175.

<sup>512</sup> “Com conhecimento aprofundado sobre a comunicação humana, técnicas pacificadoras, perspectiva holística e visão ampla da controvérsia, o mediador deve promover a facilitação de diálogos em situações que envolvem conflitos. Sua competência resulta do seu domínio sobre os temas acima citados e sobre a condução do processo de mediação. [...] Em outras palavras, a função do mediador é de auxiliar os mediados a conduzir o processo de mediação a um resultado que atenda de maneira igualitária e equilibrada a todos. Ele tem a autoridade de coordenar o processo, e nunca de decisão do mesmo” (BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 177).

<sup>513</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 185.

É em razão dessa incerteza quanto aos papéis de cada sujeito que, nos estágios iniciais do processo de construção de consenso, deve-se esclarecer a todos o que se espera de cada um deles, dividindo tarefas e responsabilidades.

### 2.5.3. Resolução de problemas coletivos pela mediação

O passo seguinte e, na verdade, o cerne da construção do consenso é a resolução dos problemas coletivos e das disputas por meio da mediação.<sup>514</sup> A principal motivação para o uso da mediação na recuperação judicial é a necessidade de garantir que todos os interesses em jogo sejam considerados e satisfatoriamente contemplados nas decisões acerca da reorganização da empresa. Daí porque a mediação se apresenta como uma arena adequada na qual todos esses interesses possam ser objeto de deliberação e, se o caso, transação. Ainda que certos deles não tenham espaço na AGC, e menos ainda tenham direito a voto sobre o plano de recuperação, as questões debatidas e sedimentadas na mediação poderão ser levadas para lá.<sup>515</sup>

Aqui, por excelência, a diferença entre o sucesso e o insucesso da mediação dependerá em grande monta da forma como o mediador conduzirá as sessões. Para a construção do consenso, ele precisará empregar as técnicas adequadas para tanto.<sup>516</sup> Oito pontos são destacados para a consecução desse objetivo:<sup>517</sup>

- *Lutar pela transparência.* Aqui, para além do quanto já dito em outros pontos, como na necessidade de reduzir os custos informacionais ou o dever de transparência da devedora (*supra*, capítulo 2.1.4.2), trata-se da transparência sobre os resultados das conversas havidas na mediação. É preciso informar o público externo (por exemplo, o juiz) sobre as questões debatidas e os pontos de acordo e desacordo, afinal, a decisão sobre a reorganização da empresa será tomada em outro local (a AGC), no qual os sujeitos com

---

<sup>514</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results.* New York: Oxford University Press, 2006, p. 176-180.

<sup>515</sup> SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing.* In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution.* San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 362.

<sup>516</sup> “Todavia, os conflitos são decorrentes de interações complexas, nem sempre solucionados pela exclusiva aplicação de técnicas negociais. Nesse sentido, a conciliação deve-se valer das técnicas utilizadas para a investigação do conflito e reflexão das partes – muito estruturadas nos cursos de mediação –, bem como das técnicas efetivamente voltadas à construção do consenso” (SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 271).

<sup>517</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso.* Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 187-191.

poder de voto precisam ter conhecimento sobre os frutos da mediação.<sup>518</sup> Não se trata de elaborar atas detalhadas, informando quem disse o quê (o que até violaria o sigilo típico das mediações), mas de resumir as conclusões a que os grupos de interessados chegaram.

- *Procurar a ajuda de peritos.* No processo de criação de opções de ganho mútuo, pode se tornar importante debater assuntos técnicos ou de elevado grau de profundidade, o que potencializa as desvantagens estruturais de certos interessados e dificulta o acesso às informações relevantes.<sup>519</sup> Em tais momentos, é importante contar com o apoio de um corpo técnico especializado – que, na recuperação judicial, pode ser o administrador judicial – para facilitar a compreensão e o debate de temas delicados acerca do plano de recuperação.
- *Criar subgrupos de trabalho.* A LREF dividiu os credores em quatro classes distintas;<sup>520</sup> doutrina já dividiu os interesses em jogo na recuperação judicial em cinco grupos;<sup>521</sup> no processo de construção do consenso, pode se revelar útil a realização de outras tantas subdivisões e classificações, seja para agrupar sujeitos com interesses semelhantes,<sup>522</sup> seja para organizar os interesses com déficit de participação em torno de um representante apto a exercer tal função. Sem prejuízo disso, subgrupos podem ser criados para realizar atividades específicas que venham a ser necessárias na construção do consenso: levantar dados e informações relevantes, produzir documentos e relatórios, entre outros possíveis encargos.
- *Maximizar os ganhos mútuos criando propostas com brainstorming.* A criação de valor na solução consensual de disputas depende da criação de um ambiente em que as partes

---

<sup>518</sup> “Destaque deve ser dado, de outra banda, à função educativa associada à imposição de publicidade dos atos processuais, permitindo ‘a divulgação de ideias, incentivo ao interesse pela justiça e à elevação da confiança das pessoas no Poder Judiciário’” (REICHEL, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, p. 77-97, ago. 2014).

<sup>519</sup> “Since penetration depends in part on the resources of the parties (knowledge, attentiveness, expert services, money), RPs are more likely to be able to invest the matching resources necessary to secure the penetration of rules favorable to them” (GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], vol. 9, n. 1, p. 1-71, 1974, p. 9).

<sup>520</sup> “Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte”.

<sup>521</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 216-236.

<sup>522</sup> CEREZETTI, Sheila. *As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 365-385, p. 383.

se sintam confortáveis em propor soluções, por vezes até pouco atrativas para elas, sem o receio de se vincularem a essas ideias.<sup>523</sup> O melhor caminho para a elaboração de um plano de recuperação judicial que acomode todos os interesses dessa multifacetada realidade controvertida é conjecturar e ouvir as ideias propostas por todos os envolvidos, com o retrabalho inerente (mas necessário) à constante discussão sobre um documento que, não raro, é de grande complexidade e detalhismo.

- *Evitar o comprometimento com as propostas.* Em complemento ao item acima, é preciso deixar claro às partes que a proposição de soluções não significa comprometimento algum de sua parte com os termos propostos. Nada do que é sugerido no *brainstorming* pode ser usado contra o sujeito que se manifestou, seja na mediação, seja fora dela. Também por isso é que a publicização do que é decidido nas sessões de mediação não contém a individualização de falas ou de votos. Seria um contrassenso que a mediação pudesse ser usada para minar relacionamentos entre as partes em disputa, ou que as promessas em uma sessão de mediação fossem utilizadas como mecanismos de coerção ou barganha em oportunidades futuras.
- *Recorrer a um mediador profissional.*<sup>524</sup> No caso ora estudado – mediação antecedente ou incidental a recuperações judiciais – este aspecto perde objeto, porque o mediador profissional já estará lá, desempenhando suas funções (*supra*, capítulo 2.1.2).
- *Usar um texto único.* Ao longo do processo de construção de consenso, que muito provavelmente contará com diversos subgrupos de interesses, diversas sessões de mediação (por vezes com alguns poucos mediados, partes estratégicas da recuperação judicial), é natural que as conclusões dos grupos sejam numerosas e espalhadas no tempo e em documentos diversos.<sup>525</sup> Entretanto, todas essas avenças se destinam a um objetivo único, que é subsidiar a reorganização da empresa com uma fotografia de todos os interesses ali discutidos (e, agora, representados). É prudente que haja um trabalho constante na construção do consenso para compilar e sistematizar o que se conclui do conjunto de sessões de mediação.

---

<sup>523</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 83-89.

<sup>524</sup> BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186, p. 178-181.

<sup>525</sup> “Typically, parties are asked to sign a written document indicating their support, but only after they have had an opportunity to take the penultimate version of the agreement back to their constituency for review” (SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370, p. 363).

- *Modificar progressivamente as regras básicas.* Com o avanço das discussões e das tentativas de criação de valor, é natural que surjam novas formas de dividir os subgrupos de interessados, novas atividades a serem desempenhadas em prazos exíguos. A suspensão convencional de prazos da própria recuperação judicial é apenas um exemplo de como, no decorrer do processo de construção de consenso, as regras podem ser modificadas, desde que com vistas ao atingimento desse consenso.

Esse conjunto de estratégias depende da postura das partes, que, se não estiverem dispostas a negociar baseadas em interesses (e não em posições) ou a criar opções de ganho mútuo, pouco terão a contribuir para a solução consensual das disputas. E depende, também, do uso das técnicas adequadas à concretização dessas estratégias por parte do mediador.

No âmbito dos MASC, a técnica chega, inclusive, a ser associada ao próprio mérito, como um elemento ínsito de seu conceito ou natureza.<sup>526</sup> Isso porque é por meio do emprego das técnicas adequadas que se busca o atingimento de três elementos-chave da solução consensual: “o estímulo da comunicação para reconstruir o conflito a partir dos fatos revelados pelas partes; o desenvolvimento de condições para reformular a situação existente e a proposição de ideias que podem ser flexivelmente combinadas em modelos novos e variados”.<sup>527</sup>

Na literatura que trata de técnicas de mediação,<sup>528</sup> é comum a preocupação com a abertura da mediação e a prontidão do mediador para fornecer as informações a respeito deste processo. A partir daí, passa-se a estabelecer uma comunicação profícua entre os mediados a fim de que possam entabular corretamente o conflito entre eles. Para tal entabulamento, faz-se uso de outras tantas técnicas, dentre as quais se destaca a escuta ativa, pela qual o mediador “não só ouve, mas escuta” e busca compreender as entrelinhas do diálogo e os interesses subjacentes de cada parte. Tudo isso mediante uma abordagem que também pode ser modificada conforme o caso concreto, e que passa por uma postura transformativa, por um modo interrogativo, por uma maior ou menor assertividade etc.<sup>529</sup>

<sup>526</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 251.

<sup>527</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 260.

<sup>528</sup> Aspecto relevante, mas sobre o qual não cabe uma análise exaustiva nestas páginas.

<sup>529</sup> Ver, exemplarmente: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 251-263; SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 260-270; BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos: conceito e técnicas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186; ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. *A mediação de conflitos em casos concretos*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 187-208; AZEVEDO, André Gomma (coord.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 97-146; SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987, p. 136-150; KOVACH, Kimberly. *Mediation*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 304-317.

#### 2.5.4. O fechamento do acordo

Um processo de construção de consenso tem como objetivo a concordância dos interessados com um pacote de medidas que as deixarão em uma posição melhor do que a que estariam caso não houvesse acordo. Para a linguagem da negociação, significa o atingimento de um resultado melhor do que o BATNA de todos os envolvidos; para a recuperação judicial significa o atendimento ao *best interest of creditors*.<sup>530</sup>

Na seara das mediações em recuperações judiciais, há uma mudança de arena de debates nesse ínterim. A construção do consenso é realizada nas sessões de mediação, por ser ela o procedimento padrão para a superação dos obstáculos a um acordo.<sup>531</sup> A votação formal, todavia, se dá na AGC, na qual participam apenas alguns dos interessados, e na qual impera o critério majoritário “cinquenta por cento mais um”. É preciso transplantar os progressos feitos na mediação para a votação formal da AGC.<sup>532</sup>

Ainda que a deliberação formal e definitiva ocorra na AGC, as sessões de mediação podem produzir votações informais, destinadas a assentar os entendimentos havidos entre os mediados. Diferentemente de outras modalidades de mediação, na qual a não obtenção de um acordo não significa o fracasso do procedimento, a mediação antecedente ou incidental a uma recuperação judicial se destina a auxiliar uma decisão que, fatalmente, será tomada em AGC: sua abordagem deve ser *problem-solving*.<sup>533</sup> Em razão disso, as discussões precisam avançar, antecipando os impasses e obstáculos que surgiriam (e não seriam solucionados) em AGC.<sup>534</sup>

Além disso, é peça importante da construção do consenso a elaboração de cláusulas de contingência. Se um único interessado está preocupado com a ocorrência de uma hipótese muito excepcional, uma votação formal pelo critério majoritário provavelmente ignoraria a

---

<sup>530</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 181-184.

<sup>531</sup> FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 104-110.

<sup>532</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 198.

<sup>533</sup> Tradicionalmente, mencionam-se três escolas de mediação: a “escola de Harvard” ou do “modelo tradicional-linear”, cujos principais autores e conceitos foram utilizados ao longo deste trabalho; a “escola circular narrativa” (Cobb, Sara. Empowerment and mediation: a narrative perspective. *Negotiation Journal*: [s.l.], vol. 9, n. 3, p. 245-259, Jul. 1993.) e a “escola transformativa” (BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.). Criticando a classificação da mediação em “escolas”: FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1110-113.

<sup>534</sup> FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 142-143.

preocupação. Nada obstante, e justamente por ser uma hipótese residual, nada impede que o grupo estabeleça uma previsão específica para a eventualidade de a hipótese se concretizar. Um plano que realmente contemple os interessados deve contar com cláusulas do tipo “se... então...”, para proteger os interesses das áleas e dos casos fortuitos.

### 2.5.5. O cumprimento dos compromissos assumidos

O fechamento de um acordo pressupõe o cumprimento voluntário das obrigações.<sup>535</sup> Se a solução consensual foi atingida de forma satisfatória para os envolvidos, é de se esperar que a pacificação do conflito permaneça para além do aperto de mãos; em um contexto pacífico, é de se esperar que as partes cumprirão voluntariamente aquilo que se comprometeram a fazer.

Alcançando-se o pacote de medidas que conta com a aprovação de maioria esmagadora dos interessados – *rectius*, atingindo o consenso – chega o momento de encaminhar esse arrazoado àqueles que têm o poder formal de decidir sobre o tema.<sup>536</sup> No caso em exame, por excelência, é a AGC, mas nada impede que, em outros casos possíveis, o destinatário dessa proposta seja o juiz da recuperação judicial (por exemplo, para decidir sobre a consolidação substancial no caso concreto).

Com a entrega do instrumento em que consta o consenso atingido àqueles que têm o poder formal de decisão, a preocupação passa a ser a amarra formal dos acordos realizados informalmente. Nesse caminho entre o que sai das sessões de mediação e o que é realmente deliberado ou decidido pelos agentes competentes muita coisa pode mudar, até mesmo detalhes na redação (que precisará, ao final, obedecer a alguma forma jurídica específica) que impactarão parte de todo o pacote de medidas acordado pelos interessados.

Na recuperação judicial esse perigo parece ser menos presente, porque quem tem o poder de decidir é a AGC, na qual nem todos os sujeitos interessados participam ou veem seus interesses representados, mas grande parte deles – os credores – sim. Se os membros da AGC com poder de voto participaram (diretamente ou representados por alguém) do processo de construção de consenso, é razoável presumir que eles manterão essa posição por ocasião da AGC. Ela será muito mais uma ratificação dos entendimentos havidos na mediação do que uma nova deliberação, “do zero” e com resultado desconhecido. E isso não significa esvaziar a importância da AGC, pois ela permanece sendo o órgão soberano para decidir sobre o futuro

---

<sup>535</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 261.

<sup>536</sup> SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 185-187.

da empresa em crise: o que se busca é que a solução alcançada, se aprovada por esmagadora maioria, seja mais estável e suas decisões sejam efetivamente aplicadas.<sup>537</sup>

Os processos de construção de consenso e, também, a própria mediação, têm a clara intenção de estabelecer uma comunicação saudável entre as partes, preservando as relações existentes antes do conflito. Isso para que, caso surjam novas disputas no futuro, as partes tenham condições de alcançar uma solução amigável, muitas vezes até sem a intervenção ou o auxílio de um terceiro. A manutenção desse relacionamento saudável – inexistente nos casos em que diversos sujeitos saem derrotados da votação pelo critério majoritário – contribui para o cumprimento dos compromissos assumidos pelas partes, seja a devedora, seja algum outro sujeito que precise desempenhar papel relevante na superação da crise da empresa.<sup>538</sup>

---

<sup>537</sup> “Acontece que, no fim do século XIX, minorias insatisfeitas eram bem menos poderosas do que hoje em dia. Hoje, pessoas que acham que uma maioria descontrolada passou por cima de seus direitos podem ir para a Justiça. Podem chamar a imprensa e tentar ganhar no ‘tribunal da opinião pública’. Ou elas podem tentar reverter o equilíbrio do poder na própria assembleia que as ofendeu – tornando-se maioria” (SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 23).

<sup>538</sup> “It is submitted that there are two basic forms of social ordering: organization by common aims and organization by reciprocity. Without one or the other of these nothing resembling a society can exist. These two forms of ordering represent the two basic ways in which men may, by coming together, secure an advantage for all participants. We may illustrate these forms very simply by assuming, first, that two men share an objective which neither could achieve without the aid of the other or could not achieve so easily without that aid. A roadway connects two farms with a highway; it becomes blocked by a boulder. Neither farmer is strong enough to remove the boulder by himself. When the two join forces to remove the boulder we have, obviously, organization or association by common aims. Now let us suppose that our two farmers are to a considerable extent engaged in ‘subsistence’ farming. One of them has a large crop of onions, the other an abundance of potatoes. A trade of a portion of their respective crops may make each richer; to the potato-raising farmer the ‘last’ potato is not so valuable as the ‘first’ onion, and, of course, a surfeit of onions will put the other farmer in the reverse position. Here we have illustrated in its crassest and most obvious form organization or association by reciprocity” (FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978, p. 357-358, destaques do original).



### 3. ESTUDOS DE CASO

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

##### 3.1.1. Objetivos

Conforme apontado na introdução, a análise da pergunta de pesquisa – *como* utilizar a mediação antecedente ou incidental a processos de recuperação judicial – também passa pelo exame de dois estudos de caso, a fim de identificar tanto o que tem sido feito nos casos concretos estudados e como isso tem se desenvolvido, quanto o que já se pode concluir acerca de eventuais “boas práticas” ou vedações e proibições nesse meio.<sup>539</sup>

Tais conclusões, por certo, não significam a criação de um “manual”, ou de algo a ser constantemente repetido. Essa análise deverá ser casuística, justamente porque, como dito ao longo do trabalho, é preciso identificar os interesses em jogo, e o perfil dos interessados sempre variará de um caso para outro. Isso tudo com vistas a permitir uma transformação nas disputas decorrentes da crise da empresa que atenuem, sempre que possível, as desvantagens estruturais experimentadas pelos sujeitos envolvidos.<sup>540</sup>

##### 3.1.2. Metodologia

A pesquisa empírica aqui exposta consiste em dois estudos de casos: dois processos de recuperação judicial nos quais a mediação foi utilizada de forma incidental.

O primeiro caso estudado é a recuperação judicial da Saraiva S/A Livreiros Editores e Saraiva e Siciliano S/A (“Saraiva”), aqui denominado “caso Saraiva”.<sup>541</sup> A justificativa para a escolha desse processo é bastante simples: conforme já apontado (*supra*, capítulo 1.2.3), a

---

<sup>539</sup> “Quanto mais suas questões procurarem explicar alguma circunstância presente (por exemplo, ‘como’ ou ‘por que’ algum fenômeno social funciona), mais o método do estudo de caso será relevante” (YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Christian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 4).

<sup>540</sup> “Ideias predominantes no discurso jurídico moldarão como indivíduos reagem a várias possibilidades e os contatos institucionais canalizarão os comportamentos individuais. Além disso, em cada estágio do processo a disputa será rephraseada – reformulada em um discurso institucional que pode ser muito diferente da compreensão inicial dos participantes da disputa. O reconhecimento de uma natureza socialmente construída do processo de transformação de disputas levou estudiosos a dar atenção aos micro encontros nos quais o sentido de uma disputa é negociação” (TRUBEK, David. A vingança da criada: sobre ler e usar a nova sociologia do processo civil. Trad. Michel Roberto Oliveira de Souza. *Revista de estudos empíricos em direito*, vol. 5, n. 1, p. 148-167, mar. 2018, p. 157).

<sup>541</sup> TJSP, processo n. 1119642-14.2018.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO.

recuperação judicial da Saraiva é apontada como o primeiro (ou um dos primeiros) casos em que houve o uso da mediação, e tem-se notícia de que seu uso trouxe resultados positivos. Além disso, o passivo superior a seiscentos milhões de reais, o contexto de crise de todo o mercado editorial brasileiro e a diversidade de credores justificam sua análise dentro da noção de congregação de casos, também já exposta (*supra*, capítulo 1.3.2.3).

Existem artigos científicos que apontam a recuperação judicial da empresa de telefonia Oi como o primeiro exemplo de mediação em processos concursais. Apesar disso, ela não foi escolhida para integrar a presente pesquisa empírica porque, na visão deste pesquisador, (i) o que ocorreu naquela oportunidade não foi uma mediação, mas sim uma negociação direta; ainda que pudesse ser considerada mediação, (ii) não se verificou um procedimento destinado à construção de consenso nos moldes como aqui estudado.

O segundo caso estudado é a recuperação judicial das empresas Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda., Aulipav Participações Ltda. e Usinas SP Pavimentação e Tecnologia Ltda. (caso Enpavi).<sup>542</sup> Trata-se de um caso do qual este pesquisador teve notícia por ocasião do exame de qualificação desta dissertação de mestrado.<sup>543</sup> A justificativa para seu estudo em conjunto com o caso Saraiva tem como principais aspectos:

- O ajuizamento do pedido de recuperação judicial se deu quase dois anos após o do caso Saraiva, em um contexto no qual a reforma da LREF estava em vias de ser aprovada e já existia a Rec. CNJ nº 58/2019. Nesse contexto, acredita-se que já havia um contato um pouco maior entre os profissionais da recuperação judicial e a mediação.
- O estudo permitirá constatar se eventuais resultados positivos advindos do uso da mediação também podem surgir em casos sem exposição midiática como o da Saraiva, ou de segmentos de mercado menos atribulados do que o editorial.

Para além disso, vale destacar que a escolha por esses dois casos se deu pela constatação de que este pesquisador teria facilidade para entrar em contato com os sujeitos entrevistados, por já conhecer pessoalmente parte deles.

As fontes de evidências utilizadas para os estudos de caso, em síntese, foram duas: a análise documental e a realização de entrevistas.<sup>544</sup>

---

<sup>542</sup> TJSP, processo n. 1050778-50.2020.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Comarca de São Paulo, juiz Dr. PAULO FURTADO DE OLIVEIRA FILHO.

<sup>543</sup> O caso foi mencionado pela professora DANIELA MONTEIRO GABBAY, que integrou a banca e a quem se aproveita a oportunidade para agradecer novamente pelas contribuições dadas durante o exame de qualificação.

<sup>544</sup> “A evidência do estudo de caso pode vir de várias fontes [...]. Cada fonte está associada com uma série de dados ou evidências” (YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Christian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015, p. 107).

No que se refere à análise documental, o objeto de exame foram os autos dos dois processos de recuperação judicial (ambos públicos e de fácil acesso pelo site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), com dois importantes recortes:

- Em recuperações judiciais, é comum a existência de um número expressivo de incidentes processuais, em sua grande maioria versando sobre verificação de créditos (impugnações e habilitações). Os autos de tais incidentes só foram analisados quando, da análise dos autos principais, fora possível depreender alguma relevância para o objeto de estudo (mediação).
- Dada a extensão dos processos de recuperação judicial, eventuais autos em instâncias superiores (por excelência, agravos de instrumento) ou em outros foros (p. ex., reclamação constitucional dirigida ao Supremo Tribunal Federal (STF) ou demandas arbitrais relacionadas à recuperação) só foram analisados se, da análise dos autos principais, fora possível depreender alguma relevância para o objeto de estudo (mediação).

Além do recorte na análise dos autos processuais, também foi verificada a documentação dos casos constante nos sites dos administradores judiciais.<sup>545</sup> Em que pese essa documentação seja, geralmente, mera disponibilização de decisões e manifestações já constantes dos autos da recuperação, a análise foi realizada para procurar qualquer documento não juntado ao processo – relatórios, gráficos, atas etc. – que pudesse contribuir para o estudo.

Em relação à segunda fonte de evidências, optou-se pela realização de entrevistas semidiretivas, a fim de formular perguntas mais conversacionais, nas quais fosse possível identificar as impressões dos entrevistados.<sup>546</sup> Os entrevistados escolhidos foram os sujeitos imparciais dos processos de recuperação judicial: administrador judicial e mediador.<sup>547</sup>

---

<sup>545</sup> Disponível em: <<https://www.rv3consultores.com.br/>> e em <<https://www.onbehalfbrasil.com.br/recuperacao-judicial>>, acesso em 08 maio 2023.

<sup>546</sup> “A entrevista ‘semidiretiva’ favorece um deslocamento do questionamento, voltado para o saber e as questões próprias dos atores sociais. A principal razão de ser do método é de coletar, junto com as opiniões dos entrevistados, os elementos de contexto (social e linguístico) necessários à compreensão de tais opiniões. Essa entrevista consiste em levar a pessoa entrevistada a explorar ela própria o campo de indagação aberto pela ‘diretriz inicial’, em vez de ser guiada pelas questões do entrevistador. (Duchesne, 2000, p. 10)” (XAVIER, José Roberto Franco. *Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa*. In: MACHADO, Maíra Rocha (coord.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 119-160, p. 125).

<sup>547</sup> O juiz – que, coincidentemente, foi o mesmo em ambos os casos estudados – teve um papel mais distante da mediação do que os demais sujeitos mencionados, razão pela qual ele não foi entrevistado. Nada obstante, conforme se pode observar no Apêndice A, administradores judiciais e mediadores foram indagados sobre a participação do juiz nos procedimentos de mediação. Não se teve evidências novas, decorrentes das entrevistas, que não fossem também extraíveis dos autos (por exemplo, atuação do juiz na indicação do mediador ou no estímulo ao uso do meio consensual).

O roteiro das entrevistas consta do Apêndice A deste trabalho (*infra*), e passa pelas cinco questões analisadas ao longo do capítulo 2: o papel dos sujeitos, o momento da mediação em relação ao processo de recuperação judicial, o objeto das sessões de mediação, os custos e os aspectos procedimentais relevantes.

Optou-se por não realizar a individualização das respostas de cada entrevistado, a fim de garantir um conforto maior no momento de responder cada pergunta sem se comprometer com opiniões acerca dos temas discutidos. Apesar disso, como os casos estudados são processos judiciais de livre acesso ao público (não se encontram em segredo de justiça), não houve preocupação com a anonimização das entrevistas.

Por fim, vale ressaltar que este pesquisador já possuiu vínculo profissional com o administrador judicial do caso Saraiva e, em janeiro de 2019, auxiliou na condução da sessão de pré-mediação apresentada a seguir (*infra*, capítulo 3.2.1). Dentro deste recorte específico, poder-se-ia concluir que a observação participante também foi uma fonte de evidências do caso estudado. Todavia, acredita-se que as poucas evidências coletadas dessa forma, embora já fossem fatos conhecidos, também foram identificadas na análise documental e nas entrevistas. Assim, eventuais resultados da observação participante não alteraram a pesquisa empírica ora exposta.

## 3.2. APRESENTAÇÃO DOS DADOS

### 3.2.1. O caso Saraiva

Em 23 de novembro de 2018, a Saraiva – grupo formado pela Saraiva e Siciliano S.A. e pela Saraiva S.A. Livreiros Editores – entrou com pedido de recuperação judicial. O processo, que recebeu o número 1119642-14.2018.8.26.0100, foi distribuído à 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo e fez a devedora ingressar em um contexto de crise do mercado editorial brasileiro: Livraria Cultura, Editora Abril, Editora Três são apenas mais alguns exemplos de empresas do ramo que também buscaram se reorganizar com os procedimentos previstos na LREF. Em que pese o pedido de recuperação tenha sido processado apenas em consolidação processual (litisconsórcio ativo), posteriormente foi admitida a consolidação substancial, com um único QGC e um único plano de recuperação.

A decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial nomeou o administrador judicial que, após aceitar o encargo, em 07/12/2018, informou, sem qualquer provocação por outro sujeito, que instituiria a mediação (fls. 6462-6466 dos autos):

Ademais, informa que com o objetivo de facilitar o diálogo entre as partes este administrador judicial instituirá um procedimento de *mediação* entre os diversos credores e o devedor.

De início, cumpre esclarecer que se trata de procedimento *voluntário* – a ser custeado pelo administrador judicial – que será esquematizado de forma específica para a recuperação judicial do caso Saraiva, a fim de atender todas as necessidades de cada fase processual de acordo com o interesse dos sujeitos envolvidos. O rito a ser adotado e o calendário das sessões serão devidamente divulgados nos autos em conjunto com o convite a todos os credores interessados.

A indicação do mediador foi feita pelo administrador judicial em 16/01/2019 (fls. 13214-13215), e não foram encontradas evidências de impugnações formais nos autos referentes a sua instauração. Pelo contrário: o administrador judicial propôs a primeira sessão de mediação para o dia 29/01/2021, mas a decisão judicial que deu ciência às partes dessa data foi publicada apenas em 05/02/2018. Um credor se manifestou em 06/02/2019 (fls. 21278-21279) solicitando que as datas das sessões subseqüentes fossem designadas com maior antecedência, a fim de franquear a participação a um maior número de interessados. De acordo com as entrevistas, também não foram verificadas impugnações informais à mediação ou à indicação do mediador.

Das entrevistas, foi possível colher que a dificuldade experimentada nesta primeira sessão de mediação decorreu de um despreparo (e/ou desconhecimento) dos patronos dos credores, conforme já desenvolvido *supra* (capítulo 1.2.4.1): seja pela adoção de uma postura adversarial típica de audiências de instrução e julgamento (ou, em frequentes casos, até mesmo de AGC), seja por impedir que seu cliente se manifestasse abertamente, houve um desafio em mapear adequadamente os interesses em jogo. Esse desafio foi ultrapassado pelo mediador (e por sua equipe) com a divisão dos credores entre grupos homogêneos (por exemplo, grupos de editoras, grupos de shoppings, grupos de trabalhadores etc.), denominados “grupos focais”. Os interesses foram mapeados dentro de cada um desses grupos (ou, em outras palavras, foi realizado o diagnóstico das disputas<sup>548</sup>) e, ao final, cada grupo elegeu um representante para que pudesse transmitir os resultados das conversas aos demais. Ao final, formulou-se um documento único, reunindo as considerações feitas pelos mediados acerca dos percalços envolvidos na realidade controvertida.

O plano de recuperação judicial foi apresentado em 04/02/2019, já depois da primeira sessão de mediação (fls. 16085-16086).

A última lista de credores elaborada pelo administrador judicial antes da instalação da AGC apresentava a seguinte composição (fls. 30047, 31/05/2019):

---

<sup>548</sup> FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, passim.

**Figura 6** – Passivo (por classe de credores) do caso Saraiva

Recuperação Judicial	Valores em
Trabalhista	7.208.760,92
Garantia Real (R\$)	28.000.000,00
Quirografário (R\$)	611.608.279,67
Quirografário Moeda Estrang	1.150.066,18
EPP - ME (R\$)	19.329.371,86
<b>TOTAL</b>	<b>667.296.478,63</b>

**Fonte:** Processo nº 1119642-14.2018.8.26.0100, fl. 30047

Na sequência, determinada a realização da AGC, o processo teve os seguintes andamentos relevantes para o objeto de estudo:

**Tabela 1** – Datas da AGC no caso Saraiva

Data	Fls.	Ocorrência
11/06/2019	31729	1ª convocação da AGC, não instalada
18/06/2019	32254-32255	AGC instalada em 2ª convocação e suspensa até 07/08/2019
31/07/2019	33337	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
07/08/2019	33754-33755	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 23/08/2019
23/08/2019	34225-34226	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 29/08/2019
23/08/2019	34356	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
29/08/2019	34810-34812	Retomada da AGC e aprovação do plano de recuperação

**Fonte:** elaboração própria.

O plano foi homologado em juízo em 04/09/2019 (fls. 35098-35107), a partir de quando se iniciou a fase de fiscalização do cumprimento das obrigações ali assumidas. Vale ressaltar, conforme apontado nas entrevistas, que as sucessivas suspensões dos trabalhos assembleares – e a apresentação de modificativos pela devedora – decorreu da vontade manifestada dos sujeitos de seguir negociando em sessões de mediação com credores específicos. Isto é: durante a AGC, a devedora se reuniu com editoras (credores estratégicos) em sessões de mediação (*caucus*), a fim de ajustar detalhes do plano de recuperação, o que culminou com sua aprovação por cerca de noventa por cento dos credores.

Ocorre que, no início de 2020, sobreveio a pandemia do coronavírus, que ocasionou, dentre outros tantos malefícios, o fechamento dos shoppings e das lojas da devedora, meio que respondia pela maior parte de seu faturamento. Já em 02/04/2020 (fls. 38445-38452), a Saraiva requereu a concessão de prazo para apresentação de aditivo ao plano de recuperação judicial, que foi juntado aos autos em 03/07/2020 (fl. 43281).

Sobre esse aditivo, o calendário das discussões em AGC se deu com as seguintes datas:

**Tabela 2** – Datas da segunda AGC no caso Saraiva

<b>Data</b>	<b>Fls.</b>	<b>Ocorrência</b>
01/09/2020	45704-45706	1ª convocação da AGC, não instalada
09/09/2020	45736-45738	AGC instalada em 2ª convocação e suspensa até 15/10/2020
80/10/2020	46182	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
15/10/2020	46354-46356	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 24/11/2020
16/11/2020	46647	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
24/11/2020	46765-46767	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 14/12/2020
14/12/2020	46976-46978	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 26/01/2021
21/01/2021	47078	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
26/01/2021	47117-47119	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 26/02/2021
26/02/2021	47501-47503	Retomada da AGC e aprovação do plano de recuperação

**Fonte:** elaboração própria.

O plano foi homologado em juízo em 05/03/2021 (fls. 47659-47662).

Apesar da aprovação – e com a continuidade da pandemia – a Saraiva teve dificuldades para alienar as Unidades Produtivas Isoladas, medida prevista no aditivo ao plano de recuperação judicial, mas que não foi levada a cabo por ausência de adquirentes interessados. Assim, em 13/09/2021 (fls. 51431-51432), foi apresentada uma minuta de um segundo aditivo ao plano. Antes mesmo de qualquer trabalho assemblear, devido a negociações diretas com os credores, a Saraiva apresentou uma minuta atualizada em 09/11/2021 (fl. 51769). A AGC que versou sobre esse segundo aditivo teve este calendário:

**Tabela 3** – Datas da terceira AGC no caso Saraiva

<b>Data</b>	<b>Fls.</b>	<b>Ocorrência</b>
17/11/2021	52245-52246	1ª convocação da AGC, não instalada
23/11/2021	52273-52274	AGC instalada em 2ª convocação e suspensa até 09/12/2021
03/12/2021	52359	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
09/12/2021	52423-52424	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 26/01/2022
21/01/2022	52501	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
26/01/2022	52529-52530	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 16/02/2022
09/02/2022	52635	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
16/02/2022	52765-52766	Retomada da AGC e ulterior suspensão até 07/03/2022
03/03/2022	52820	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
07/03/2022	52959	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
09/03/2022	53153-53155	Retomada da AGC e aprovação do plano de recuperação

**Fonte:** elaboração própria.

Até a época da finalização desta pesquisa, em junho de 2023, o processo ainda se encontrava em seu período de fiscalização após a aprovação desse segundo aditivo ao plano de recuperação judicial. Digna de nota, todavia, a existência de um conflito recente, referente aos

acionistas da Saraiva<sup>549</sup> e a um possível (ainda sem decisão judicial definitiva a respeito) desbalanceamento da proporção de ações preferenciais e ordinárias.

### 3.2.1.1. Evidências sobre a mediação e argumentos de qualidade

A mediação apresentada pelo administrador judicial teve início antes mesmo da apresentação do plano de recuperação judicial pela devedora. A proposta dividiu o procedimento em duas fases distintas (fls. 6463-6464):

O procedimento será realizado como forma de *escuta ativa*, que consistirá:

- (i) 1ª fase: a ser realizada no período até a apresentação do plano de recuperação judicial e terá como objetivo ouvir as pretensões e interesses das partes; e
- (ii) 2ª fase: a ser realizada no período entre a apresentação do plano e a convocação da assembleia geral de credores, por meio eventual *caucus* entre as diversas categorias de credores e o devedor.

Com efeito, a primeira sessão de mediação ocorreu em 29/01/2019, antes da apresentação do plano de recuperação judicial. Os credores presentes à sessão – cerca de duzentos – foram divididos em sete grupos com interesses mais ou menos semelhantes. Assim, por exemplo, havia os grupos de editoras (fornecedoras da Saraiva), de shoppings nos quais a Saraiva alugava lojas, e de credores trabalhistas.

Durante as deliberações havidas em AGC, foi possível perceber que o pleito pela suspensão dos trabalhos assembleares se deu justamente para que as partes pudessem discutir, na mediação, os ajustes necessários no plano de recuperação. A própria devedora, após a primeira suspensão da AGC, mencionou que, “ao longo das negociações junto aos credores, restou claro que o atual Plano necessita de ajustes, de forma que a suspensão do conclave se justificou pela necessidade da apresentação de uma nova minuta do Plano de Recuperação Judicial” (fl. 32474). A fim de corroborar a constatação de que as negociações eram produtivas, a devedora mencionou o quórum alto que deliberou pela suspensão – 98,20% (noventa e oito vírgula vinte por cento) dos credores presentes – e, curiosamente, também utilizou o termo

---

<sup>549</sup> O plano de recuperação judicial previa a possibilidade de os credores quirografários converterem parte do valor a receber em ações da *holding* das empresas em recuperação. Diversos credores, portanto, se tornaram também acionistas, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. A cláusula 11.3 do segundo aditivo ao plano de recuperação judicial assim previa: “Após o abatimento do valor a ser recebido no pagamento inicial, os créditos serão reestruturados com a aplicação de deságio de 80%, sendo acrescidos de correção monetária de acordo com a variação da Taxa Referencial e convertido em ações preferenciais representativas do capital social da Holding, observada a proporção estabelecida no art. 6º do estatuto social da Holding e no art. 8º, § 1º, III, da Lei nº 10.303/01” (fl. 53373).

“maioria esmagadora”, adotado ao longo desta pesquisa para tratar do objetivo da construção do consenso.

As mediações que ocorreram durante a fase deliberativa dessa primeira AGC, todavia, seguiram a proposta inicial do administrador judicial de *caucus* com grupos de credores estratégicos. Mais especificamente, as sessões se deram entre a devedora e as diversas editoras presentes no processo. Além de sugestão do administrador judicial, essa restrição foi reiterada pela própria devedora em 26/04/2019 (fls. 26385-26403), entre a primeira fase da mediação (de 29/01/2019) e o início da segunda (*caucus*):

As Recuperandas reconhecem a importância das editoras para o sucesso de sua recuperação judicial, dentre as quais obviamente se encontram aquelas com as quais mantêm relações para venda em consignação.

Como parte do reconhecimento da importância de chegar a um acordo comum com referidas credores, as Recuperandas informam, também em atenção à r. decisão de fls. 24.488/24.450, que concordam com a realização da mediação sugerida pelo Ilmo. Administrador Judicial, a qual, no entanto, deverá ser realizada em pequenos grupos de credores, mediante envio de convites para tanto, e conduzida por mediador profissional, em data e local a serem definidos em conjunto por Recuperandas e Ilmo. Administrador Judicial.

Questão relevante, e que parece indicar o sucesso das deliberações, foi o alto quórum de aprovação do plano em 29/08/2019. O resultado das votações divulgado pelo administrador judicial foi o seguinte:

**Figura 7** – Resultado da votação em AGC no caso Saraiva

		VOTO POR CABEÇA	VOTO POR CRÉDITO	
CLASSE I	91,67% (total por cabeça)	✓	N/A	Aprovado
CLASSE II	100% (total por valor) 100% (total por cabeça)	✓	✓	Aprovado
CLASSE III	81,27% (total por valor) 85,33% (total por cabeça)	✓	✓	Aprovado
CLASSE IV	98,00% (total por cabeça)	✓	N/A	Aprovado

\*N/A – não se aplica

**Fonte:** Processo nº 1119642-14.2018.8.26.0100, fl. 34811

Após a aprovação do plano de recuperação judicial, não houve evidências nos autos de que tenha havido outras sessões de mediação para a resolução de conflitos pontuais entre devedora e credores. Apesar disso, o plano aprovado previu um envolvimento continuado entre as partes em sua cláusula 16, sob a forma de Reunião de Credores. Essa reunião possuía a

competência de deliberações, dentre outros assuntos, sobre as medidas de governança corporativa da devedora previstas na cláusula 4 do plano.

Houve, contudo, uma tentativa de retomar a mediação. Com o início da pandemia do coronavírus e o fechamento dos shoppings locadores da devedora, surgiu um conflito entre ela e diversas editoras acerca da necessidade de devolução dos livros consignados em razão do fechamento das lojas. A própria devedora, em 27/04/2020 (fls. 38864-38881), disse concordar com a instauração de procedimento de mediação para resolver amigavelmente a questão com as credoras. O administrador judicial, na mesma data (fls. 39018-39028), reforçou a pertinência da mediação para deliberar sobre a quantidade de livros consignados a ser devolvida pela devedora e indicou o mediador que já havia conduzido as sessões no início de 2019.

O juiz, todavia, indeferiu o pedido de instauração de procedimento de mediação em razão da urgência vislumbrada no pedido das editoras: “passados dez dias da apresentação do pedido pelas editoras, restando um impasse, a urgência recomenda decisão, embora louvável a sugestão do Administrador Judicial em mediar o conflito” (fl. 39074, 27/04/2020).

Ocorre que, apesar da decisão judicial mencionada acima, a mediação foi instalada ainda assim, e a devedora passou a negociar com as editoras a forma de devolução dos livros consignados, bem como o percentual de itens que deveria ser devolvido.<sup>550</sup> Nessa oportunidade, também com o uso de *caucus* entre devedora e credores específicos, foi possível resolver o conflito sem que houvesse uma provocação judicial acerca de descumprimento das obrigações do plano, pedidos de falência e outras medidas mais drásticas.

Ultrapassado esse episódio, não se teve evidências de qualquer outra atividade de mediação no âmbito do caso Saraiva. Ressalta-se, todavia, que o conflito dos acionistas da devedora referente ao desbalanceamento da proporção de ações preferenciais e ordinárias tem sido encarado como uma disputa potencialmente solucionável pela mediação – até a finalização desta pesquisa, porém, não havia evidências concretas de sua implementação.

Outro achado de pesquisa – embora ele não possa ser diretamente relacionado com o uso da mediação – é a diferença nos quóruns de aprovação do plano de recuperação judicial, do primeiro e do segundo aditivos. Muitos fatores podem ter contribuído (como o desgaste de um processo judicial longo, ou mesmo a situação financeira dos próprios credores no período de pandemia), mas é possível perceber que a aceitação dos credores para com os termos de cada aditivo foi sensivelmente menor do que a do plano original:

---

<sup>550</sup> Essa informação não consta dos autos, e foi colhida a partir das entrevistas. Ressalta-se, contudo, que a mediadora responsável pela condução dessas sessões não participou das primeiras sessões (que culminaram com a aprovação do plano).

**Tabela 4** – Quóruns de aprovação do plano e dos aditivos no caso Saraiva

	Porcentagem de credores aprovando o plano (por cabeça)			
	Classe I	Classe II	Classe III	Classe IV
<b>Plano</b>	91,67%	100%	85,33%	98%
<b>Primeiro aditivo</b>	75%	N/A	66,1%	85,98%
<b>Segundo aditivo</b>	95,24%	N/A	72,2%	68,75%

**Fonte:** elaboração própria.

### 3.2.1.2. Argumentos de produção

Para além dos argumentos de qualidade tratados no item anterior, também foi possível realizar algumas inferências sobre os argumentos de produção – ou quantitativos – do caso. Em grossa síntese, tratam-se de evidências sobre *tempo* e *dinheiro*.

Sobre os custos da mediação, tem-se a evidência de que as sessões conduzidas antes da apresentação do plano e ao longo da primeira AGC foram custeadas pelo administrador judicial.<sup>551</sup> Dessa forma, não há como apontar qualquer despesa adicional, por parte da devedora ou de outros envolvidos, relacionados à mediação. Da mesma forma, não há elementos que permitam sugerir que a remuneração do administrador judicial tenha sido fixada acima do ideal para fins de suportar os gastos com a mediação: a decisão que tratou da remuneração definitiva do administrador judicial (fls. 36433-36435) a fixou em aproximadamente 0,5% (meio por cento) do passivo do QGC consolidado às fls. 30015-30016.

À época – 2019 – as sessões de mediação e, também, da AGC foram presenciais. A sessão de mediação anterior à apresentação do plano, aberta a todos os credores, foi custeada pelo próprio administrador judicial. Mais recentemente (não só no caso Saraiva, mas na praxe forense) as reuniões e assembleias passaram a ser conduzidas em ambiente virtual, prescindindo de espaços físicos e atenuando as dificuldades do distanciamento geográfico.

Importante ressaltar que, quando se levantou a possibilidade de usar a mediação para as disputas relacionadas à devolução dos livros consignados, o administrador judicial juntou aos autos uma proposta de honorários do mediador (fl. 39066), cujos valores dependiam do número de horas trabalhadas: R\$ 1.200,00/h (um mil e duzentos reais por hora) para o sócio fundador do escritório do mediador, e R\$ 700,00/h (setecentos reais por hora) para os mediadores

---

<sup>551</sup> Colheu-se das entrevistas que o mediador teve uma remuneração simbólica, que sequer foi suficiente para custear o processo. Isso se deu pela intenção de produzir um resultado exitoso em uma recuperação judicial de grande porte, a fim de sedimentar a mediação como um mecanismo adequado de solução de disputas em casos que tais.

classificados como “Associado Sênior”. Entretanto, essas sessões de mediação não ocorreram, de forma que nada foi discutido acerca de quem arcaria com tais despesas.<sup>552</sup>

Por sua vez, em relação ao tempo do processo, ressalta-se que a única evidência de suspensão de atos em decorrência da mediação se deu ao longo da primeira AGC: devedora e credores solicitaram, sucessivas vezes, a suspensão dos trabalhos assembleares a fim de remeter à mediação as questões a serem debatidas. Nada obstante, o tempo gasto entre a instalação da AGC e a aprovação do plano não representou um interregno excessivo, muito pelo contrário:

**Tabela 5** – Tempo decorrido nas AGC do caso Saraiva

	<b>Data da instalação</b>	<b>Data da aprovação</b>	<b>Dias decorridos</b>
<b>Primeira AGC</b>	18/06/2019	30/08/2019	73
<b>Segunda AGC</b>	09/09/2020	01/03/2021	173
<b>Terceira AGC</b>	23/11/2021	09/03/2022	106

**Fonte:** elaboração própria.

A velocidade com que se deliberou o plano de recuperação judicial da Saraiva, – 73 dias – se comparada ao número de credores (mais de três mil) ou ao passivo (mais de seiscentos e cinquenta milhões de reais), demonstra não só a adequação das deliberações, mas também sua eficiência.

Comparando com os dados coletados pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência (NEPI-PUC/SP),<sup>553</sup> a celeridade do caso Saraiva se torna ainda mais evidente. O tempo mediano entre a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial e a última sessão da AGC nas varas comuns do Estado foi de 567 (quinhentos e sessenta e sete dias), e de 407 (quatrocentos e sete) dias nas varas especializadas. No caso Saraiva, esse interregno foi de 277 (duzentos e setenta e sete) dias.

### **3.2.2. O caso Enpavi**

No dia 17 de junho de 2020, as empresas Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda., Aulipav Participações Ltda. e Usinas SP Pavimentação e Tecnologia Ltda.

---

<sup>552</sup> Não se tem evidências acerca dos custos incorridos pela mediação que efetivamente ocorreu nessa oportunidade (e que foi conduzida por outra mediadora que não o mediador entrevistado).

<sup>553</sup> WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência*: relatório. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019. O NEPI-PUC/SP examinou todos os processos de recuperação judicial no Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 a julho de 2017 e é, até onde se tem notícia, a maior base de dados empíricos (no caso, jurimétricos) da recuperação judicial no Estado.

entraram com pedido de recuperação judicial, em processo que foi autuado sob o nº 1050778-50.2020.8.26.0100 e tramita na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. As empresas já atuavam há décadas no ramo de asfaltamento e pavimentação, mas sofreram, nos anos que antecederam o pedido, com decréscimos constantes de resultado, agravado pela deflagração da pandemia do coronavírus no início de 2020.

As três empresas informaram, já na petição inicial, que configuraram grupo econômico sob controle único. Apesar disso, na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial em 24/06/2020 (fls. 497-508), constatou-se apenas a consolidação processual, e não a substancial (ver mais *supra*, 2.3.3), o que foi mantido no decorrer do procedimento.

Na mesma decisão, o juiz da causa nomeou o administrador judicial e, também, determinou a realização de sessões de mediação, sob a seguinte fundamentação:

Havendo interesses múltiplos em um processo de recuperação judicial, como o dos empregados, dos fornecedores, dos bancos, do Fisco, do Poder Público, é importante introduzir a mediação desde logo no processo, a fim de seja capaz de oferecer soluções adequadas a todos os interessados, com rapidez e economia de custos. Por isso, nomeio como mediadora, desde logo, Nathalia Mazzoneto, a quem competirá realizar sessões de pré-mediação, e, caso não haja oposição dos interessados, prosseguir no exercício da função. A nomeação judicial não vulnera a autonomia da devedora e dos credores no processo de escolha do mediador, mas se deve a uma razão de ordem prática. Nesta fase do processo é absolutamente impossível aguardar a atuação coordenada dos credores na indicação de um mediador. Portanto, a medida mais adequada, como estímulo à adoção da mediação, é a nomeação judicial, sem prejuízo de que a escolha recaia sobre outro profissional, após as sessões de pré-mediação.

Tanto o administrador judicial (fl. 521, 26/06/2020) quanto a mediadora (fls. 1800-1806) aceitaram o encargo, e não se teve evidências, nos autos ou nas entrevistas realizadas, acerca de impugnações ou de pedidos de substituição.

Conforme se colheu nas entrevistas e, também, do quanto informado no site que a mediadora deixou à disposição do caso,<sup>554</sup> algumas sessões de mediação foram feitas com grupos definidos de credores, obedecendo à mesma classificação da LREF: credores trabalhistas, quirografários e micro e pequenas empresas (como havia um único credor com garantia real, a devedora optou por pagá-lo integralmente, sem o submeter aos efeitos do plano, por mais que ele tenha tido participado ativamente no início das negociações). Houve preocupação, nas sessões, com os credores com maior custo informacional (e.g. trabalhistas).

O plano de recuperação judicial foi apresentado pela devedora em 28/08/2020 (fls. 3654-3655) e, em 14/09/2020, o administrador judicial apresentou relação de credores para fins de

---

<sup>554</sup> Disponível em: <<http://mediacaorjenpavi.com.br/>>, acesso em 30 maio 2023.

publicação do edital do art. 7º, § 2º da LREF.<sup>555</sup> O QGC consolidado naquela oportunidade apresentava um passivo total de R\$ 55.789.905,44 (cinquenta e cinco milhões, setecentos e oitenta e nove mil, novecentos e cinco reais e quarenta e quatro centavos) e a seguinte configuração:<sup>556</sup>

**Figura 8** – Passivo (por classe de credores) do caso Enpavi

Classe	Valor por Classe
CLASSE I - TRABALHISTAS	R\$ 6.806.333,68
CLASSE II - GARANTIA REAL	R\$ 300.000,00
CLASSE III - QUIROGRAFÁRIOS	R\$ 44.308.533,18
CLASSE IV - ME e EPP	R\$ 4.375.038,58
<b>Total das Classes</b> =====>	<b>R\$ 55.789.905,44</b>

**Fonte:** Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, fl. 3865

Em 30/11/2020 (fl. 6051), em conjunto com a troca de seu corpo jurídico, a devedora apresentou um modificativo ao plano— já após a realização de algumas sessões de mediação.

A AGC, como sói acontecer em processos de recuperação judicial, não foi instalada em primeira convocação, prevista para 16/03/2021 (fl. 7520). Sua instalação em segunda convocação ocorreu em 30/03/2021 (fls. 7616-7618) e, a partir disso, iniciou-se uma sequência quase repetitiva entre (i) retomada dos trabalhos da AGC, (ii) pedido de suspensão para que as partes deliberassem extrajudicialmente, (iii) apresentação, pela devedora, de modificativo ao plano de recuperação judicial e (iv) nova retomada da AGC.

**Tabela 6** – Datas da AGC no caso Enpavi

Data	Fls.	Ocorrência
31/03/2021	7616-7618	Instalação da AGC e ulterior suspensão
17/05/2021	7834-7835	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
28/05/2021	8147-8149	Retomada da AGC e ulterior suspensão
08/06/2021	8306-8307	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
11/06/2021	8587-8588	Apresentação de modificativo ao plano de recuperação
11/06/2021	8766-8768	Retomada da AGC e ulterior suspensão
18/06/2021	9021-9024	Retomada da AGC e aprovação do plano

**Fonte:** elaboração própria.

<sup>555</sup> “Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas. [...] § 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do caput e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação”.

<sup>556</sup> No caso Enpavi, houve uma prorrogação da fase administrativa de verificação de créditos, de forma que não havia, até o término da análise documental desta pesquisa, um QGC consolidado e homologado em juízo. Por tal razão, considerar-se-á este número como o passivo do caso, mas é necessário o alerta de que ele não representa, com exatidão, a realidade dos créditos existentes.

O plano de recuperação judicial, com algumas alterações pontuais (não relacionadas ao objeto de estudo), foi homologado em 05/07/2021 (fls. 9142-9148).

Na sequência, as principais movimentações do processo estiveram relacionadas à venda de duas Unidades Produtivas Isoladas por parte da devedora. Digno de nota, todavia, que ainda houve o convite aos credores para uma sessão de mediação a fim de esclarecer dúvidas sobre o plano de recuperação judicial aprovado (fls. 10924-10925).

À época da finalização desta pesquisa, em junho de 2023, o processo ainda se encontrava em seu período de fiscalização.

### 3.2.2.1. Evidências sobre a mediação e argumentos de qualidade

Ao aceitar o encargo em 13/07/2020 (fls. 1800-1806), a mediadora apresentou proposta de trabalho que se iniciava com uma pré-mediação: ela se subdividia em duas fases, a primeira destinada à “preparação, levantamento de campo e desenho de um sistema / fluxo de condução para a efetiva implementação de mecanismo de solução consensual (sendo o foco a mediação)”. A segunda consistia em “sessões de pré-mediação propriamente ditas e providências relacionadas”. Um dos objetivos declarados (fl. 1803) desse método era que ele resultasse na “apresentação de um plano de recuperação mais próximo e factível com a realidade e possibilidade dos envolvidos”.

A segunda etapa consistia na gestão do sistema de solução de disputas desenhado na etapa anterior e na efetiva realização das sessões de mediação.

Conforme consta das evidências encontradas, algumas sessões de mediação foram divididas entre as classes de credores. Assim, por exemplo, a sessão havida no dia 17/11/2020 foi destinada aos credores da classe I (trabalhistas) (fls. 6027-6028), e as sessões dos dias 20/01/2021 e 12/02/2021 destinadas aos credores da classe III (quirografários) (fl. 6643). A mediadora destaca, aliás, que houve pedido expresso dos credores quirografários pela realização da sessão adicional do dia 12/02/2021 (fl. 6643).

Em todas as manifestações do administrador judicial informando a suspensão dos trabalhos assembleares (fls. 7616-7618, 847-8149 e 8766-8768) consta, nas atas das assembleias, que o pedido de prorrogação da AGC foi motivado pela necessidade de deliberações extrajudiciais (sessões de mediação), das quais poderia decorrer a apresentação de modificativos ao plano de recuperação judicial (como efetivamente decorreu). Tem-se evidência, portanto, que tanto a devedora (no primeiro e no terceiro pedidos de suspensão)

quanto os credores (no segundo pedido de suspensão) vislumbraram na mediação um ambiente mais adequado para discutir as cláusulas do plano de recuperação e chegar a uma redação mais consentânea, ainda que alguns credores pudessem, se o caso, negociar diretamente com a devedora.

O maior argumento de qualidade favorável ao uso da mediação no caso concreto parece ser o quórum de aprovação do plano de recuperação judicial, que apresentou, justamente, o atingimento do consenso trabalhado ao longo desta pesquisa. Confirma-se o resultado informado pelo administrador judicial em 18/06/2021 (fls. 9021-9024):

**Figura 9** – Resultado da votação em AGC no caso Enpavi

06. O PRJ submetido aos credores foi **aprovado** por 97,5% dos credores da classe I – Trabalhista, 54,05% dos créditos e 83,1% dos credores da classe III – Quirografária e 94,6% dos credores da classe IV – ME/EPP, conforme mapa de votação elaborado à luz do art. 45 da Lei nº 11.101/05 (**Doc. 05**).

**Fonte:** Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, fl. 9022

A devedora, em 23/06/2021 (fls. 9094-9103), também informou algumas constatações interessantes a respeito do plano:

**Figura 10** – Comentário da devedora sobre a aprovação do plano no caso Enpavi

**Cálculo de quórum por Credores - Cabeças.** Da totalidade de 1.113 credores na recuperação judicial, **apenas um pequeno grupo de 48 credores rejeitaram PRJ, o que representa aproximadamente 9,7% das cabeças.** O restante dos credores ou aprovou ou se absteve, inclusive pelo não comparecimento ao conclave.

**Cálculo de quórum por Créditos - Valores.** Em créditos, **houve a rejeição de 31,91% do total,** de modo que **68,09% ou aprovou o PRJ ou não se opôs,** mantendo-se inerte ou não comparecendo ao conclave.

**Votos em Separado.** Mesmo considerando os votos das reservas de crédito, houve aprovação do PRJ, segundo o quórum do art. 45, da LFRE.

**Fonte:** Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, fl. 9095

Ao que parece, dentro dos objetivos pretendidos por este trabalho – buscar o consenso entre os interessados (e não entre os seus créditos) – houve uma aprovação superior a 90%

(noventa por cento), motivada, em grande parte, pelas discussões havidas entre devedora e credores no âmbito das sessões de mediação.

Para além disso, possivelmente em razão da constatação dos benefícios da mediação, os credores aprovaram a inclusão de uma cláusula de mediação no plano de recuperação judicial, com os seguintes termos:

**Figura 11** – Cláusula de mediação no plano de recuperação judicial da Enpavi

**11.7. Mediação e Solução de Conflitos.** Fica expressamente autorizada a utilização de mediação e quaisquer outros mecanismos de negociação facilitada, inclusive, com assessoria para estruturação de solução de conflitos, em relação ao PRJ, respectivas cláusulas e pagamentos. A forma de pagamento da assessoria para mediação e solução de conflitos será fixada de comum acordo entre as partes envolvidas.

**Fonte:** Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, fl. 9160

Também na decisão que homologou o plano aprovado pelos credores em 05/07/2021, (fls. 9142-9148), o juiz da causa elogiou os esforços consensuais para o atingimento desse resultado:

**Figura 12** – Opinião do juízo sobre a mediação no caso Enpavi

*xi) Cláusula 11.7* – Não há ilegalidade na manutenção da mediação, utilizada de forma eficiente neste processo.

**Fonte:** Processo nº 1050778-50.2020.8.26.0100, fl. 9146

Por fim, foi constatado um envolvimento continuado entre os sujeitos envolvidos por meio da mediação após a aprovação do plano. Em 01/07/2021 (fls. 9137-9138), a mediadora informou o resultado de seus trabalhos – que culminaram com a aprovação do plano de recuperação judicial – e mencionou a cláusula 11.7 do plano já colacionada acima. Nessa oportunidade, reforçou “seu compromisso de contribuição e monitoramento dos trabalhos e trocas entre Recuperandas, Credores e demais participantes do processo proposto de reestruturação da Enpavi” (fl. 9137).

Com efeito, após a aprovação do plano, diversos credores das classes I (trabalhistas) e IV (micro e pequenas empresas) apresentaram dúvidas, razão pela qual, em 09/03/2022 (fls. 10924-10925), a mediadora os convidou para uma nova sessão de mediação, destinada a proporcionar os esclarecimentos necessários. Nessa, vale notar, houve um convite expresso da

mediadora ao administrador judicial, diferentemente do quanto ocorrido nas oportunidades anteriores. Acredita-se, em linha com o quanto já exposto (*supra*, capítulo 2.1.4), que isso tenha sido feito em atenção ao dever informacional do administrador judicial, voltado à redução das assimetrias e dos custos informacionais.

Em 12/09/2022 (fls. 11670-11671), a mediadora se manifestou nos autos, informando que, da aprovação do plano, decorreram outros desenvolvimentos e “a contribuição da mediação nesse contexto tem-se mostrado algo pontual e resultado de demandas específicas”, donde vale deduzir a existência do envolvimento continuado para além do quanto noticiado no processo judicial. No próprio site disponibilizado pela mediadora diversos credores – no mais das vezes, de natureza trabalhista – continuaram solicitando seu auxílio para resolver questões pontuais.

### 3.2.2.2. Argumentos de produção

Em relação aos custos da mediação, tem-se notícia de que eles foram suportados exclusivamente pela devedora – ainda que tenha havido diversas manifestações nos autos (e no início de cada sessão de mediação) da mediadora e do juiz estimulando e incentivando a busca por alternativas pelas partes. A remuneração da mediadora foi fixada em 03/09/2020 (fls. 3822-3825) da seguinte forma:

A remuneração proposta pela mediadora, composta por uma parte fixa e outra variável, mostra-se compatível com o escopo do trabalho a ser realizado e com os benefícios que ela gera ao processo, sem onerar excessivamente as recuperandas (R\$ 5000,00/mês remuneração fixa por 10 horas de trabalho; R\$650,00/hora que exceda a 10 horas de trabalho, com redução do valor conforme aumente o número de horas trabalhadas). Portanto, homologo a proposta de fls. 3806/3808.

O pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mensais à mediadora representou 1/6 (um sexto) da remuneração provisória do administrador judicial fixada na mesma decisão.<sup>557</sup>

Não há nos autos demonstrativos exatos da remuneração paga à mediadora (considerando a possibilidade de remuneração acima do valor fixo, caso as horas trabalhadas no mês excedessem as dez estipuladas). Entretanto, considerando a fixação da remuneração a partir de setembro de 2020 e a aprovação do plano de recuperação judicial em junho de 2021, é possível cogitar que a mediação tenha custado à devedora um total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil

---

<sup>557</sup> “Diante disso, por ora, acolho apenas a proposta de pagamento das 18 prestações mensais iniciais, sendo as 6 primeiras de R\$ 25.000,00, as 6 seguintes de R\$ 30.000,00, e as derradeiras no valor de R\$ 35.000,00” (fl. 3823 dos autos).

reais). Em conta aproximada, esse valor representou 0,1% (um décimo por cento) do passivo informado pelo administrador judicial à fl. 3865.

Não se teve notícia de gastos expressivos com a mediação para além da remuneração da mediadora. Acredita-se que isso se deve ao fato de que as sessões de mediação foram realizadas virtualmente (tal como previsto no art. 20-D da LREF, aliás), donde decorre ausência de despesas com aluguel de espaços, equipamentos de gravação etc.

Vale ressaltar que a mediadora disponibilizou e divulgou nos autos um site na internet – <http://mediacaorjenpavi.com.br/> – destinado a proporcionar aos sujeitos um acesso facilitado às informações importantes dos autos. Há, também, uma opção no site para agendar mediação. Eventuais custos com a criação e a manutenção do site foram irrisórios em face do passivo do caso Enpavi e suportados pela remuneração da mediadora já destrinchada.

Em relação ao tempo do processo, optou-se por comparar o caso Enpavi com os dados coletados pelo NEPI-PUC/SP. Ainda que o caso Enpavi, tal como o caso Saraiva, seja ulterior a esse período, acredita-se que a base de dados forneça um parâmetro de análise bom o suficiente para as considerações a seguir.

Em primeiro lugar: tal como no caso Saraiva, o tempo mediano entre a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial e a última sessão da AGC nas varas comuns do Estado foi de 567 (quinhentos e sessenta e sete dias), e de 407 (quatrocentos e sete) dias nas varas especializadas. No caso Enpavi, esse interregno foi de 359 (trezentos e cinquenta e nove) dias.

Em que pese o interregno não tenha sido tão distante da mediana encontrada pelo NEPI-PUC/SP, o caso Enpavi teve quatro sessões de AGC. Os números médios de sessões de AGC encontrados pelo NEPI-PUC/SP a partir da faixa de faturamento das devedoras variavam de 1,3 (um vírgula três) a 2,56 (dois vírgula cinquenta e seis) sessões. Isto é: o caso Enpavi logrou um interregno *abaixo da mediana* para a aprovação do plano mesmo com *o dobro de sessões de AGC*, o que pode indicar uma deliberação mais aprofundada do que nos demais casos. Frise-se, novamente, que esse acréscimo no número de sessões não representou qualquer custo, uma vez que elas ocorriam virtualmente. Esse resultado vai contra a constatação do NEPI-PUC/SP e demonstra, possivelmente, uma eficiência nas deliberações havidas em AGC:

O número de sessões assembleares até a votação do plano é o principal fator para dilatar o prazo até a votação. A cada suspensão de AGC, aumenta mais o tempo de negociação, indo de 400 dias até cerca de 700, quando acontecem mais do que 6 sessões de assembleia.<sup>558</sup>

---

<sup>558</sup> WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência*: relatório. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019, p. 48.

Nos casos em que houve quatro sessões de AGC, o tempo mediano de negociação (apenas a partir da instalação da AGC, e não da decisão que deferiu o processamento) foi de 527 (quinhentos e vinte e sete dias). Para o caso Enpavi, foi de 79 (setenta e nove) dias.

Sobre as prorrogações do *stay period* – que foram diversas no caso concreto – não foram constatadas quaisquer evidências que as correlacionassem com a mediação. Ao contrário: em sua grande maioria, foram motivadas pelas dificuldades na venda das Unidades Produtivas Isoladas, após a aprovação do plano de recuperação judicial.

### 3.3. DISCUSSÃO

Tem-se notícia de que o caso Saraiva é o grande *leading case* em matéria de mediação na recuperação judicial no Brasil. Daí decorre partir da hipótese de que ele trará diversas evidências de uma mediação bem-sucedida, mas, também, que exporá aspectos a serem aprimorados em casos futuros. Afinal, em que pese o processo ainda esteja em tramitação, as sessões de mediação ocorreram no primeiro semestre de 2019, antes da LREF e antes da Rec. CNJ nº 58/2019.

Apesar desse ineditismo, não foram encontradas evidências de resistência ou impugnação à mediação no caso estudado.

Excetuando-se a primeira sessão de mediação, anterior à apresentação do plano de recuperação judicial, – e que tinha por objetivo tirar uma fotografia dos interesses de todos os credores envolvidos – as demais foram reservadas a grupos pequenos de credores estratégicos (*caucus*), com uma limitação subjetiva que não necessariamente será adotada em casos futuros. Assumindo que o objetivo seja a construção do consenso, permitir a mediação apenas para uns poucos sujeitos pode se revelar contraproducente.

Nada obstante, o consenso foi atingido no caso Saraiva, e o plano foi aprovado por maioria esmagadora – expressão utilizada também pela devedora nos autos. E não apenas a aprovação superior a noventa por cento evidencia o consenso: o plano foi aprovado após um total de 73 (setenta e três) dias de deliberação, em uma demonstração de celeridade que fica ainda mais surpreendente considerando as proporções do caso.

Além da aprovação do plano em AGC, foi possível identificar um envolvimento continuado entre devedora e credores, ainda que sem a facilitação de um terceiro neutro. As Reuniões de Credores previstas no plano tinham, como função precípua, deliberar sobre medidas de governança corporativa, donde decorre um acompanhamento bastante próximo,

pelos credores, das obrigações assumidas no plano. Pode ter sido em razão desse envolvimento continuado que a Saraiva tenha logrado, também, a aprovação de dois aditivos ao plano de recuperação judicial após ter sido prejudicada pela pandemia do coronavírus.

Constata-se, porém, uma escassez de evidências relacionadas aos trabalhos do mediador ao longo dos autos da recuperação judicial. Desde o primeiro momento, a mediação foi proposta pelo administrador judicial, e ele próprio informava o calendário das sessões, os objetivos de cada fase da mediação proposta etc. Esse protagonismo do administrador judicial parece ter diminuído em casos mais recentes, nos quais o mediador é nomeado diretamente pelo juiz (como ocorreu no caso Enpavi) e se manifesta diretamente nos autos. Acredita-se que, com isso, torna-se mais fácil distanciar as figuras do administrador judicial da do mediador, o que pode facilitar a construção da relação de confiança das partes para com este último.

Para além de incentivar e implementar a mediação no caso concreto, o administrador judicial cumpriu com seu papel informacional, participando da primeira sessão de mediação – aberta a todos os credores – com o objetivo principal de tirar dúvidas sobre o procedimento de recuperação judicial.

Em relação aos custos, verificou-se que o administrador judicial arcou com as despesas relacionadas à mediação, sem que isso impactasse em sua remuneração (fixada pelo juízo em cerca de meio por cento do passivo da devedora). Não há alternativa em tese mais adequada para a distribuição dos custos da mediação, mas, à época, assumir esse encargo pode ter sido uma atitude inteligente para não onerar a devedora e gerar impugnações desnecessárias. Soma-se a isso o fato de que a remuneração do mediador foi praticamente simbólica, justamente pelo pioneirismo da matéria.

No caso Enpavi também foi possível constatar o benefício da mediação para o resultado geral da recuperação judicial, tanto em relação aos argumentos de produção quanto aos de qualidade.

Não foram encontradas evidências de quaisquer impugnações ou irresignações em relação à instalação da mediação por parte de qualquer sujeito envolvido. Também não houve manifestações contrárias à instalação da mediação já na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial e, tampouco, contrárias à indicação da mediadora pelo juízo.

Os custos da mediação foram suportados exclusivamente pela devedora (apesar de os mediados sempre terem sido instados a buscar alternativas em cada sessão de mediação), mas em um montante que equivaleu a aproximadamente 0,1% (um décimo por cento) do passivo. Em que pese tenha havido manifestação da devedora contrária à primeira proposta de remuneração formulada pela devedora, não houve irresignação em relação à remuneração

fixada pelo juiz. Considerando-se os resultados positivos e os ganhos de qualidade do processo (ver abaixo), acredita-se ter sido um gasto bem realizado e com retorno positivo. Nada obstante, tal como foi incentivado ao longo dos autos, permanece aberta a oportunidade de as partes convencionarem em sentido diverso a distribuição dos custos da mediação.

Ainda sobre os custos, vale mencionar que tanto a AGC quanto as sessões de mediação ocorreram virtualmente, sem despesas com o espaço e sem obstáculos geográficos aos credores.

A mediação não representou qualquer perda no tempo da recuperação judicial. As únicas suspensões convencionais expressamente relacionadas à mediação ocorreram durante as sessões da AGC. Mesmo assim, o interregno entre a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial e a aprovação do plano foi inferior ao interregno mediano observado pelo NEPI-PUC/SP. Por sua vez, o interregno entre a primeira e a última sessões da AGC foi extremamente menor do que o tempo mediano observado pelo NEPI-PUC/SP. Isto é: mesmo com mais sessões de AGC do que a média das recuperações judiciais, o tempo para se chegar a uma decisão foi muito menor.

A possibilidade de realizar uma deliberação mais aprofundada – ainda que em tempo reduzido – parece ter proporcionado a elaboração de um plano de recuperação judicial mais consentâneo com os interesses em jogo. Houve um intenso “vai e vem” entre a apresentação de modificativos ao plano de recuperação judicial e as sucessivas suspensões dos trabalhos assembleares, sempre fundadas na necessidade de prosseguir com as deliberações em sede extrajudicial.

Isto é: vislumbra-se um incremento na qualidade do processo, visto que tanto devedora quanto credores solicitaram a suspensão da AGC para rediscutir termos do plano de recuperação em sessões de mediação. O próprio juiz ressaltou os resultados positivos da mediação naquela oportunidade.

A maior evidência do ganho de qualidade se encontra no quórum de votação que culminou com a aprovação do plano: mais de 90% (noventa por cento) dos credores concordaram com seus termos. O caso estudado parece ter confirmado a hipótese deste trabalho, segundo a qual o uso da mediação proporciona o atingimento do consenso, isto é, uma aprovação por “maioria esmagadora” que representa um resultado mais adequado do que aquela “cinquenta por cento mais um”.

A corroborar essa conclusão, até o encerramento desta pesquisa não se teve notícia, nos autos da recuperação judicial, de qualquer manifestação informando o descumprimento, por parte da devedora, de obrigações assumidas no plano.

Foi possível observar um envolvimento continuado entre as partes mesmo após a aprovação do plano e facilitado pela mediação. Houve a realização de sessões de mediação destinadas ao esclarecimento de questões pontuais dos credores. Há, ainda hoje, um canal de fácil acesso no site mantido pela mediadora para que as partes possam resolver questões que venham a surgir.

Não se observou nos casos Saraiva e Enpavi, contudo, a formação de Comitê de Credores, em que pese essa possibilidade tenha sido aventada entre as primeiras manifestações da mediadora nos autos da recuperação judicial da Enpavi. O administrador judicial levantou novamente essa possibilidade ao fim da AGC – destacando as funções fiscalizatórias do Comitê – e não se teve notícia de qualquer aceno à possibilidade de um Comitê de Credores assumir funções mais negociais durante a votação do plano.

Ressalvadas as limitações de uma pesquisa empírica qualitativa – e a impossibilidade de extrapolar as conclusões para exemplos futuros – o estudo dos casos neste capítulo indica que a mediação antecedente ou incidental a processos de recuperação judicial pode ter um papel importante no que se refere a proporcionar uma adequação maior do plano de recuperação judicial aos interesses em jogo na crise da empresa e, inclusive, atingindo esse resultado com um dispêndio menor de tempo e recursos financeiros do que sem o uso da mediação.



## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo investigar e responder a questão sobre *como* viabilizar a inserção de um procedimento de mediação de forma antecedente ou incidental a um processo de recuperação judicial. Trata-se de medida que vem sendo paulatinamente adotada no direito brasileiro, principalmente em decorrência de algumas experiências exitosas, da Rec. CNJ nº 58/2019 e da reforma da LREF pela Lei nº 14.112/2020.

Para tanto, partiu-se de uma abordagem voltada à participação dos sujeitos processuais, notadamente a partir da distinção de MARC GALANTER entre participantes eventuais (*one-shotters*) e litigantes habituais (*repeat players*). Essa opção se justifica com o uso de uma instrumentalidade metodológica, tomando como ponto de partida do estudo um campo específico da realidade jurídica e social a fim de identificar a melhor resposta processual para o problema. Por sua vez, a importância da opção pelo estudo a partir das vantagens e desvantagens experimentadas pelas partes nos processos de recuperação judicial surge da necessidade de, em um processo concursal e com conflitos de interesses multifacetados, procurar a construção do consenso, de soluções satisfatórias a uma maioria esmagadora dos envolvidos.

1.1.1. É corrente a alusão às três ondas renovatórias de acesso à justiça mencionadas por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH no Projeto Florença dos anos setenta. Todavia, a evolução do acesso à justiça no país se deu de forma diversa da lá constatada, com a preocupação com direitos sociais precedendo conquistas individuais. A evolução desses direitos no Brasil não decorreu de um fracasso do modelo de Estado de bem-estar social (*welfare state*), mas de um alheamento da população de direitos sociais básicos ainda hoje insuficientes, como moradia e educação. Dada essa anacrônica confusão, é preciso um certo cuidado ao estudar meios consensuais de solução de conflitos no Brasil: eles não podem ser mero paliativo contra a crise de litigiosidade e o afogamento dos tribunais, mas sim um meio de acesso à ordem jurídica justa.

1.1.2. Considerar os MASC uma forma adequada de resolver conflitos é conferir uma interpretação adequada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV da CF/88. Inafastabilidade não é do Poder Judiciário, mas do acesso à justiça. E, se os meios extrajudiciais (em especial os consensuais) têm na pacificação social um de seus fundamentos, é que se deve levar em conta a noção de sistema multiportas: cada controvérsia pode ser solucionada de várias maneiras, umas mais, outras menos adequadas.

1.1.3. A consolidação desse ideário do sistema multiportas no direito brasileiro levou à positivação de normas relacionadas aos meios consensuais de solução de controvérsias. A Res. CNJ nº 125/2010 é tida como grande pedra angular do tema, e instaurou uma política pública de tratamento adequado de conflitos que ainda hoje motiva a produção legislativa e doutrinária. Anos depois, o CPC e a Lei de Mediação seguiram a mesma linha, formando uma “tríade” de marcos legislativos dos meios autocompositivos.

1.2.1. Nesse âmbito, a mediação, que possui na pacificação social um de seus fundamentos, tem íntima relação com a recuperação judicial. Nesta, destinada à superação da crise econômico-financeira da empresa, não é suficiente a mera novação das dívidas com os credores: é preciso manter relações comerciais estratégicas e dirimir disputas para que a devedora possa se reorganizar e manter suas unidades produtivas. Disso decorre a importância da participação das partes na construção das soluções (que é, outrossim, um fundamento dos meios consensuais): pacificação social se atinge com uma decisão que satisfaz, tanto quanto possível, ambas as partes, sem a sensação de “perde-ganha” típica do processo adversarial e da sentença adjudicada. Mesma lógica segue a recuperação judicial, que confere aos credores o poder de decidir sobre o plano apresentado pela devedora e, conseqüentemente, sobre o sucesso ou o fracasso da tentativa de superação da crise.

1.2.2. Não é surpreendente, portanto, que a mediação e a recuperação judicial tenham paulatinamente se aproximado nos últimos anos. À tímida produção doutrinária de alguns anos atrás somaram-se algumas experiências exitosas em casos concretos (uma das quais, o caso Saraiva, estudo *supra*, capítulo 3.2.1). A mudança no cenário ensejou a Rec. CNJ nº 58/2019 e, pouco tempo depois, a positivação (via Lei nº 14.112/2020) na LREF, das mediações antecedentes e incidentais aos processos de recuperação judicial.

1.2.3. Com a reforma, a LREF passou a disciplinar as mediações e conciliações nos artigos 20-A a 20-D. Alguns aspectos da lei reformada são importantíssimos para a prática, como a proibição das discussões sobre reclassificação dos créditos ou a suspensão de prazos por sessenta dias durante as negociações. Em outros trechos, a legislação pode ser minudente – pois se refere mais às mediações e conciliações judiciais conduzidas nos CEJUSC do que às *ad hoc*, muito mais flexíveis – ou confusa – como na ausência de uma discriminação mais precisa entre o que seria uma mediação e o que seria uma conciliação.

1.2.4. Apesar da novidade da lei, isso não é suficiente para consolidar a mediação como uma prática reiterada no âmbito das recuperações judiciais: há dois grandes desafios, que só com o tempo e os costumes poderão ser superados. O primeiro se refere ao desconhecimento e ao despreparo da comunidade jurídica, pois o estudo dos meios consensuais, mesmo passados

quase dez anos da Res. CNJ nº 125/2010, ainda é insuficiente nos cursos de graduação. No que se refere aos profissionais do direito das empresas em crise (seara na qual a mediação foi introduzida há pouquíssimo tempo) o desconhecimento pode ser ainda maior. Já o segundo desafio é a ausência de normatização expressa sobre como implementar uma mediação em um caso concreto: um procedimento padrão, um guia de boas práticas ou outros possíveis nortes interpretativos ao profissional que se deparasse com essa dificuldade.

1.3.1. Apesar desses desafios, a inserção da mediação nos processos concursais merece ser estudada porque a crise da empresa é um conflito multifacetado, com múltiplos interesses em jogo. Justifica-se, aliás, um estudo que parta da realidade controvertida para, a partir da compreensão sobre ela, encontrar respostas adequadas no campo do direito processual: uma instrumentalidade metodológica que sirva à busca pelo meio mais adequado de resolver a controvérsia. No caso estudado, a própria natureza da recuperação judicial reforça essa opção, pois é instituto bifronte que se apresenta tanto como de direito material (o juiz *concede a recuperação judicial*) como de direito processual (o processo de recuperação judicial). E, com essa análise, constata-se que a recuperação judicial sofre de um déficit de participação (e/ou de representação) de diversos interesses, seja em relação ao poder de decidir o resultado desse conflito, seja mesmo na possibilidade de deliberar e influenciar na tomada de decisão.

1.3.2. Uma vez que se pretende estudar a recuperação judicial a partir da realidade controvertida – que conta com diversos interessados de características muito diversas entre si – revela-se adequada a adoção da tipologia de litigantes de MARC GALANTER: participantes eventuais e litigantes eventuais. Ao longo do processo de recuperação judicial, as partes experimentam vantagens ou desvantagens estruturais de acordo com seu acesso a informações, seu corpo jurídico, seus recursos financeiros, sua expertise em processos que tais, sua aversão ao risco etc. Constatar que certos sujeitos interessados na crise da empresa experimentam desvantagens ao longo do processo conduz à necessidade de se importar com argumentos de qualidade nesse processo, e não apenas com argumentos de produção como economia processual ou dispêndio de recursos. Um processo mais adequado deve ser aquele que, atento a essas desvantagens, proporcione melhores condições para que todos os sujeitos vejam seus interesses considerados e, tanto quanto possível, contemplados nas decisões que vierem a ser tomadas.

1.3.3. Na recuperação judicial, essa discussão tem um epicentro bastante evidente, que é a Assembleia-Geral de Credores: apenas um grupo de interessados (aqueles com interesse econômico-creditício) detém o poder de deliberar e decidir sobre o plano de recuperação judicial e, conseqüentemente, sobre o futuro da empresa. Mesmo os credores que também têm

outros interesses, como os trabalhadores, podem ter dificuldades de influenciar o resultado dos debates e das votações. O critério majoritário da LREF – aprovação por “cinquenta por cento mais um” dos votos – acaba gerando uma instabilidade, porque há muitos interesses não considerados e, potencialmente, uma minoria expressiva e insatisfeita.

1.3.4. O que se busca, portanto, é uma forma de ampliar a participação dos interessados, diretamente ou por representação adequada, a fim de proporcionar a elaboração de um plano de recuperação judicial que contemple de forma mais satisfatória essa complexa realidade controvertida. Aqui entra a noção de construção de consenso, destinada a obter uma solução aceita, se não por todos os envolvidos, por uma maioria esmagadora. Isso não significa pugnar pela alteração da LREF sobre as classes de credores, o direito de voto em AGC ou questões afins: quer-se apenas subsidiar aqueles que têm o poder de decidir (os credores em AGC) com o resultado das discussões sobre todos os demais interesses, de forma que isso se reflita no plano que vier a ser aprovado. A mediação é uma ferramenta que tem muito a contribuir com esse objetivo.

1.3.5. Na recuperação judicial, diversos sujeitos envolvidos na crise de empresa podem experimentar desvantagens estruturais ao longo do processo, que conduzem a um déficit de participação e de representação de seus interesses na tomada de decisão. Esse déficit leva a alguns riscos decorrentes do critério majoritário “cinquenta por cento mais um” adotado pela LREF, como a instabilidade e a falta de legitimidade das decisões tomadas. Dessa forma, é interessante incentivar a criação de processos de construção de consenso que não substituam as arenas de decisão da recuperação judicial (notadamente, a AGC), mas que combatam o déficit de participação dos interessados, a fim de que a decisão a ser tomada no processo seja a mais informada possível. Esse é o papel da mediação antecedente ou incidental aos processos de recuperação judicial.

2.1.1. O juiz, que não é parte na mediação, tem um papel de incentivo ao uso de meios consensuais de solução de disputas e, também, de controle dos acordos e decisões tomados nesses meios. No âmbito da recuperação judicial, isso significa verificar se os acordos havidos em sessões de mediação observam princípios típicos dos processos concursais, como o *best interest of creditors*, *unfair representaion* e *fair and equitable*.

2.1.2. O mediador que atua em recuperações judiciais deve estar ciente das desvantagens estruturais de diversos mediados e, também, de seus custos informacionais, seus déficits de participação. Em razão disso, sua postura deve se aproximar do modelo educador de normas, pois, com o emprego das técnicas de mediação que entender mais adequadas a cada momento, auxiliará na construção de um consenso informado. Dentro desse modelo, o mediador deve ter

uma orientação *problem-solving*: uma decisão em AGC sobre o plano fatalmente será tomada, então existe a necessidade de buscar um acordo adequado a todos os envolvidos.

2.1.3. O administrador judicial, enquanto *longa manus* do juiz, também possui o dever de incentivar o uso de meios consensuais e o de controlar e fiscalizar as decisões tomadas pelas partes no âmbito desses MASC. Para além disso, ele também tem um dever informacional para com as partes: desde responder dúvidas sobre o processo, elaborar relatórios sobre o plano de recuperação judicial, até diminuir os custos informacionais dos interessados e zelar pela transparência das informações por parte da devedora, o administrador judicial pode auxiliar o mediador a criar um ambiente que permita a construção de um consenso informado.

2.1.4. Por sua vez, as partes devem colaborar para o atingimento do consenso por meio da negociação baseada em interesses, e não em posições. Deve-se criar opções de ganho mútuo, pois a crise da empresa é um conflito de natureza distributiva e as decisões não precisam (não devem) ser tomadas com a lógica do “perde-ganha”, do “jogo de soma zero”.

2.2. O processo de recuperação judicial possui três fases bastante distintas: postulatória, deliberativa e executiva. Do quanto exposto ao longo do trabalho, a mediação, enquanto ferramenta que auxilia a construção do consenso, tem papel preponderante na fase deliberativa (na qual se encontra a AGC); na fase postulatória, a mediação provavelmente teria espaço para preparar e subsidiar a fase deliberativa. Na fase executiva, há espaço para o ajuste pontual dos acordos já firmados (sem a necessidade de rediscussão ampla). A mediação, contudo, também tem espaço *antes* e *depois* dessas três fases. Antes, porque a própria LREF prevê a mediação antecedente, e ela pode ser útil até mesmo para evitar o pedido de recuperação judicial. Depois, porque a fase executiva está sujeita a termo de dois anos, mas as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial podem ser muito mais longas do que isso: a mediação auxilia na manutenção de um envolvimento continuado entre as partes.

2.3. Todo o raciocínio acerca da mediação antecedente ou incidental à recuperação judicial tem sido feito com o objetivo de proporcionar a construção do consenso, donde decorre que a mediação terá, como objeto mais frequente, a negociação dos termos do plano de recuperação judicial. Isso não impede, todavia, a mediação acerca de outros diversos aspectos da recuperação judicial, como as habilitações e impugnações de crédito ou a consolidação substancial. A mediação pode ter um escopo bastante amplo, e essa extensão abarca tanto o seu objeto quanto os sujeitos que dela podem participar: um processo de construção de consenso não precisa, e nem deve, estar amarrado às partes e ao objeto litigioso de uma demanda judicial.

2.4. Os custos da mediação podem ser um fator de preocupação em um cenário já marcado pela crise econômico-financeira. Apesar disso, algumas conclusões podem ser tomadas para

afastar esse temor e, conseqüentemente, permitir a instalação do MASC. A primeira é a existência de uma necessária preocupação com argumentos de qualidade, e não apenas com argumentos de produção: para uma recuperação judicial ser qualitativamente melhor, pode ser que valha a pena arcar com um gasto a mais. A segunda conclusão é a de que esse gasto, como comprovaram os estudos de caso, provavelmente será irrisório se comparado ao passivo da devedora. E a terceira é a de que, a qualquer momento, o que impera na distribuição dos custos da mediação é a autonomia da vontade das partes, que não necessariamente precisam onerar a devedora com isso.

2.5. Para a construção do consenso, é preciso atentar-se a cinco passos principais. O primeiro é a convocação dos participantes, que não necessariamente corresponderão às partes processuais; aliás, na lógica da LREF de que as partes do processo são apenas aquelas que têm interesse econômico-creditício, é de todo importante convocar os demais interessados. Após essa convocação, deve-se atribuir papéis e responsabilidades aos participantes do processo: desde funções mais corriqueiras, como secretariar o mediador e redigir uma ata, até atuar como representante de um grupo mais ou menos organizado de interesses. O terceiro passo e o cerne da construção do consenso é resolver os problemas coletivos pela mediação, com o emprego das técnicas adequadas para tanto. A quarta etapa é o fechamento do acordo, mas não só daquele havido nas sessões de mediação: deve-se encaminhar as conclusões a que os mediados chegaram aos agentes com poder de decisão sobre os problemas discutidos. No âmbito da recuperação judicial, esses agentes podem ser os credores reunidos em AGC, que determinam a aprovação ou rejeição do plano de recuperação. Por fim, a quinta etapa é o cumprimento dos compromissos assumidos, amarrando formalmente as obrigações avençadas informalmente: em um cenário ideal, no qual o consenso foi atingido e todas as partes têm o desejo comum de ver a crise da empresa ser superada, pode haver mesmo obrigações autoexecutáveis, sem a necessidade de se recorrer a cumprimentos forçados.

3.1. Em complemento às considerações dogmáticas dos primeiros capítulos, fez-se também pesquisa empírica, consistente em estudos de casos de duas recuperações judiciais que fizeram uso da mediação incidental. Em ambas, procedeu-se a uma análise documental dos autos da recuperação judicial, bem como a entrevistas semidiretivas com os sujeitos imparciais do processo: juiz, administrador judicial e mediador.

3.2. No caso Saraiva, tido como o grande *leading case* em matéria de mediação na recuperação judicial, observou-se um resultado positivo: aprovação de um plano de recuperação judicial por grande maioria dos credores, sem que isso representasse despesas adicionais ou demora no processo de recuperação judicial. No caso Enpavi também foi possível constatar

essas vantagens, mas com um acréscimo importante em relação ao caso Saraiva (e que pode, provavelmente, se justificar em razão da reforma da Rec. CNJ nº 58/2019, da reforma da LREF e de uma maior familiaridade dos profissionais com o tema estudado): uma institucionalização maior da mediação como um procedimento ancilar à recuperação judicial, e não como uma ferramenta “interna” do administrador judicial que pudesse ser confundida com a mera otimização de suas funções no processo.

Estudar dois casos é pouco para tecer conclusões que possam extrapolar para processos vindouros. Entretanto, o que se pretendeu fazer neste trabalho foi demonstrar a existência de déficits de participação de interessados na crise da empresa nos processos de recuperação judicial, donde se justifica *por que* utilizar a mediação de forma antecedente ou incidental a eles. Buscou-se, a partir disso, tratar de *como* implementar a mediação nesse cenário. Sem pretensões de criar um manual ou instruções a serem seguidas a ferro e fogo, foram analisados o papel dos sujeitos do processo em relação à mediação, os momentos do *iter* processual da recuperação judicial em que ela pode ser instaurada; os objetos possíveis sobre os quais se pode convencionar nas sessões de mediação; os custos da mediação e as formas de fixação e de distribuição entre os mediados, e os aspectos procedimentais necessários à criação de um processo de construção do consenso.



## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of Economics*, vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALMEIDA, Gustavo Milaré; JORGETI, Lourdes Regina. *A prática da mediação em recuperação judicial e a reforma da lei*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 359-381.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 15, p. 7-20, 1998.

ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolaor. Arbitragem e empresas em crise: o novo mercado de financiamento por terceiros. *Jota*, 3 ago. 2016. Fonte: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-03082016>>.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. First report of the select advisory committee on business reorganization. *The Business Lawyer*, vol. 57, n. 1, p. 163-244, nov. 2001.

ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 272-332.

ASQUINI, Alberto. *I batteli del Reno*. In: *Studi giuridici in memoria de Filippo Vassali*, vol. I. UTET: Torino, 1960, p. 119-134.

\_\_\_\_\_. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSMAR, Gabriela. *Comentários ao artigo 21*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord.). *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 130-135.

AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 35, p. 97-114, jul./set. 2008.

AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Mediação no novo CPC: avanços e desafios. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 51, p. 461-478, out./dez. 2016.

AZEVEDO, André Gomma (coord.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BAIRD, Douglas. A world without bankruptcy. *Law and contemporary problems*, [s.l.], vol. 50, n. 2, p. 173-193, 1987.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março de 2016. *Consultor Jurídico*, 22 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 115, ano 27, p. 21-40, jan./fev. 2018.

BERGAMASCHI, André Luís; SILVEIRA, Bruna Guapindaia Braga da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Participação do atingido por desastres na formação de teses jurídicas via Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, vol. 12, n. 4, p. 2419-2459, 2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/05 comentada artigo por artigo. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BISSOLATTI, Kleber de Nicola; ANTONACCI, Monique Helen. *A consolidação substancial*: antes e após a reforma da lei 11.101/2005. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 829-855.

BONILHA, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 385-410, abr./jun. 2018.

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos*: conceito e técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 147-186.

\_\_\_\_\_; MAZZONETTO, Nathalia. *A mediação e sua inserção em novos contextos* – contribuição em cenários de crise e de reestruturação de empresas e na recuperação judicial. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência*: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2022, p. 63-80.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BURANELLO, Renato; LEIRIÃO FILHO, José Afonso. *O novo regime de sujeição de créditos na reestruturação da atividade de produção rural*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 695-714.

BURR, Anne. Building reform from the bottom up: formulating local rules for bankruptcy court-annexed mediation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, vol. 12, n. 2, p. 311-358, 1997.

BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALDAS AULETE. *Diccionario contemporaneo da lingua portugueza*, t. I. Lisboa: António Maria Pereira, 1881.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresas: o novo regime da insolvência empresarial*; Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Manuale del diritto commerciale*. 6. ed. Torino: UTET, 2015.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1982, p. 234-245.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CARNAÚBA, César Augusto Martins; MENDES, Marina Rocha Cavalcanti Barros. *Mediação judicial em casos complexos: estudo de casos no Judiciário brasileiro*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 669-693.

\_\_\_\_\_; VASCONCELOS, Ronaldo. Arbitragem, insolvência e o dilema da publicidade. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 292, p. 399-432, jun. 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente*. In: WOLKART, Erik Navarro *et al.* (coord.). *Direito, processo e tecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 621-637.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Pressupostos subjetivos e legitimidade da parte na reforma da Lei nº 11.101/2005 (Lei nº 14.112/2020)*. In: FRAZÃO, Ana; MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R.; CAMPINHO, Sérgio (coord.). *Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho*, vol. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 753-779.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Processo de execução e moedas digitais: uma perigosa releitura contemporânea de “Os bons companheiros”*. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 539-558.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Compliance e recuperação de empresas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Compliance no direito empresarial*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 287-312.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

\_\_\_\_\_. *Instituciones del proceso civil*, vol. 1. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1997.

CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005*. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). *Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005*. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: UNAM, 2000.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial da sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial*. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 365-385.

\_\_\_\_\_; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência*. In: CEREZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 15-38.

\_\_\_\_\_; SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. *Revista do advogado*, São Paulo: AASP, vol. 36, n. 131, p. 216-233, out. 2016.

CHO, Tae Young. *Mediação e conciliação como instrumentos de governança na recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, 162 p.

CIAMPOLINI NETO, Cesar; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; PIVA, Fernanda Neves. *O financiamento da empresa em recuperação judicial diante da reforma da lei de recuperação de empresas e falência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 799-801.

COBB, Sara. Empowerment and mediation: a narrative perspective. *Negotiation Journal*: [s.l.], vol. 9, n. 3, p. 245-259, Jul. 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos*: São Paulo, ano 16, n. 39, p. 59-77, jan./mar. 2015.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO, Luis Felipe. *O administrador judicial como agente indutor dos objetivos da reforma do sistema de insolvência brasileiro: as funções transversais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 105- 120.

\_\_\_\_\_; MELO, Alexandre Nasser de. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Curitiba: Juruá, 2021.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DEUTSCH, Morton. *A resolução do conflito*. In: AZEVEDO, André Gomma de (coord.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 29-40.

DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Coleção Grandes Temas do novo CPC, vol. 1 (coord. geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 19-26.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para a estruturação do procedimento*. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 310, p. 237-262, dez. 2020.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 275, p. 193-228, jan. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONG, Yucheng; XU, Jiuping. *Consensus building in group decision making: searching the consensus path with minimum adjustments*. Springer: [s.l.], 2016.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: FGV, 2013.

ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. *University of Massachusetts Law Review*, vol. 4, n. 1, p. 76-89, Jan. 2009.

FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

\_\_\_\_\_. *Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 71-90.

FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3/4, p. 631-654, 1980-1981.

FERREIRA, William Santos. *O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo – perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo*. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. (coord.). *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 535-552.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-146.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. *Negociação*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211-225.

\_\_\_\_\_, FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, p. 371-395, 1990.

\_\_\_\_\_. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

\_\_\_\_\_. Planet of the APs: reflections on the scale of Law and its users. *Buffalo Law Review*, [s.l.], vol. 53, n. 5, p. 1369-1417, 2006.

\_\_\_\_\_. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, [s.l.], vol. 9, n. 1, p. 1-71, 1974.

GONÇALVES, Ana Maria Maia; CEBOLA, Cátia Sofia Marques. *Mediação de recuperação de empresas: algumas considerações prático-legais baseadas no sistema português*. MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 279-300.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOUVEIA; Luiz Antonio Sampaio. *Uma visão pragmática da mediação*. MOREIRA, António Júdice et al. (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 243-256.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação civil pública; defesa de interesses individuais homogêneos; tutela coletiva e tutela individual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 556-582.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo da garantia do contraditório*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 17-45.

\_\_\_\_\_. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC*. In: VV.AA. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

GUERRERO, Luis Fernando. *Conciliação e mediação – novo CPC e leis específicas*. In: WALD, Arnoldo (org.). *Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação*, vol. VI: Mediação e outros institutos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 789-814.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos processos: os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

HANESAKA, Thais D’Angelo da Silva et al. *O instituto do Cram Down e a sua incidência para a concessão da recuperação judicial com base nos dados estatísticos coletados pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência (NEPI-PUC/SP)*. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio H. R.; SACRAMONE, Marcelo Barbosa (coord.). *Direito comercial, falência e recuperação de empresas: temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79-103.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. *The Georgetown Law Journal*, vol. 89, p. 439-468, 2001.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49, p. 171-194, 1948-1949.

HAYES, Maurice. Access to Justice. *Studies: An Irish Quarterly Review*, Ireland, vol. 99, n. 393, p. 29-42, 2010.

INSTITUTO RECUPERA BRASIL. *Eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial*. São Paulo: 2017.

IWAMOTO, Carolina Kiyomi. “Best interest of creditors teste” à brasileira: a tutela do melhor interesse de credores prevista no artigo 50, XVIII, da lei nº 11.01/2005. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 527-547.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 18, p. 389-402, 1996.

JUSCELINO, Cristhiane Bessas. Consideração sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva. *Revista de direito recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, jul./set. 2019.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Decision analysis, game theory, and information*. New York: Foundation Press, 2004.

KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *Shout Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016.

KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in Law, Economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. *CEJUSC Empresarial ou adequada formação de conciliadores e mediadores?* In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 23-38.

LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 93-106, abr./jun. 2007.

LEMOS NETO, Jáder Aurélio Gouveia; HAYASHI, Renato. *Sistema de alienação de ativos do art. 60 da lei de recuperação judicial: uma síntese epistemológica*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 741-763.

LOBO, Jorge. Comentários. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOMAX, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. *American bankruptcy law journal*, Denver, vol. 68, p. 55-90, 1994.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “*Sistema multiportas*”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 41-70.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, vol. 61, p. 141-164, abr./jun. 2019.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UNB, 1980.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

\_\_\_\_\_. Polícia e classes populares. *Cadernos de estudos sociais*, Recife, vol. 1, n. 1, p. 85-96, 1985.

ÓSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, 231 p.

MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. *South Carolina Law Review*, Columbia, vol. 46, p. 1259-1328, 1995.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACEDO, Giovanna Vieira Portugal; BARBOSA, Jéssica Mlucelli. *Mediação, recuperação judicial e falência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação*: resolução de disputas na empresa em crise. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 41-54.

MALHOTRA, Deepak. *Acordos quase impossíveis: como superar impasses e resolver conflitos difíceis sem usar dinheiro ou força*. Trad. Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2017.

MANGE, Eduardo Foz; MANGE, Renato Luiz de Macedo. *Classificação dos créditos na falência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 923-941.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *Comentários ao artigo 13*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 71-74.

MARQUES, Laís Azevedo Barreto. *O advento da lei nº 14.230/21 e o consequencialismo inserido no art. 17-C, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa reformada: uma necessidade*. In: POZZO, Augusto Neves dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa reformada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 273-287.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, 2009.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Pedro Batista. Dever de revelar do árbitro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 219-229, 2013.

MATTEI, Ugo. Access to Justice: a renewed global issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, [s.l.], vol. 11, n. 3, Dec. 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELO, Cinira Gomes Lima. *Plano de recuperação judicial*. São Paulo: Almedina, 2019.

MINOW, Martha. Some thoughts on dispute resolution and civil procedure. *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, p. 284-297, 1984.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MNOOKIN, Robert; PEPPE, Scott; TULUMELLO, Andrew. *Mais que vencer: negociando para criar valor em acordos e disputas*. Trad. Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas. Direito tributário e arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 23, p. 60-88, out./dez. 2009.

MORATO, Leonardo; SCAPIM, Renan. *Fortalecimento do DIP Financing no direito brasileiro: breves comentários às alterações legislativas de estímulo a essa modalidade de financiamento*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 767-778.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 01 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>.

MOURA RIBEIRO, Paulo Dias; TAUKE, Clarissa Somesom. *Mediação antecedente nos processos de insolvência*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 31-40.

MUBARAK JR., Elias; MULLE, João Paulo Betarello Dalla. *A mediação como ferramenta facilitadora nos processos de insolvência*. In: MOREIRA, António Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 51-61.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, vol. 36, p. 194-199, 2007.

NISHI, Eduardo Azuma. *A importância do administrador judicial na condução dos processos concursais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 47-66.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, ano XLI, n. 150, jun. 2021.

ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel de; GUERRERO, Luis Fernando. *O novo instituto da negociação prévia*. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)*. São Paulo: IASP, 2021, p. 339-358.

PALMA, Andréa Galhardo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *A mediação incidental na recuperação judicial: visão prática*. MOREIRA, António Júdice *et al.* (coord.). *Recuperação judicial e falência: métodos de solução de conflitos – Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 131-146.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PARGENDLER, Mariana *et al.* *The basic governance structure: minority shareholders and non-shareholders constituencies*. In: KRAAKMAN, Reinier *et al.* (coord.). *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 79-108.

PECK, James. Settlement talks in Chapter 11 after “WaMu”: a plan mediator’s perspective. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria, vol. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

PINHO, Humberto Dall Bernardina de. *Comentários ao artigo 3º*. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 20-29.

POSNER, Richard. The jurisprudence of skepticism. *Michigan Law Review*, vol. 86, p. 827-891, Apr. 1988.

PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*, vol. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1969.

RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 1, n. 1, p. 5-36, 2014.

REICHELT, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 234, p. 77-97, ago. 2014.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005*. Barueri: Manole, 2008.

RISKIN, Leonard. Mediator orientations, strategies and techniques. *Alternatives to the high cost of litigation*, [s.l.], vol. 12, n. 9, p. 111-114, Sep. 1994.

\_\_\_\_\_. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1, n. 7, p. 7-51, 1996.

SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing, in BURGER, Warren; LEVIN, Leo; WHEELER, Russell (coord.) *The Pound Conference, perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. St. Paul: West Publishing, 1979.

SADEK, Maria Tereza Ainda; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Estudos, pesquisas e dados em justiça*. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci de (coord.). *Justiça em foco: estudos empíricos*. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 15-62.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*. In: NERY JR., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 121, p. 38-50, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 201-217.

\_\_\_\_\_. *Processo civil de interesse público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-228.

\_\_\_\_\_ *et al.* A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC). *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 6, n. 1, p. 67-94, jan./jun. 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 52, p. 63-69, jan./mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Recuperação de empresas e interesse social*. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

\_\_\_\_\_. Sociedade anônima: interesse público e privado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, vol. 41, n. 127, p. 7-20, jul./set. 2002.

SALTIÉL, Augusto von; SALTIEL, Germano von. A mediação como instrumento de efetividade em processos de recuperação judicial. *Revista de direito Recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, out./dez. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Discurso e poder*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

SAPORITO, Emanuela. *Consensus building versus irreconcilable conflicts: reframing participatory spatial planning*. Springer: [s.l.], 2016.

SHAPIRO, Daniel. Negotiating emotions. *Conflict resolution quarterly*, vol. 20, n. 1, p. 67-82, Sep. 2002.

SCHAUER, Frederick. *Is defeasibility an essential property of law?* In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (coord.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 77-88.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Ana Livia Carvalho. *O papel da mediação em processos de insolvência empresarial*. In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 55-63.

SILVA, Bruna Marchese e; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Análise dos princípios aplicáveis à recuperação judicial das empresas concessionárias de serviço público. *Revista brasileira de direito empresarial*, Florianópolis, vol. 7, n. 2, p. 58-73, jul./dez. 2021.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, João Paulo Hecker da. *Convenções processuais na execução e a desjudicialização da atividade satisfativa*. In: ASSUMPÇÃO, Marcio Calil de; ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel José de (coord.). *Direito bancário: estudos da Comissão de Direito Bancário OAB/SP*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 161-193.

\_\_\_\_\_. *Processo societário: tutelas de urgência e da evidência*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

\_\_\_\_\_; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. *Recuperação judicial do produtor rural: separando o joio do trigo*. In: HANSZMANN, Felipe (coord.). *Atualidades em direito societário e mercado de capitais*, vol. IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 375-424.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13-40.

SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 88.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. *A remuneração do administrador judicial*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 573-598.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38.

SUSSKIND, Lawrence. *Consensus building and ADR: why they are not the same thing*. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 358-370.

\_\_\_\_\_; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes*. New York: Basic Books, 1987.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Trad. Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

\_\_\_\_\_; FIELD, Patrick. *Dealing with an angry public: the mutual gains approach to resolving disputes*. New York: The Free Press, 1996.

TAKAHASHI, Bruno. Dilemas éticos de um conciliador. *Revista do advogado*, São Paulo: AASP, a. XXXIV, n. 123, p. 62-69, ago. 2014

\_\_\_\_\_. *Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 103-124.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, 280 p.

TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209-239.

\_\_\_\_\_. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresa – LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXV, vol. 83, p. 98-106, 2005.

TOOHEY, Lisa; MOORE, Monique; DART, Katelane; TOOHEY, Dan. Meeting the access to civil justice challenge: digital inclusion, algorithmic justice, and human-centred design. *Macquarie Law Journal*, [Australia], vol. 19, p. 133-156, Nov. 2019.

TRUBEK, David. A vingança da criada: sobre ler e usar a nova sociologia do processo civil. Trad. Michel Roberto Oliveira de Souza. *Revista de estudos empíricos em direito*, vol. 5, n. 1, p. 148-167, mar. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. *Revista Magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre: Lex Magister, vol. 44, p. 89-104, set./out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo: o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil*. Trad. Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

\_\_\_\_\_. *Supere o não: como negociar com pessoas difíceis*. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Benvirá, 2019.

\_\_\_\_\_; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Cambridge: PON, 1993.

VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005, 13.105/2015 e 13.140/2015*. In: CEREZZETTI, Sheila; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 453-469.

\_\_\_\_\_. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. *O administrador judicial e os negócios jurídicos processuais*. In: SCALZILLI, João Pedro; BERNIER, Joice Ruiz (coord.). *O administrador judicial e a reforma da lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 343-373.

\_\_\_\_\_. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, 222 p.

\_\_\_\_\_; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. A reforma da Lei de Falências e o Curioso Caso de Benjamin Button. *Exame*, 10 dez. 2020. Disponível em: <<https://exame.com/colunistas/opiniao/a-reforma-da-lei-de-falencias-e-o-curioso-caso-de-benjamin-button/>>.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. *Revista brasileira de arbitragem*, Curitiba: CBAr, vol. 61, ano XVI, p. 36-61, jan./mar. 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Mediação na recuperação judicial: paralelos com a evolução estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 45-81, jul./set. 2019.

\_\_\_\_\_; GULIM, Marcello de Oliveira. Obrigação de trato sucessivo e seus efeitos na recuperação judicial. *Revista de direito Recuperacional e empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, jan./mar. 2018.

\_\_\_\_\_; HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. *Arbitragem, insolvência e third-party funding: qual o lugar do financiador?* In: MONTEIRO, André Luís; VERÇOSA, Fabiane; FONSECA, Geraldo (coord.). *Arbitragem, mediação, falência e recuperação: resolução de disputas na empresa em crise*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 425-447.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação judicial no Estado de São Paulo, 2ª fase do Observatório da Insolvência*: relatório. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2019.

WALDMAN, Ellen. *Mediation ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass, 2011.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. *Michigan Law Review*, vol. 92, p. 336-387, 1993.

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, p. 684-690.

\_\_\_\_\_. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 77-101, jul./set. 1996.

XAVIER, José Roberto Franco. *Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa*. In: MACHADO, Máira Rocha (coord.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 119-160.

YIN, Robert. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Christian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020, 157 p.

\_\_\_\_\_. *O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, 164 p.



## APÊNDICE A – Roteiro das entrevistas semidiretivas

### Considerações iniciais

- Informar que as entrevistas não serão anonimizadas, uma vez que os processos estudados são públicos e os entrevistados são identificáveis. Apesar disso, informar que não se pretende individualizar a resposta de qualquer dos entrevistados, a menos que o entrevistado expressamente solicite e/ou permita o contrário;
- Espera-se do entrevistado que, ao responder as perguntas, ele trate (i) do que ocorreu no caso estudado e, caso queira, (ii) dê uma opinião ou faça algum juízo de valor sobre o que poderia ser aprimorado, o que deve ser vedado, quais seriam as “boas práticas” em relação ao tema das perguntas;

### Sujeitos do processo

- Qual foi a relação do juiz da causa com a mediação? Ele participou das sessões?
- Qual foi a relação do administrador judicial com a mediação? Ele participou das sessões?
- Como foi feita a indicação do mediador? Houve alguma impugnação formal ou informal sobre o mediador ou sobre a forma de eleição?
- Houve a participação de alguma parte além de devedora e credores? Por exemplo, Ministério Público, sindicatos, outro órgão ou entidade de representação?
- No caso, houve a formação de Comitê de Credores? Ele desempenhou algum papel em relação à mediação?

### Tempo da mediação e tempo da recuperação judicial

- Houve pré-mediação? Em que ela diferiu da mediação que se seguiu a ela?
- Em que momento do processo de recuperação judicial a mediação foi instalada? E quando ela se encerrou?
- Houve algum envolvimento continuado entre os mediados após o término da mediação? Caso sim, o mediador teve algum papel nesse envolvimento continuado?

### Objeto

- Qual foi o objeto da mediação?
- Houve a discussão (e, se o caso, algum acordo) sobre temas que não envolvessem a elaboração do plano de recuperação judicial? Por exemplo, consolidação substancial ou consolidação do Quadro Geral de Credores?

### Custos

- Como foi prevista a remuneração do mediador (valor fixo, hora trabalhada, proporcional ao valor da causa etc.)? O valor foi proposto pelo mediador ou fixado judicialmente?
- Como foram distribuídos os custos da mediação? De quem partiu a ideia?
- Houve custos além dos honorários do mediador (p. ex., aluguel de salas, disponibilização de material como *flip charts* ou equipamento de gravação etc.)?

### Aspectos procedimentais

- Como foi feita a convocação dos participantes? Quem se encarregou disso?
- A participação nas sessões de mediação era franqueada a todos os interessados ou houve a eleição de representantes (p. ex., sindicatos)?
- Além do mediador, houve a atribuição de papéis a quaisquer sujeitos durante as sessões de mediação?
- Quais foram as principais técnicas utilizadas pelo mediador?
- Houve a necessidade de *caucus* com partes específicas? Por quê?
- Havia alguma divulgação, nos autos processuais ou em outros meios, dos resultados (inclusive parciais) das sessões de mediação?
- O “ponto de chegada da mediação” foi um acordo, um arrazoado com o entendimento das partes ou algum instrumento qualquer? Qual foi o propósito desse documento?

### Considerações finais

- Na sua percepção, a mediação trouxe resultados positivos para a recuperação judicial do caso analisado? Se sim, quais, e como foi possível verificar isso?

- Na sua opinião, a mediação pode ser útil para todo e qualquer caso de recuperação judicial, ou ela se revela mais útil em determinadas circunstâncias?
- Quais os principais desafios para que a mediação em recuperações judiciais se torne uma prática mais frequente e/ou eficiente?