

A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS TÉCNICAS INERENTES AO MEDIADOR EMPRESARIAL

Andréa Galhardo Palma

Master in Law (LL.M.) in International Commercial Arbitration na PennState University (EUA). Especialista em International Commercial Arbitration pela Columbia University (EUA), em Arbitragem Doméstica pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCiarb). Juíza de Direito da 2ª Vara Empresarial Regional e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da 1ª RAJ de São Paulo.

Carmen Sfeir Jacir

Master in Law (LL.M.), na Duke University (Durham, N.C., U.S.A.). Grande experiência na indústria nacional e internacional. Prática e estudos de arbitragem (Ciarb), mediação comercial (London School of Mediation), negociação (método Harvard), Dispute Boards, (CAM CCBC). Advogada no Brasil e no Chile. Solicitor na Inglaterra e Gales n/p. Mediadora empresarial. CEO y fundadora de DSD2B, desenho de sistemas de prevenção e resolução de disputas para empresas.

SUMÁRIO:

Introdução.

1. O sistema multiportas e os diferentes métodos alternativos.
2. As peculiaridades do procedimento da recuperação judicial e sua compatibilidade com o instituto da mediação.
3. Técnicas inerentes ao mediador empresarial e a questão da interpretação do artigos 165, §3º, e 166, §3º, do CPC .
4. Alguns casos bem sucedidos no Brasil.
5. Os Entraves Culturais e Estruturais.
6. A importância de uma política nacional de incentivo ao uso das ADRs.
7. Conclusão.

Referencial Bibliográfico

Introdução:

A aplicação da mediação na matéria de insolvência, até há pouco tempo era rechaçada pela maioria dos operadores do direito e alguns acadêmicos, por entender não ser adequada ao procedimento concursal, tão específico e carregado de normas cogentes, equilibrando-se no eterno dualismo pendular da legislação brasileira de insolvência, preconizado por Fabio Konder Comparato¹, ora pendente para o interesse do devedor, em manter seu negócio, ora para a proteção dos interesses dos credores, para satisfação do respectivo crédito; além do princípios basilares da preservação da empresa, maximização dos ativos e *par conditio creditorium*.

Hoje a moderna visão dountrinária, advinda da influência norte-americana, no final da década de 80, com a edição do Chapter 11, é de superação desse dualismo, reconhecendo na recuperação judicial da empresa em crise, mas viável economicamente, uma ferramenta jurídica para superação da crise, com a necessária distribuição de ônus entre devedor e credores, de forma a preservar a atividade empresarial saudável, bem como os benefícios econômicos e sociais dela.²

A Lei 11.101/05, segundo Carnio Costa foi fortemente influenciada pelo Bankruptcy Code dos EUA, adotando um sistema prestigia primordialmente a função social e a preservação da empresa (art. 47³, LFRE) ao invés do interesse do devedor ou credores propriamente ditos, estabelecendo uma distribuição equilibrada de ônus entre devedor e credores. Ao devedor cabe demonstrar a viabilidade econômica do seu plano, cumprimento estrito de sua execução, honrando com os pagamentos dos credores e tributos, mantendo a continuidade da empresa; aos credores cabe anuir ao ônus do pagamento novado, diferido ou alongado, com vistas ao sucesso e soerguimento da atividade da empresa viável, mas em crise. Cabe ao juiz, o controle e a fiscalização dessa distribuição equilibrada de ônus, que na verdade resulta de intensa negociação entre devedores e credores até a aprovação do plano

Carnio Costa, ainda, menciona que “na teoria de divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial é, na verdade, um passo adiante no raciocínio da superação do dualismo

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macroempresa, São Paulo: **RT**, 1970, p. 98-101.

² COSTA, Daniel Carnio. Recuperação Judicial de empresas- As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da Superação do dualismo pendular. In **Revista Justiça e Cidadão**, edição 207: 20.22.2017. V. tb: A Teoria da Superação do Dualismo Pendular e a Teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial de empresas. In Biblioteca Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Comercial, Edição vol. 1, julho de 2018, tópicos 1-3.

³ Lei 11.101/2005, artigo 47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

pendular. Na medida em que se reconhece que a recuperação judicial deve ser aplicada e interpretada com foco na realização dos objetivos maiores do sistema dentro qual as relações de direito material estão inseridas, observa-se que credores e devedores (inseridos no contexto da recuperação judicial) devem assumir ônus a fim de viabilizar o atingimento do resultado útil do processo e todos os benefícios econômicos e sociais decorrentes da manutenção da atividade empresarial.

Cabe ao juiz, o controle e a fiscalização dessa distribuição equilibrada de ônus, que na verdade resulta de intensa negociação entre devedores e credores até a aprovação do plano. É nesse contexto de intensa negociação prévia que a mediação se insere, como mais um instrumento adequado aos fins da própria Lei 11.101/2005, que em seu art. 161, prevê inclusive a possibilidade de o devedor propor e negociar com os credores plano de recuperação extrajudicial, demonstrando que a mediação é terreno fértil para a elaboração de um plano de recuperação para a empresa em crise, que contemple essa saudável distribuição de ônus entre devedor e credores, tendo um terceiro imparcial, facilitador da comunicação entre as partes, *expert* na área, e que possa num ambiente de confidencialidade, auxiliar na aproximação de interesses convergentes, encurtando o procedimento, altamente ritualístico e moroso, evitando impugnações desnecessárias, tornando-o célere e eficaz ao final.

O Brasil já dispõe de uma sólida base normativa dos métodos alternativos consensuais⁴ ou extrajudiciais iniciada com a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), as alterações no CPC/2015 elegendo a “obrigatoriedade” ao menos na tentativa de conciliação e de mediação, na fase judicial; o advento da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e da Lei de Mediação (13.140/2015) consagraram o instituto no nosso sistema, bem como as subsequentes recomendações 58 e 71, também do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), específicas para área empresarial. Mas, qual o momento adequado para utilização da mediação? Pela via extrajudicial ou judicial, antes ou depois da elaboração do plano? ou depois de sua aprovação? E quais matérias não poderia o mediador atuar? Quais as peculiaridades no regime recuperacional? São perguntas que pretendemos responder, mais do ponto de vista judicial e pragmático, do que acadêmico.

É cediço que a própria natureza dinâmica da atividade empresarial e suas constantes mudanças no cenário econômico, demandam soluções também dinâmicas, dotadas de

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos Consensuais de Solução de Conflito no novo CPC**. In: VVAA. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015, p. 1-11.

especificidade⁵. É nesse contexto que não só a mediação empresarial, mas as negociações extrajudiciais e a arbitragem, inserem-se como principais métodos escolhidos alternativamente à via judicial.

1. O Sistema Multiportas e os Diferentes Métodos Alternativos.

A expressão “sistema multiportas” ou “tribunal multiportas” foi originalmente cunhada pelo Professor norte-americano Frank Sander em 1979, na Conferência Pound⁶, idealizador do conceito, para evidenciar a importância de monitorar os diferentes mecanismos de solução de conflitos, para diferentes disputas considerando suas especificidades visando à eficiência. Na época já se utilizava nos EUA, com bastante frequência, a negociação e a mediação extrajudicial, tradição advinda da Common Law, passando a Universidade de Harvard, sob o comando do Professor Frank Sander a criar a primeira cadeira dos *alternative methods of dispute resolution* (ADR) em 1982.

No Brasil o estudo das ADRs passou a ser um grade curricular efetiva somente em 2.000, decorrência da natureza adversarial do sistema codificado, de Civil Law, de influência romano-germânica, em contraposição ao sistema de precedentes- *stare decisis* característico dos países de Common Law⁷.

Atualmente nosso sistema multiportas é composto da conciliação, negociação, mediação, arbitragem e *dispute boards* (estes específicos para disputas envolvendo contratos de construção e infraestrutura).

Focaremos nossa análise na utilização da mediação na área recuperacional, muito embora a arbitragem tem sido utilizada para resolver questões satélites, como disputas entre sócios da empresa em recuperação e questões contratuais outras, que fogem ao regime de insolvência, mas podem nele influir para boa elaboração e execução futura do plano. Todavia, urge, uma breve conceituação geral de cada método que compõe nosso sistema multiportas.

Na **negociação** as próprias partes resolvem a disputa ou o conflito, sem a participação ou interferência de terceiro⁸, sendo um dos elementos essenciais a criação de valor, por meio de técnicas que possam identificar interesses comuns, acima da defesa dos

⁵ BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação empresarial na prática**. In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018, p. 255/256.

⁶ SANDER, FRANK E.A. *Varieties of Dispute Processing*. In.: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. **The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future**. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 86-87.

⁷ TUCCI, Rogério Cruz. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, São Paulo: RT, 2004, p. 185.

⁸ FISHER, Roger; Ury, William; Patton, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordo de concessões**. Tradução de Vera Ribeira e Ana Luiza Borges. RJ: Imago, 2005, p. 8.

interesses próprios, a fim de se criar opções de ganhos mútuos (*win-win*), objetivando o problema (foco no problema, não nas pessoas) e reduzindo erros na interpretação das vontades, insistindo em critérios objetivos.⁹

Na **mediação**, um terceiro facilitador, atua de forma imparcial e confidencial, para alcançar uma solução comum, valendo-se das técnicas de facilitação da comunicação (§3º, do art. 165, CPC) entre as partes ou mesmo a técnica valorativa (art. 30, §1º, III, da Lei 13.140/15), valorando o caso e propondo uma solução.¹⁰ Não há decisão a ser proferida pelo mediador.

O art. 1º, da Lei 13.140/2015 definiu a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para controvérsias”¹¹. Logo, a decisão advém das partes. No Brasil, a Lei 13.140/2015 disciplina em 48 artigos a mediação extrajudicial e a judicial.

A mediação extrajudicial pressupõe a não interferência do órgão judicial, realizada antes ou durante processos judiciais, prestada por pessoas ou entidades que não fazem parte do Poder Judiciários, nas Câmaras de Mediação e Arbitragem, com prévia aceitação das partes. Pode advir de, inclusive, de disposição contratual, indicando inclusive a instituição mediadora e a qualidade do *expert*.

O procedimento de mediação extrajudicial ocorre por provocação dos interessados, e por convites das partes, feitos por quaisquer meios, inclusive por email. Segundo Longo, o fato de a mediação ser pré-processual, realizada antes de uma demanda judicial, portanto, não significa, necessariamente, que se trata de mediação extrajudicial. Os Tribunais, através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, promovem mediações judiciais no âmbito pré-processual.”¹²

Já, mediação judicial pode ocorrer tanto nos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSCs), ainda na via pré-processual, como no curso do processo judicial (art. 24, Lei n.13.140/15), e em ambos os casos a nomeação do mediador será feita

⁹ SIOUF FILHO, Alfred Habib. **Negociação para resolução de Controvérsias**. In: Salles, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords). **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito**. São Paulo: Método, 2012, p. 89.

¹⁰ AYMORE, Matheus Carreteiro. **Métodos de Resolução de Conflitos nos Contratos Empresariais: uma visão prática**, pág. 34. In: Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos empresariais- Adjudicação, Dispute Boards, mediação e Arbitragem. São Paulo: IOB Sage, 2017.

¹¹ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A mediação no contexto de solução multiportas de solução de disputas**. In: *Lei de Mediação Comentada artigo por artigo*. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coords), SP: Foco, 2018, p. 5.

¹² LONGO, Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista de. **A recuperação Empresarial e os métodos adequados de solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, 2020, p. 71-72

pelo juiz, ou seja, não sujeitos à aceitação prévia das partes (art. 25, da Lei 13.140/15), dentre os profissionais cadastrados e certificados, de acordo com as regras dos respectivos Tribunais, em consonância com a normativa do Conselho Nacional de Justiça, inclusive quanto ao aspecto remuneratório (vide Resolução 271/18, do CNJ).

Cumprе ressaltar que, apenas recentemente, com a edição recomendação n. 58, de 22/10/2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³ passou-se a recomendar o uso da mediação aos juizes responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, como forma de auxiliar na resolução de todo e qualquer conflito entre empresário/sociedade, em recuperação ou falido, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo. A recomendação reconheceu o caráter complexo dos interesses em disputa na área da insolvência, tendo como referência a existência de casos exitosos com a utilização dessa ferramenta.

A recomendação n. 58, embora não vinculativa ou obrigatória aos juizes, tornou-se uma diretriz e um marco importante na legitimação da mediação, no campo da insolvência, até então questionada por diversos operadores do direito, e muitas vezes, por legítimos fatores: falta de mediadores cadastrados nos Tribunais, experts na área, a resistência e descrença de juizes quanto à eficácia do método, a pouca familiaridade com o instituto, por parte dos *players*: partes, advogados e juizes quanto ao tema; e a frequente dúvida quanto ao momento correto de sua utilização antes ou depois da judicialização, e quais matérias legitimar a atuação do mediador.

O art. 2º, da Recomendação n. 58, do Conselho Nacional de Justiça, forneceu diretrizes ao elencar hipóteses em que a mediação poderá ser implementada nos processos de recuperação judicial:

- I- nos incidentes de verificação de créditos, permitindo que o devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor dos créditos 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 dos Credores;
- II- para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando as suas chances de aprovação pela assembleia geral de credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia;
- III- para que credor e devedores possam pactuar, em conjunto, nos casos de consolidação processual, se haverá consolidação substancial;
- IV- para solucionar disputas entre sócios/acionistas do devedor;

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 58**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. In: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>.

V- em casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e

VI- nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do §3º, do art. 49, da Lei n.11.101/2005, ou demais credores extraconcursais

§1º- É vedada a mediação acerca de classificação dos créditos.

Abordaremos com mais profundidade essas questões quando tratarmos das peculiaridades da recuperação judicial e onde a mediação efetivamente tem se mostrado eficiente, adequada.

Cumpre esclarecer, por ora, que todo e qualquer acordo ou o resultado das negociações advindas da mediação passarão, inevitavelmente, pelo controle jurisdicional – que não toma conhecimento do conteúdo das discussões, ocorridas no ambiente confidencial da mediação, mas tem acesso ao relatório do mediador quanto à existência ou não do sucesso da negociação entre as partes, quanto à elaboração consensual do plano de recuperação, e seu conteúdo, seja prevendo alongamento da dívida, ou redimensionamento da empresa ou venda de UPIs, etc... porque cabe juiz zelar pelo equilíbrio de ônus e bônus entre interesse de devedor e credores, bem como garantir a observância dos princípios da *par conditio creditorum*, da preservação e função social da empresa, maximização dos ativos da empresa, bem como dos bens essenciais ao seu funcionamento.

Aliás, o art. 50, da Lei 11.101/2005 prevê um rol não exemplificativo dos meios de recuperação (18 sugestões), abrindo espaço para que, no âmbito da negociação entre devedor e credores, por meio da negociação ou mediação, ache-se a melhor solução que atende ao interesse de ambos, sem afetar a função social e a preservação da empresa em crise.

Já, na **arbitragem** as partes escolhem livremente uma jurisdição privada, por meio de convenção ou compromisso arbitral, para que um terceiro, denominado árbitro ou Tribunal Arbitral, em regra *expert* na matéria em disputa, decida com imparcialidade o mérito da questão, com denifinitividade e irrecorribilidade, em regra.¹⁴

A arbitragem no Brasil é basicamente regulada pela Lei 9.307/96, e suas alterações promovidas pela Lei n.13.129/15¹⁵, mas também por outros diplomas legais, tais como tratados e convenções internacionais, leis ordinárias¹⁶, definindo em seu art. 1º o âmbito da arbitrabilidade objetiva e subjetiva ao dispor: “Art.1º- As pessoas capazes de contratar

¹⁴ CARBONNEAU, Thomas E. **Arbitration in a Nutshell**. USA: West Thomson Reuters, 2012, p. 16.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96**. 3ª ed., SP: Atlas, 2009, p. 11.

¹⁶ ABBUD, André de A. C; LEVY Daniel; ALVES, Rafael F. Lei de Arbitragem Anotada. SP: **RT**, 2019, p. 22-24.

poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. §1º- A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis.”

Tem-se apontado as vantagens da arbitragem para a solução de litígios empresarias e societários, em razão da celeridade, confidencialidade¹⁷ do procedimento e a possibilidade de nomear árbitros ou Tribunal Arbitral, cadastrados nas diversas Instituições Arbitrais existentes no Brasil e Exterior, com expertise para lidar com contratos internacionais, acordo de acionistas, disputas societárias em geral.

Por fim, outro método bastante inovador que pode ser destinado a resolver questões satélites das empresas que exercem atividade voltada para área de infra-estrutura e construção, são os chamados **“dispute boards” (DRBs) ou comitês de prevenção e solução de disputas** destinados a resolver litígios entre as partes contratantes, por meio de comitês independentes escolhidos previamente (ou não) pelas partes para “recomendar” ou “solucionar” a questão conflituosa, ainda no canteiro de obra. Os DRBs quando pactuado no início da contratação tem um forte conteúdo de prevenção de disputa, porque atuando desde o início da execução do contrato de construção, funcionam como órgão revisor e fiscalizador do contrato e emitem recomendações, evitando litígios futuros. São os denominados *dispute recommendation boards* (DRB). O custo dos DRBs e DABs são igualmente arcados pelas partes contratantes.

A resolução de litígios pode ser realizada por um *dispute adjudication board* (DAB), permanente ou *ad hoc*, nomeado de acordo com o contrato. O DAB atua na capacidade de perito e não de árbitro, embora as regras processuais inerentes a essas formas possam estabelecer um processo quase arbitral.

Normalmente, esse comitê do DAB é composto por três membros, dois advogados e um engenheiro, que após a análise da controvérsia, com o contraditório e avaliação pericial, emite uma decisão – de natureza contratual e vinculativa entre as partes, mas não imediatamente executável - sobre o caso, devendo as partes acatarem. Nessa hipótese o “dispute board” atua como órgão solucionador de disputa. Caso não haja cumprimento, busca-se a via judicial ou arbitral para “executar” a decisão do DAB. Em 2018, o Município de São Paulo aprovou a Lei n. 16.873, de 22.11.2018 reconhecendo e regulamentando a instalação de

¹⁷ Sobre os limites da confidencialidade e transparência na arbitragem, Ver: FINKELSTEIN, Cláudio. **Limitações à Confidencialidade na Arbitragem Comercial: Publicidade e Transparência.** In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018, p. 84/85.

comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura do Estado de São Paulo.¹⁸

O instituto do *dispute board* é muito utilizado nos contratos internacionais, especialmente os de modelo FIDIC, decorrente muitas vezes de exigência dos financiadores internacionais, e aportou no Brasil, com grande sucesso. Algumas Câmaras de Mediação e Arbitragem como a CAM-CCBC e a FIESP/CIESP já oferecem esse serviço, de forma privada, com regulamento próprio às partes contratantes.

Basicamente, é essa a visão geral dos métodos alternativos à disposição no nosso sistema normativo.

2. As Peculiaridades da Recuperação Judicial e sua compatibilidade com o instituto da mediação.

A recuperação judicial, tal como prevista no art.47, da Lei n.11.101/2005¹⁹ tem por escopo possibilitar o soerguimento e preservação da empresa em crise-econômico financeira, mas que ainda se encontra viável para o funcionamento, produção de riqueza e trabalho.

A Lei erigiu o princípio da preservação e função social da empresa como o fiel da balança na composição dos interesses do devedor, credores e trabalhadores.²⁰

¹⁸ Lei Municipal n. 16.873, de 22.02.2018, Art.2º: “O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado (...)”

¹⁹ Lei 11.101/2005: Art.47: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da empresa em 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 e sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

²⁰ Nesse sentido, v. SACRAMONE. Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. SP: Saraiva, 2018, p. 224: “A preservação da empresa, erigida como objetivo do instituto da recuperação judicial pela Lei n. 11.101/2005, procura romper com esse movimento pendular. A empresa, conceito econômico e que poderia ser transplantado para o sistema jurídico com diferentes perfis 227 , é preponderantemente caracterizada em seu perfil funcional no direito brasileiro como atividade. Sua preservação é pretendida pela LREF como um modo de se conciliar os diversos interesses afetados com o seu desenvolvimento. Como fonte geradora de bem-estar, a função social da atividade empresarial é justamente se desenvolver e circular riquezas, de modo a permitir a distribuição de dividendos a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar a oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional. A LREF, nesse ponto, rompe com a dinâmica das legislações anteriores para considerar a superação da crise econômico-financeira como um modo de satisfação não apenas de interesses de credores e devedores, o que uma solução simplesmente liquidatória já poderia assegurar. Reconhece-se que a preservação da empresa e sua função social assegura também o atendimento dos interesses de terceiros, dos empregados, dos consumidores e de toda a nação. Mais do que um simples objetivo do instituto, a preservação da empresa reflete os valores sobre os quais toda a Lei Falimentar é erigida. Por sua imposição, orientam-se o intérprete e aplicador diante de eventuais conflitos ou omissões legislativas como fundamento norteador para a superação das lacunas ou aparentes contradições. Ainda sobre o princípio da preservação da empresa e sua abordagem de direito comparado ver: CEREZETII. Sheila Christina Neder. A Recuperação judicial de Sociedades por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. SP: Malheiros, 2012, p. 88-151.

A peculiaridade de seu procedimento reside no fato de que, desde seu processamento a empresa ou empresário devedor tem as ações e execuções suspensas, sua autonomia administrativa limitada, passando a atuar de forma coordenada com os interesses da maioria dos credores listados no procedimento, os quais deverão também cooperar para a viabilidade econômica do plano, opinando sobre ele, sem criar obstáculos injustificados que impeçam a reestruturação da empresa em crise, mas viável.

Além disso, complexidade do procedimento e suas diversas fases ensejam inúmeras questões que exigem desde: 1) análise judicial objetiva dos requisitos legais do processamento (art. 51, incisos I a IX, e §§, da LREF); 2) Deferimento do processamento (art. 52); 3) Verificação e habilitação de créditos; 4) Elaboração do plano; 5) Aprovação ou Objeção pelos Credores; com instauração ou não da Assembleia Geral; 6) Classificação dos créditos e ordem dos respectivos pagamentos, segundo o critério legal; 8) Análise de questões incidentais (ex. consolidação consubstancial, travas bancária, etc...); 7) Fase de execução do plano até o encerramento da recuperação, exigem uma capacitação específica seja do juiz, seja do administrador do judicial ou advogados.

E, por tratar a recuperação de equilibrar os interesses do devedor, dos credores e terceiros, possibilitando e exigindo que haja cooperação entre eles, e que possam votar as questões em assembleia, num ambiente de negociação, é que sua natureza se compatibiliza com o instituto da mediação.

Na mediação, por meio de diferentes técnicas (facilitativa, avaliativa, transformativa ou adaptativa²¹) o mediador, terceiro isento, *expert* na área, auxiliará os players (devedor, dos credores e terceiros) na composição desses interesses, de forma a encurtar o procedimento, tornando-o mais célere e eficaz.

A figura do mediador, não se confunde com a do administrador judicial, auxiliar nomeado sob confiança do juízo, cujas funções são específicas, previstas no art. 22, inciso I e II, §§ 1 a 4º, da Lei n.11.101/05 (LREF) e intrinsecamente relacionadas à elaboração da lista dos credores, exame dos livros contábeis da empresa ou empresário devedor formação do quadro geral dos credores fiscalização do devedor, verificação de erros, fraudes ou

²¹ Na mediação facilitativa é o método mais tradicional, surgida nos EUA em meados de 1960. Nela o mediador não sugere solução, apenas aproxima as partes, que buscam por si o consenso. Na mediação avaliativa, originária dos *settlements conferences* (audiências conciliatórias realizadas por terceiros nos processos judiciais americanos), o mediador além de aproximar, propõe sugestões sobre o mérito da discussão, avaliando os dados objetivos, apresentando opções. Na mediação adaptativa o mediador alterna a técnica de acordo com a necessidade do caso. Por fim, na mediação narrativa, mais utilizada nas disputas familiares, a postura do mediador é de ouvir e interpretar subjetivamente a fala das partes, a fim de conduzir a aproximação para o consenso. LONGO. Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista. **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, p. 63-65.

inconsistências, fiscalizar o plano de recuperação, apresentar relatórios mensais ao juiz, inclusive sobre a execução do plano, e requerer a falência em caso de descumprimento. Nem poderia ser diferente, a atuação do administrador judicial (AJ) é incompatível com o princípio da confidencialidade e imparcialidade da mediação.

O administrador judicial tem o dever de reportar todo e qualquer fato objetivo ao juízo, e não atua na confidencialidade, e nem tem a missão de compor interesses das partes em jogo.

A Lei 13.140/15 é clara quanto à exigência de imparcialidade e independência do mediador (art. 2º), que atuará preservando a autonomia de vontade das partes, num ambiente de confidencialidade. Aplicam-se ao mediador, segundo a supracitada Lei, as mesmas hipóteses legais do impedimento e suspeição do juiz (art. 5º).

Fixada a premissa de que o administrador judicial não pode ser ao mesmo tempo mediador, qual seria então o perfil desse mediador na área recuperacional?

O mediador apto a atuar na área recuperacional, além das exigências legais básicas previstas no art. 9º, 11º e 12º, da Lei 13.140/15, precisa ter conhecimento específico e experiência na área, bem como conhecer o procedimento legal. A simples formação, com certificado de 40 horas em curso básico, não garante essa *expertise*. A compreensão das diversas fases do procedimento, dos diversos interesses em jogo facilita o diálogo e a propositura de soluções por parte do mediador, fomentando um maior ambiente de negociação entre as partes.

A prática na Vara Empresarial de São Paulo tem nos ensinado que o melhor momento para nomeação do mediador é desde o início do processo de recuperação judicial, isto é, desde o deferimento, porque atuará desde o início em sintonia com o administrador judicial.

O diagnóstico da empresa realizado pelo administrador judicial facilitará o trabalho do mediador desde o início, buscando a aproximação do devedor com os credores e terceiros interessados para uma futura elaboração de um plano viável economicamente, sem que seja objeto futuro de objeções e assembleias gerais, que só tornaria mais moroso o procedimento. O mediador atuará então em todas as fases do processo.

Questão recorrente onde encontrar esse mediador *expert* e como seria sua remuneração, de forma que não gerasse mais um ônus para a empresa em crise. Pois bem, a Lei 13.140/15, prevê em seu art. 12 que os Tribunais criarão e manterão cadastros atualizados de mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial, cuja exigência mínima seria de obter capacitação, com certificação advinda de curso de formação e aperfeiçoamento

realizados nos Tribunais ou na Escola de Formação de Magistrados; e que serão remunerados conforme uma tabela fixada pelos Tribunais e custeados pelas partes (art. 13, da Lei 13.140/19).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 809/2019, em 20.03.2019²², estabelecendo uma tabela de valores para mediadores judiciais, de acordo com patamares remuneratórios (básico, intermediário, avançado e extraordinário) relativos às faixas de autoatribuição (art. 2º, §1º), indicada pelos próprios mediadores quando do cadastramento.

A dificuldade inicial era localizar, num cadastro único, onde havia mediadores com capacitação diversa, localizar aqueles com *expertise* na área empresarial e recuperacional, os quais atuantes no mercado privado, com enorme experiência, com certificações até no exterior, mas sem a do TJSP ou CNJ, não se mostravam atraídos à atuarem na área judicial. Felizmente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do Numepec (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cujas funções estão elencadas na Resolução 125/10 do CNJ) e convênio com as Câmaras de Mediação como a da AASP, passou a flexibilizar o rigor do art. 12, possibilitando o cadastramento provisório desses profissionais e adequação futura do certificado básico da instituição, podendo eles serem, nomeados pelos juízo ou indicados pelas partes, para adequação futura dos certificados.

A remuneração desses mediadores, agora cadastrados de acordo com a *expertise*, segue o patamar, avançado ou extraordinário, em virtude da *expertise* e da complexidade da causa, cabendo ao magistrado do feito fazer o juízo de proporcionalidade, compatibilizando a complexidade da causa, a *expertise* do mediador, o número de sessões de mediação a realizar, fixando-se desde o início um valor provisório, para ao final sopesar, de acordo com o resultado da mediação, o valor em definitivo, existente ou não o acordo.

O cadastramento ainda necessita ser aprimorado, devendo haver um específico para as Varas Especializadas em matéria empresarial e insolvência, sugestão que já fica aos Numepecs espalhados pelo país, para facilitar a nomeação desses profissionais pelo magistrado.

Questão importante é quanto ao escopo da mediação na área recuperacional e em quais matérias o mediador poderia atuar sem violar as normas cogentes existentes quanto, por exemplo, à verificação e classificação dos créditos, proteção dos trabalhadores quando à prioridade no recebimento dentro de um ano, preservação das garantias, etc.

²² Resolução 809, de 27.03.2019 – DJE, 21.03.2019, p.1. Acesso também pelo site: tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/resolucao809-2019-pdf

Embora a recomendação n. 58, do CNJ traga uma diretriz importante sobre tais matérias objeto da mediação²³, prevendo em seu artigo 2º a possibilidade de usar a mediação:

- VII- nos incidentes de verificação de créditos, permitindo que o devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor dos créditos 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 dos Credores;
 - VIII- para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando as suas chances de aprovação pela assembleia geral de credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia;
 - IX- para que credor e devedores possam pactuar, em conjunto, nos casos de consolidação processual, se haverá consolidação substancial;
 - X- para solucionar disputas entre sócios/acionistas do devedor;
 - XI- em casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e
 - XII- nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do §3º, do art.49, da Lei n.11.101/2005, ou demais credores extraconcursais
- §1º- É vedada a mediação acerca de classificação dos créditos.

entendemos que a mediação deve ser utilizada basicamente como auxílio para elaboração do plano de recuperação, com a atuação facilitadora por meio de negociações entre devedor e credores, num ambiente neutro e confidencial. Vemos com cautela a utilização nos incidentes de verificação de crédito, de atribuição específica e cogente do administrador judicial, de acordo com art. 7º, da Lei 11.101/2005, que muitas vezes poderá encontrar inconsistências e fraudes que deverão ser reveladas ao juízo.

A decisão sobre consolidação substancial primordialmente cabe ao juízo e também aos credores, em sede de assembleia geral, nada impedindo que essa questão passe também pelo ambiente de negociação na mediação, mas sempre observado o princípio da preservação da empresa da *par conditio creditorum* e da maximização dos ativos que deve permear também o escopo da mediação. Quanto às disputas satélites envolvendo sócios, adquirentes²⁴ na hipótese de empresa recuperanda incorporadora imobiliária, sem a proteção do regime de afetação, adequada se mostra a mediação para compor esses interesses e não afetar o soerguimento da atividade empresarial.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 58**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. In: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>.

²⁴ Sobre o regime de afetação dos contratos de incorporação imobiliária e sua implicação da recuperação judicial v. CHALHUB. Melhim Namem. **Incorporação Imobiliária**. RJ: Forense. 5ª ed., 2019, p. 133-138.

As demais matérias que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do §3º, do art. 49, da Lei n. 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais, perfeitamente aplicável também a mediação. Correta a vedação quanto ao uso da mediação no regime de classificação de crédito, também outra norma cogente da Lei 11.101/2005.

Interessante notar que a Lei Portuguesa n. 6/2018²⁵ criou um Estatuto do mediador de recuperação de empresas – chamada por eles de revitalização- onde disciplina desde a habilitação, formação, direito e deveres do mediador, bem como o escopo da mediação ao dispor no art. 18º que: “cabe ao mediador analisar a situação econômico-financeira do devedor, aferir conjuntamente com o devedor as suas perspectivas de recuperação, auxiliar o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com seus credores relativas à mesma”. Restringe nitidamente o escopo da abordagem.

É preciso notar que, não há um modelo único para mediação na recuperação judicial, pois cada caso concreto exige um desenho de disputa a ele adequado. O mais importante é a capacitação não só do mediador, mas dos advogados, juízes e auxiliares da justiça, daí a importância das Varas Especializadas Empresariais, de Falências e Recuperação Judicial, bem como dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais, para tratamento adequado dos conflitos envolvendo matérias de qualquer natureza e valor, inclusive aquelas decorrentes da crise da pandemia do Covid-19, na fase pré-processual. Conforme Recomendação n. 71, do CNJ, de 05.08.2020²⁶.

Ressalte-se que, considerando a natureza peculiar e específica das matérias objeto das disputas na área recuperacional e nas lides societárias satélites, envolvendo desde disputas entre sócios, dissolução do vínculo societário ante quebra da *affectio societatis*, violação de acordo de acionistas, alteração do controle acionário, etc., a utilização da escolha do método adequado para resolver o litígio é cada vez mais colocada em cheque pelo stakeholders: partes, advogados, considerando a necessidade de preservar os valores econômicos e sociais da empresa, ou para minimizar suas consequências no mercado, preferindo-se a adoção da mediação ou mesmo da arbitragem, onde possa ser garantido o sigilo das informações e a confidencialidade dos procedimentos.

²⁵ Assembleia da República, Lei n. 6/2018, aprovada em 15.12.2017, promulgada em 06.02.2018. Fonte: Diário da República, 1ª série – Nº 38- 22.02.2018, p. 1028.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 71**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, in <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>.

Os critérios como: custo, tempo de duração da disputa, confidencialidade, finalidade da decisão são os que mais pesam na escolha do método adequado, segundo Aymoré ²⁷.

Contudo, o custo de uma arbitragem é muito superior a um processo judicial estatal, o que justifica muitas vezes a empresa, em especial a em crise, a busca ainda o Judiciário para solução dos mais variados conflitos, inclusive os societários. O valor da causa para ingresso com a ação, geralmente com pedidos de tutela de urgência, em 1% favorece a busca da solução estatal no Brasil, em que pese o crescimento da arbitragem e da mediação nos últimos anos. Daí porque, a mediação judicial, menos onerosa, vem ganhando também cada vez mais espaço, seja na fase pre-processual ou pós ajuizamento da demanda.

Os dados do CNJ, da Justiça Estadual de 1º grau em números, para o ano de 2020, comprovam essa realidade apontou que cerca de 20.669.278 casos novos, sendo 7.201.344 na área de conhecimento, com uma média de julgamento de 4 anos e 6 meses.²⁸

A escolha do método ou desenho de disputa (*design processes*) passa indubitavelmente pela análise da estrutura judiciária do país, vale dizer quanto mais facilitado o acesso, ainda que moroso, menor a busca pelos meios alternativos; quanto mais custoso o processo judicial, maior a busca por meio alternativos ou adequados à solução da demanda.

Nos EUA o custo de ingresso de um processo judicial é imenso, se comparado com o Brasil, e os preparativos para instrução, *cross examination* igualmente custosos, fazendo com que o termo da autocomposição via negociação ou mediação ou mesmo métodos heterocompositivos, como o *expert determination*, *dispute boards* e arbitragem são rotineiramente utilizados, a par da tradição cultural já existente, com especial atenção para uso da mediação.

O desenho de disputa e seu gerenciamento, segundo Bordone ²⁹ dependerá muito do contexto sócio-econômico e cultural, da colaboração das partes envolvidas, dos interesses em jogo, e da função do terceiro facilitador, no caso da negociação e mediação - que gerenciará disputa criando valores em comum.

Hodiernamente, tem sido comum a inclusão nos contratos empresariais de cláusulas escalonadas ou interligadas uso integrado dos métodos alternativos de solução de conflitos (*multi-tiered dispute resolution clause*), por exemplo, prevendo como “design process” a mediação e arbitragem ou mediação, *dispute boards* e arbitragem, ou, segundo Carreteiro

²⁷ AYMORÉ, Matheus Carreteiro. **Métodos de Resolução de Conflitos nos Contratos Empresariais: uma visão prática**. p. 34. In: Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos empresariais- Adjudicação, Dispute Boards, mediação e Arbitragem. São Paulo: IOB Sage, 2017.

²⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judicarias/justica-em-numeros/> p.52.

²⁹ BORDONE, Robert C; SANDER, Frank E. A.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. **Designing Systems and Processes for Managing Disputes**. EUA. Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 23.

“um caminho a ser percorrido para a tentativa de se alcançar uma solução ao conflito existente.” O objetivo é fazer com que as partes consigam se beneficiar dos menores custos e maior flexibilidade dos principais métodos de resolução de conflitos.³⁰

Por ora, basta dizer que a mediação é compatível com a recuperação judicial, eficaz para elaboração de um plano de soerguimento factível, viável e consensual e para as disputas empresárias satélites, que poderão até mesmo ser resolvidas, ausente o consenso, na via arbitral.

3. As técnicas inerentes ao mediador empresarial e a questão da interpretação dos artigos 165, §3º, e 166, §3º, do CPC.

Muitos se perguntam qual foi a razão pela qual o legislador incluiu a figura do mediador na última modificação da Lei 11.101/2005. Para que ter um custo a mais no processo - aliás pago pela recuperanda, nos casos de recuperação judicial o que pode não necessariamente ser o mais eficiente- se os credores sabem negociar. Esse é um paradigma que é preciso questionar e com o qual o legislador da Lei 14.112/20 tenta terminar.

Os credores numa recuperação judicial tentam negociar com a recuperanda para obter a satisfação do que eles enxergam como seus interesses. Esse tipo de negociação normalmente se reduz a barganha em relação ao prazo e montante do pagamento a receber, sem abrir oportunidade para explorar soluções diferentes que possam criar um benefício maior ou até oportunidades de preservar o relacionamento e/ou criar negócios futuros. Mas felizmente, existem outros tipos de negociação que permitem se aproximar da satisfação dos reais interesses dos participantes dela.

O mediador conta com conhecimento e experiência em técnicas de negociação baseada em interesses, com as quais estimula efetivamente as partes para restabelecer a comunicação, restaurar a confiança abalada e desenvolver opções que criem valor para os participantes. Trata-se de opções que vão além do montante a pagar e o do prazo de pagamento. Tais alternativas podem ter relação com formas, sempre dentro do plano de recuperação judicial, se for o caso, para facilitar ao devedor a venda de todos o alguns dos seus bens e assim obter a necessária liquidez para oferecer pagamento das suas dívidas, por exemplo, ou também pode consistir em receber determinados produtos ou serviços do devedor

³⁰AYMORE, Matheus Carreteiro. **Métodos de Resolução de Conflitos nos Contratos Empresariais: uma visão prática**. p.48. In: Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos empresariais- Adjudicação, Dispute Boards, mediação e Arbitragem. São Paulo: IOB Sage, 2017.

como pagamento, o que pode dar lugar ao nascimento de novos negócios e novas oportunidades para devedor e credor.

Os mediandos e o mediador irão combinar no compromisso de mediação, dentre outros assuntos, quais serão as técnicas a ser utilizadas pelo mediador e a agenda da mediação. Dentro das técnicas que os participantes da mediação podem acordar, estão as técnicas de negociação segundo dispõe o § 3º do art. 166 do Código de Processo Civil.

Destarte, a mediação tem diversas etapas: 1) abertura, 2) exposição das posições de cada mediando, 3) exploração por parte do mediador dos interesses subjacentes às posições de cada um dos mediandos, 4) eventual reformulação do problema de acordo com os interesses descobertos, 5) criação de opções possíveis para resolver o problema ou “Brainstroming”, 6) análise, por parte dos mediandos, das opções trazidas à luz de filtros objetivos e subjetivos, 7) formulação de propostas pelos mediandos e 8) possível acordo.

Gostariamos de nos referir em particular à etapa de criação de possíveis opções para resolver o conflito. Trata-se da etapa em que, já expostas as posições, descobertos os interesses e necessidades dos mediandos, eles trabalham, junto ao mediador, na geração de alternativas possíveis para a solução do conflito, assim formulado (desde os interesses dos mediandos e não desde as suas posições).

Na literatura norte americana, esse processo é chamado de *Brainstorming* o “chuva de ideias”. Nesta etapa, as partes criam opções ou alternativas de solução sem se preocupar da sua viabilidade ou legalidade, simplesmente sugerem alternativas. Esta etapa da mediação igual que todas as demais, é confidencial, o que proporciona o conforto necessário para as partes imaginar cenários diferentes sem se preocupar com o que outros pensarão deles.

As opções assim livre e criativamente geradas, devem a continuação ser avaliadas pelos próprios mediandos, com auxílio do mediador, com o apoio de critérios ou filtros objetivos e subjetivos.

Quais são esses critérios?

Os critérios objetivos são aqueles que existem com anterioridade e/ou independência da vontade dos mediandos. Por exemplo: um valor de mercado, uma avaliação pericial, etc.

Já os critérios subjetivos dizem relação principalmente com três fatores³¹:

1. Zona de Possível Acordo entre as partes ou ZOPA: trata se de aqueles assuntos que o mediador ajuda às partes a identificar nos quais não existe discussão.

³¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Sextante, 2018.

Sobre esses assuntos é possível construir outros acordos benéficos para os mediandos.

2. Melhor Alternativa ao Acordo Negociado ou MAAN: Consiste na melhor alternativa ou solução que cada parte poderá (ou não) ter ao acordo negociado na mediação. Em outras palavras, se a mediação não termina com um acordo, o que cada um dos mediados tem como alternativa? No caso de um credor numa mediação de recuperação extrajudicial, seu MAAN poderá ser ir para um processo de recuperação judicial ou tentar executar antes que ele seja iniciado. No processo de recuperação judicial o MAAN, pode consistir em votar contra o plano e riscar um “cram down” ou, pior ainda, que o plano não seja aprovado e o procedimento seja convolado em falência.

3. Reserva de Valor: consistente naquele ponto no qual um participante da mediação não tem mais interesse de continuar no processo de negociação. É seu limite na negociação.

Só depois da aplicação desses filtros é que ficarão opções realistas, que aos mediandos poderão ou não transformar em propostas. Aqui é onde a autonomia da vontade das partes deve primar com grande força para garantir que: 1) tais propostas de solução sejam o resultado da aplicação dos filtros mencionados às opções geradas no processo de *brainstorming*; 2) tais propostas emanem da livre vontade do mediando quem as formula; e 3) as propostas sejam aceitas livremente pelo(s) mediando(s) que as recebe(m) e não lhes sejam impostas por ninguém.

Nos últimos tempos tem se discutido bastante tempos, em particular com relação às mediações na recuperação judicial, se o mediador pode ou não fazer sugestões o emitir opinião durante a mediação e se ele pode decidir ou instar às partes para chegar num determinado acordo.

Analisando a normativa pertinente, especialmente o que dispõe o Código de Processo Civil, no artigo 165, referindo-se à conciliação e a mediação indica no § 2º: “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”, fica relativamente claro que o conciliador pode sugerir soluções para acordos entre as partes, embora não pode constrangê-las, nem as intimidar para que conciliem.

Já, no § 3º, a mesma norma estabelece que

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

Cabe analisar, no contexto do artigo 165, § 3º, o que se entende por “identificar, por si próprios, soluções consensuais”. De acordo com as etapas da mediação, para os mediandos identificarem soluções consensuais ao conflito, eles devem contar primeiramente com diferentes alternativas ou opções que aparecem durante o processo da mediação. Em outras palavras devem ter passado pelo processo de “chuva de ideias” referido anteriormente.

Então, tais soluções consensuais, a que o § 3º, do artigo 165 do CPC indica, seriam os acordos, fruto das propostas feitas por um ou mais mediandos aos outros, derivadas daquelas opções, criadas durante o processo brainstorming, que passaram o teste dos filtros subjetivos e objetivos já referidos.

De outro lado, o artigo 166, do CPC destaca que tanto a conciliação, quanto a mediação são informadas por determinados princípios, dentre eles a autonomia da vontade das partes. Ou seja, serão elas, e não o mediador, quem decidirão quais soluções consensuais ou propostas fazerem umas para outras, e se aceitarão alguma delas como a solução definitiva, que será formalizada no acordo.

O número § 3º do artigo 166 estabelece que se admitem “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”. Dentro daquelas técnicas está a criação de opções ou “chuva de ideias” e o análise e seleção dessas opções a través da aplicação dos filtros objetivos e subjetivos.

Por outra parte, a Lei 13.140/2015 sobre Lei de Mediação dispõe no parágrafo único do seu artigo 1º: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Desta leitura fica claro que o legislador proíbe ao mediador decidir um determinado assunto ou impor uma determinada solução às partes da mediação.

O Código de Ética dos Mediadores, do CONIMA³², estabelece na sua introdução que a mediação é um processo “onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas.” Isto está em perfeita consonância com as normativas citadas e com a proibição do mediador decidir.

O Código descreve o Mediador como um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos próprios, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses, e a construir, em conjunto, alternativas de solução visando o consenso e a realização do acordo. O Mediador, no desempenho de suas funções, deve proceder de forma a preservar os princípios éticos.

Embora não caiba ao mediador propor nem decidir qual é a solução do conflito, pode ele contribuir com os mediandos na criação de opções ou alternativas de solução que visem um acordo? Pode o mediador indicar opções possíveis? Poderia o mediador contribuir com alternativas que os mediandos não tenham considerado? Deveria o mediador ficar silente, quando verificar que os mediandos não pensaram numa opção, que pode ser relevante e crucial a se considerar, antes de chegar numa ou mais propostas? Seria isto ético e profissional por parte do mediador?

É indiscutível que para mediar na área empresarial, o mediador deve ter conhecimentos na matéria, seja ela societária, de recuperação judicial ou contratual. Esses conhecimentos do mediador bem poderiam ser utilizados ao serviço dos mediandos, abrindo a possibilidade do mediador colaborar, quando for necessário, na etapa de geração de opções, que logo serão analisadas pelos mediandos com ajuda dos filtros já referidos.

Vemos assim, que existe uma importante diferença entre, por um lado, o fato do mediador não ter poder para decidir o assunto, a necessidade de que as partes cheguem por se mesmas a uma solução e o respeito por parte do mediador do princípio da autonomia da vontade das partes; e de outro, a possibilidade do mediador, no processo de geração de opções (“chuva de ideias”) auxiliar aos mediandos contribuindo com ideias ou alternativas que as partes não visualizaram e que eles deverão, necessariamente, passar logo por filtros objetivos e subjetivos com o fim de testar sua viabilidade e aceitação por cada uma delas.

Como tem sido resolvido o assunto na doutrina internacional?

Assim, Leo Montada³³ falando sobre a mediação ativa e diz:

³² CONIMA. **Código de ética para mediadores**. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>. Acesso em: 07/05/2021.

³³ ETHIK, Erwägen Wissen. **Mediation Pfade zum Frieden**. 2009 ((43)) - sfinc.ch, tradução livre da autora.

Os mediadores podem expandir o espectro de opções de solução a serem consideradas, sem restringir a liberdade e a responsabilidade pessoal das partes, a fim de evitar que as partes posteriormente considerem o acordo menos do que ótimo por não conseguirem encontrar melhores opções de solução que tenham vindo à mente. Isso poderia reduzir sua confiança nos mediadores e na mediação.

Também aqui depende do “Como?” se produz a participação ativa dos mediadores. Recomendações diretas, sugestivas ou urgentes, mesmo com referência à própria experiência profissional, seriam problemáticas. Avaliações “autoritárias” positivas ou negativas de propostas e preferências de uma das partes ou da solução conjuntamente preferida pelas partes seriam problemáticas. Isso violaria o bem fundamentado princípio da própria responsabilidade das partes e os mediadores assumiriam a responsabilidade por uma solução que não corresponde ao seu próprio papel e posição no processo.

Também na mediação ativa, os mediadores preferem uma comunicação não diretiva, que não suscita defesas reativas nem torna os mediandos receptores passivos. Em vez disso, eles são encorajados a refletir, a formular suas próprias preocupações, declarações e sugestões. Se os mediadores têm sugestões substantivas para possíveis soluções, eles apenas as trazem para a coleção criativa conjunta de opções para consideração, a fim de examiná-las conjuntamente em busca de prós e contras como todas as outras opções. Se possível, eles dão mais de uma sugestão a considerar, porque elas requererão de um processamento ativo por parte dos mediandos e porque assim o mediador mostra que não quer sugerir uma única solução. As avaliações empíricas geralmente mostram efeitos positivos de um papel ativo dos mediadores.

Keltner³⁴ fala que durante a busca de alternativas, o mediador pode ajudar, indicando opções que as partes não tenham considerado. Acrescenta que quando uma parte está relutante para sugerir uma opção determinada, por medo de parecer débil frente da outra parte, o mediador pode sugerir essa opção como sua própria ideia, protegendo assim a vulnerabilidade da parte que a teve.

Ao se referir ao *caucus* ou reunião privada com uma das partes, Keltner diz que o mediador pode fazer à parte colocações alternativas, com relação à sua posição, o que não seria possível fazer frente da outra parte. O mediador também, pode pedir à parte, por exemplo, se plantear metas mais realistas ou priorizá-las melhor³⁵.

Carnevale e Pruitt, citando a Zubek dizem³⁶:

³⁴ KELTNER, John W. (Sam). **Mediation: Toward a Civilized System of Dispute Resolution**. 1987, ERIC Clearing House on reading and Communication Skills, p. 24.

³⁵ Op cit. Pg. 29

³⁶ CARNEVALE, Peter J; PRUITT, Dean G. Negotiation and Mediation. **Annual Review of Psychology**, 1992, 43(1): 531-582, p. 565. Tradução livre da autora.

Zubek et al (1989) descobriu que quando havia alta hostilidade e pouca solução conjunta de problemas pelos disputantes, o acordo era mais provável de ser alcançado se o mediador estimulasse o pensamento deles apresentando problemas a serem resolvidos, desafiando as partes a apresentarem ideias, sugerindo novas ideias e solicitando reações à novas ideias.

E acrescenta que:

Tal intervenção permite que as partes façam concessões, preservando seu senso de força pessoal, porque o ímpeto para as concessões pode ser atribuído ao mediador. Isso às vezes é referido como a função de mediação de "salvar aparências" (Bartunek et al 1975; Pruitt & Johnson 1970; Stevens 1963).

A doutrina citada entende que, embora o mediador não deva decidir, nem impor um acordo às partes, ele pode contribuir com alternativas para aos mediandos na etapa de geração de opções, tanto no caso de elas não terem pensado nelas, quanto no caso de tentar proteger uma das partes, para ela não aparecer vulnerável frente à outra.

Voltando para o Brasil, a opinião majoritária dos autores nacionais é que a mediação estabelecida pelo nosso Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, e a demais normas que deles derivam, é a de tipo facilitativa em contraposição à mediação de tipo avaliativa.

Aceitar o fato de que o mediador, embora não deva decidir o conflito nem impor solução às partes, pode sim auxiliar na criação de alternativas para contribuir com a geração de opções dos mediandos, seria entender que a mediação no Brasil é de tipo avaliativa e não facilitativa? Na nossa opinião, essa posição não está correta, já que a doutrina definiu o que um e outro tipo de mediação são.

Assim, Lilia Maia de Moraes Sales³⁷, citando a Leonard Riskin, explica que existem os seguintes tipos de mediação avaliativa e facilitativa:

*[...] **avaliativa-restrita (evaluative-narrow)**, a principal estratégia é fazer com que as partes analisem qual seria a chance de sucesso do seu pleito, caso fosse encaminhado ao Poder Judiciário. Avalia-se a força jurídica das posições apresentadas por cada parte e suas chances de um bom resultado.*

³⁷ DE MORAIS SALES, Lilia Maia. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos. **Novos Estudos Jurídicos**. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>. Acesso em: 07/05/2021. Tradução livre da autora.

Já, a mediação avaliativa ampla

A **mediação avaliativa-ampla** possui como principal meta a compreensão das circunstâncias e dos interesses subjacentes ou ocultos das partes envolvidas diretamente e ainda o conhecimento sobre o efeito desse conflito para outro indivíduo ou grupo (afetados indiretamente). Utiliza esse conhecimento para direcionar as partes no sentido de uma solução que atenda a esses interesses.

E, acrescenta que “O mediador deve oferecer uma proposta de acordo que satisfaça aos interesses (conflitos restritos e amplos) das partes e incitar a aceitação dessa proposta. O mediador pode pressionar ou usar sua influência para garantir a realização do acordo.”

Fica claro que na mediação avaliativa o mediador pode sim, sugerir uma solução e até “pressionar” os mediandos para aceitá-la.

Vejamos agora como define a doutrina a mediação facilitativa, que é aquela que a doutrina brasileira vê refletida nas leis nacionais.

A **mediação facilitativa-restrita** tem como objetivo deixar clara a fraqueza ou a força de suas posições e de possíveis consequências, caso não haja acordo. [...] O mediador acredita que a elaboração da solução deve ser de responsabilidade das partes.

Na **mediação facilitativa-ampla**, o objetivo é auxiliar os participantes a encontrar o real conflito vivido, ou seja, os interesses subjacentes e, com isso, facilitar a elaboração de soluções para eles.

Na mediação facilitativa, as pessoas encontrarão a oportunidade de ressignificarem valores, mudarem o seu comportamento, o de sua instituição ou de sua comunidade.

Como são as pessoas que vão decidir, elas devem ter conhecimento sobre todos os aspectos envolvidos para que possam formular as soluções adequadas e decidir. O mediador insiste em explorar o conflito, para que as partes tenham a certeza que estão discutindo o que realmente é importante, o que de fato está causando toda a intranquilidade e a insatisfação.

Resta assim, bastante claro que a mediação no Brasil é de tipo facilitativa. Também é claro que o § 3º do art. 166 do CPC admite a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. Dentro dessas técnicas negociais está a etapa de geração de opções ou brainstorming, na qual o mediador pode colaborar com ideias, sem que isso signifique em absoluto a sugestão ou imposição de uma solução determinada ao conflito submetido a mediação, nem a utilização de técnicas avaliativas por parte do mediador.

Destarte, não existe nenhum obstáculo ou proibição para que o mediador colabore com os mediandos estimulando-os a gerar opções e até mostrando eles aquelas que não foram vistas ou que, por razões de preservação de imagem, não gostariam de expor diretamente uns aos outros.

4. Alguns casos bem sucedidos no Brasil.

A compatibilidade da mediação com o processo de recuperação judicial vem sendo constatada nos diversos casos exitosos em que foi utilizada, tanto no Rio de Janeiro, como em São Paulo como bem asseverou Longo: na recuperação do Grupo Oi, da recuperação da Livraria Saraiva, da Sete Brasil, Isolux Corsán, Surpepesa Cia de Transportes Especiais e Intermodais³⁸.

No caso específico da recuperação do Grupo Oi³⁹, que tramita na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, segundo Longo havia 55.000 credores, um passivo de 564 bilhões, mais de 30 mil incidentes processuais em curso e cerca de R\$ 640 milhões de créditos foram mediados, com acordos, extinguindo milhares de demandas. Foram instauradas tanto mediações presenciais, e por meio de plataformas *on line*, criada pela FGV Projetos, que abrangeu enorme quantidade de credores, espalhados no Brasil e no exterior, com o seguinte escopo: a) programa de acordo com os credores – até R\$ 50.000,00; b) mediação com incidentes processuais e, c) mediação com créditos ilíquidos, sem prejuízo das mediações com os importantes credores fornecedores para definição de seus créditos, ficando a plataforma eletrônica à disposição por três meses até a realização da AGC⁴⁰.

Segundo, ainda, Longo a proposta de mediação apresentada pelo grupo Oi considerou que : a) 85% dos seus credores detinham crédito até R\$ 50.000,00; b) diversos credores dependiam diretamente das recuperandas para sua sobrevivência, c) a mediação proporcionaria maior representatividade dos credores e legitimidade da AGC e d) milhares de processos judiciais seriam extintos. As recuperandas estabeleceram algumas balizas prévias para mediação como: a) aceitação do acordo pelo credor implicaria na renúncia à discussão do valor devido; b) o pagamento do crédito seria realizado na proporção de 90% antes da AGC e 10% na forma do plano de recuperação judicial, e o c) credor deveria outorgar a procuração a mandatário escolhido pelo juízo recuperacional para a votação na AGC. Em que pese a

³⁸ LONGO. Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista. **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, p. 156.

³⁹ Idem, v. tb TJ-RJ, AI's nº001943-25.25.2017.8.19.000, 8ª CC, Rel. Monica Maria Costa Di Pietro.

⁴⁰ LONGO. Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista. **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, p. 150.

limitação do escopo, definida unilateralmente pelo Grupo Oi, o fato é que houve adesão maciça da maior parte dos pequenos credores que iriam aguardar anos, ou talvez nem recebessem seus créditos.

No caso da recuperação judicial da Livraria Saraiva⁴¹, ocorrida da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo – Capital, foi determinada uma mediação prévia à apresentação do plano e a segunda na fase da AGC, e segundo o juiz Paulo Furtado Filho, de 248 credores convidados à mediação, compareceram 200 às sessões de mediação, que foram divididas entre sete mediadores, dividindo-se os credores e 7 subgrupos, identificados com sucesso os interesses em jogo, que culminaram com adesão da maioria ao plano, antes da AGC, conforme o interesse de cada uma das classes e com a concordância da empresa recuperanda em promover reestruturação de sua gestão, com a alteração da atual administração.

Nas recuperações judiciais da Sete Brasil (RJ), do Grupo Isolux Corsán (SP) a atuação da mediação deu-se, respectivamente na fase de elaboração do plano e para a sua adequação, mas antes da assembleia geral. Já no caso da recuperação judicial da Superpesa Cia de Transportes Especiais e Intermodais (RJ) a mediação deu-se na fase de cumprimento do plano, a fim de que as partes chegassem a um consenso acerca de uma reintegração de posse movida pela UFRJ contra a recuperanda que inviabilizaria o plano.⁴²

Indiscutível portanto, que o instituto da mediação se harmoniza com o procedimento de recuperação judicial e falimentar, para compor os interesses em jogo em busca de um consenso, com vistas a garantir não só a satisfação dos interesses dos credores e da recuperanda, como assegurar a preservação da atividade empresarial e maximização dos seus ativos.

Aliás, a mediação na Lei 14.112/95, que atualizou a Lei n.11.101/2005, prevê o instituto não só da mediação, mas também a negociação prévia com *stay period*, antes mesmo da instauração do procedimento da recuperação judicial ou falimentar, sendo mais um instrumento alternativo para as empresas viáveis em crise. Eis na sequência da nova previsão legal:

Seção II—A Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial:

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

⁴¹ 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Capital-SP. Processo n.119642-14.2018.8.26.0100

⁴² LONGO. Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista. **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores, p.157.

dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

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 de credores extraconcursais;

II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos Página 45 de 100 Avulso do PL 4458/2020. 45 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.

§ 2º- São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de Página 46 de 100 Avulso do PL 4458/2020. 46 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.

Art. 20-C. O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente.

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.

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.

Inquestionável avanço e a legitimação da mediação como meio adequado aos processos de recuperação judicial das empresas em crise, em que pese os entraves culturais e estruturais ainda existentes no Brasil.

5. Os Entraves Culturais e Estruturais.

Atribui-se a dificuldade da implantação mais efetiva dos métodos alternativos ou adequados de soluções de conflitos ao aspecto cultural brasileiro, à natureza do sistema jurídico brasileiro, de Civil Law, baseado num sistema legal de codificações dispostos de forma hierárquica, com natureza adversarial em contraposição aos sistemas do Common Law, fundado na predominância dos precedentes, mais voltados para cultura da negociação e mediação extrajudicial dos conflitos.

Outro fator de grande influência seria a formação acadêmica dos advogados, treinados nas faculdades de direito para atuar contenciosamente nos litígios, e não promover a autocomposição pela via da negociação, ou outros métodos consensuais como a mediação. O professor Kazuo Watanabe usa a expressão a “cultura da sentença” em detrimento à cultura da pacificação⁴³ para demonstrar o quanto a cultura do litígio está arraigada no Brasil.

Mas, não é por isso que a cultura da pacificação ou da utilização dos meios adequados de solução de conflito não será estimulada. Muito pelo contrário, há um grande movimento nesse sentido, tendo como marcos regulatórios: a resolução 125, do CNJ/2010, com as alterações promovidas no Código de Processo Civil (arts. 165-175), determinando a criação dos Centros Judiciários de Soluções Consensuais de Conflitos e Cidadania (CEJUCS), a utilização da conciliação e mediação extra e judicialmente, e a edição da Lei n. 13.140/2015, denominação Lei de Mediação⁴⁴.

A necessidade de capacitação dos advogados e, também dos mediadores, especialmente nas lides empresariais – mais complexas, exigindo formação e específicas- é um dos principais fatores passo o sucesso das ADRs.⁴⁵

Outro aspecto, de natureza estrutural, seria a dificuldade de acesso à informação da maioria das pessoas à utilização dos métodos consensuais de solução dos conflitos, a qualidade dos mediadores cadastrados nos CEJUCSs, muitas vezes sem a *expertise* necessária para, no caso de demandas empresariais, mais especificamente societárias, é praticamente a regra.

⁴³ WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e da Pacificação**. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo:DPJ, 2005, p. 485.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflito no novo CPC**. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. SP: Atlas, 2015, p. 1-11.

⁴⁵ LIMA, Flávio Pereira. **O Advogado é o pior Inimigo da Mediação?** In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018, p. 315.

Além disso, a remuneração dos mediadores desses centros judiciais atrelados a tabelas de valores impostas pelo CNJ e Tribunais, não atualizadas, seria mais um fator para não tornar atraente o cadastramento dos mediadores experientes e altamente capacitados que atuam na área privada, nas diversas Câmaras de Mediação e Arbitragem existentes espalhadas pelo País.

Felizmente, desde a Resolução n. 125, do CNJ/2010, a preocupação com a formação e capacitação dos mediadores e a participação do Judiciário como fomentador da utilização desses métodos extrajudiciais de solução de conflito tem feito toda a diferença, especialmente para as lides empresariais.

6. A importância de uma política nacional de incentivo ao uso das ADRs.

A par da superação dos entraves culturais e estruturais acima abordados, imprescindível a participação do Poder Judiciário como fomentador de uma política nacional de solução adequada dos conflitos empresariais, já que demandas de pequena, média e grande complexidade, também na área recuperacional e societária, intensificaram-se fortemente, por ocasião da pandemia do Covid-19.

Nesse sentido de suma importância foi a edição da Recomendação n. 71 do CNJ, em 05.08.2020 para criação dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania) Empresariais, estabelecendo inclusive a possibilidade de cadastramento de mediadores e Câmaras de Mediação Especializadas para atuarem em conjunto.

Em São Paulo, o projeto-piloto de mediação pré-processual para apoio à renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedades empresárias, incluindo empresários individuais, micro e pequenas empresas decorrentes dos efeitos do Covid-19, criado pela E. Corregedoria Geral de Justiça, em andamento, constitui um grande avanço e estímulo utilização das ADRs, com um diferencial importante: a participação do Poder Judiciário como legitimador e intermediador do processo, ao oportunizar a aproximação das partes e o mediador, por elas escolhido ou nomeado pelo juiz, na falta de consenso, por simples peticionamento eletrônico, numa via fácil e acessível. Cinco juízes participam desse projeto, de forma voluntária e sem qualquer custo adicional ao TJSP⁴⁶.

⁴⁶ Ver Provimentos da E. CGJ/SP n.11 e 19, ambos de 2020.

No Paraná, Rio Grande do Sul, Espírito Santo e Rio de Janeiro também tiveram iniciativas parecidas⁴⁷. Só assim, parece que a cultura da sentença poder suplantada pela cultura da pacificação, partindo da atuação de todos os players (partes, advogados, mediadores) nesse processo, incluindo o Poder Judiciário, como estimulador, legitimador das ADRs.

Por Fim, a Lei 14.112/20, que alterou dispositivos da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/05), estabeleceu uma sessão inteira para tratar das mediações e conciliações antecedentes e incidentais, como um verdadeiro dever dos juízes de primeiro grau e, também dos tribunais, disciplinando o regime dessas mediações no regime da insolvência, nos arts. 20-A, 20-B, e parágrafos 20-C, 20-D, e respectivos parágrafos, construindo limites ao mediador a par dos princípios que regem a recuperação judicial e falência, como a preservação da empresa, maximização dos ativos, *par conditio creditorum*, não havendo mais motivo para desconsiderar a importância do instituto seja para eficiência econômica e jurídica do processo recuperacional e falimentar, seja para satisfazer os interesses das partes em jogo, de forma equilibrada e autocompositiva.

7. Conclusão.

Apesar dos entraves culturais e estruturais acima expostos e das discussões doutrinárias quanto às diversas técnicas existentes à disposição do mediador, a utilização da mediação, negociação nos processos recuperacionais, disputas societárias e empresariais, em geral, tem sido um movimento de curva crescente, posto que o Brasil já dispõe de uma sólida base normativa desses métodos alternativos consensuais ou extrajudiciais, iniciada com a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), as alterações no CPC/2015, e fortalecida com o advento da Resolução 125/10 do CNJ e Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

A existência de inúmeras Câmaras de Mediação e Arbitragem espalhadas pelo país, com alto grau de expertise, estrutura e tecnicidade para solução dessas disputas, demonstra que a escolha está no caminho certo, é eficiente, embora necessite de fomento, que parte do estímulo por meio de uma política nacional de promoção da ADRs, que já vinha sendo timidamente desenvolvida em 2010, mas que se fortaleceu diante da situação adversa imposta pela crise gerada pela pandemia do Covid-19.

⁴⁷ Ver Ato Normativo n. 17/2020 do TJRJ; Ato Normativo n. 025/2020, do TJRS; Ato Normativo Conjunto n. 022/2020 do TJES.

A pandemia do Covid-19 despertou a urgência na promoção desses meios alternativos, com um olhar especial, para as empresas em crise, não se restringindo apenas a disputas societárias e empresariais complexas, mas também àquelas de pequena e média complexidade.

É nesse cenário atual que a mediação terá o terreno hábil para florescer com força, já que menos custosa e demorada que a arbitragem e o processo judicial, contando agora com uma política nacional direcionada ao fortalecimento dos meios consensuais, alternativos à via adversarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de A. C; LEVY Daniel; ALVES, Rafael F. Lei de Arbitragem Anotada. São Paulo: RT, 2019.

AYMORE, Matheus Carreteiro. **Métodos de Resolução de Conflitos nos Contratos Empresariais: uma visão prática.** In: *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Empresariais- Adjudicação, Dispute Boards, mediação e Arbitragem.* São Paulo: IOB Sage, 2017.

BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito Societário.** 16ª ed. São Paulo. Atlas, 2018.

BORDONE, Robert C; SANDER, Frank E. A.; MCEWEN, Craig A.; ROGERS, Nancy H. Designing Systems and Processes for Managing Disputes. EUA. **Wolters Kluwer Law & Business**, 2013.

BUNAZAR, Maurício; LEÃO, Leandro; JÚNIOR, Suhel Sarhan; ROSIO, Roberto; VIDO, Elisabete. **Vade Mecum Conjugado Civil e Empresarial**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019-2020.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação empresarial na prática.** In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018.

CNJ - **Conselho Nacional de Justiça.** Justiça em Números-2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judicarias/justica-em-numeros/>

CARBONNEAU, Thomas E. **Arbitration in a Nutshell.** USA: West Thomson Reuters, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96.** 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEVALE, Peter J; PRUITT, Dean G. Negotiation and Mediation. **Annual Review of Psychology.** 1992, 43(1): 531-582

CEREZETI, Sheila Christina Neder. **A Recuperação judicial de Sociedades por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência.** SP: Malheiros, 2012.

CHALHUB. Melhim Namem. **Incorporação Imobiliária**. RJ: Forense, 5ª ed., 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macroempresa, São Paulo: **RT**, 1970.

CONIMA. **Código de ética para mediadores**. Disponível em: <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 58**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. In: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 71**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, in <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação Judicial de empresas- As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da Superação do dualismo pendular. In **Revista Justiça e Cidadão**, edição 207: 20.22.2017.

_____ **A Teoria da Superação do Dualismo Pendular e a Teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial de empresas**. In Biblioteca Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Comercial, Edição vol.1, julho de 2018, tópicos 1-3.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A mediação no contexto de solução multiportas de solução de disputas**. In: *Lei de Mediação Comentada artigo por artigo*. CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coords), São Paulo: Foco, 2018.

DE MORAIS SALES, Lilia Maia. Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e Discutindo riscos. **Novos Estudos Jurídicos**. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>.

ETHIK, Erwägen Wissen. **Mediation Pfade zum Frieden**. 2009.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords). In. Arbitragem: Atualidades e Tendências, São Paulo: **Migalhas**, 2019

FINKELSTEIN, Cláudio. **Limitações à Confidencialidade na Arbitragem Comercial: Publicidade e Transparência**. In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018.

FISHER, Roger; Ury, William; Patton, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordo de concessões**. Tradução de Vera Ribeira e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflito no novo CPC**. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. SP: Atlas, 2015.

KELTNER, John W. (Sam). **Mediation: Toward a Civilized System of Dispute Resolution**. 1987, ERIC Clearing House on reading and Communication Skills.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Pesquisa: **arbitragem em números e valores**, p.1. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/Na%C%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20%20%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf.

LEITE, Marcelo Lauar. **Intervenção Judicial em Conflitos Societários**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

LIMA, Flávio Pereira. **O Advogado é o pior Inimigo da Mediação?** In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018.

LONGO, Samantha Mendes. SOUZA NETTO, Antonio Evangelista. **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Direito de Empresa. Comentários aos artigos 966 a 1.195, do Código Civil, 9ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

NETO, Alfredo S. Lazzareschi. **Lei das Sociedades por Ações Anotada**, vol. I, Artigos 1º a 160, 5ª ed., São Paulo: Societatis Edições, 2017.

PERETTI, Luís Alberto Salton. **A Organização da Instrução Probatória em Arbitragem: A autonomia privada na gestão do procedimento arbitral**. In: BRAGA NETO, Adolfo; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem II*, São Paulo: Lex, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. SP: Saraiva, 2018.

SANDER, FRANK E. A. Varieties of Dispute Processing. In: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. Saint Paul: West Publishing, 1979.

SIOUF FILHO, Alfred Habib. **Negociação para resolução de Controvérsias**. In: Salles, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012.

STEIN, Raquel. **Arbitrabilidade no Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TELLECHEA, Rodrigo. SPINELLI, Luis Felipe. SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de Empresas e Falências**. Teoria e Prática na Lei n.11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2018.

TUCCI, Rogério Cruz. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, São Paulo: **RT**, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e da Pacificação**. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.