



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

VINICIUS WEBSTER DOS SANTOS

**MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DIANTE DAS
MODIFICAÇÕES PROPORCIONADAS PELA LEI Nº 14.112/2020**

**JOÃO PESSOA
2022**

VINICIUS WEBSTER DOS SANTOS

**MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DIANTE DAS
MODIFICAÇÕES PROPORCIONADAS PELA LEI Nº 14.112/2020**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Flávia Lins Souto.

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S237m Santos, Vinicius Webster dos.

Mediação e conciliação nas recuperações judiciais
diante das modificações proporcionadas pela Lei nº
14.112/2020 / Vinicius Webster Dos Santos. - João
Pessoa, 2022.
68 f.

Orientação: Ana Flávia Lins Souto.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. crise empresarial. 2. recuperação judicial. 3.
mediação. 4. conciliação. I. Souto, Ana Flávia Lins.
II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

VINICIUS WEBSTER DOS SANTOS

**MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DIANTE DAS
MODIFICAÇÕES PROPORCIONADAS PELA LEI Nº 14.112/2020**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Flávia Lins Souto.

DATA DA APROVAÇÃO: 21 DE JUNHO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a ANA FLÁVIA LINS SOUTO
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr.^a. ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA
(AVALIADORA)**

**Prof. Ms. JULIANA COELHO TAVARES MARQUES
(AVALIADORA)**

Dedico esse trabalho ao Núcleo de Estudos em
Métodos Extrajudiciais de Soluções de
Conflitos (NUMESC), projeto responsável pela
minha compreensão dos métodos
autocompositivos de resolução de conflitos.

AGRADECIMENTOS

A Deus primeiramente, por ter me abençoado com pessoas que vêm contribuindo tanto durante minha formação acadêmica e profissional.

À professora Ana Flávia, meus sinceros agradecimentos por ter aceitado acompanhar-me neste projeto.

Aos meus amigos, que me auxiliaram durante este último período do curso de graduação, com destaque para Gilda, que contribuiu de uma forma tão significativa para este momento da minha vida acadêmica.

À Valéria, administradora judicial que me apresentou o universo das Recuperações Judiciais e em muito vem contribuindo com minha formação profissional, expresso minha profunda gratidão.

RESUMO

O presente texto monográfico foi desenvolvido no âmbito da Lei nº 14.112/ 2020, que trouxe importantes alterações à Lei nº 11.101/2005, com a recuperação de empresas em crise sendo um dos institutos contemplados, revelando a preocupação do legislador com a proteção tanto de devedores como de credores. A partir desse marco legal, o procedimento recuperacional foi redesenhado e avanços substanciais se efetivaram, de modo que a insolvência empresarial passou a receber um tratamento mais atualizado, com a inclusão da mediação e conciliação para a solução consensual de conflitos. Desde então, a discussão sobre esses meios autocompositivos como instrumentos de ressignificação de conflitos vem ganhando cada vez mais visibilidade. Considerando tais pressupostos, desenvolveu-se esse trabalho monográfico com o objetivo de definir se a introdução da mediação e conciliação no procedimento de recuperação judicial pela Lei nº14.112/2020, configura, de fato, um incentivo à adoção de formas consensuais de resolução de impasses, nos parâmetros do art. 3º, §2º, do Código de Processo Civil. Para a persecução dessa premissa, a construção do embasamento teórico se deu a partir de fontes secundárias, como livros, artigos científicos e documentos legais e jurisprudenciais que parametrizam a mediação e conciliação na recuperação judicial de empresas em crises. Os resultados sugerem que, de fato, esses meios de resolução de disputas têm sido fomentados pelo Estado, sobretudo, por possibilitarem aos devedores e credores uma negociação consensual, tanto antes como depois de entrada do pedido de recuperação judicial. Outrossim, também se verificou que as soluções consensuais devem ser estimuladas, mas devem ser introduzidas em processos recuperacionais somente depois de realizadas as necessárias adaptações ao procedimento. Além disto, o incentivo também se efetiva pelas vantagens que a adoção da mediação e conciliação trazem não só para o Poder Judiciário, mas, principalmente para devedor, credor e a sociedade, haja vista que com a preservação das atividades, a empresa pode cumprir sua função social e contribuir diretamente com o desenvolvimento e crescimento do país.

Palavras-chave: crise empresarial. recuperação judicial. mediação. conciliação.

ABSTRACT

This monographic text was developed within the scope of Law nº 14.112/2020, which brought important changes to the Law nº 11.101/2005, being the recovery of companies in crisis one of the institutes contemplated, revealing the legislator's concern with the protection of both debtors and creditors. Based on this legal landmark, the receivership procedure was redesigned and substantial advances have been achieved, making corporate insolvency start to receive a more updated treatment, with the inclusion of mediation and conciliation for the consensual solution of conflicts. Since then, the discussion about these self-compositional means as instruments for the resignification of conflicts has gained more visibility. Considering these presupposes, this paper aims to define if the introduction of mediation and conciliation in the receivership by the Law nº 14.112/2020 constitutes, in fact, an incentive to the adoption of consensual forms of resolution of impasses, at the parameters of Article 3, §2, of Code of Civil Procedure. In order to pursue this premise, the construction of the theoretical basis was based on secondary sources, such as books, scientific articles and legal and jurisprudential documents that parameterize mediation and conciliation in the recovery of companies in crisis. The results suggest that, in fact, these means of ending disputes have been promoted by the State, above all, because they allow debtors and creditors to negotiate by consensus, both before and after the filing of the request of receivership. Furthermore, it was also found that consensual solutions should be encouraged, but they should be introduced in receivership only after the necessary adaptations to the procedure. additionally, the incentive is also effective for the advantages that the adoption of mediation and conciliation bring not only to the Judiciary, but mainly to debtor, creditor and society, given that with the preservation of activities, the company can fulfill its social function and contribute directly to the country's development and growth.

Key-words: business crisis. receivership. mediation. conciliation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CG – Corregedoria Geral

CJF – Conselho da Justiça Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

LREF – Lei de Recuperação de Empresas e Falência

NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

PL – Projeto de Lei

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJS – Tribunais de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA NO BRASIL	14
2.1 DIREITO CONCURSAL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	14
2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E NATUREZA JURÍDICA DA FALÊNCIA	20
2.3 PRINCÍPIOS E PRESSUPOSTOS DA FALÊNCIA	23
2.4 MARCO LEGISLATIVO: DO DECRETO-LEI 7661/45 À LEI Nº 14112/2020	27
3 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	31
3.1 DOS ASPECTOS CONCEITUAIS, OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS	31
3.2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	37
3.2.1 Da Mediação e Conciliação	37
3.2.2 Dos aspectos Históricos da Conciliação e Mediação	41
3.2.3 Dos aspectos Conceituais	45
3.2.4 Da Conciliação e Mediação no CPC	48
4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - LEI Nº 14.112/2020	51
4.1 TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: OUTRAS CONSIDERAÇÕES	51
4.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INCENTIVO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A atividade comercial faz parte da realidade brasileira desde os tempos da colonização e veio secularmente se materializando como uma grande fonte econômica do país, englobando na atualidade todos os processos de comunicação e distribuição de bens e serviços. Tal ampliação veio redefinir a posição dos processos transacionais na cadeia de produção de bens, redefinindo ainda, o foco central do Direito para motes desta natureza.

Assim, o Direito, com esta nova visão compôs o Direito Empresarial, campo voltado para o disciplinamento de atividades relacionadas, por exemplo, a direitos e obrigações, estruturas societárias e recuperação e/ou cessação da atividade empresarial. Logo, evidencia-se que o ramo do Direito Empresarial é amplo e complexo, de maneira que se torna necessário delimitar o campo do presente estudo.

De tal modo, considerando as crises que as empresas vêm passando e que tem levado muitas delas a pedir ajuda para não terem que encerrar suas atividades, decidiu-se circunscrever o presente estudo no campo do Direito Falimentar, concentrando-se no instituto de Recuperações Judiciais, com ênfase na regulamentação da mediação e conciliação em tal contexto.

Ocorre que não é novidade que o Brasil tem passado por grandes conflitos, sobretudo nas últimas décadas, com crises em diversos setores, principalmente o econômico-financeiro, marcando a vida dos brasileiros e afetando parte significativa da cadeia produtiva, fato este que tem impactado as atividades empresariais diretamente. Inclusive, a pandemia da Covid-19 veio acender ainda mais os nefastos efeitos na seara da economia, aumentando a necessidade de se dispor de meios para a preservação das empresas, pois, quando uma delas fecha, empresário, trabalhadores, Estado e sociedade em geral saem prejudicados.

Nesse cenário de preservação de empresas, historicamente prevaleceu o sistema de Concordata, nas modalidades suspensiva e preventiva, cuja aplicação na matéria de insolvência empresarial foi muito rechaçada pelas comunidades jurídicas e acadêmicas por entenderem não ser o procedimento mais adequado.

Este paradigma foi superado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), que veio substituir a Concordata pela Recuperação Judicial, abrindo a possibilidade de conciliação entre

os interesses de devedores e credores, cabendo ao Estado, representado pelo juiz, auxiliar com tal conciliação de interesses. Ainda assim, não havia expressamente a autorização no corpo legal do uso da mediação, ausência essa que se tornou ainda mais evidente com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que deu uma atenção especial às formas de autocomposição para a resolução dos conflitos.

Tal mudança na legislação falimentar foi vantajosa, mas, ainda assim, não previa a possibilidade de tais métodos na recuperação judicial, mesmo a natureza deste procedimento sendo essencialmente compatível com a mediação e conciliação. Esta incoerência legislativa gerou uma insegurança jurídica acerca da validade de renegociações de créditos durante a recuperação judicial, pois credores e devedores ficavam sujeitos à toda sorte de interpretação do judiciário.

Claramente a questão da recuperação judicial nos últimos anos já vinha amadurecendo e ganhou ainda mais enfoque com a sanção da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020 - Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência, cuja premissa, além de acompanhar a evolução da jurisprudência, foi de atualizar legislações como a de nº 11.101/2005, dentre as quais merece destaque o acréscimo da Seção II-A no Capítulo II na Lei falimentar. Tal Seção finalmente passou a regulamentar o uso da mediação e conciliação nas Recuperações Judiciais, mas além de ser medida tardiamente apresentada, limitou excessivamente o tempo de suspensão das execuções para o tempo de conciliação.

Tais pressupostos levaram a algumas indagações: O modo que a mediação e conciliação foram introduzidas no procedimento de recuperação judicial estimulam a adoção dessas ferramentas? E, dentro dessa questão, de que forma a introdução dessas ferramentas auxilia os envolvidos na recuperação? Quais as desvantagens de sua adoção? Como a introdução da possibilidade de mediação e conciliação na recuperação judicial poderia ser melhor realizada?

São questionamentos que demandam uma análise mais detalhada, o que induziu a formulação do objetivo macro desse texto monográfico, que foi definir se a introdução da mediação e conciliação no procedimento de recuperação judicial pela Lei nº 14.112/2020, configura, de fato, um incentivo à adoção de formas consensuais de resolução de conflitos, nos parâmetros do art. 3º, §2º, do CPC.

Tal premissa se desdobrou nos seguintes objetivos específicos: apontar as vantagens da adoção das formas de resolução consensual nos moldes estabelecidos pela Lei nº 14.112/2020; indicar quais as desvantagens desta regulamentação da

mediação e conciliação na Recuperação Judicial; e descobrir como a regulamentação em estudo poderia ser melhor realizada.

Importa ainda salientar, que considerando a celeuma exposta e uma análise da ampla cizânia jurisprudencial e doutrinária existente, essa pesquisa se justifica primeiramente pela compreensão de que as empresas são vitais para o desenvolvimento do país e manutenção de emprego, mas que aquelas que passam por dificuldades não estavam sendo contempladas como deviam na versão da Lei nº 11.101/2005, acerca da matéria recuperação judicial e insolvência empresarial.

Avulta-se também, a importância tanto da abordagem relacionada à questão da mediação dentro da recuperação judicial, como da mediação e conciliação dentro do processo em si, posto que se configuram em formas extrajudiciais autocompositivas, em que as partes resolvem como vai ser solucionada aquela questão, aquela disputa. Aí assenta-se a segunda justificativa.

Além disso, o desenvolvimento desta monografia tem relevância acadêmica pela importância de se promover uma articulação entre dispositivos legais relacionados ao universo recuperacional judicial. Outrossim, é socialmente relevante por sopesar as atualizações trazidas pela Lei 14.112/2020 e cientificamente pelo seu cunho prático-científico, contemplando uma melhor formação do futuro operador de Direito, por fornecer subsídios que poderão auxiliar ao longo da trajetória profissional daquele que optar por atuar no campo do Direito Falimentar.

Cumprе salientar, que para a efetivação dessa proposta adotou-se como delineamento metodológico o método dedutivo, empreendendo uma discussão que partiu da apresentação geral do Direito Falimentar para o instituto jurídico da recuperação judicial e instrumentos alternativos de resolução de disputas, passando também pelos marcos legais que tratam da matéria.

Quanto à natureza, trata-se de pesquisa básica do tipo pura. Já com relação aos objetivos se caracterizou como exploratória, do tipo bibliográfica, tendo como instrumento de coleta de dados fontes secundárias já publicadas, como livros e artigos científicos. Dentre os autores estão Fabiana Marion Spengler (2021), André Santa Cruz (2020), Cyntia Aparecida Vilas Boas (2020), Antônio E. Netto e Alexandre A. Moreira (2020), Fernanda Tartuce (2021) e Marlon Tomazette (2018). Somam-se a este referencial, contribuições jurisprudenciais acerca do assunto em tela.

Para a apresentação de um estudo coeso, esse texto monográfico foi estruturado em quatro capítulos, além das considerações finais: no primeiro

apresenta-se a matéria em estudo, sua delimitação, justificativa, metodologia e estrutura; no segundo capítulo são abordados aspectos relevantes de âmbito histórico e conceitual acerca da recuperação de empresas e falência no Brasil.

Já no terceiro estão os lineamentos relacionados ao instituto da Recuperação Judicial, com destaque para a conciliação e mediação como meios alternativos para resolução de impasses; o último capítulo foi destinado à discussão do tema norteador, qual seja, a mediação nas recuperações judiciais diante das modificações proporcionadas pela Lei nº 14.112/2020. Encerra-se com as considerações finais, que traz as impressões finais do pesquisador e busca responder aos objetivos e questões condutoras desta pesquisa.

2 RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA NO BRASIL

No decorrer dos séculos a sociedade foi se desenvolvendo, sendo as relações comerciais essenciais neste processo. O crédito tornou-se indispensável como fomento às atividades empresariais, mas, o mal emprego dele, somado, em alguns casos, à inexperiência dos empresários, poderiam levar ao fracasso organizacional. Assim, o Direito criou técnicas voltadas para a recuperação de valores devidos pelos empresários - nos tempos mais remotos chamados de comerciantes – ou, se fosse o caso, para retirá-los do mercado de atuação.

É nesta questão que se assenta esse capítulo, iniciando com um introito acerca da evolução do Direito Concursal e, por conseguinte, se concentra mais especificamente no instituto Falência e em seus aspectos conceituais, princípios e pressupostos. São abordagens revestidas de importância para a compreensão do objeto de estudo proposto nesse texto monográfico.

2.1 DIREITO CONCURSAL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Um dos principais motes ligados ao Direito Empresarial é o estudo das empresas em crise. Todo empreendimento é envolto em riscos e a crise é fenômeno derivado disto, uma vez que as expectativas traçadas inicialmente pelos empresários podem não se cumprir. Neste campo, como explica Giovani Magalhães (2020), é um ciclo que se desenvolve: o investimento do empresário na sua organização, que gera uma atividade econômica, que atende a determinado interesse (bens ou serviços) do mercado, o qual por sua vez devolve ao empreendedor uma resposta, sempre em nível econômico-financeiro.

Entretanto, não raro, ainda que os investidores sejam bem organizados e contem com bons serviços de consultoria, eles não conseguem fazer uma leitura correta das respostas que o mercado de atuação pode lhes dar. Por exemplo, ao traçar o plano organizacional pensa-se em uma alta lucratividade, mas na prática, os empresários se deparam com uma tributação muito elevada e/ou com a desvalorização da moeda, entre outros fatores, que acabam gerando uma crise.

Marlon Tomazette (2018, p.46) explicita que “em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico houve por bem criar diversos institutos para tentar superar as crises ou para liquidar

o que não é passível de recuperação”. Desta forma, para as empresas em crise existem alternativas jurídicas, que no caso brasileiro estão estabelecidas na Lei nº 11.101/05, com a recuperação de empresas (nas vias judicial e extrajudicial); e a falência se apresentando como ferramentas que podem solucionar tais situações:

A **recuperação de empresas** é o mecanismo jurídico a ser utilizado pelo empresário cuja empresa está em crise, mas que esta crise é **superável**, porque a empresa é dotada de **viabilidade econômica**. Entretanto, na medida em que a crise não for mais superável pelo fato de inexistir viabilidade econômica para a empresa, a solução jurídica só poderá ser a **falência** (MAGALHÃES, 2020, p.405). Grifos do autor

Nesta seara, apreende-se que o Direito Empresarial se afunila para o Direito Concursal, o direito empresarial na ótica do concurso de credores, com ênfase nos subcampos Direito Falimentar e no Direito Recuperacional, que como ficou evidenciado, se configuram em soluções jurídicas para o combate das crises empresariais, com o primeiro se preocupando com o processo de falência e o segundo com a recuperação das empresas.

Há um destaque de Tarcísio Teixeira (2019) para o Direito Recuperacional, como sendo uma nomenclatura adotada por alguns doutrinadores, sobretudo por aqueles que tomam a Lei nº 11.101/2005 como referência, a qual preconiza a preservação da empresa em detrimento da falência. Inclusive, acerca disto, Waldo Fazzio Júnior busca esclarecer que não se trata de “menosprezo pelo relevante instituto da falência, mas a valorização das possibilidades jurídicas de sua prevenção, tendo em vista os efeitos econômicos da insolvência, na estrutura social brasileira [...]” (FAZZIO JÚNIOR, 2020, p.485).

Nota-se, pelos pressupostos acima, que alguns termos compõem o estudo do Direito Concursal. Um deles é a falência, que consiste no último estágio de uma empresa em crise, sendo que evitá-lo, recuperando a empresa, é a maior finalidade do Direito Concursal. Assim, com relação a etimologia da terminologia “falência”, a doutrina é consensual, com destaque aqui para André Luiz Santa Cruz (2020) e Tomazette (2018), que explicam que é uma expressão que dimana do verbo falir, que por seu turno, tem sua gênese no verbo latino *fallere*, com a significância de encobrir, falhar, errar, faltar, falsear, ludibriar, enganar, faltar com o compromisso.

Teixeira (2019) compartilha do mesmo entendimento e complementa que de uma nomenclatura comum, o verbo falir também ganhou significado técnico no

campo jurídico, expressando a impossibilidade de pagamento das dívidas de um devedor, decorrente da inexistência de meios financeiros e/ou insuficiência de patrimônio para cumprir com tais obrigações. A doutrina pátria é uníssona quanto ao fato de que historicamente é daí que surgiu a falência, que desde então tem ligação direta com fraude, com a compreensão de que os devedores eram fraudadores.

Para entender a gênese desse instituto, faz-se uma visita teórica nos primórdios, na Roma antiga, depara-se com o Direito quiritário¹, onde aqueles comerciantes que não conseguiam honrar com as obrigações relacionadas aos seus comércios, não arcavam com bens materiais, mas, sim, com a vida ou liberdade (SANTA CRUZ, 2020; MAGALHÃES, 2020).

Deste modo, os abusos sofridos pelos devedores refletiam no físico. Teixeira (2019) vai na mesma direção e acrescenta que, inclusive, tais excessos eram determinados legalmente e cita a legislação inglesa do ano de 1604, que concedia permissão para que as orelhas dos devedores fossem cortadas. Consoante Cícero de Castro Ribeiro Júnior (2020) e Gladson Mamede (2020), também teve a Lei das XII Tábuas - primeira legislação romana, de 451 a.C., que veio expor a responsabilidade corpórea do devedor, mediante a *manus injectio*².

Isto é assim ratificado: “No direito romano arcaico, a execução incidia sobre a pessoa do devedor, do que é exemplo significativo a *manus injectio*, que autorizava ao credor manter o devedor em cárcere privado ou escravizá-lo” (FAZZIO JÚNIOR, 2020, p.486). Se não conseguissem quitá-las por completo mediante cárcere ou escravidão, Santa Cruz (2020) e Ribeiro Júnior (2020) acrescentam que era permitido que os credores esquartejassem os devedores para pegar partes do corpo, como a orelha, anteriormente citada por Teixeira (2019), como pagamento.

Contudo, a previsão legal ia ainda mais além, pois dava permissão para que os corpos dos devedores fossem cortados em tantas partes quanto fosse o

¹ Significa “apreensão” e representa o estágio mais primitivo do Direito Romano; precedeu a Lei das XII Tábuas e assentia adjudicação dos donos da dívida, que por um período de 60 (sessenta) dias tinham de cumprir trabalho escravo para os seus credores. Nessa fase houve a introdução do critério da responsabilidade pessoal, não nos termos atuais, pois era a responsabilidade pessoal, na mais exata expressão da palavra (MAGALHÃES, 2020).

² Processo que também compôs o direito romano arcaico e que dava direito aos credores de vida e morte de seus devedores insolventes, que podiam ser mantidos presos e/ou eram escravizados para prestação de serviços até que suas dívidas fossem consideradas pagas. Ou seja, a obrigação se mantinha fundamentalmente pessoal, com os devedores respondendo não com o patrimônio, mas com o corpo (SANTA CRUZ, 2020).

número dos credores. Também era dada a escolha de os credores venderem os devedores a estrangeiros, se assim preferissem.

Esta situação muda apenas com o advento da *Lex Poetelia Papiria*³ em 428 a.C., que respaldou o sistema da constrição patrimonial e veio coibir “o encarceramento, a venda como escravo e a morte do devedor” (SANTA CRUZ, 2020, p.1168). A partir daí, também conforme relatos de Ricardo Negrão (2020) e Magalhães (2020), os devedores podiam acertar suas dívidas usando seus bens, que passavam para a posse dos seus credores para posterior alienação.

A *Lex Poetelia Papiria* substituiu a *manus injectio* e determinava que o cumprimento forçado das condenações fosse suprido pela moeda corrente através da *venditio bonorum*⁴. Para relatar tal fato, transcreve-se:

[...] a edição da *Lex Poetelia Papiria*, aboliu a *manus iniectio*, autorizando os credores apenas a entrar na posse dos bens com o decreto judicial da insolvência, procedimento designado de *missio in possessionem* (ou *missio in bona*⁵). Só na última época do Direito Romano passou-se à prática da *cessio bonorum*⁶ (introduzida pela *Lex Iulia*⁷), isto é, o devedor insolvente entrega todos os seus bens para repartição igualitária entre os credores. A *venditio bonorum* acarretava para o insolvente a infâmia (*infamia*), nota desabonadora, desonrosa, que o acompanhava até que todos os credores estivessem pagos (MAMEDE, 2020, p.33).

Foi assim adotou-se no direito romano regras que agasalhavam a responsabilidade patrimonial dos devedores, materializando uma realidade bem diferente da que dantes prevalecia (SANTA CRUZ, 2020), sendo que da

³ Surgida entre o período clássico e a Idade Média, a *lex poetelia papiria* estabeleceu a responsabilidade patrimonial, e com ela, o critério da responsabilidade pessoal da fase do direito quiritário foi suplantado. Pela *lex poetelia papiria* os devedores passaram a responder com os seus bens pela satisfação de suas obrigações, deixando de sofrer abusos físicos, escravidão ou de ser objeto de venda para estrangeiros (MAMEDE, 2020; MAGALHÃES, 2020).

⁴ Com o significado de venda em hasta pública, sua gênese data de 643 a.c. e veio determinar o desapossamento do devedor sobre seus bens; o magistrado fazia a nomeação de um *curator bonorum*, que assumia a função de administrador do patrimônio dos devedores, cabendo-lhe ainda, a publicação de tal ato aos outros credores dentro de um prazo de trinta dias; em situações em que os devedores não liquidassem suas obrigações, esse *curator bonorum* tinha o poder para fazer a alienação dos bens visando quitar as dívidas junto aos credores (MARTINS, 2017).

⁵ Era autorizada pelo magistrado mediante decreto, pelo qual permitia-se que o credor entrasse na posse de todo o patrimônio do devedor, podendo vendê-lo se cumprisse algumas formalidades. Pela *missio in bona* os devedores não podiam administrar seus bens, mas não perdiam suas propriedades e nem a posse jurídica daquilo que possuíam; a administração tornava-se responsabilidade do *curator bonorum*. Havia a penhora dos bens dos devedores em favor dos credores (NEGRÃO, 2020).

⁶ Princípio pelo qual os credores de uma mesma categoria de créditos devem receber tratamento paritário, igualitário, equânime ou isonômico

⁷ Lei romana com sanção em 90 a.c.; foi em seu âmbito que se viu, de fato, a origem do Direito Falimentar moderno. A *lex Iulia* trouxe dois dos princípios informadores do regime falimentar atual: os credores dispõem de todo o patrimônio do devedor; e o princípio *cessio bonorum* (MAGALHÃES, 2020).

responsabilidade pessoal passou-se à responsabilidade patrimonial, com o entendimento de que a garantia dos credores tinha de ser os bens dos devedores e não mais a pessoa deles. Deste modo, no período medieval, mais especificamente na Itália, nasceu o Direito Falimentar, em uma conjuntura onde a atividade mercantil crescia significativamente.

Sublinha-se também, que em tal fase histórica, o que era administrado na esfera privada, passa aos auspícios da tutela estatal, sendo que tal influência foi só crescendo, tanto que na atualidade “o exercício regular do comércio depende quase que inteiramente da vontade do Estado, que orienta e limita as atividades mercantis de forma soberana” (MARTINS, 2017, p.32). Além disso, o *concursum creditorum*⁸ assumiu as feições de falência e a aplicabilidade da falência era a todo devedor, fosse ele, comerciante ou não (MAGALHÃES, 2020).

Em 1807 o Direito Falimentar chegou à França com a edição do Código Comercial Napoleônico. Originou-se o Direito Comercial como Direito dos atos de Comércio e o instituto Falência assumiu uma natureza econômico-social, com os legisladores passando a diferenciar o devedor honesto do desonesto, mas, por outro lado, com tal código as restrições ao falido se tornaram mais duras e também veio a restrição da falência ao comerciante (MARTINS, 2017; FAZZIO JÚNIOR, 2020; NEGRÃO, 2020; RIBEIRO JÚNIOR, 2020).

Em seguimento, verificou-se que a legislação falimentar foi marcada por fortes repercussões em decorrência da Revolução Industrial, a qual gerou grande evolução no comércio. A partir de então, a lei perdeu sua natureza eminentemente punitiva e teve seu foco voltado para a preservação dos comércios:

Já, no Século XX, deu-se a superação da teoria dos atos de comércio e, com a implementação da teoria da empresa, a partir de 1942, na Itália, surgiu o último princípio basilar: o princípio da preservação da empresa. Nesse contexto, o direito falimentar inicia novo momento de inflexão, desviando o foco da liquidação para se voltar à preservação da empresa (MAGALHÃES, 2020, p.432).

Considerando o panorama histórico geral, o Direito Falimentar se dividiu em quatro fases: Direito Romano; Idade Média; Código Comercial Napoleônico; e Século XX, sendo esta última assentada na recuperação das empresas em crise.

⁸ Foi a herança de maior relevância que o Direito Romano deixou para o Direito Falimentar, diz respeito a pluralidade de credores, os quais, pela *cessio bonorum* se viam diante de três: recebimento integral do valor devido; recebimento proporcional (maneira rateada), ou recebimento “zero” (MARTINS, 2017).

Com relação ao Direito Falimentar Pátrio, a doutrina tradicional e majoritária relata que sua gênese está no período colonial, quando o Brasil não dispunha de leis próprias acerca da quebra do comerciante, sendo sujeito às leis de Portugal. Algumas legislações foram aplicadas ao instituto Falência de lá para cá. Deste modo, em suma, a origem desse subgrupo do Direito está em ferramentas legislativas portuguesas das Ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

O fato é que “essas Ordenações eram fortemente influenciadas pelo direito estatutário italiano, elas continham “regras falimentares” extremamente severas com o devedor [...]” (SANTA CRUZ, 2020, p.1172). Logo, percebe-se que foram leis marcadas pela ótica da repressão, preconizando-se a prisão dos devedores que não tivesse patrimônio para arcar com as dívidas contraídas e até mesmo, a pena de morte, quando comprovada a existência de fraude da parte deles.

Neste caso, denominava-se devedor com dolo, enquanto que ao devedor sem dolo, era aquele que enfrentava problemas de outras ordens, como perda de lavoura por conta do clima, por exemplo. A este era dada a oportunidade de cumprir seus compromissos com os credores de outros modos (NEGRÃO, 2020). A aplicabilidade destas leis ocorreu ao longo da fase colonial brasileira.

Sequencialmente, em novembro de 1758, adveio o Alvará do Marquês de Pombal, com o qual “obteve-se o autêntico processo de falência, sendo considerado como marco decisivo no Direito Falimentar pátrio” (RIBEIRO JÚNIOR, 2020, p.36). Este documento trouxe regulações agasalhando a punição penal em crimes de ordem falimentar, mas ainda veio disciplinar a falência inocente e a culposa.

Deste modo, em conformidade com tal mecanismo legal, a prisão era para os fraudadores, enquanto os que agiam com boa-fé podiam cobrir suas obrigações alienando os seus patrimônios. Quase um século depois vieram mudanças, quando foi editado o Código Comercial nacional em 1850:

[...] o espírito de soberania no Brasil àquela época exigia legislação própria. Assim, em 1834, foi elaborado um projeto de Código do Comércio, que tramitou no Poder Legislativo até 1850, ano em que foi sancionada a Lei n. 556, de 25 de junho de 1850 – conhecida como Código Comercial brasileiro (TEIXEIRA, 2019, p.56-57).

Este Código Comercial, da fase imperial, trouxe dispositivos acerca da falência, sob o título “Das quebras” em sua terceira parte (NEGRÃO, 2020). A partir de então, o instituto Falência experimentou um processo evolutivo que abrangeu

outras legislações: Decreto nº 917/1890; Lei nº 859/1902; Lei 2.024/1908; Lei nº 5.746/1929; chegando a Lei nº 7.661/1945, que trouxe disposições acerca da Falência e concordata e perdurou por aproximadamente seis décadas, quando foi promulgada a Lei nº 11.101/2005, denominada de Lei de Falências e Recuperação Judicial⁹.

Na atualidade, o objetivo do Direito Falimentar não é a punição dos devedores insolventes, criminalizando a conduta deles e os retirando do mercado de atuação, mas sim, tem como escopo a preservação das empresas, com a falência sendo uma alternativa tão-somente para aqueles casos de devedores irrecuperáveis.

Depois desses breves apontamentos acerca do Direito Concursal e do processo evolutivo geral e Pátrio da falência, passa-se à uma abordagem mais específica acerca desse instituto com a finalidade de apresentar um pano de fundo para a discussão do tema norteador dessa pesquisa monográfica.

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS E NATUREZA JURÍDICA DA FALÊNCIA

Anteriormente foi abordada a etimologia da expressão falência, ficando o entendimento de que ela adveio do verbo falir, que dentre outros significados, quer dizer faltar com o compromisso assumido. Falência tem sido entendida como resultado de uma empresa que não conseguiu vencer uma grande crise financeira, não dispondo de meios para liquidar suas dívidas. Em um conceito instrumental:

Falência é um processo de execução coletiva, no qual todo o patrimônio de um empresário declarado falido – pessoa física ou jurídica - é arrecadado, visando pagamento da universalidade de seus credores, de forma completa ou proporcional. É um processo judicial complexo que compreende a arrecadação dos bens, sua administração e conservação, bem como a verificação e o acerto dos créditos, para posterior liquidação dos bens e rateio entre os credores. Compreende também a punição de atos criminosos praticados pelo devedor falido (NEGRÃO, 2020, p.277).

Em outra concepção, que segue na mesma direção, reforça-se a falência como uma execução coletiva, não individual, visto que se trata de um processo universal, por abarcar todos os credores e todo o patrimônio disponível do devedor (TOMAZETTE, 2018). Logo, fica evidenciado que a pretensão é contemplar os interesses de todos os credores, não apenas satisfazer um único.

⁹ Os dois últimos marcos legais estão mais bem abordados no subitem 2.4 desse primeiro capítulo.

Santa Cruz (2020, p.1179) complementa que “a falência, pois, é um instituto típico do regime jurídico empresarial, aplicável tão somente aos devedores empresários [...]”, se enquadrando entre eles somente o empresário individual, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e sociedade empresária.

Em se tratando do devedor civil, como um trabalhador ou cooperativa, por exemplo, o alicerce jurídico processual abriga o concurso de credores, com determinação nos artigos 908 e 909 do CPC (BRASIL, 2015), de modo que este tipo de devedor não é debelado ao monumento falimentar, não podendo ser aplicada a Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e Falência.

Compreende-se ainda, a partir de uma análise doutrinária, que a falência se apresenta como uma situação legal que culmina de um processo decisório de âmbito judicial, no qual foi prescrita uma execução concursal contra o empresário devedor. Neste processo, há a prática de ações jurídicas supervisionadas judicialmente e cuja finalidade é identificar os credores, apurar, avaliar e alienar os ativos, além do disciplinamento relativo ao patrimônio, contratos, dívidas e condições dos devedores.

Em termos cotidianos, a falência é uma situação que gera o afastamento dos empresários devedores de suas atividades comerciais e que se efetiva geralmente, pela ausência de uma leitura mais acertada do mercado. Isto incorre na falha da execução dos interesses financeiros e administrativos das organizações, o que acaba por se tornar um impedimento a continuidade dos negócios.

Trata-se de um instituto que abrange a declaração de insolvência empresarial, no caso do empresário ou da sociedade empresária, solucionando o problema mediante a liquidação do patrimônio ativo do devedor, quitando, nos limites da força deste, o patrimônio do empresário falido. A respeito disso, apregoa-se: “A falência representa justamente esse meio de liquidação forçada do patrimônio do devedor empresário” (TOMAZETTE, 2018, p.367).

Sabe-se que a recuperação da saúde econômico-financeira empresarial deve ser o ponto central, mas quando ela não se torna possível recorre-se à citada liquidação forçada dos bens do empresário devedor, mormente para que os credores não fiquem no prejuízo em consequência da atividade daquele devedor em crise.

Atentando-se para o fato de que ao longo do capítulo foram feitas algumas referências ao termo insolvência, depois de ter apreendido o conceito jurídico de falência, é necessário a distinção de insolvência desse instituto. De acordo com Magalhães (2020, p.413), “tais expressões têm duplo significado jurídico. Tanto

representam estágios distintos do desenvolvimento da atividade empresária, como também denominam processos concursais distintos”.

Com relação aos estágios, no curso do seu funcionamento uma organização pode experimentar quatro deles: o estágio normal – a empresa é muito lucrativa; o estágio da crise - ela já não usufrui de uma boa lucratividade; o estágio da insolvência - o empresário ainda tem a chance de salvar seu negócio, mediante, por exemplo, a recuperação judicial; e falência – o empresário não conseguiu reverter a situação de crise e alcança o último estágio, que é a falência.

Neste vértice, a insolvência se caracteriza como o momento pré-falimentar, que deve envolver a prática de, pelo menos, um dos atos previstos no artigo 94, da Lei nº 11.101/05 (BRASIL, 2005), enquanto que a falência é uma situação de direito, chancelada pelo Estado, reconhecida mediante sentença (FAZZIO JÚNIOR, 2020; NEGRÃO, 2020).

Considerando o exposto, insolvência é um estágio que antecede a falência, com ambas representando situações diferentes no contexto da atividade comercial. Mas, além disto, estes dois institutos são processos concursais distintos e não podem ser confundidos: o primeiro se destina aos empresários e é regido juridicamente pela Lei nº 11.101/2005 e a insolvência tem como destinatário o não empresário e o regime jurídico que a respalda é o CPC (SANTA CRUZ, 2020; MAGALHÃES, 2020).

Entre esses dois processos concursais se nota dois aspectos que os diferencia: a possibilidade de utilizar meios de recuperar a empresa e a extinção das obrigações do devedor. Na insolvência, como é aplicável a não empresários, não se tem a chance de recuperação, ou seja, se um engenheiro entrar em crise econômico-financeira, não terá meios jurídicos que o auxilie, enquanto que os empresários têm.

Na situação de extinção das obrigações, em caso de não empresário, requer o pagamento de todos os credores do devedor, declarado insolvente, que apenas estará livre da insolvência após pagar tudo o que deve ao último dos seus credores.

Já em caso de falência, existe a possibilidade de extinguir as obrigações do devedor, declarado falido, desde que seja viável o pagamento de um mínimo legal de credores, sem precisar pagar tudo ou a todos os credores. Na verdade, pela previsão legal “a extinção das obrigações do falido quando há o pagamento de todos os credores, trata de situação ideal, mas que infelizmente não ocorre na grande maioria dos processos falimentares” (SANTA CRUZ, 2020, p.1315).

Destarte, de modo geral o constatado é que toda a mudança sofrida pelo Direito Concursal veio ao encontro da importância de manter o mercado estabilizado, o que torna compreensível que os sistemas jurídicos regulamentadores da insolvência contemplem a materialização dos direitos dos credores por meio da recuperação dos empresários devedores. Ficando a falência, pelo seu caráter de sentença liquidatória, como desfecho forçoso e restrito, só àqueles negócios realmente inviáveis.

Em continuidade, pelo já destacado nesse texto, pode-se afirmar que a falência é uma matéria envolta em complexidade. Uma visita na doutrina permitiu entender que este foi um dos motivos que levou a embates acerca de seu caráter jurídico, questionando-se se o instituto pertence ao direito material ou ao direito processual.

A doutrina, em sua maioria, acredita ser esta uma discussão um tanto quanto suplantada, pois a falência é um instituto que perpassa as mais diversas áreas da seara jurídica e por ter normas de fundo e de forma, não dá abertura para uma abordagem quanto a sua natureza jurídica. De fato, há uma ampla defesa a natureza híbrida da falência. Nesta direção, caminha Santa Cruz (2020, p.1181): “Não há como deixar de reconhecer, pois, o caráter híbrido ou complexo da falência, diante da confluência de normas processuais e materiais no arcabouço jurídico-falimentar”.

Assim, considerando os ensinamentos doutrinários chega-se à conclusão de que natureza jurídica da falência é processual e material: processual porque é um processo de execução concursal; material, pela geração de efeitos aos contratos, aos patrimônios e, inclusive, à pessoa do falido.

2.3 PRINCÍPIOS E PRESSUPOSTOS DA FALÊNCIA

Com relação aos princípios do instituto falência, há um alerta para que se compreenda que a crise da empresa não é uma questão simples e que tem uma solução já pronta, mas, como Martins (2017) propaga, demanda a reforma de princípios e de conceitos que gravitam em torno da preservação da empresa que se encontra em um momento delicado, lidando com uma crise.

Entende-se que a preservação das atividades empresariais é fundamental, na medida em que elas revelam viabilidade econômica e que atendam realmente aos ditames de sua função social¹⁰. Desta maneira, não resta dúvida sobre a importância

¹⁰ No contexto de uma economia muito dependente da atividade empresarial, o Estado precisa oferecer proteção ao sistema, visto que dele dependem de modo direto a geração e sustentabilidade dos

de se determinar meios que gerem cada vez mais transparência aos negócios econômico-financeiros.

Nesta toada, para tratar dos princípios da falência inicia-se transcrevendo o preconizado na Lei de Recuperação de Empresas e Falência:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)
I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência) (BRASIL, 2005, art.75, inc. I).

O que se apreende, é que a finalidade é afastar o empresário devedor de suas atividades, para que com isto, haja preservação e otimização do emprego produtivo de todos os recursos da empresa. A partir do alocado neste dispositivo podem ser destacados dois importantes princípios no contexto do Direito Falimentar: o primeiro é o da preservação da empresa e o segundo é o da maximização dos ativos.

Para Santa Cruz (2020), fica muito clara a presença destes princípios. Em suas lições, o doutrinador evidencia o fato de que a falência do empresário devedor não significa basicamente, que a atividade empresarial tem de se findar, posto que existe a possibilidade de outro empreendedor comprar a empresa e dar continuidade na atividade econômica por ela exercida. Desta forma:

Mantendo-se a empresa em funcionamento, evita-se que seus ativos – sobretudo ativos intangíveis, como uma marca – se desvalorizem ou se deteriore, por exemplo. Isso contribui para que, no curso do processo falimentar, quando for realizada a venda dos bens, consigam-se interessados em adquirir o estabelecimento empresarial do devedor, dando continuidade à atividade que ele desenvolvia (princípio da preservação da empresa) (SANTA CRUZ, 2020, p.1182).

Pode-se dizer, inclusive, que o princípio da preservação da empresa representa muito bem o estágio em que o direito concursal se encontra na atualidade. O epicentro da preocupação está assentado exatamente na preservação da empresa, de maneira que a sua função social seja garantida. Sem dúvida, o princípio da preservação da empresa disciplinado na Lei nº11.101/2005 tem relação direta com a função social da empresa.

empregos, a circulação de renda, a arrecadação tributária e o próprio crescimento do país. Esses fatores são a essência do que se denomina 'função social' da empresa (TEIXIERA, 2019).

Teixeira (2019) e Mamede (2020) compreendem o princípio em comento como uma das metanormas que norteia o Direito Empresarial. Na visão do doutrinador, os fundamentos do princípio da preservação da empresa estão encravados no reconhecimento da sua função social. Esta é a razão de a crise da empresa ser tratada sob o véu jurídico como um desafio passível de recuperação.

Avulta-se que não se pode olvidar da função socioeconômica desempenhada por uma empresa na contemporaneidade, haja vista que gera empregos para que possa distribuir seus bens e/ou serviços, não podendo, deste modo, encerrar suas atividades sem gerar consequências diversas. Magalhães (2020), corrobora esta assertiva ao reforçar que a crise de uma empresa pode alcançar um elevado nível de fatalidade, visto que quando interrompe suas atividades por ter falido, os prejuízos gerados são inúmeros, iniciando com o desemprego, se enveredando para o comprometimento econômico-financeiro dos devedores, passando pelo Estado devido à redução de impostos e chegando aos seus credores. Mais uma vez, salienta-se a importância da preservação da empresa.

Acerca do princípio da maximização dos ativos, ele segue, de certa forma, orientado pela preservação da empresa, pois a venda de uma unidade bem conservada alcança um preço justo, “o que em última análise interessa aos credores da massa, visto que o dinheiro arrecadado será usado para o pagamento de seus créditos (princípio da maximização dos ativos)” (SANTA CRUZ, 2020, p.1182).

Fazzio Júnior (2020) trata deste princípio enfatizando a necessidade de se preservar e valorizar os ativos da empresa devedora, pois assim será mais fácil para os novos proprietários conduzirem a sua recuperação e a manutenção de sua atividade produtiva, com credores, mas também a sociedade, sendo contemplados.

Aqui na presente pesquisa, o destaque foi para os dois princípios acima descritos, mas existem outros que também estruturam o regime legal e permeiam os processos concursais, concedendo diretrizes que facultam uma melhor análise de seus problemas de maior relevância.

Assim, compilando a doutrina apresentam-se alguns deles: o princípio da viabilidade da empresa em crise – as empresas têm de ter condições de observar os planos de reorganização estipulados na LREF; o princípio da prevalência do interesse dos credores - interesse dos credores deve identificar-se com o interesse público inerente à empresa; o princípio da publicidade procedimental – transparência na publicidade dos atos processuais e na definição dos diversos atos que os integram.

Também tem o princípio da *par conditio creditorum* - tratar os credores em igualdade de condições; o princípio da coletividade – a falência perpassa os interesses exclusivos dos credores e dos devedores, alcançando os interesses do Estado e da sociedade; e o princípio da celeridade e da economia processual – pela multiplicidade de interesses coletivos envolvidos, demanda-se maior celeridade na solução do processo falimentar (FAZZIO JÚNIOR, 2020; SANTA CRUZ, 2020; MAMEDE, 2020).

Em seguimento, até o presente momento dessa abordagem teórica, algumas apreensões foram possíveis. Uma delas é que o entendimento da falência envolve entender uma situação jurídica, de direito, e outra é que o referido instituto consiste em um objeto de dissolução mediante decisão judicial. De qualquer forma, interessa sublinhar que a falência é um conceito jurídico condicionado a certos requisitos ou pressupostos para a sua ocorrência no caso concreto.

Os pressupostos da falência de acordo com os ensinamentos doutrinários consistem em três: material subjetivo, material objetivo e formal. Em suma:

[...] o primeiro, denominado de **pressuposto material subjetivo**, consiste na qualidade de empresário do devedor; o segundo, denominado de **pressuposto material objetivo**, é consubstanciado na insolvência do devedor; e o terceiro, por fim, denominado de **pressuposto formal**, é a sentença que a decreta (SANTA CRUZ, 2020, p.1183). Grifos do autor

Deste modo, a instauração do regime de execução concursal só será efetivada quando se fizerem presentes os três pressupostos arrolados pelo doutrinador, quais sejam: um devedor empresário, contra quem será declarada ou decretada uma falência; sua insolvência jurídica empresarial e a procedente sentença declaratória da falência.

O pressuposto da insolvência está relacionado a atos que o devedor deve evitar para que não seja requerida sua falência. Eles são: a impontualidade injustificada, a execução frustrada os atos de falência. Estes três atos encontram-se tratados de forma exemplificativa respectivamente no artigo 94, incisos I, II e III da LREF (BRASIL, 2005).

Ainda sobre a necessidade da presença dos pressupostos da falência, Magalhães (2020, p.437), esclarece que “faltando, numa situação hipotética, algum dos pressupostos, o sujeito estará tudo no mundo – até insolvente, menos falido”. Com isto, claro está que não existe meio termo, pois, em um caso concreto tais

pressupostos devem existir, compondo um mesmo processo judicial, ou do contrário, não se poderá falar em falência.

2.4 MARCO LEGISLATIVO: DO DECRETO-LEI 7661/45 À LEI Nº 14112/2020

Quando da abordagem acerca do processo evolutivo do Direito Concursal, foram listados alguns marcos teóricos importante no contexto Pátrio. Rememorando: Ordenações afonsinas (1.447); Ordenações Manuelinas (1.521); Ordenações Filipinas (1.603); Alvará de 13 de novembro de 1.758; Lei nº 556/1850 (Código Comercial); Decreto nº 917/1890; Lei nº 859/1902; Lei 2.024/1908; Lei nº 5.746/1929; Decreto-Lei nº 7.661/45; e Lei nº 11.101/2005. Aqui interessa um breve destaque ao Decreto Lei de 1945, que tratava da concordata e da falência (BRASIL, 1945) e à atual Lei nº 11.101, cujo epicentro é a preservação da empresa (BRASIL, 2005).

A *priori*, o ordenamento de 1945, revogado, com a premissa de assegurar a reorganização da empresa em crise e a solução da crise patrimonial temporária, antevia o instituto da concordata, além da falência. Neste dispositivo, a preocupação basilar se debruçava na figura dos credores e não na sobrevivência e no restabelecimento da empresa. Importava a observância do princípio da *par conditio creditorum*, que como dantes explicado, envolve a igualdade dos credores, ordenados conforme critérios fixados legalmente.

Convém salientar o quanto o instituto da falência foi contemplado na Lei em discussão, a qual também veio determinar os pressupostos que o caracterizava: existência do devedor comerciante, a insolvência, manifestada pela impontualidade ou pela prática de atos da falência, e a sentença declaratória da falência.

A falência era vista como um processo especial e complexo (MAGALHÃES, 2020). Neste contexto, o atendimento dos interesses dos credores e também a tutela do crédito público eram os escopos perseguidos e privilegiados, sendo relegados a segundo plano, ou mesmo, ignorados, os interesses dos outros envolvidos em torno do negócio em questão. Simultaneamente, essa Lei de 1945, como já destacado, também trouxe importantes disposições acerca da concordata:

[...] as concordatas preventiva e suspensiva [Decreto nº 2.034/1908] foram mantidas no sistema, porém, restou alterada a sua natureza jurídica que passou a ser um “favor legal” ao comerciante, vale dizer um direito subjetivo

atribuído ao agente econômico que, agora, poderia ter acesso à concordata, ainda que com ela ninguém concordasse (MAGALHÃES, 2020, p.489).

A previsão da concordata se deu assim, sob as espécies preventiva e suspensiva, assentindo ainda, suas subespécies dilatória, remissória e mista. Nestes termos, consistia em um benefício legal que proporcionava ao devedor comerciante a prorrogação do vencimento de suas obrigações apenas ou a remissão parcial de seus valores. Em seu artigo 156 permitia o adiamento do pagamento integral em até dois anos, ou o desconto no pagamento à vista em até 50% (BRASIL, 1945).

A vontade dos credores insatisfeitos com a situação de crise do devedor, não tinha peso nenhum. A finalidade da concordata era prevenir a decretação da falência, fosse a impedindo mediante concordata preventiva, ou por meio da suspensão dos seus efeitos pela concordata suspensiva.

Assim, considerada como um válido processo jurisdicional, a concordata adquiria a feição de favor legal outorgado pelo magistrado ao concordatário que eventualmente viesse preencher alguns requisitos com previsão nesse próprio ordenamento legal. Contudo, apesar de no corpo normativo de 1945 a expressão ‘concordata’ parecer denotar uma concordância entre os credores e devedores,

[...] na verdade era o chamado “favor legal” que a lei dava para o devedor, que preenchendo determinadas condições, teria suas dívidas renegociadas, e o vencimento das mesmas prolongadas. O direito de opinião dos credores não era levado como fator decisivo para se tentar chegar a uma concordância, então a impressão que o nome “concordata” deixava transparecer, na verdade, beneficiava apenas o devedor (CHAVES, 2021, p.13).

Claramente sobrelevam-se os interesses exclusivos dos credores, sendo averiguada uma fase de satisfação do crédito, com predomínio de regulação processual da tutela para forçar a aceitação dos interesses dos devedores. Reitera-se aqui, que o Decreto nº 7.661/45 além de trazer tal regulação, pormenorizava o ritual dos processos de concordata (um favor legal, com mera moratória de débitos) e da falência para o comerciante.

Então, frente a inviabilidade dessa Lei em preservar ou recuperar a empresa, foi editada a vigente LRE, sob o nº 11.101/2005, a qual é, sem dúvida, muito mais consentânea à presente realidade brasileira. Todavia, é interessante o fato de que em alguns julgados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia que

implicitamente o princípio da preservação da empresa constava na Lei Falimentar de 1945. A título de exemplificação, segue uma decisão jurisprudencial neste sentido:

Processual civil. Agravo Regimental. Decisão do relator que negou seguimento à apelação. Recurso desprovido. Razão não assiste à recorrente, pois o acórdão recorrido decidiu em consonância com o **entendimento dessa Corte, no sentido de encontrar no próprio Decreto-Lei o princípio da preservação da empresa**, que é tão claro à Lei n. 11.101/2005, ou seja, inobstante o artigo do Decreto-Lei ser omissivo quanto ao valor do pedido, não seria razoável, e nem se coaduna com a sistemática do próprio decreto, que valores insignificantes provoquem a quebra de uma empresa. Isso nada mais é do que preservar a unidade produtiva em vez de satisfazer a uma dívida. [...]. (STJ - AgRg no Ag: 1.022.464- SP 2008/0045944-8, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Data de Julgamento: 02/06/2009, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 29/06/2009).

Em continuidade, o marco legal de nº 11.101/2005 - a LREF, que resultou de dez anos de tramitação legislativa, veio não apenas disciplinar a falência, mas também, criou institutos que culminam na satisfação das obrigações pela sociedade e no fenecimento da crise empresarial. Com vistas a substituição da concordata, a LREF criou a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, que juntos com a falência, constituem-se nos três institutos nela disciplinados.

Destaca-se ainda, que nesse novo diploma legal manteve-se a *par conditio creditorum* como um dos princípios, mas materializou a busca pela preservação da empresa, como princípio para orientação de aplicação da lei:

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 econômica¹¹ (BRASIL, 2005, art. 47).

Deste modo, o determinado é a preservação da empresa, que pode se dar mediante sua recuperação, com a compreensão de que a falência de um negócio gera imensuráveis prejuízos para os empresários devedores, sejam eles individual, EIRELI ou sociedade empresária, como ainda para os trabalhadores, credores, sociedade e Estado. Pelo prisma dessa legislação, a falência deve ser destinada somente àquelas empresas irrecuperáveis.

¹¹ Esses princípios fundamentais do instituto Recuperação Judicial estão abordados de forma pormenorizada no capítulo 3 dessa pesquisa monográfica.

Com o advento da LREF, determinou-se nova estrutura principiológica e de regras com o objetivo de permitir, preferencialmente, o soerguimento da empresa em crise. Consoante ensinamentos da doutrina, com essa legislação os credores saíram da posição passiva de meros expectadores e cobradores, para serem envolvidos no negócio em crise, permitindo escolhas que evitem a derrocada. Essa constatação decorre do fato de que os credores também estão envolvidos na trama da organização e podem sofrer impactos diretos da bancarrota da unidade empresarial.

Em vias de arremate desse capítulo, enfatiza-se que a LREF é aplicável àqueles casos de falências e recuperações de empresa conferidas a partir da data que ela começou a sua vigência. Deste modo, tanto as falências e concordatas outorgadas sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/1945, consoante o artigo 192 da LREF (BRASIL, 2005), deveriam seguir observando o procedimento previsto na Lei Falimentar até que chegasse ao fim o procedimento.

Restada a caracterização da falência em seus diversos aspectos, inclusive com ênfase no princípio de preservação da empresa por meio de recuperação, sagrado na Lei nº 11.101/2005, o próximo capítulo é destinado ao tratamento teórico do instituto da Recuperação Judicial, com destaque para a conciliação e mediação nesse processo.

3 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É fato, que não raro, muitos empreendimentos passam por situações de crise e para superá-las, podem fazer uso de diversos instrumentos, sendo que a escolha do mais adequado deve levar em conta o tamanho da crise pela qual estejam passando. Quando a crise não é muito grande, os empresários podem fazer alterações mais simples, envolvendo procedimentos que culminem com a reestruturação interna de suas empresas, ou ainda, realizar ações maiores, chamadas de soluções de mercado (SANTA CRUZ, 2020; MAGALHÃES, 2020).

Já naquelas empresas que estão em meio a crises mais densas, não é suficiente a adoção de medidas como as elencadas acima. Em casos assim, elas podem se valer, por exemplo, da recuperação judicial, que constitui uma das inovações instituídas pela Lei nº 11.101/2005 para a recuperação de empresas. Por este instituto ser o objeto de estudo do presente texto monográfico, é nele que os esforços teóricos se debruçam no presente capítulo.

3.1 DOS ASPECTOS CONCEITUAIS, OBJETIVOS E CARACTERÍSTICAS

Em uma breve retrospectiva, a trajetória percorrida levou a evidenciar que o processo falimentar e concordatário legalmente respaldado pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, ainda que tenha vigorado por cerca de seis décadas, revelou uma ineficiência no que tange a preservação dos interesses do credor, como também em seus direitos. A doutrina de modo geral, concorda que tal decreto-lei não teve êxito no processo de reestruturação daqueles empreendimentos que em situações de insolvência se apresentavam viáveis economicamente.

A Lei nº 11.101/2005, que como dantes visto, também é chamada de Lei de Recuperação de Empresas e Falência, veio como uma resposta aos anseios dos meios empresarial e jurídico, no sentido de doutrinar os negócios insolventes considerando a realidade e necessidade econômica brasileira.

Neste diploma legal o instituto falência foi aperfeiçoado e o processo de controle das empresas em crises foi modernizado, o que se deu mediante a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, que vieram em substituição da concordata. Nesta linha de intelecção, as lições de Teixeira (2019) destacam que a

LREF abarca um aspecto duplo: o de extinguir atividades empresariais em crise (falência) e/ou de recuperar as organizações.

Sobre a recuperação de empresas em crises, assentando-se no surgimento dos institutos judicial e extrajudicial por meio da Lei nº 11.101/2005, Cyntia A. Vilas Boas complementa:

[...] visando atender as expectativas de ajustes à realidade do mercado brasileiro, diante da necessidade de criação de mecanismos mais flexíveis que possibilitassem a administração da sociedade empresarial em dificuldade econômico-financeira, tal dispositivo estabeleceu soluções para disciplinar o instituto de recuperação empresarial nas modalidades judicial e extrajudicial, disponibilizando medidas legais para auxiliar na manutenção de atividades empresariais com potencial econômico viável, almejando dar continuidade a produção de riquezas, a preservação de empregos e ao recolhimento de tributos, assim portanto, cumprindo com os preceitos dos princípios constitucionais relacionados a ordem econômica, como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a função social da empresa, previstos no Art. 170 da Constituição Federal (VILAS BOAS, 2020, p.27).

Note-se que tanto na recuperação judicial como na extrajudicial, o intento é não permitir que a crise econômico-financeira que esteja assolando a organização, emane em processo falimentar. Assim, tais institutos são meios de recuperação que amparam o empresário insolvente no exercício de sua função social, com vistas a resguardar a atividade que seja viável economicamente.

Cumprе sublinhar que a gênese dos institutos Recuperação Judicial e Extrajudicial assenta-se no reconhecimento, por parte do legislador, de que crises são inerentes às organizações, que podem sofrer com o processo de globalização e da depreciação da estrutura produtiva¹², por exemplo. Fábio Uchoa Coelho (2020), por sua vez, elenca que fatores de ordem exclusivamente econômica podem provocar crises, mas também uma má administração pode levar uma empresa a dificuldades.

Nestes termos, releva-se grifar que consoante Mamede (2020, p.145), “não se encaixa facilmente em análises maniqueístas (bom pagador ou mau pagador, honesto ou desonesto), embora haja situações em que seja fácil averiguar que a crise decorre da prática de atos ilícitos”. É um destaque interessante, haja vista que, não raro, a imagem do empresário insolvente relacionada a esta ideia equivocada de uma postura desonesta ou de má fé.

¹² Depreciação material – equipamentos, maquinários; imaterial – logística, processos administrativos, entre outros (BOIN, 2017).

Em prosseguimento, *a priori*, aqui cabe caracterizar o instituto da recuperação extrajudicial, que se encontra preconizada nos artigos 161 e seguintes da Lei nº 11.101/2005. Ao buscar uma definição, todos os caminhos doutrinários levam a entendê-la como uma negociação particular entre os credores e a empresa devedora, mas que tem as condições e os termos submetidos à homologação¹³ em juízo. Em corroboração:

Recuperação extrajudicial é modalidade de ação integrante do sistema legal destinado ao saneamento de empresas regulares, que tem por objetivo constituir título executivo a partir de sentença homologatória de acordo, individual ou por classes de credores, firmado pelo autor com seus credores. Seus efeitos podem se estender aos credores não aderentes de uma mesma classe, desde que cumpridas determinadas condições previstas em lei (NEGRÃO, 2020, p.270).

Em suma, o processo extrajudicial envolve negociação direta entre devedor e credores, que juntos vão pensar em um plano de recuperação, o qual “não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos” (BRASIL, 2005, art. 161, § 2º). Disciplina-se o tratamento equânime, para que nenhum dos envolvidos saia em desvantagem.

A título de enriquecimento teórico, sobre o plano recuperatório cabe trazer o destacado por Amanda Caroline Ritt (2018), de que este documento é a peça de maior importância em todo processo judicial, haja vista que nele que “consta tudo o que deverá ser feito pela sociedade empresária para que ela supere a crise pela qual está passando, por isso deve ser consistente e bem elaborado” (RITT, 2018, p.8).

Em seguimento, na doutrina são destacadas duas modalidades de homologação: a facultativa¹⁴ e a obrigatória (TOMAZETTE, 2018; NEGRÃO, 2019). A recuperação extrajudicial de homologação facultativa ocorrerá quando os credores concordarem com o plano de recuperação e assiná-lo. De Coelho (2020, p.213) vem uma corroboração: “[...] é a homologação do plano que conta com a adesão da totalidade dos credores atingidos pelas medidas nele previstas”.

Logo, a recuperação extrajudicial será de homologação facultativa quando todos os credores aderirem ao plano apresentado pelo devedor, assinando-o. Nesta situação, considerando a natureza contratual da recuperação de empresas e também

¹³ Tem a premissa de imprimir maior segurança jurídica (NEGRÃO, 2020).

¹⁴ Nos termos do art. 162, da LREF.

o princípio *pacta sunt servanda*¹⁵, a homologação se reveste de simples formalidade, mas, não quer dizer que o cumprimento do plano se torna mais ou menos obrigatório.

Já no caso da recuperação extrajudicial de homologação obrigatória, ocorre quando não obtida aprovação unânime, o devedor consegue a aprovação de mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano recuperatório extrajudicial¹⁶ (BRASIL, 2005). Em casos assim, a homologação é imperativa para que o referido plano venha surtir efeitos aos credores que não concordaram expressamente com ele, afinal, “é injusto que a oportunidade de superação da crise da empresa se perca em razão da recusa de parcela minoritária dos credores” (COELHO, 2020, p.213).

Por seu turno, a recuperação judicial, inovação da maior importância que a LREF trouxe – e objeto de estudo dessa pesquisa, foi um modo de dar um novo contorno ao instituto voltado para o soerguimento de empresas em crise. Neste vértice, reitera-se: “Trata-se de instituto que visa reorganizar a empresa, visando a recuperação dos negócios viáveis” (RIBEIRO JÚNIOR, 2020, p.41).

No campo conceitual, os doutrinadores habitualmente definem a recuperação judicial a partir de suas finalidades. Martins (2017, p.315), por exemplo, destaca a recuperação judicial intenta o “exaurimento dos meios instrumentais para se evitar a falência da empresa em crise, mantendo os empregos, a arrecadação, fornecedores e, acima de tudo, o nome com o respectivo conceito no mercado”. Ritt (2018) segue a mesma direção, evidenciando também a importância deste instituto para a preservação da empresa, para o Estado e para a sociedade como um todo.

Mamede (2020, p.148), por sua parte, entende que ela “é instituto, medida e procedimento que se defere apenas em favor de empresas, ou seja, que somente pode ser requerida por empresários ou sociedades empresárias”. Já na visão de Antonio Evangelista Souza Netto (2020), recuperação judicial é um processo contrário ao sistema adversarial “credor x devedor”, de modo que na recuperação do negócio busca-se comungar os interesses com a premissa maior de que a atividade empresarial seja mantida.

¹⁵ “O contrato faz lei entre as partes”: “os contratos só geram direitos e deveres entre as partes contratantes, salvo em situações excepcionais, cumpre destacar que esses direitos e deveres assumidos valem como lei entre essas partes” (SANTA CRUZ, 2020, p.1.030). Assim, é o princípio da força obrigatória dos contratos, que traz em seu bojo que depois de o nexo contratual ser constituído, a parte tem o dever de cumprir com as obrigações que assumiu, adquirindo o direito de reclamar o adimplemento do que foi prometido pela outra parte (FAZZIO JÚNIOR, 2020).

¹⁶ No teor do art. 163, da LREF.

Tomando tais acepções, em um primeiro momento já é possível entender que conceitualmente o instituto da recuperação judicial se configura como um benefício legal que as empresas dispõem para superar a crise econômico-financeira que a assola, bem como para cumprir sua função social.

Mas, buscando um aprofundamento, ainda em observância ao compendio doutrinário, pode-se afirmar que esse tipo de recuperação é um procedimento judicial que se coloca em juízo e que abarca uma série de ações das esferas jurídica, organizativa e econômico-financeira, que trazem a possibilidade de a empresa se reestruturar com relação a sua capacidade produtiva, no sentido de conseguir uma rentabilidade satisfatória, de maneira a se tornar autossustentável e a (re)adquirir condições para manter três aspectos: manutenção de fonte produtora, geração de empregos e atendimento dos interesses dos credores.

Ainda é pertinente registrar, que esses são os princípios basilares da LREF que se encontram estabelecidos no seu art. 47¹⁷, quando expressa que o objetivo da recuperação judicial é a viabilização da superação de crises econômico-financeira dos devedores. Grosso modo, no artigo delineiam-se os objetivos da legislação, como também todos os aspectos que precisam ser considerados para que o equilíbrio de interesses seja alcançado, no escopo de se promover a recuperação de empresas viáveis economicamente.

Registre-se que um exame literal do preconizado, permite constatar não apenas os princípios fundamentais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, mas, também a razão de sua existência. No citado art. 47, o legislador buscou evidenciar a sua finalidade, ao evidenciar o dispositivo como uma ferramenta que faculta a superação de crise econômico-financeira da empresa devedora.

Como já predito no decorrer desse estudo, a preservação de negócio é essencial. A LREF caminhou nesta direção, com o legislador demonstrando compreender que a falência gera danos em vários contextos, começando pelo empresarial, passando pelos interesses dos credores e alcançando o social, no que tange a oferta e a manutenção de empregos, por exemplo.

¹⁷ 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 (BRASIL, 2005, art. 47).

Note-se que aí está assentada a finalidade concreta da Lei nº 11.101/2005, que manteve a observância a *par conditio creditorum*, deu destaque a função social da empresa e incentiva à atividade produtora. Sua edição revela clara preocupação com a preservação da atividade empresarial ao disciplinar a recuperação judicial como uma forma de soerguimento do negócio.

Não resta dúvida, de que o legislador ao dar enfoque aos três princípios basilares, coloca nos holofotes o papel das empresas nos cenários econômico, pois elas são importantes geradoras de riquezas, contribuindo com o desenvolvimento do Estado por meio do pagamento de tributos, como fontes de bem-estar social, que é alcançado quando são oferecidos empregos que geram renda para os trabalhadores.

Martins (2017), ao tratar desta questão reforça que a LREF veio para valorizar a conservação dos ativos, considerando que ela gravita em torno da preservação dos negócios, para que todos os que interagem e dependem da empresa sofram o menor impacto possível.

Quanto à natureza jurídica do instituto da Recuperação Judicial, quando se busca identificá-la é constatada uma desarmonia doutrinária, pois ela é considerada como parte do Direito Público pelos doutrinadores publicistas e como parte do Direito Privado, pelos privatistas (TEIXEIRA, 2019). Mas, considerando as características que permeiam este instituto, torna-se possível ponderar sua natureza jurídica como sendo mista, uma vez que se reveste de um negócio jurídico do âmbito privado, mas que se efetiva sob supervisão judicial.

Rumo à finalização dessa caracterização geral da recuperação judicial, destaca-se com relação a sua aplicabilidade, que é necessário que tenha cautela, haja vista que é imperativo que a empresa que estiver em crise e buscando apoio estatal passe por um exame apurado. É essencial que ela realmente seja capaz de se recuperar e dar o devido retorno à sociedade, cumprindo com sua função social.

Não se pode olvidar do fato de que os mecanismos de recuperação só podem ser aplicados para a preservação de organizações viáveis. Se sua inviabilidade econômica for comprovada, a solução não será a recuperação, mas, a sua falência.

3.2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.2.1 Da Mediação e Conciliação

Importa abordar, ainda que sucinta e objetivamente, os institutos recuperatórios conciliação e mediação no âmbito da recuperação judicial para que se possa adentrar com um maior suporte teórico no campo da discussão desses mecanismos no procedimento de recuperação judicial, analisando, se de fato, eles se configuram um incentivo à adoção de formas consensuais de resolução de conflitos.

Então, preliminarmente é importante rememorar que as empresas podem passar por crises que não conseguem resolver sozinhas, precisando da intervenção estatal para a superação das mesmas. Dentre os mecanismos que podem recorrer está a recuperação judicial, processo no qual a conciliação e a mediação se apresentam como métodos autocompositivos que foram inclusos na LREF de 2005 pela novel Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

Acerca da inserção desse corpo normativo no ordenamento jurídico, Fabiana Marion Splenger (2021) traz uma ratificação:

Em 24 de dezembro de 2020, foi sancionada e publicada em edição extraordinária do Diário Oficial da União a Lei nº 14.112, a qual alterou e atualizou a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Sua entrada em vigor se deu 30 dias após a publicação da norma, conforme previsto no art. 7º (SPLENGER, 2021, p.174).

Em continuidade, destaca-se que no contexto da recuperação judicial, a conciliação e mediação vêm atender a uma necessidade de resolução de conflitos, posto que em um processo de recuperação judicial as partes envolvidas formam uma relação adversarial, onde o devedor busca uma solução para vencer a crise e se manter ativa no mercado; e os credores têm a preocupação maior com a preservação e a satisfação de seus créditos.

As medidas autocompositivas em questão, têm a finalidade de instigar os processos de negociações no sentido de imprimir celeridade aos procedimentos. Eles se apresentam como ferramentas de alta eficiência quando a pretensão é resolver situações conflituosas envolvendo menos burocracia, para que as organizações consigam uma recomposição com certa rapidez.

Outro fator que vai contribuir para a agilidade dos processos de recuperação judicial, é que na Lei nº 14.112/2020, em seu art. 20-D¹⁸, está assentada a possibilidade de as sessões de conciliação ou mediação serem efetivas de modo remoto, ou seja, virtualmente.

Nota-se a conciliação e a mediação apadrinham todas as partes envolvidas, o que vem demonstrar assertivamente Tartuce (2021) e Souza Netto (2020) quando enfatizam que a recuperação judicial suplanta o sistema adversarial. Na mesma senda, vêm Ritt (2018, p.9): “A maior participação dos credores e a interação com a empresa devedora, que lhes dá a oportunidade de serem ouvidos e de demonstrar seus reais interesses, afasta a ideia de disputa e adversariedade”.

Considerando o que foi exposto até aqui, empresas recuperandas e credores são diretamente favorecidos. Mas, os benefícios se estendem também para o Poder Judiciário, como bem grifado por Splenger (2021), pois os meios extrajudiciais autocompositivos proporcionam uma redução na tramitação de processos de recuperação judicial, desafogando essa estrutura judiciária. Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p.358) corrobora essa colocação e acrescenta que esses instrumentos “[...] ainda combatem o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo uma leitura contemporânea do acesso à justiça”.

Cabe destacar a visão de Leonardo Carneiro da Cunha (2020), que não contesta tal entendimento, mas enfatiza que a mediação e a conciliação não podem ser vistas somente como mecanismos voltados para desafogar o Poder Judiciário, mas, especialmente, como o melhor e mais adequado meio de resolução de litígios.

Prosseguindo, importa salientar que os litígios desse tipo aumentaram ainda mais com a chegada da pandemia da Covid-19, visto que os impactos negativos são bem visíveis “na oferta, no trabalho (redução de pessoal e horas trabalhadas), na produtividade do trabalho (efeitos físicos dos sintomas, impactos do isolamento, queda na produtividade) e na cadeia produtiva [...]” (SOUZA NETTO, 2020, p.9).

Logo, inevitavelmente as crises geradas pelo momento pandêmico levaram muitas empresas a buscarem abrigo na recuperação judicial ou falência. Inclusive, é

¹⁸ 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 (BRASIL, 2020, art. 20-D).

provável que tal aumento nas ações é que levou o legislador a fomentar a adoção dos referidos meios autocompositivos no art. 20-A¹⁹ da nova codificação.

Contudo, o alto número de pedidos de recuperação judicial e falência foi antevisto, de modo que devido a essa preocupação “diversos órgãos do Poder Judiciário implementaram em 2020 algumas iniciativas visando a fomentar a adoção da conciliação e da mediação no Direito Empresarial” (SPLENGER, 2021, p.180).

Nesta seara, tem-se a Recomendação nº 63, cuja edição data de 31 de março de 2020, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trouxe orientações para o magistrado que lida com processos de recuperação e falência de empresas para que buscassem mecanismos para mitigar o impacto provocado pela crise em função da Covid-19 (CNJ, 2020a). Outrossim, este mesmo órgão, na Recomendação nº 71 de 05 de agosto de 2020, além de instituir Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), foi mais específico quanto a adoção de meios adequados para a solução de conflitos de ordem empresarial (CNJ, 2020b).

Também em consequência da pandemia, podem ser observadas iniciativas de Tribunais de Justiça (TJs) de alguns estados brasileiros, como por exemplo, Rio Grande do Sul²⁰, São Paulo²¹ e Rio de Janeiro²², referentes a adoção de formas eficientes para tratar de conflitos de caráter empresarial, com destaque para a conciliação e mediação (SPLENGER, 2021).

Toda essa movimentação foi percebida pelo Congresso Nacional, que também se deparando com as imensuráveis sequelas suscitadas pela pandemia no cenário empresarial, deu seguimento ao Projeto de Lei (PL) nº 6.229, em tramitação desde 2005, expedindo-o ao Senado Federal, ali ganhando uma nova numeração - PL nº 4.458/2020. Assim, pelo contexto pandêmico, esse PL tramitou com muita

¹⁹ 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 (BRASIL, 2020, art. 20-A).

²⁰ Ato nº 025/2020-P – implantação do CEJUSC Empresarial, a quem compete realizar mediações pré-processuais e processuais relacionadas ao Direito Empresarial, em especial o Direito Societário e o Direito da Insolvência.

²¹ Provimento CG (Corregedoria-Geral) nº 11/2020 - instituição de um projeto piloto de conciliação e mediação pré-processuais voltado para as ações empresariais resultantes dos efeitos da Covid-19; e Provimento CG nº 19/2020 – também em decorrência da pandemia, veio instituir um projeto piloto de mediação destinado a dar suporte a renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedades empresárias.

²² Ato Normativo TJ nº 17, de 23 de junho de 2020 – criação de um projeto de regime especial para tratar conflitos concernentes à renegociação prévia, à recuperação empresarial e à falência de empresas que sofreram os impactos do Coronavírus.

celeridade: depois de praticamente quinze anos, em um período de noventa dias foi sancionado, findando em 24 de dezembro de 2020 com o advento da Lei nº 14.112.

Esta Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência veio trazer inovações a LREF de 2005, que como se sabe, foi a sucedânea do Decreto-lei de 1945. A partir da sanção do novel corpo normativo, ficou legalmente estimulado o emprego dos meios autocompositivos - mediação e conciliação - nos casos concretos, devendo o mediador atender ao ensejo das partes envolvidas no processo de recuperação judicial, caso elas decidam pela adoção dos métodos em comento.

Vilas Boas (2020, p.36) sublinha que “a compatibilidade da mediação, ou ainda da conciliação, com as situações empresariais de insolvência tanto judicial quanto extrajudicial devem seguir as normas legais”, isto porque a questão da resolução de conflitos encontra-se arraigada nas adjacências da lei que contempla a recuperação empresarial. Inclusive, as alterações no CPC sagraram a obrigatoriedade de na etapa judicial, pelo menos se tentar uma conciliação e mediação.

Cabe aqui ainda explicitar, que a novel legislação fomenta que a mediação e conciliação sejam efetivadas em todo grau jurisdicional (BRASIL, 2020). Do mesmo modo, nela é destacada a figura do administrador judicial, a quem é conferida a responsabilidade de estimular a adoção da autocomposição extrajudicial ou de outras ferramentas alternativas voltadas à solução de impasses nos processos de recuperação judicial e de falência, sempre com respeito aos direitos de terceiros²³.

Tal predição é cônsona ao disposto no CPC, de que a conciliação e a mediação, além de “outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015a, art. 3º, § 3º).

A novel peça legislativa também traz uma seção específica²⁴ dedicada a mediação e conciliação antecedentes ou incidentais, sob o título “Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial”. Nela encontra-se determinada que a conciliação ou a mediação devem ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição e, quando utilizadas, não devem ser suspensos os prazos previstos na Lei nº 11.101/2005, exceto se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou quando houver determinação judicial.

²³ Nos termos do art. 22, inciso I, letra j, da LREF. Inclusão pela Lei nº 14.112/2020.

²⁴ Seção II-A.

Com relação as mediações antecedentes, são aquelas que podem ser propostas em caráter antecedente. Em outras palavras, elas podem ser efetivadas antes da realização dos pedidos de recuperação judicial ou durante o andamento das ações judiciais. Em síntese, são assentidas em situações de impasses entre sócios e acionistas de empresas em crise ou em processo de recuperação judicial, como também nos processos que abrangem credores extraconcursais ou aqueles que não são sujeitos a esse tipo de recuperação²⁵.

Destarte, considerando o exposto e compreendendo que se tratam de ferramentas caracteristicamente anuentes e flexíveis, a conciliação e a mediação são propícias para uso, sobretudo, quando se considera a complexidade envolta nas ações de recuperação judicial, as quais abarcam diversas partes e levam um tempo significativo de execução em comparação ao tempo da autocomposição.

De acordo com Ritt (2018), não é somente o tempo que é um fator que conta a favor da adoção dos métodos autocompositivos, com os custos envolvidos também sendo um diferencial. Uma ação judicial tem um custo muito mais elevado em relação a conciliação e mediação.

Assim, esses dois instrumentos favorecem o processo de recuperação das empresas em crises, as quais têm a oportunidade de resolver seus conflitos de modo mais rápido e sem grande onerosidade, o que vai permitir que cumpra devidamente sua função social e dê o devido retorno à coletividade.

3.2.2 Dos aspectos Históricos da Conciliação e Mediação

Para uma compreensão mais clara acerca da mediação e conciliação é interessante conhecer a trajetória histórica destes institutos no cenário brasileiro. Para tanto, inicia-se com Carla Boin (2017) e Tartuce (2021) relatando que a conciliação e mediação sempre estiveram presente em quase todas as culturas do mundo²⁶.

No contexto jurídico, há narrativas de que em solo japonês a conciliação foi mecanismos primário na busca por solução de conflitos entre aldeões, os quais ainda atuavam como mediadores. Acerca disto, Tartuce (2021, p.195) salienta que “o estilo

²⁵ Nos termos do art. 20-B, incluído na LREF pela lei de 2020.

²⁶ No Oriente Médio as sociedades pastoris resolviam seus conflitos por meio de reuniões com idosos que discutiam, debatiam e deliberavam sobre as controvérsias que surgiam nas tribos. As sociedades de cultura hinduísta e budista também realizavam Mediações (BOIN, 2017, p.190). Conforme Tartuce (2021, p.195): “[...] o elemento comum a todas é o primado da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória”.

japones de negociação ainda se preocupa com a manutenção do relacionamento, sendo normalmente considerado um estilo conciliatório”.

Nos meandros históricos em nível mundial, em meados de 1970 um professor da Universidade Harvard, Frank Sander, encetou uma revolução na área de resolução de impasses, apresentando uma ideia visionária de que os tribunais do Estado “não poderiam ter apenas uma ‘porta’ de recepção de demandas relacionada ao litígio, mas sim que poderiam direcionar casos para vários outros meios de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem” (TARTUCE, 2021, p.198).

Ainda de acordo com a doutrinadora supra, os pensamentos revolucionários de Frank Sander eclodiram, resultando na materialização de diversas iniciativas na seara pública, que também levou ao desenvolvimento da resolução de litígios no setor privado.

Verificou-se que com relação a conciliação, no cenário nacional as previsões legais não são recentes. Muito pelo contrário, pois consoante Miguel Kfourì Neto (2017), ela já era fomentada como mecanismo de resolução de conflitos desde a Constituição Imperial. O texto constitucional da época já estabelecia que tentativas de conciliação deveriam preceder o início de qualquer processo judicial. Depois:

Na Carta Magna de 1824 houve a disposição expressa da obrigatoriedade impositiva da conciliação, até que com o advento do Dec. n.º 737/1850 que foi o primeiro código processual brasileiro, trouxe no bojo de seu artigo 23 a regulamentação da matéria sobre a conciliação. Na fase republicana a conciliação foi excluída do âmbito constitucional, somente aparecendo novamente nos textos das Constituições de 1891 e posteriormente em 1934, mas já com a característica da faculdade, diferente do tempo do império (KFOURI NETO, 2017, p.127).

O passeio na doutrina também mostrou que nas Cartas Magnas de 1937 e 1946 a figura do conciliador aparece novamente. Mas, foi a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que introduziu a possibilidade da conciliação, até mesmo no contexto da Justiça do Trabalho, corroborando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), onde isto já era previsto. Com relação ao CPC, o de 1939 deixou esse mecanismo de lado, que surgindo no Código de Processo Penal (CPP) de 1941, porém, era restrita as ações criminais relativas a calúnia e injúria. No CPC de 1973 a conciliação já tinha uma estrutura legal sagrada.

Deste modo, ainda que muito timidamente esse instituto já vinha sendo estimulado na estrutura judiciária, mas ganhou força mormente na esfera dos Juizados Especiais, onde houve a introdução da audiência de conciliação no procedimento como etapa obrigatória²⁷. Assim, conforme Cabral (2017, p.356), ainda que “tivesse havido uma resistência inicial, os resultados positivos trouxeram credibilidade a este modelo e hoje grande parte dos conflitos são solucionados ainda na audiência de conciliação, ou seja, sem passar por uma decisão impositiva do juiz”. Aqui vale lembrar que as peças legislativas que contemplam bem diretamente a conciliação são o novo CPC e a Lei nº 14.112/2020.

Cabral (2017) explica que a introdução da mediação de forma legal já ocorreu em inúmeros países, tais como França, Japão, Austrália, Itália, Uruguai e Argentina. De modo geral, é possível evidenciar que no contexto do ordenamento jurídico mundial, tem sido uma grande tendência a busca pela solução de disputas de interesses mediante outros formatos que não a cominação de um provimento judicial.

Quanto a mediação no sistema jurídico brasileiro, as primeiras tentativas de inserção datam da década de 1980, como se pode ver pela narrativa que segue:

No Brasil, notamos a tentativa de implementação da Mediação na Justiça do Trabalho quando o Decreto 88.984, de 10.11.1983, instituiu o Sistema Nacional de Relações do Trabalho, criando o Serviço Nacional de Mediação e Arbitragem – SNMA. Em 17.05.1988 regulamentou-se o procedimento de Mediação Pública por meio da Portaria MTb 3.097, posteriormente modificada, em 05.07.1988, pela Portaria 3.122 para ampliar os procedimentos para composição dos conflitos individuais e coletivos. Adicionalmente, as Portarias 817 e 818 de 30.08.1995 estabeleceram: critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva; e, o credenciamento do mediador perante as Delegacias Regionais do Trabalho, respectivamente (BOIN, 2017, p.191).

Tartuce (2021) segue esta mesma narrativa e complementa que as regras legislativas passaram a fazer referência a mediação, sobretudo no campo trabalhista, a partir de 1990. Desde então, houve uma sensibilização quanto a importância da adoção desse método, resultado dos esforços doutrinários sobre esta matéria.

Cabral (2017), por sua vez, destaca que as medidas adequadas de resolução de impasses encontram-se autorizadas e incentivadas numa série de preceitos legais e inicia citando a Constituição Federal brasileira, onde a conciliação e a mediação estão inseridas como ferramentas legítimas de acesso à justiça, com

²⁷ Refere-se as audiências previstas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

previsão no art. 5º, XXXV do texto constitucional²⁸, conforme solucionam as divergências de modo adequado e, portanto, mais justo.

Logo, são mecanismos que podem ser considerados como promotores da harmonia social. Inclusive, com relação a mediação isto é ratificado por Tartuce (2021, p.205), por ela ser uma técnica que “se insere por inteiro na noção de justiça coexistencial, sendo totalmente coerente com o estímulo à cultura de paz”.

Em um rápido apanhado histórico, averigua-se que no ano de 2004 foi assinado o “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”; em 2005 foi instituído o CNJ para administrar a justiça brasileira e promover meios extrajudiciais autocompositivos de solução de conflitos; do mesmo ano é o Provimento 953, que veio criar o Setor de Conciliação e Mediação (BOIN, 2017; CABRAL, 2017).

No ano seguinte, 2006, o CNJ deu início ao “Movimento pela Conciliação”; em 2010 esse mesmo conselho prevê na Resolução 125/2010, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania²⁹ (BOIN, 2017; CABRAL, 2017; TARTUCE, 2021). Ainda trazendo determinações acerca da mediação e conciliação, em 2015 foi promulgado do novo CPC e a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015³⁰; em 22 de outubro de 2019, a Recomendação nº 58³¹; e em 2020, a Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência (BOIN, 2017; CABRAL, 2017; VILAS BOAS, 2020; CHAVES, 2021; SPLENGER, 2021).

Resta, quanto a seara evolutiva, a conclusão de que já havia estímulo a adoção da mediação já algum tempo, mesmo antes do Brasil ser assolado pela pandemia. Observou-se que essa técnica é uma inovação que foi ganhando espaço em solos brasileiros paulatinamente e que atualmente o país vivencia um momento especial deste processo, que, sem dúvida alguma, ainda requer muita atenção e cautela por parte dos juristas em relação à compreensão dos aspectos metajurídicos que as acompanham.

²⁸ A autora também menciona o art. 4º, inciso VII, que versa sobre a solução pacífica dos conflitos como um princípio que rege as relações internacionais do Brasil, denotando ainda mais a importância de se adotar caminhos que facilitem uma harmoniosa solução de controvérsias.

²⁹ Atualmente conhecidos como CEJUSCs.

³⁰ Consagrada como Lei de Mediação, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

³¹ O CNJ traz aos magistrados que atuam em processos de recuperação de empresas e falências, uma recomendação para que, sempre que possível, utilizem a mediação.

Feitas as devidas considerações históricas, cumpre agora entender conceitualmente o que conciliação e mediação significam. Vale lembrar que com relação ao primeiro instituto recuperatório, é apresentado um breve introito, visto que o cerne desse estudo é a mediação.

3.2.3 Dos aspectos Conceituais

Uma visita à doutrina permite afirmar que nela é consensual o entendimento de que a conciliação é uma medida aplicada em casos de impasses mais simples ou restritos, em que a figura facilitadora pode assumir uma postura mais assertiva, mas, sempre pautada na neutralidade e imparcialidade (CUNHA, 2020; VILAS BOAS, 2020; CHAVES, 2021). No CPC também há uma determinação que permite emitir uma definição para a conciliação:

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 (BRASIL, 2015a, art. 165, § 2º).

Partindo do preconizado, a medida em questão vai ocorrer naqueles casos em que não existir um elo anterior entre as partes envolvidas. Nestes termos, a conciliação implica conflito episódico, o que significa que o conciliador, sempre neutro e imparcial pode adotar um comportamento mais proativo acerca do ponto divergente, tendo a oportunidade de fazer sugestões que culminem com a solução do processo.

A respeito da mediação, tem-se uma primeira definição em Tartuce (2021, p.12): “[...] método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”. De outra banda, tem-se que a mediação é uma medida recuperatória que,

[...] se preocupa em identificar o pano de fundo da disputa, resolvendo a controvérsia e restaurando as relações sociais entre os envolvidos. Por essa razão, a mediação demanda a intervenção de um terceiro mais capacitado para facilitar a comunicação entre as partes (CABRAL, 2017, p.356).

Já a Lei nº 13.140/2015, que disciplina a mediação envolvendo particulares e a autocomposição de conflitos no contexto da administração pública, considera a

mediação com “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 controvérsia” (BRASIL, 2015b)

Outrossim, o CPC também agasalha uma preconização que faculta a compreensão do que a mediação é, em definição:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015a, art. 165, § 3º).

Tomando as concepções destacadas, é possível constatar que a mediação é aquela medida alternativa que pode ser adotada preferivelmente naquelas situações em que as partes tiveram um vínculo anteriormente. Assim, ela depreende relações duradouras e soluções para as controvérsias encontradas pelos próprios interessados. Nestes casos, o papel da figura mediadora será de auxiliá-los no entendimento das questões que permeiam o impasse e dos desejos de cada um, com vistas a alcançar uma solução satisfatória e consensual.

Ainda sobre os conceitos de conciliação e mediação, Tartuce (2021) esclarece que alguns especialistas tratam estas medidas autocompositivas como se fossem sinônimas, por considerarem o fato de que ambas buscam o estabelecimento de um consenso. Contudo, como salienta Spengler (2021, p.176), “apesar de existir alguma similitude entre conciliação e mediação, tais métodos não devem ser tratados como sinônimos [...]”. De fato, pois esses métodos se diferenciam “pela atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação não deve sugerir termos para o acordo e pode, na conciliação, adotar conduta mais ativa e influenciadora do ajuste final” (TARTUCE, 2021, p.12).

Este entendimento é de parte significativa da doutrina, cujas análises permitem perceber que a principal diferença entre mediação e conciliação está realmente na figura do facilitador. Por exemplo, os mediadores são canais de comunicação, mas não induzem os envolvidos a determinado acordo³², enquanto que

³² Trata-se do princípio da vontade. A título de conhecimento, conforme o CPC outros princípios permeiam a mediação: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...]” (BRASIL, 2015a, art.166). Eles também constam no art. 2º da Lei de Mediação, com regras relacionadas a este instituto.

os conciliadores podem intervir, aconselhando e sugerindo. Outra distinção, está na profundidade do abaloamento de determinados casos: na conciliação, em decorrência de envolverem mais impasses episódicos, a tendência é a objetividade; já na mediação, por abarcar relações continuadas, as questões são mais subjetivas.

Com relação aos aspectos comuns entre conciliação e mediação, se sobressaem: a presença de uma terceira figura imparcial; facilitação do processo comunicativo entre as partes; não há imposição; as partes são estimuladas a buscar saídas (FAZZIO JÚNIOR, 2020; CUNHA, 2020; TARTUCE, 2021; RITT, 2018).

Também convém sublinhar que a mediação é sempre voluntária: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2015a, art.2º), enquanto que a participação na conciliação pode ser compulsória, conforme art. 334, de maneira especial na modalidade judicial, que impõe ao juiz a determinação da audiência (BRASIL, 2015a),

Em síntese, restou claro que a conciliação e a mediação são métodos autocompositivos que os empresários em dificuldades econômico-financeira têm para encontrar uma solução, ou pelo menos um abrandamento, da crise que estiverem enfrentando. Em termos mais específicos, os pressupostos conceituais levaram a entender que a conciliação envolve a atividade do conciliador, cuja atuação é voltada para resolver um impasse aconselhando e sugerindo uma solução, mas sem impô-la compulsoriamente, como é permitido ao magistrado.

Já a mediação no contexto judicial é uma técnica que faculta a consideração dos interesses e necessidades de todos os envolvidos, onde o trabalho é efetuado por um terceiro imparcial que, a partir de dois pontos equidistantes, não toma partido, mas busca sempre o equilíbrio e a igualdade entre as partes envolvidas.

Assim, a mediação se apresenta como um ambiente qualificado voltado para o diálogo entre as partes – empresa recuperanda e credores, visando ampliar suas percepções e propiciar-lhes múltiplos ângulos de análise. Logo, pode-se dizer que a mediação é um método autocompositivo que os empresários em dificuldades econômico-financeira dispõem para encontrar uma solução - ou pelo menos um abrandamento - da crise que estiverem enfrentando.

De resto, é muito importante que as empresas e credores tenham conhecimento acerca dos meios extrajudiciais aptos a compor controvérsias, de maneira que sejam capazes de avaliar qual o melhor caminho a se tomar frente a um

conflito: se seguir a trilha da via litigiosa diretamente ou se tentar acertar a situação mediante métodos extrajudiciais, como a conciliação ou a mediação.

3.2.4 Da Conciliação e Mediação no CPC

Dantes já fora prelecionado que o CPC também coloca em relevo as técnicas consensuais de solução de controvérsias no contexto da recuperação empresarial e são marcos normativos da maior relevância para soluções via meios consensuais. A respeito disto, importa destacar que:

[...] a conciliação e a arbitragem, ao contrário da mediação, já possuíam previsão legal no atual Código de Processo Civil e em algumas legislações especiais, de modo que o reconhecimento e a inclusão da mediação como método adequado de resolução de disputas se mostrou atual e importante para complementar o conjunto de instrumentos aptos a atender ao jurisdicionado em seus conflitos (CABRAL, 2017, p.361).

Considerando o exposto, a mediação foi reconhecida, em momento bem oportuno, diga-se de passagem, como um método hábil à pacificação social, isto porque sentenças impositivas não podem mais ser o único caminho para a solução de controvérsias, aqui com destaque para os processos de recuperação judicial. Assim, é fundamental o fomento ao acordo entre as partes.

Uma visita a doutrina pátria leva a entender que a reformulação do CPC foi motivada por alguns fatores, tais como a morosidade da prestação judicial, a quantidade de litígios em tramitação no Poder Judiciário e os benefícios proporcionados por métodos, como a mediação e a conciliação (RITT, 2018; CUNHA, 2020). Nesse corpo legal, vê-se claramente o esforço em elencar novas opções para a resolução de impasses, imprimindo mais celeridade e evitando que os impasses demandem de uma solução fundamentalmente pela via judicial.

Em um dos dispositivos do CPC está disposto: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a, art. 3º, § 2º)³³. Observe-se que nele assenta-se a tônica do novo sistema. O legislador colocou como dever estatal a promoção de mecanismos alternativos não judiciais de solução de conflitos, destacando que tal ação deve ser realizada sempre que possível.

³³ Cabe aqui destacar que o art. 3º, §2º, do CPC, compõe parte do objeto de estudo dessa pesquisa.

Quando se adota tal medida, aumenta-se a possibilidade de os envolvidos não perpetrarem um processo judicial, resolvendo as querelas mediante acordo. Mais que isto. Um acordo que atenda aos interesses das partes, mormente evitará que o Estado ofereça uma solução impositiva à controvérsia.

Prosseguindo, como dantes explicitado, essa codificação ainda determina como um de seus mais importantes objetivos o estímulo ao emprego de mecanismos adequados de solução consensual de conflitos³⁴. A despeito, há alusão a mediação em uma série de passagens³⁵, evidenciando o intento do legislador de incentivar a adoção de meios diversos de métodos de resolução de disputas.

Inclusive, o CPC estabelece que se existir interesse das partes em resolver os litígios por via não contenciosa, é dever do magistrado a promoção da autocomposição, a qualquer tempo, enfatizando que isto deve ocorrer, de preferência com o auxílio de facilitadores, que no caso da mediação, é o mediador judicial³⁶.

Também o inciso VII do art. 339 e o *caput* do art. 334, preveem a tentativa de resolução consensual obrigatória no começo da petição, com o magistrado citando o réu a comparecer em audiência de mediação ou conciliação, exceto se houver ausência de interesse da parte dos envolvidos ou se o caso não admitir autocomposição.

No § 8º do artigo em epígrafe, está disciplinado que se eventualmente um deles não comparecer na audiência designada pelo juiz³⁷, tal ação será recepcionada como ato atentatório à dignidade da Justiça, sob pena de multa que poderá chegar até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, valor esse que será revertido em favor da União ou do Estado (BRASIL, 2015a).

Como visto acima, a terceira figura da mediação, o mediador judicial, também é contemplada no CPC. A ele é adjudicada, a qualidade de auxiliar da justiça, inclusive, sendo sujeito aos motivos de impedimento e suspeição³⁸.

Deixe-se assente, que no marco legal em questão, o legislador dedicou uma seção intitulada “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais” para a

³⁴ Consoante art. 3º, § 3º do CPC (BRASIL, 2015).

³⁵ Este instituto é mencionado em 39 dispositivos, das 103 previsões acerca dos meios consensuais, sendo que a conciliação é citada em 37, a autocomposição em 20 e a solução consensual em 7 (TARTUCE, 2021).

³⁶ Nos termos do art. 139, inciso V.

³⁷ Permite-se aos envolvidos a designação de um representante legal mediante Procuração, para negociar e transigir em nome deles.

³⁸ No teor dos arts. 149 e 148, inciso II, respectivamente.

regulamentação específica para as funções dessas duas figuras facilitadoras³⁹. Nesta seção encontram-se determinações a respeito da instituição de centros de solução consensual de controvérsias, dos princípios que informam a mediação, da inscrição dos facilitadores em cadastro nacional e de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, da liberdade de escolha em comum acordo do mediador pelos envolvidos; dos motivos de exclusão de um mediador, além de outras disposições acerca da matéria em comento (BRASIL, 2015a).

Sem dúvida, as inovações trazidas pelo CPC com relação a mediação, imprimem um novo contorno aos processos de recuperação empresarial no contexto judicial, restando ao Poder judiciário fazer uso correto desse método autocompositivo em favor dos jurisdicionados.

Ademais, destaca-se que as abordagens materializadas nesse capítulo, assim como no anterior, trazem subsídios para a discussão, também no campo teórico, que vem na sequência e que está voltada para as vantagens, desvantagens e efetividade da mediação como instrumento não judicial na insolvência empresarial, no sentido de analisar se a introdução da mediação e conciliação no procedimento de recuperação judicial pela Lei nº14.112/2020, configura, de fato, um incentivo à adoção de formas consensuais de resolução de conflitos, nos parâmetros do art. 3º, §2º, do novel CPC.

³⁹ Título IV, Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça, Capítulo III e Seção V, arts. 165 a 175, do CPC.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL E MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS - LEI Nº 14.112/2020

Tem-se clarificado que a mediação e a conciliação se firmaram como inovações da maior relevância como mecanismo de resolução de conflitos no contexto da recuperação judicial das empresas. Mas, também é fato que tal matéria levanta algumas ponderações que merecem destaque, sobretudo, relacionadas a introdução dela na Lei nº 14.112/2020.

Deste modo, esse último capítulo foi destinado à discussão de questões que orientam o desenvolvimento dessa pesquisa, inicialmente abordando o tratamento adequado de conflitos, passando para uma análise para verificar se o modo como a mediação e a conciliação foram introduzidas no procedimento de recuperação judicial estimula, de fato, a adoção desses meios autocompositivos⁴⁰ e como ambas auxiliam as partes envolvidas em tal processo. O embate teórico passa ainda pela discussão acerca de melhorias que podem ser realizadas nos processos de mediação e conciliação para que apresentem resultados ainda mais otimizados.

4.1 TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Antevendo a discussão assentada no objeto de estudo desse texto monográfico, considera-se importante fazer mais algumas ponderações acerca do contexto geral das inovações trazidas pela Lei nº 14.112/20 no que tange a resolução de conflitos e o papel do Poder Judiciário. Acerca disto, constata-se que até algum tempo atrás, este Poder era concebido como um centro de resoluções de disputas, com o envolvimento de diferentes processos, fundamentados no pressuposto de que em cada peça processual existem vantagens e desvantagens que precisam ser levadas em conta em decorrência das especificidades de cada disputa.

Encontra-se um entendimento similar em Cabral (2017), que ainda relata que nessa conjuntura, o Ministério Público assumia uma postura de protagonista de trajetórias que viabilizam a promoção dos direitos fundamentais, que paulatinamente foi deixando de ocorrer tão-somente pelas vias que ordinariamente eram empregadas

⁴⁰ Nos parâmetros do art. 3º, §2º, do CPC.

nos tribunais, passando a adotar um instrumental inovador, do qual fazem parte a mediação e conciliação. Neste sentido, há outra importante corroboração:

Tais meios [mediação e conciliação] sempre foram examinados a partir do lugar de sua aplicação: toda a análise sempre levou em conta sua realização em ambiente judicial ou não. Sua adoção, ainda no início do século XX, era gerida pelo Poder Judiciário; havia um protagonismo do Judiciário na gestão e na condução da mediação, da conciliação [...]. O juiz, muitas vezes, conduzia, ele mesmo, a sessão de mediação ou de conciliação [...] (CUNHA, 2020, p.141).

Na atualidade, o Poder Judiciário já não exerce tal protagonismo, não que se tenha pretensão de banir a atividade jurisdicional clássica e nem, tampouco, substituí-la pelos meios autocompositivos. O que se tenciona na verdade, é a “coexistência de métodos acessíveis para integrar um sistema pluriprocessual eficiente e adequado para a composição de controvérsias. A relação entre as diversas formas de composição de conflitos, portanto, é de complementaridade” (TARTUCE, 2021, p.141). Por esta perspectiva, a mediação e conciliação são competem com jurisdição estatal, pelo contrário, elas se complementam, constituindo-se em novos mecanismos para imprimir efetividade ao resguardo de prestação do serviço judiciário.

Destarte, considerando o procedimento de recuperação judicial de empresas insolventes, também se faz mister observar que não prevalece um modelo único e ideal para a mediação e a conciliação, tendo em vista que os casos concretos demandam uma análise para verificar qual método é mais adequado a cada um deles. Isto vem revelar a importância de mediadores, conciliadores e demais envolvidos do âmbito da justiça, serem capacitados para que possam oferecer o tratamento adequado nos processos de litígios.

Além disto, a escolha de um mecanismo de tratamento acertado vem ao encontro da necessidade de preservação tanto dos valores econômicos como sociais das empresas em processo recuperacional, ou ainda, da importância de se atenuar os efeitos da crise no mercado de atuação, primando por ferramentas que afiancem a confidencialidade das informações e dos procedimentos.

Prosseguindo, foi neste universo de mudanças que ganha relevo a Resolução nº 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010), que trouxe condicionamentos acerca da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse na esfera do Poder Judiciário, gerando grandes contribuições para a caminhada rumo à constituição da mediação e da conciliação. Outrossim, veio

ampliar, estruturar e aperfeiçoar as condutas consensuais que o Judiciário já acolhia. Este dispositivo partiu do pressuposto de que as práticas consensuais se materializam como um canal de acesso à Justiça que tem tanta relevância como a decisão judicial.

A instituição de tal política pública, que nitidamente veio instigar à solução mediante a autocomposição, faculta que se assevere que a mediação não é unicamente uma ferramenta que mostra eficácia e economia no contexto de resolução de disputas, mas revela-se como um instrumental de grande relevância na ampliação da cidadania, em que as partes interessadas é que protagonizam o processo de edificação da decisão jurídica que acondiciona suas relações. O incentivo da legitimação dos meios adequados de resolução robustece a participação dos indivíduos no exercício do poder na solução de controvérsias.

Registre-se também, que ano de 2016 foi igualmente importante no cenário de conflitos, sendo marcado por algumas resoluções editadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), que vieram ratificar o papel das práticas consensuais no contexto na Justiça Federal. Uma delas que merece destaque é a Resolução nº 398, de maio do referido ano, que preconizou acerca da “Política Judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça Federal” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2016a), a qual veio complementar a Resolução nº 125/2010, com os necessários ajustes à realidade desse órgão judiciário.

4.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INCENTIVO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Debruçando-se nas inovações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 no que se refere a mediação e conciliação no processo recuperacional de empresas, *a priori* sublinha-se que as ponderações alijadas no decorrer desse estudo, permitiram observar que antes da pandemia ocasionada pelo Covid-19, o CNJ já havia expedido a Recomendação nº 58/2019, por meio da qual orientou os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, a fazerem uso, sempre que possível, da mediação e conciliação.

Aqui cabe avolumar que uma das razões para tal recomendação foi o Enunciado nº 45, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, segundo o qual “a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade

empresária [...] observadas as restrições legais” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2016b, s.p.). Neste diapasão, pode-se afirmar que mesmo anteriormente à sanção da Lei nº 14.112/2020, a possibilidade de adotar a mediação e conciliação como meios adequados de resolução de conflitos já tinha certo respaldo legal.

Posteriormente, com o advento da pandemia, diversos órgãos do Poder Judiciário, seguindo a Recomendação nº 63/2020 CNJ (2020a), que indicou a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente da crise econômica causada pela pandemia, implementaram algumas iniciativas visando a fomentar a adoção da conciliação e da mediação no Direito Empresarial.

Como já bem clarificado, dentre essas iniciativas, uma das mais pertinentes foi a instituição de projetos de conciliação e mediação pré-processuais para disputas afetas à insolvência empresarial. Tal medida foi tão significativa que ecoou no Congresso Nacional, culminando na edição da Lei nº 14.112/2020.

Este marco legal dedico do artigo 20-A ao 20-D para pormenorização da aplicabilidade de métodos autocompositivos aos processos recuperacionais, introduzindo a conciliação e mediação neste âmbito, evidenciando essa possibilidade de realização pré-processual (art. 20-B, inciso IV, da Lei nº 11.101/05).

Contudo, havendo a execução destas práticas, segundo o texto legislativo, o devedor poderá requerer tutela de urgência cautela em execuções movidas contra ele a fim de que tais procedimentos sejam suspensos por até 60 (sessenta) dias (art. 20-B, §1º, da Lei nº 11.101/05). Tal medida de fato torna mais atrativa a autocomposição para o devedor que cogite recorrer à Recuperação Judicial. Afinal, havendo tais procedimentos, poderá ter os processos de execução suspensos e conseguir mais tempo para reequilibrar suas contas.

Em contrapartida, o credor que moveu ação de execução que já é resistente, com a autocomposição tem sua resistência agravada ao saber da possibilidade de que o procedimento que moveu para o pagamento da dívida ainda pode ser suspenso por praticamente dois meses.

Ora, não há dúvidas de que a suspensão da execução é realmente importante enquanto os débitos são tratados em procedimento autocompositivo das partes. Contudo, por se tratar de autocomposição, não deve haver imposição de decisão judiciária acerca do prazo para a suspensão de tal procedimento. É uma decisão que deveria ser atribuída apenas às partes, afinal, isto é o que se pretende com o procedimento em discussão.

O texto legislativo chegou a pontuar no art. 20-A, que a realização de audiências de conciliação ou sessões de mediação não implica, necessariamente, na suspensão de prazos, a menos que as partes assim acordem ou o juiz assim decida (BRASIL, 2020). O legislador acertou ao entender que não deveria ocorrer tal suspensão automaticamente por decisão da casa legislativa, mas errou ao acreditar que o juiz poderia intervir nessa decisão, que só deveria ser das partes.

O objetivo desta norma era de evitar que tais métodos autocompositivos viessem a ser utilizados como um subterfúgio para retardar o andamento do feito, em afronta ao princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Contudo, evidentemente esqueceu-se que o juiz, muitas vezes sobrecarregado com processos, poderia cometer o equívoco de conceder tal suspensão do processo, ainda mais que não seria necessária a expressa anuência de ambas as partes.

Quanto ao rol dos casos aplicáveis de mediação e conciliação indicados no art. 20-B (BRASIL, 2020), entende-se que houve completo incentivo a adoção dos meios autocompositivos, contemplando diversas situações, inclusive aquelas anteriores aos processos judiciais, o rol se mostra alinhado com a ideia do sistema de justiça multiportas⁴¹.

Outrossim, também no art. 22, alínea “j”⁴², fomenta-se a adoção de tais práticas sempre que possível como meios adequados na renegociação de dívidas empresariais (BRASIL, 2020), nos termos do §§ 2º⁴³ e 3º⁴⁴ do art. 3º do CPC (BRASIL, 2015). Em que pese, é importante a ciência de que os meios autocompositivos são estimulados pela lei, porém, isto não significa a obrigatoriedade do seu uso pelo juízo

⁴¹ A mediação e conciliação, não raro, são denominadas de meios alternativos de resolução de conflitos, porém, pesquisas mais atuais têm recentes demonstrados que tais ferramentas não seriam alternativas, mas, sim adequadas, constituindo um modelo de sistema *multiportas* (CUNHA, 2020). Em outras palavras, isto significa dizer que para cada tipo de conflito, há um modo de resolução mais adequado. Logo, em alguns casos a mediação se apresentaria como melhor opção, em outros, a conciliação.

⁴² “Estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2005, art.22, alínea “j”). Neste texto, incluído pela Lei nº 14.112/2020), o incentivo é uma das incumbências do administrador judicial.

⁴³ “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015, art. 3º; § 2º).

⁴⁴ “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015, art. 3º; § 3º).

e nem pelas partes. Serão as circunstâncias do caso concreto que vão indicar a pertinência de sua adoção.

Pensando a partir do disciplinado no art. 20-B, como um todo, explicita-se que o emprego desse instrumental para a resolução de litígios, implica compreender que o marco normativo em questão acarretou uma gradação no tratamento da crise das empresas. Logo, o sistema de pré-insolvência foi construído para ser usado como um eficaz e eficiente recurso no tratamento da empresa em crise que se encontra um momento econômico-financeiro ainda não extremamente grave.

Este é o motivo pelo qual o parágrafo 1º do referido dispositivo preconiza que a suspensão das execuções, no bojo de um processo de mediação ou conciliação prévia, pode ser objeto requerido por aquelas empresas que estão enfrentando problemas e que sejam capazes, mediante negociação com os credores, de equilibrar suas dívidas e reorganizar suas atividades produtivas com a menor interferência judicial possível. De tal modo, esses métodos autocompositivos não cabem apenas àquelas empresas insolventes.

Concentrando-se na questão do incentivo observado no texto do art. 20-B, em seu parágrafo segundo, contudo, nota-se uma limitação à utilização da mediação e conciliação (BRASIL, 2020). Nessa lógica, circunscreve-se que estes procedimentos sejam utilizados para alteração da classificação de créditos bem como sobre modificação nos critérios de votação em assembleia geral de credores.

Todavia, este ponto não poderia ser diferente, uma vez que a classificação dos créditos é disposta em lei de forma a proteger classes vulneráveis, como os trabalhadores, e eventual modificação na classificação de crédito poderia ser utilizado como forma de lesar o grupo hipossuficiente. O mesmo diz respeito acerca dos critérios para votação em assembleia geral de credores, cujas tratativas podem ser evitadas de má-fé em prol de uma determinada classe de credores.

No parágrafo 3º, há uma certa mitigação ao incentivo do devedor em adotar os meios autocompositivos. Isto pois, caso o devedor os tenha adotado para conquistar a já aludidas suspensões de 60 (sessenta) dias, havendo recuperação judicial, esse lapso temporal passa a ser descontado do período de suspensão comumente referenciado na doutrina como *stay period*⁴⁵. Por outro lado, também mitiga o desestímulo ao credor que pudesse ter ressalvas quanto à tal suspensão.

⁴⁵ Significa período de suspensão, consistindo no prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor que pede recuperação judicial, que se encontra previsão no art. 6, § 4º da LRE (BRASIL,

Com relação ao *stay period*, a título de maior entendimento, importa avultar que, não obstante, ainda que isto não fosse expressamente previsto antes da Lei nº 14.112/2020, o STJ vinha anuindo à prorrogação de prazo. Isto pode ser observado no excerto de uma decisão jurisprudencial de 2019:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. [...]. É assente a orientação jurisprudencial da Segunda Seção desta Corte no sentido de admitir a prorrogação do prazo de que trata o artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), o qual determina a suspensão do curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, consoante as peculiaridades do caso concreto. Incidência do enunciado contido na Súmula 83/STJ. (STJ - AgInt no AREsp 1356729 PR 2018/0225308-3, T4 - 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 07/10/2019, publicação DJe 11/10/2019).

Acerca deste tema, cumpre sobre-exceder que o STJ em suas decisões não delimitava o *stay period* apenas em única prorrogação, ou seja, assentia mais de uma. Com a Lei nº 14.112/2020, o estabelecido é um único período de prorrogação.

Dito isto, volta-se para o artigo 20-C aponta que o acordo obtido por meio de conciliação ou mediação com fundamento na sessão deverá ser homologado pelo juiz (BRASIL, 2020). Tal disposição traria maior credibilidade para os procedimentos de autocomposição, caso tal homologação não tivesse de ser obrigatória para a validade do acordo. Uma vez sendo realizado o acordo com auxílio de mediador ou conciliador devidamente credenciado ao Poder Judiciário, a homologação se mostra cada vez mais uma burocracia que deveria ser dispensável pela lei.

Quanto ao parágrafo único desse dispositivo, nota-se que caso o devedor, em até 360 (trezentos e sessenta) dias, contados do acordo firmado em procedimento de mediação ou conciliação, peça recuperação judicial, este acordo não terá efeito (BRASIL, 2020). Tal disposição é um incentivo para o credor, visto que o acordo firmado com o devedor não impede de exercer plenamente seus direitos, independentemente do concordado, em eventual caso de o devedor solicitar recuperação judicial em curto período de tempo. Curioso, contanto, que o prazo não tenha sido de um ano completo, o que certamente atribuiria maior incentivo ao credor.

2005. Esta é uma matéria que afeta simultaneamente credores e devedores, considerando que os primeiros se preocupam com o recebimento de seus créditos, esperando que isto ocorra de modo rápido e melhor possível, enquanto os devedores desejam proteger o patrimônio.

Em suma, a novação resultante do acordado entre devedores e credores no procedimento renunciado nos arts. 20-B e 20-C, apenas vai se materializar após 360 dias de sua homologação e desde que os devedores não impetrem pedido de recuperação judicial, em conformidade com o art. 20-C, parágrafo único (BRASIL, 2020). O normatizado nesse artigo visa oferecer ao grupo de credores uma tranquilidade maior para firmarem um acordo no estágio de pré-insolvência, sem correr o risco de sofrerem perdas em decorrência da contínua impetração de recuperação judicial com inserção do crédito que já foi renegociado.

Nestes termos, ao longo dos 360 dias contados da homologação a novação que resultou do acordo é provisória. Naquelas situações em que os devedores ajuízem recuperação judicial dentro de tal período, abarcando o crédito renegociado na etapa da pré-insolvência, os credores serão novamente titulares do total dos seus créditos, em suas condições originais, subtraídos valores que tenham sido ocasionalmente pagos e ressaltados os atos legitimamente perpetrados em tal fase. Com isto, os interesses dos credores serão protegidos, com o objetivo de criar mais um incentivo à efetivação de acordos nas mediações ou conciliações antecedentes⁴⁶.

Por fim, o artigo 20-D indica que as sessões de conciliação de mediação poderão ser realizadas virtualmente (BRASIL, 2020), reforçando a possibilidade de as sessões de mediação e conciliação ocorrerem por meio eletrônico. Isto incita a adoção destas práticas uma vez que a locomoção até um local para os encontros pode ser um impeditivo, sobretudo para situações em que credor e devedor se situam em comarcas distintas.

O que se observa é que o legislador buscou acompanhar o desenvolvimento dos meios de comunicação e transmissão de informações, considerando as realidades das distintas localidades brasileiras. Este dispositivo veio atender as demandas geradas no período da pandemia, mas mesmo depois do período crítico, em virtude da lei nº 14.112/2020, o emprego dos recursos tecnológicos para a realização de audiências virtuais tem se tornado comum. Sem dúvida, neste ponto repousa mais um incentivo à adoção da mediação e conciliação.

Deste modo, considerando todo o exposto, nota-se que houve, de fato, incentivo ao uso da mediação e conciliação na recuperação judicial com o advento da Lei nº 14.112/20 e nos parâmetros do art. 3º, §2º, do CPC, pois ficou claro que Estado

⁴⁶ São instauradas perante o CEJUSC ou a câmara especializada, ficando os interessados convidados a participar da sessão (Recomendação nº 71). (CNJ, 2020b).

tem buscado promover tais práticas como meios consensuais de resolução de conflito. Afinal, está expressamente autorizada a utilização de tais ferramentas seja no decurso ou antes do processo de recuperação judicial, com garantias para o credor de que o acordo antes do processo judicial não lhe prejudicaria, desde que respeitado o prazo determinado. Além disso, oportunizou-se ao devedor a suspensão do processo de execução e foi facilitada a adoção da mediação remota.

Interessante apontar, que o CPC veio trazer uma reorientação ao cenário jurídico no tentame de robustecer a validade dos métodos adequados de solução de disputas. Quando determina que compete ao Estado promover o uso desse instrumental, o CPC veio incentivar a política judiciária, a qual, sobretudo, busca assegurar maior contentamento às partes envolvidas na situação conflituosa.

Na mesma toada, veio a novel Lei nº 14.112/2020, quebrando o silêncio deixado pela Lei nº 11.101/2005 acerca do tratamento consensual adequado, ao introduzir a mediação e conciliação, evidenciando ainda, a observância de estímulo a adoção destes meios disciplinada no art. 3º, §2º, do CPC. Portanto, resta entendido que consentir a utilização desses recursos jurídicos no campo da recuperação judicial significa adequar o Direito Empresarial ao novo espectro que está transpondo o processo civil brasileiro.

De outra banda, voltando-se para o âmbito geral da mediação e conciliação como meios adequados para a resolução de disputas e considerando o aventado ao longo desse estudo, é interessante ainda enfatizar uma vantagem importante da adoção destes meios autocompositivos: facultam uma atuação que suplanta as paredes dos tribunais e se forem executados com eficiência podem evitar que o Poder Judiciário tenha de investir esforços que culminem em uma parte vencedora de um lado e, de outro, em uma parte vencida.

Acerca das vantagens, ainda tem o Pacto Nacional de Mediação de 2014, que veio reconhecer a mediação e a conciliação⁴⁷ como meios extrajudiciais de resolução adequados a uma série de conflitos de interesse, visando a determinação e aperfeiçoamento constantes dos processos de gestão e resolução de controvérsias, fomentando que isso ocorra de modo colaborativo, integrativo, eficiente e sustentável

⁴⁷ A negociação também foi objeto de reconhecimento no Pacto de Mediação: “Reconhecemos que: - A resolução de disputas por mecanismos consensuais, notadamente a negociação, a conciliação e a mediação, é uma prioridade de nossas empresas, instituições e organizações, a curto e longo prazo” (BRASIL, 2014, p.4).

(BRASIL, 2014). Neste mesmo documentos são destacadas algumas vantagens da adoção desse instrumental em relação à solução judicial:

Esses mecanismos geram drástica redução de custos e ensejam benefícios nítidos para as empresas, como, por exemplo: (i) solução rápida das disputas, com economia de tempo; (ii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iii) redução do desgaste de relacionamentos importantes para a empresa; (iv) diminuição de incertezas quanto aos resultados (BRASIL, 2014, p.1).

Uma leitura desse pacto leva à percepção de que sua ênfase está na contribuição que esses meios autocompositivos geram para as empresas que se encontram em lide contenciosa, mais especificamente por permitir uma redução de custos e tempo para as partes envolvidas. Estes benefícios já foram dantes mencionados aqui nesse estudo, mas cumpre exemplificar que os custos evitados quando há uma solução pacífica extrajudicial podem ser diretos, quando envolvem honorários, periciais, etc.; ou indiretos, quando o relacionamento entre empresas e seus fornecedores sofre prejuízos.

Outrossim, também já abordada foi a economia de tempo, cuja vantagem está assentada na celeridade que a adoção da mediação e conciliação imprime aos processos, visto que se chega à uma solução de forma de mais rápida do que se a peça fosse correr judicialmente. Além disto, a minimização de incertezas quanto aos resultados também é elencada como uma das vantagens.

No que diz respeito, as desvantagens, observa-se que o procedimento traz algumas. A primeira a ser citada, refere-se ao fato de que o credor pode ter que suportar um período de suspensão diferente do que entenda razoável e o credor poderá ter suprimido o período de suspensão da recuperação judicial na quantia de eventual suspensão que tenha gozado durante a autocomposição.

Um segundo ponto negativo refere-se ao fato de que as partes ainda têm que se submeterem à homologação de acordo firmado em sede de mediação ou conciliação por mediador ou conciliador reconhecido pelo tribunal, o que se mostra uma burocracia desnecessária.

Em vias de conclusão, ao se considerar os pressupostos editados até aqui, evidencia-se que a introdução de mediação e conciliação na recuperação judicial abrange aspectos que podem passar por melhorias. Pensando numa proposta neste sentido, é possível auferir as seguintes medidas para melhorar tal ingresso: (i)

atribuição do período de suspensão às partes; (ii) independência da suspensão de execuções em função de autocomposição realizada antes do início do processo de recuperação judicial em relação ao período de suspensão de que trata o processo; e (iii) reconhecimento da validade plena de acordo firmado durante sessão de mediação ou conciliação por mediador ou conciliador reconhecido e cadastrado junto à órgão do judiciário, independente de homologação judicial.

Ao fim e ao cabo, evidenciou-se que a recuperação judicial nos últimos anos tem amadurecido expressivamente, com o meio jurídico demonstrando grande preocupação em oferecer meios para que esse processo se efetive da melhor forma possível, inclusive, sem que seja preciso recorrer diretamente a ele. Neste contexto, foi pensado em ferramentas jurídicas pré-processuais que contemplem uma resolução de conflitos consensual. Lembrando que podem também ser aplicadas já no contexto processual, isto é, depois que o processo já está em andamento.

Notadamente, entre tais ferramentas, estão a mediação e a conciliação, que ganharam assento legal e seu uso tem sido incentivado como formas adequadas para a resolução de impasses, visando a superação da crise da atividade empresarial viável, com uma distribuição equilibrada de ônus entre devedor e seus credores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenlace do estudo que ora se encerra, norteado pelo tema que ensejou uma análise acerca da mediação e conciliação no âmbito da recuperação judicial de empresas em crises, facultou uma investigação teórica que permitiu responder às questões levantadas e, por conseguinte, alcançar o objetivo projetado, circunscrito no incentivo ou não, por parte do Estado, à adoção dessas ferramentas jurídicas como formas adequadas para a resolução de conflitos no processo recuperacional.

Fundamentando-se em leituras e análises da doutrina e jurisprudência, já efetivados a respeito dos institutos em questão, alcançou-se um entendimento mais amplo acerca deste universo, assim como da complexidade que envolve todo o procedimento recuperacional.

Na seara histórica, constatou-se que o Direito Falimentar passou por algumas fases ao longo do tempo, sendo voltado à punição dos devedores insolventes, à criminalização de suas ações e à retirada deles do mercado. Contudo, na atualidade esse campo do Direito assume nuances diferentes, com a preservação das empresas sendo o seu maior objetivo e a falência se tornou uma alternativa admissível apenas nos casos em que as empresas se revelarem irrecuperáveis.

Ao se enveredar na doutrina evidenciou-se que a Recuperação Judicial é um dos mecanismos jurídicos de maior relevância quando se trata da regulação da saúde econômica, não só empresarial, mas do próprio país. Este instituto ganha ainda mais visibilidade quando se entende o quão complexas as atividades empresariais contemporâneas têm se tornado, considerando que a economia não pode mais ser vista somente como uma modulação simplificada de produção e de consumo.

Neste sentido, evidente ficou, que a teia de relações jurídicas, econômicas e sociais, presentes no contexto do funcionamento da mais modesta empresa em atividade, é claramente muito maior. Outrossim, a perda social que deriva da derrocada de uma empresa de grande porte tem o potencial de gerar danos à uma vasta gama de outros negócios e, sem dúvida, até ao interesse público. Então, a recuperação judicial, seja em tempos de pandemia ou não, volta-se para o reestabelecimento da saúde econômico-financeira das empresas em crise, sem que elas tenham que enfrentar a tão temida falência.

Nestes moldes, verificou-se que a discussão acerca da aplicação judicial da Lei nº 11.101/2005 (Lei nº 14.112/2020), que nessa pesquisa enfatizou a mediação e conciliação no processo recuperacional, é um passo impreterível para iluminar a melhoria da aplicação destes institutos no processo de recuperação das empresas.

Ainda nesta esfera, cumpre registrar que comprovadamente no Brasil o litigioso sempre marcou fortemente as disputas jurídicas, mas nos últimos tempos surgiram importantes iniciativas de ordem governamental voltadas ao incentivo do uso de instrumentais jurídicos adequados de resolução de conflitos.

A mediação e a conciliação estão entre eles, devendo ser estimuladas, mas nunca determinadas, posto que por serem autocompositivas incide na dependência da livre vontade dos envolvidos. Evidenciou-se também, que se bem utilizadas, geram importantes benefícios para as partes, haja vista que a autocomposição tramita pelo desejo dos envolvidos em resolver a controvérsia de forma consensual, mediante acedências espontâneas.

Agora, atendo-se ao fio condutor do debate, que abrangeu analisar se o modo que a mediação e conciliação foram introduzidas no procedimento de recuperação judicial pela Lei nº14.112/2020 estimula a adoção dessas ferramentas, afirma-se quanto as premissas foram satisfatoriamente alcançadas, pois ficou evidenciado que tal inserção, configura, de fato, um incentivo à adoção das referidas formas consensuais de resolução de conflitos, nos parâmetros do art. 3º, §2º, do CPC.

Verificou-se que a forma com estas ferramentas foi introduzida na Lei nº14.112/2020 auxilia as partes envolvidas, mormente porque possibilitou aos devedores e credores negociarem tanto antes, como depois de entrarem com o pedido de recuperação judicial. Isto, se apresenta como um estímulo ao uso da mediação e conciliação na solução de conflitos dentro do procedimento recuperacional, sempre com observância aos direitos de terceiros.

Outrossim, aí está uma das vantagens da utilização do instrumental jurídico em epígrafe. Outro benefício que merece destaque é a possibilidade de o devedor suspender o processo de execução, além de facultar a adoção da mediação remota. Contudo, foram identificadas algumas desvantagens, como a presença de uma burocracia desnecessária referente a necessidade de as partes ainda terem que se submeter à homologação de acordo firmado em sede de mediação ou conciliação por mediador ou conciliador reconhecido pelo tribunal.

A caminhada detalhada por tais embates, ainda induziu ao entendimento de que a introdução da mediação e conciliação na recuperação judicial pode ser melhorada com a adoção de algumas medidas, dentre elas a atribuição do período de suspensão às partes e o reconhecimento da validade plena de acordo firmado durante as sessões por mediador ou conciliador reconhecido e cadastrado junto à órgão do judiciário, independente de homologação judicial.

REFERÊNCIAS

BOIN, Carla. Mediação como "nova" forma de resolução de conflitos. In: SOUZA, Michel Roberto O. de. *Mediação & o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p.189-208

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Constituição de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências. Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a*. Regula o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b*. Regulamenta a Lei de Mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Regulamenta a atualização da legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Pacto de mediação*. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-mediacao.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado nº 45*. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. 2016b. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/382814185/enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios-publicacao-oficial>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016a*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20398-2016.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020*. DJe/CNJ nº 89/2020, em 31/03/2020, p. 2-3. 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original220958202003315e83bfb650979.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Recomendação nº 71 de 05 de agosto de 2020*. DJe/CNJ nº 256/2020, em 07/08/2020, p. 2-4. 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original142428202008265f46709ce1319.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 28 abr. 2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p 354 -369, maio, 2017.

CHAVES, Leandro Batista. *Lei de Falências e Recuperação Judicial de empresas e as alterações trazidas pela Lei 14.112/20*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGOIÁS, Goiânia-GO, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de direito comercial: direito de empresa*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v.1, n.1, p.140-162, jan./jun., 2020.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

KFOURI NETO, Miguel. A mediação a arbitragem e a conciliação para a resolução de conflitos empresariais. *Administração de Empresas em Revista*, Curitiba, v.16, n.17, p.115-134, 2017.

MAGALHÃES, Giovani. *Direito empresarial facilitado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MAMEDE, Gladston. *Falência e recuperação de empresas*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 40. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. *Comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. V.3. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIBEIRO JÚNIOR, Cícero de Castro. *Análise das palestras proferidas pelos membros do Superior Tribunal de Justiça no evento “visão do STJ sobre temas societários e recuperação judicial” sobre o instituto da Recuperação Judicial*. 93f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020.

RITT, Amanda Caroline. *A utilização da mediação no processo de recuperação judicial*. 69f. Monografia (Bacharel em Direito) -Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2018.

SANTA CRUZ, André Luiz. *Direito Empresarial: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SPLINGER, Fabiana Marion. Conciliação e mediação na recuperação judicial: apontamentos sobre a Lei nº 14.112/2020. *Revista de Dir. Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 18, n.2, p.173-190, maio/ago., 2021.

SOUZA NETTO, Antonio Evangelista. A mediação pré-processual como ferramenta adequada em tempos de pandemia. *Revista Percorso - Anais do III CONIBADEC*, Curitiba, v.3, n.34, p.8-12, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *AgRg no Ag: 1.022.464- SP 2008/0045944-8*, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Data de Julgamento: 02/06/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6064566/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1022464-sp-2008-0045944-8-stj/relatorio-e-voto-12201581>. Acesso em: 26 mar. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *AgInt no AREsp 1356729 PR 2018/0225308-3*, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento: 07/10/2019, T4 - QUARTA TURMA, data de publicação DJe 11/10/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859791276/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1356729-pr-2018-0225308-3>. Acesso em: 29 abr. 2022.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

VILAS BOAS, Cynthia A. A atuação do mediador na recuperação judicial. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, p.26-44, jul./dez., 2020.