

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SILVA

Rio de Janeiro
2020 / PLE

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SILVA

A MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Marilson dos Santos Santana.

Rio de Janeiro

2020 / PLE

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SILVA

A MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Marilson dos Santos Santana.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2020/PLE

CIP - Catalogação na Publicação

da Conceição Silva, Leandro
dS586m A Mediação nos Processos de Recuperação Judicial
de Empresas / Leandro da Conceição Silva. -- Rio de
Janeiro, 2020.
64 f.

Orientador: Marilson dos Santos Santana.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Mediação de conflitos. 2. recuperação judicial
de empresas. I. dos Santos Santana, Marilson,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o uso da mediação de conflitos e seus contornos no âmbito dos processos de recuperação judicial de empresas. Para tanto, será feito um panorama geral acerca da mediação como método adequado de gestão e solução de conflitos, suas características teóricas e práticas, assim como seus marcos normativos no sistema brasileiro. Em um segundo momento, será delineado o conceito doutrinário e legal da recuperação judicial de empresas, como alternativa de soerguimento aos empresários, especialmente em tempos de crise econômica e pandemia. Por fim, será analisada a correlação e a compatibilidade entre esses dois institutos, as vantagens e utilidade aos credores e devedores, sua admissão pela jurisprudência, bem como as recomendações específicas editadas pelo CNJ, que apontam para uma consolidação na aplicação conjugada das ferramentas da mediação no âmbito das recuperações judiciais no Brasil.

Palavras-chave: Mediação de conflitos. Recuperação judicial de empresas.

ABSTRACT

The presente work has the intention of approaching the use of conflicts mediation and its scope in the judicial recovery of companies. Therefore, it will be taken a general view from mediation as an appropriate method of management and solution of conflicts, its theoretical and practical features, as its rules in the brasilian law sistem. In a second moment, it will be drawn a doctrinal and legislative concept of judicial recovery, as an alternate uplift for companies, especially on economic crisis and pandemic times. Lastly a correlation and compatibility between these two mechanisms will be analyzed, as well as its benefits and its utilities for creditors and debtors, its acceptability by the jurisprudence, and as the especific recomandations instituted by CNJ, ones witch converge to a consolidation of na conjugated aplicacion of mediation features in the ambit of the judicial recovery in Brazil.

Keywords: Conflict mediation. Judicial recovery of companies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1 – BREVE PANORAMA DOS MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO BRASIL	8
CAPÍTULO 2 – MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	16
2.1 IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR	17
2.2 ISONOMIA ENTRE AS PARTES.....	19
2.3 ORALIDADE E INFORMALIDADE	20
2.4 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	21
2.5 BUSCA DO CONSENSO	22
2.6 BOA-FÉ E CONFIDENCIALIDADE	23
2.7 A FUNÇÃO DO MEDIADOR (MOORE).....	24
3 – A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	26
3.1 FASES DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	28
3.1.1 FASE POSTULATÓRIA	29
3.1.2 FASE DELIBERATIVA	30
3.1.3 FASE EXECUTIVA E ENCERRAMENTO	32
4 – A MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	34
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DO GRUPO OI	35
4.2 PROPOSTA DE MEDIAÇÃO COM PEQUENOS CREDORES.....	37

4.3 PRONUNCIAMENTO JURISPRUDENCIAL	38
4.4 PLATAFORMA DE MEDIAÇÃO ODR (ON-LINE DISPUTE RESOLUTION).....	44
4.5 APONTAMENTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OI.....	44
5 – RECOMENDAÇÃO Nº 58/2019 DO CNJ.....	48
6 – IMPACTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS	51
6.1 RESPOSTAS DO JUDICIÁRIO PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL FRENTE AO CENÁRIO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19).....	52
6.1.1 RECOMENDAÇÃO 63/2020 EDITADA PELO CNJ	52
6.1.2 IMPLEMENTAÇÃO DE REGIME ESPECIAL DE RENEGOCIAÇÃO EM MEDIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO PARA EMPRESAS ATINGIDAS PELO IMPACTO DA COVID-19	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Em um cenário de crise econômica e pandemia mundial, como no atual contexto brasileiro, a possibilidade de extrema insolvência faz com que as empresas busquem diferentes estratégias para tentar manter a atividade negocial ativa. Quase sempre a sobrevivência no mercado mesmo após tantas dificuldades a serem enfrentadas tem isto por objetivo.

É nesse campo que se insere o instituto da recuperação judicial de empresas (RJ), regulado e atualizado pela Lei nº 11.101/2005, como uma das últimas alternativas nesse desafio estratégico destinado às empresas com dificuldades financeiras.

Nesta lei, fica a última tentativa de soerguimento e reestruturação econômica da atividade empresarial, não mais pela via do mercado, mas por um procedimento facilitado pelo estado. O fundamento disso se apresenta na função social presente na manutenção de seu funcionamento. Isto implica em dizer que a atividade produtiva realizada pelo empresário, por conseguinte, afeta não apenas os interesses dos acionistas ou sócios, mas toda uma gama de atores sociais que circundam a sociedade empresária, tais como os trabalhadores, investidores e até o próprio fisco.

Desta forma, é importante que existam mecanismos que visem dar sustentação às empresas em momentos de crises, com vistas à manutenção da sua atividade econômica, preservando por consequência os postos de trabalho, as relações negociais paralelas com fornecedores e demais participantes da cadeia produtiva que dela são dependentes, posto que seu encerramento comumente gera consideráveis impactos na sociedade, sobretudo de ordem econômica

A recuperação judicial é um processo eminentemente negocial, onde a empresa devedora a todo tempo busca transigir o pagamento de créditos a uma relação de credores. Por esse motivo, este processo vem se utilizando da mediação de conflitos. Neste método de resolução de disputas caracterizado por uma maior informalidade, as partes em conflito contam

com o auxílio de um terceiro imparcial que as ajuda a restabelecer a comunicação e a negociação por vezes frustradas nas tratativas privadas. Facilitar as negociações, no âmbito dos processos de recuperação judicial, pode torná-lo mais eficiente e célere.

O caso da recuperação judicial do Grupo Oi, chamou a atenção dos observadores desta temática não apenas pelas dívidas vultosas, alcançando a marca de maior recuperação judicial do país até o ano de 2019, mas também a complexidade inerente a um processo dessa magnitude. Isto se dá, principalmente, pelo pioneirismo no uso da mediação em recuperações judiciais, como mecanismo de viabilização negocial em um processo com milhares de interessados.

Os tribunais brasileiros, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se posicionaram pela possibilidade inédita de associar a recuperação judicial à mediação. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), no mesmo sentido, reconheceu que a lei 11.101 (Lei de recuperação judicial de empresas) não traz nenhuma vedação que impossibilite a utilização da mediação nos processos de recuperação judicial. Reconheceu-se ainda que há plena compatibilidade entre os dois institutos que podem propiciar a negociação de acordo de “não pagamento” para evitar a falência, viabilizar da recuperação de ativos, assim como ajudar na elaboração do plano.

Neste trabalho, diante disso, pretende-se investigar a forma como a mediação pode colaborar com a recuperação judicial de empresas, analisar os recentes marcos normativos sobre a matéria, seja no âmbito regulatório com as recentes recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ acerca do tema, seja pela via legislativa. E ainda, na esfera jurisprudencial, destacando o relevante papel deste em regular e uniformizar a aplicação de forma conjugada destes institutos, usando como referência empírica a análise de casos concretos.

Como se demonstrará no desenvolvimento deste trabalho, é plenamente possível, como também é desejável, estabelecer conexão entre mediação e recuperação judicial, de modo a

facilitar as mais diversas tratativas negociais que envolvem o procedimento de soergimento empresarial, sobretudo aquelas entre credor e devedor. Isto porque são claros os benefícios que têm se observado na prática quando se trata da aplicação conjugada destes institutos, a exemplo da redução de custos e a otimização dos processos de recuperação judicial de empresas, que podem se tornar mais céleres e eficientes com a utilização da mediação de conflitos.

1. BREVE PANORAMA DOS MEIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO BRASIL

É de amplo conhecimento que o judiciário brasileiro figura entre os mais sobrecarregados do mundo. De acordo com o relatório “Justiça em Números 2020”, o estoque de processos que tramitam no judiciário brasileiro ultrapassa a marca das 77 (setenta e sete) milhões de ações judiciais¹. Por isso, a cada ano o Conselho Nacional de Justiça estipula objetivos e metas² com o intuito de modernizar as estruturas dos tribunais visando uma melhoria na prestação jurisdicional oferecida à população.

Estas metas são estipuladas no Encontro Nacional do Poder Judiciário que é realizado anualmente, contando com a presença de presidentes e representantes dos tribunais do país inteiro. Em 2019, na sua décima terceira edição, foram aprovadas as metas nacionais para o ano de 2020, com destaque para a primeira delas, que visa justamente julgar mais processos do que são distribuídos³, dada a quantidade de ações represadas nas varas.

De plano, é possível perceber a prioridade estipulada pelo CNJ⁴ quanto a necessidade de descongestionar os tribunais brasileiros. Esta política judiciária busca enfrentar o volume de

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2020: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em 27 set. 2020.

² Meta 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (todos os segmentos); Meta 2 – Julgar processos mais antigos (todos os segmentos); Meta 3 – Estimular a conciliação (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho); Meta 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra a Administração Pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados); Meta 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça Federal e Justiça do Trabalho); Meta 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho); Meta 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ e Justiça do Trabalho); Meta 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ e Justiça do Trabalho); Meta 9 – Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados); Meta 10 – Promover a saúde de magistrados e servidores (Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados); Meta 11 – Promover os direitos da criança e do adolescente (Justiça do Trabalho); Meta 12 – Impulsionar os processos relacionados com obras públicas paralisadas (Justiça Federal e Justiça Estadual)

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Metas Nacionais 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf>. Acesso em 27 set. 2020.

⁴ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual,

processos na casa do milhões que abarrotam os tribunais ano após ano, cujo custo ao erário público é excessivamente oneroso em recursos financeiros e capital humano. Isto porque a quantidade de funcionários necessários para manter em pleno funcionamento os cartórios das varas judiciais brasileiras é de igual modo custosa, dada a quantidade de demanda de processos que lhes é incumbida.

Diante deste cenário, a percepção que se têm hoje do sistema de justiça, seja daqueles que dele se utilizam ou daqueles que nele atuam, é uníssona no sentido de que há uma escancarada morosidade processual. Isto conduz também ao questionamento quanto a efetividade desse sistema. Processos que levam anos para serem julgados tendem a ter sua eficiência questionada, pois já afirmava jurista Rui Barbosa, que justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada.

Sob este contexto de sobrecarga do judiciário, iniciou-se no Brasil o debate acerca de métodos de resolução de disputas que servissem como uma alternativa ao sistema judiciário, de modo que os jurisdicionados pudessem dispor de outros mecanismos para pôr fim aos seus conflitos, não apenas pela via única e tradicional do processo judicial.

Na lógica processual, as partes se submetem a uma decisão que é arbitrariamente imposta a partir do momento que a ação é impulsionada. Nessa esfera, apenas um dos lados litigantes leva êxito nos seus interesses, evidenciando o caráter adversarial do processo judicial, cuja base se sustenta na premissa do “ganha-perde”.

Segundo Fernanda Tartuce,

O tratamento dos conflitos pela via jurisdicional é pautado pela disputa acirrada em que as controvérsias hão de ser, no final, definidas no sistema de vencedores e vencidos; a característica da conflituosidade é gerar um sistema

“ganha-perde”³⁷ em que a resposta final será, em regra, adjudicada (atribuída) a uma das partes por um terceiro estranho à relação jurídica⁵.

De outro modo, os métodos consensuais visam uma abordagem menos interventiva no conflito, onde um terceiro imparcial busca facilitar o diálogo entre as partes, restaurando-lhes a capacidade de negociar. Desta forma, é possível chegar por si mesmas a solução do conflito que estão envolvidas, podendo ambos os envolvidos saírem do litígio com resultados de benefício mútuo.

Há, portanto, uma mudança na ótica da resolução do conflito, que migra da lógica do ganha-perde, para o ganha-ganha. Os contornos desses métodos serão melhor delineados ao longo deste trabalho, mas vale destacar que seu grande fundamento é baseado na consensualidade.

A partir da compreensão do potencial presente na utilização dos institutos autocompositivos, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, instituindo a chamada “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”, como uma verdadeira política pública que visava a disseminação da mediação e da conciliação pelos tribunais brasileiros.

A referida resolução é um marco normativo central no que tange ao fortalecimento dos métodos consensuais no cenário jurídico do Brasil, posto que editado antes mesmo da elaboração de qualquer instrumento legal.

O pioneirismo do CNJ, um órgão administrativo, revela a clara e urgente necessidade que havia em se estabelecer diretrizes nacionais em torno da utilização desses institutos no âmbito do poder judiciário. Pode-se afirmar que o Brasil vivia um verdadeiro atraso no que diz respeito à inserção dos meios autocompositivos no universo jurídico de forma institucionalizada,

⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. São Paulo: Método, 2018. p. 100.

considerando a consolidada experiência dos demais países em torno do tema, como se verá adiante.

As diferentes formas de solução consensuada de conflito, em seu sentido amplo, sempre estiveram presentes na história da humanidade em diferentes lugares, culturas e tempos, sendo difícil estipular um panorama histórico que contemple com precisão as múltiplas formas e realidades. Sendo assim, cabe trazer neste trabalho apenas breves considerações sobre a experiência americana, para se ter uma ideia do grau de consolidação deste instituto na experiência comparada.

O autor americano Christopher W. Moore, em sua obra “O processo de mediação”⁶, traz curiosas informações acerca da criação de institutos conciliatórios nos EUA já no início do século XX. Afirma o autor que o primeiro setor a institucionalizar a mediação nos EUA foi o trabalhista, visando a resolução de disputas entre empregadores e trabalhadores. É datado de 1913, onde se criou um grupo chamado de comissários da conciliação, no “*U.S. Department of Labor*”, vindo posteriormente a se chamar “United States Conciliation Service”, tornando-se finalmente reconstituído em 1947 como “Federal Mediation and Conciliation Service”.

Embora se espere que estes modelos sejam formas ainda incipientes de resolução de conflitos, há de se reconhecer que a consolidação de um instituto advém de seu aperfeiçoamento ao longo do tempo. Dessa forma, há muito se observa na experiência americana, de onde surgiram expoentes estudos na área de mediação e negociação de conflitos, o crescimento da mediação com uma prática mais ampla de manejo do conflito, na tomada de decisão institucional e no planejamento de sistemas de disputa, sendo basicamente um processo sistemático para capacitar as pessoas e desenvolver mecanismos para tomar decisões e lidar com disputas crônicas sérias⁷.

⁶ MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 37.

⁷ Ibidem, p. 38.

Já na década de 80, cerca de 30 anos antes da resolução 125 editada em 2010, os consagrados estudiosos americanos Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, publicavam a obra “Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In”⁸. Sem dúvidas, este um dos estudos mais conhecidos no âmbito da negociação e mediação de conflitos, esclarecendo a principiologia necessária para o bom êxito nesses mecanismos, dos quais se destacam a negociação centrada nos interesses não nas posições, separar as pessoas do problema, criar opções com possibilidades de ganhos mútuos e usar critérios objetivos. Esta obra é até hoje uma das bases de onde se extrai as principais técnicas e contornos da mediação aplicada por instituições e profissionais do mundo todo.

Moore afirma que o crescimento da mediação:

“deve-se em parte a um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam sua própria vida, a um apoio ético aos acordos particulares e as tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade. A mudança também tem sido motivada pela crescente insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisão, acordos impostos que não se ajustam adequadamente aos interesses genuínos das partes, e aos custos cada vez maiores - em dinheiro, tempo, recursos humanos, solidariedade interpessoal e comunitária - de processos adversariais, do tipo ganhador-perdedor de resolução de disputas”⁹.

Percebe-se, com esse breve panorama, que o instituto da mediação e dos demais meios autocompositivos são amplamente consolidados em países como os EUA há várias décadas como um importante instrumento de resolução de conflito. Assim, mesmo que tardiamente no Brasil, serviu a resolução nº 125/2010 do CNJ como um marco normativo de caráter disruptivo para conduzir o modelo brasileiro de administração de justiça em direção ao fortalecimento dos meios consensuais, na linha do que já vinham traçando os demais países há bastante tempo. A Argentina, por exemplo, possui legislação sobre mediação desde 1996¹⁰.

⁸ FISHER, Roger; URY, William, PATTON, Bruce. “Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In”, Penguin Books, 1983.

⁹ MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

¹⁰ SOUZA, Luciane Moessa. Revista âmbito Jurídico. *Mediação: Breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos*. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-breve-analise-da-proposta-brasileira-e->

Na prática, a partir do citado marco regulatório foram criadas nos tribunais estruturas especializadas no tratamento consensual dos conflitos, os chamados Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), aos quais incumbe a função de “incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos”¹¹.

Os NUPEMEC’s são ainda responsáveis por implementar, nos respectivos tribunais, os Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania(CEJUSCs), órgãos que concentram a estrutura institucional e física para a realização das sessões de conciliação e mediação.

Vale destacar que, de 2010 até os dias atuais, houve muito empenho por parte do judiciário no sentido de estender à população a oferta dos serviços de mediação, pois vem aumentando a quantidade de Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) instalados na justiça estadual, conforme dados apontados pelo relatório “Justiça em Números de 2020”¹² divulgado pelo CNJ. Em 2014 eram apenas 362 unidades, tendo alcançado a marca histórica de 1.284 Cejuscs no ano de 2019, verificando-se um crescimento expressivo na instalação de novas unidades, que se mostram essenciais para a difusão da mediação nos tribunais.

A estrutura do Cejusc visa propiciar os meios necessários para o fomento, gestão e realização propriamente dita da mediação nos tribunais brasileiros, com vistas a consolidar um modelo de acesso à justiça que aos poucos viria a se tornar mais amplo, não se resumindo mais a via única do processo, mas que busca levar em consideração a extensa diversidade das complexas relações da sociedade, e por consequência, os conflitos que dela advém.

das-experiencias-argentina-e-colombiana-na-normatizacao-deste-metodo-de-solucao-de-conflitos/. Acesso em 06 out. 2020

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução 125/2010*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em 02 out. 2020

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2020: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Acesso em 27 set. 2020.

Dessa forma, diante das múltiplas facetas que os conflitos podem englobar a partir da diversidade de interesses postos em jogo, que aos poucos foi-se incorporando o modelo de tratamento mais adequado à natureza própria de cada conflito por meio do sistema multiportas.

Conforme leciona Leonardo Cunha,

A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal¹³.

Isto implica em dizer que a partir da regulamentação dos meios consensuais, buscou-se ter um modelo de sistema de justiça em que não mais o conflito tenha que se adequar à estrutura de resolução, e sim o contrário, propiciando mecanismos de resolução que atendessem de forma adequada a realidade do conflito respeitando suas características e especificidades.

Foi com vistas a consolidar o modelo multiportas que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) não apenas instituiu as audiências de conciliação e mediação como regra nos processos¹⁴, previsão esta inédita com relação ao código de 1973, como também estabeleceu um novo paradigma em termos de mudança de mentalidade processual ao dispor que o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual dos conflitos. Além do que os sujeitos processuais, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, deverão estimular a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos¹⁵.

¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

¹⁴ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...) § 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

¹⁵ Art. 3º §§ 2º e 3º do CPC 2015

Ainda em 2015 foi promulgada a lei nº 13.140 (Lei de mediação), tratando da mediação de forma mais ampla, incluindo a mediação extrajudicial e a mediação com a administração pública. Este marco normativo é de modo geral harmônico com o Novo Diploma Processual, todavia naquilo que forem incompatíveis, prevalece as disposições da lei de mediação em razão do critério da especialidade.

2. MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

A Mediação faz parte dos mecanismos de solução consensual de conflito, sendo prevista no Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015, NCPC) como imprescindível à solução dos litígios. Como já mencionado, o instituto possui legislação própria, a lei nº 13.140/15¹⁶, que traz em seu conteúdo a seguinte definição acerca da mediação em seu art. 1º § único:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.

A mediação pode ser definida como uma negociação assistida por um terceiro imparcial e possui entre suas principais características o tratamento não adversarial da demanda. As partes atuam em cooperação e o mediador tende a ser um interventor no conflito que busca restaurar as condições perdidas da negociação. Neste sentido, Christopher W. Moore conceitua a mediação como sendo:

[...] a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável, com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos¹⁷.

É importante esclarecer que no Brasil o mediador não possui nenhum poder decisório, por força da previsão expressa contida no art. 1º § único da Lei 13.140/15, acima mencionado.

¹⁶ BRASIL. Lei de Mediação. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF

¹⁷ MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28

Nisso difere completamente da figura do juiz, pois diferentemente deste, sua função é apenas conduzir as partes ao restabelecimento do diálogo, de modo a clarificar a situação em disputa, sem impor uma solução.

Sendo a restauração da comunicação um dos objetivos centrais da mediação, é por meio dela que as próprias partes chegam ao consenso e constroem as propostas de acordo capazes de dar cabo da controvérsia que vivenciam, pondo fim ao conflito. Vale ressaltar, de todo modo, que o acordo é mera consequência, não sendo o objetivo único da mediação, que visa precipuamente preservar as relações estabelecidas entre as partes.

Para melhor compreensão das características deste instituto, optou-se neste trabalho por analisá-lo a partir da divisão principiológica elencada pela lei 13.140/15, que em seu art. 2º dispõe que a mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé¹⁸.

2.1 IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR

O mediador deve assumir uma postura neutra perante as partes, não podendo ter pré-disposição à defesa de nenhum dos lados da demanda. Ao mediador são aplicáveis as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, devendo inclusive, se for o caso, informar

¹⁸ BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 – Artigo 2.

às partes antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa colocar em xeque a sua imparcialidade para mediar a causa¹⁹.

Segundo Fernando Gajardoni,

[...] para que se preserve a imparcialidade do conciliador/mediador, não pode ele ter expectativa de, com a sua atuação, receber vantagens ou benefícios posteriores das partes mediadas/conciliadas, como, por exemplo, ser contratado por elas para a prestação de serviços, especialmente de advocacia (formação comum, mas não única, de mediadores/conciliadores)²⁰

Para garantir uma atuação imparcial o terceiro facilitador deve estar completamente alheio aos interesses em disputa, não nutrindo nenhuma relação pessoal com qualquer das partes antes da instauração do procedimento.

Nesse sentido, Moore afirma que

A imparcialidade refere-se à ausência de tendenciosidade ou preferência em favor de um ou mais negociadores, de seus interesses ou das soluções específicas que eles estão defendendo²¹.

É certo que, uma vez iniciada a mediação, incumbe ao mediador ganhar a confiança das partes por meio do *rapport*, que “*se refere ao grau de liberdade experimentado na comunicação, o nível de conforto das partes, o grau de precisão naquilo que é comunicado e a*

¹⁹ Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

²⁰ GAJARDONI, Fernando. Comentário ao art. 172. In: DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando (coords.). Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, cit., p. 553

²¹ MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 55.

qualidade do contato humano”²². Isto, porém, não se confunde com a quebra da imparcialidade, pois é uma ação necessária para validar inclusive o próprio procedimento, claro que desde que o mediador não se alie a um dos lados em detrimento do outro.

2.2 ISONOMIA ENTRE AS PARTES

A isonomia se traduz em igualdade de oportunidade aos envolvidos²³. Na mediação deve ser garantido que haja a maior paridade possível entre os mediandos, para que haja plena liberdade de manifestação e tempo de fala para ambos os lados, sendo-lhes assegurado a plena exposição de seus interesses e necessidades.

Na mediação, busca-se um ambiente de equilíbrio dos interesses entre as partes, de modo que os interesses de uma não se sobreponha ao da outra, independente das condições que ostentem do ponto de vista econômico e social. Assim, é dever do mediador criar um ambiente de tratativas onde as relações de poder não seja uma condição de favorecimento durante o procedimento. Ambas as partes podem falar e serem ouvidas em pé de igualdade, sem interrupções e tendo seus pontos de vista levados em consideração, com vistas à solução que acreditam que deva ser buscada para o conflito que vivenciam.

Isto implica ainda em dizer que o mediador não atuará, em hipótese alguma, como substituto da defesa técnica das partes, incumbindo a estas a providência de estarem devidamente assistidas por seus advogados no momento da realização da sessão.

A igualdade deve ser garantida não só para que cada parte tenha oportunidade de expor seus pontos com clareza, mas também para que seja assegurada sua compreensão sobre o que está sendo transmitido pela outra parte e pelo mediador. É necessário que se dê igualdade de

²² MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 88.

²³ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 236

condições ainda quanto ao entendimento sobre o procedimento, não devendo restar dúvidas aos participantes acerca das possibilidades que estão à disposição, assim como os termos do que está sendo discutido, bem como do que poderá eventualmente ser avençado.

Uma situação clássica de aplicação da isonomia pode ser ilustrada a partir do seguinte exemplo: se uma parte mais experiente com o procedimento solicita ao mediador ainda durante a sessão uma reunião privada (*caucus*)²⁴, imediatamente ao retornarem é dever do mediador informar à outra parte que ela pode, de igual modo, realizar uma reunião privada para esclarecer algum ponto em particular, sob pena de quebrar a isonomia ou até mesmo perder a confiança da parte com relação ao procedimento. Pois, como assevera Lilia Maia Sales²⁵, é necessário que o mediador explique adequadamente as etapas do procedimento, incluindo a reunião privada,

Deve-se deixar claro que tanto as pessoas envolvidas no conflito devem saber sobre a possibilidade de uma conversa em particular como devem concordar com esse mecanismo. Todo e qualquer ato no processo de mediação deve ser voltado para os interesses das pessoas, por isso elas devem participar ativamente de todas as decisões no decorrer do processo de mediação.

2.3 ORALIDADE E INFORMALIDADE

O espaço da sessão de mediação se propõe a facilitar a troca de informações, se valendo da informalidade e maior flexibilidade do procedimento. Como já mencionado, pode haver reuniões conjuntas ou individuais, onde é oportunizado às partes apresentarem oralmente os pontos que entendem ser relevantes da controvérsia que vivenciam. Este modelo de comunicação garante maior dinamismo ao fluxo das falas e da escuta, permitindo um foco

²⁴ O *caucus*, palavra originalmente empregada para designar os encontros individuais ocorridos nas tribos indígenas da América do Norte, é uma das técnicas amplamente utilizadas na mediação de conflitos como forma de contribuir com a resolução dos litígios. Através dela, o mediador se reúne em encontros privados e separados com uma das partes para, dentre outros fatores, estreitar o vínculo de confiança e de conforto emocional no que se refere a algumas particularidades do conflito.

²⁵SALES, Lilia Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. Revista Pensar, v. 11, p. 164, Fortaleza, fev. 2006.

direto nas necessidades e interesses expostos, onde o mediador intervém para facilitar a compreensão e o diálogo.

2.4 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

Uma característica fundamental deste instituto é a autonomia da vontade, que confere aos mediandos a oportunidade de protagonizarem uma saída consensual para o conflito que vivenciam²⁶. Assim, é dada às partes não só a liberdade de eleger o instituto como forma de resolução adequada à causa, ressaltando o aspecto da voluntariedade, como também podem optar a qualquer momento pela interrupção ou continuidade do procedimento, assim como moldá-lo para a forma que melhor atenda seus interesses²⁷.

Embora a autonomia da vontade seja mais acentuada na mediação extrajudicial, onde se possibilita um procedimento mais customizado às necessidades das partes, esse princípio é uma regra na mediação como um todo, inclusive na esfera judicial. Importa dizer, todavia, que a mediação judicial pode receber contornos diferentes, dado que inserida em um processo judicial, cuja lógica é predominantemente formal, acabando por incorporar parte desse aspecto de rigidez do procedimento.

Como se verá com mais detalhes mais adiante no tópico 5.1, na mediação realizada em um processo de recuperação judicial, por exemplo, o juiz pode homologar, de forma previa à realização do procedimento de mediação, alguns parâmetros que comporão as propostas de acordo que serão oferecidas pela empresa recuperanda aos credores. Esse procedimento visa estabelecer de antemão alguns critérios pré-definidos para o procedimento de negociação, com vistas a garantir a isonomia no tratamento com os credores, dadas as peculiaridades da recuperação judicial.

²⁶ Ibidem, p. 214

²⁷ ALMEIDA, Tânia; FRAGATA, Octavio; FURST, Olivia; MAIA, Andrea; PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA, Fabiane. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e Arbitragem, Vol. 1. Editora FGV. 2015. p. 8.

Ainda a título exemplificativo, no processo de recuperação judicial da OI, o juiz estabeleceu que a mediação no âmbito dos incidentes de habilitação retardatária de crédito teriam como objeto a discussão apenas do valor dos créditos detidos pelos credores²⁸. Foi oportunizada ainda à Recuperanda a sugestão prévia de parâmetros, posteriormente homologados pelo juízo, de propostas de acordos a serem apresentadas de forma padronizadas no procedimento.

Isto revela certas peculiaridades sobre a autonomia da vontade nas mediações judiciais dada a complexidade dos processos de recuperação judicial, tendo em vista que a necessidade de uniformidade de tratamento entre os credores pode fazer com que em determinadas situações o procedimento receba contornos previamente definidos, tornando a margem de negociação entre as partes menos maleável.

2.5 BUSCA DO CONSENSO

Este princípio requer das partes uma mudança de comportamento, no sentido de migrar da lógica da competitividade para a cooperação²⁹. No processo é esperado que as partes não só defendam seus interesses, como de certo modo, se oponham ao direito da parte adversa. Na mediação, é necessário uma postura em que se leve em consideração não apenas as próprias necessidades, mas também as do outro, de modo a equalizar os interesses postos à mesa de negociação.

A valorização do consenso dá protagonismo às partes criando um ambiente propício para a plena devolução da autoria das soluções aos mediandos, que se veem com o controle do processo decisório de suas próprias vidas³⁰. Isto possibilita que a solução encontrada venha a atender os reais interesses, necessidades e valores das partes envolvidas no conflito. Assim, o

²⁸ Recuperação Judicial OI. WALD ADVOGADOS. Rio de Janeiro. 01 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>> Acesso em 02 out. 2020.

²⁹TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 229

³⁰ALMEIDA, Tânia; FRAGATA, Octavio; FURST, Olivia; MAIA, Andrea; PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA, Fabiane. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e Arbitragem, Vol. 1. Editora FGV. 2015. p. 8

fato de a solução ser construída pelas próprias partes dá mais legitimidade à solução eleita, tornando-a mais fácil de ser cumprida, pois idealizada dentro das condições de quem as sugeriu, fortalecendo o compromisso entre os negociantes³¹.

2.6 BOA-FÉ E CONFIDENCIALIDADE

A boa-fé diz respeito ao grau de lealdade e honestidade que as partes envolvidas utilizam nas tratativas. O mediador utilizará técnicas de comunicação que leve as partes a estabelecerem uma melhor comunicação, mas cabe única e exclusivamente a elas a manifestação sincera de seus reais interesses e a exposição de fatos e informações consonantes com a realidade.

A confidencialidade é ainda uma garantia que os mediandos possuem para serem o mais transparentes possível em suas manifestações durante o procedimento. O art. 30 da Lei de mediação prevê que qualquer informação trazida no bojo da mediação não pode ser revelada, exceto quando: i) as partes expressamente assim o autorizarem ii) quando a divulgação é exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido na mediação iii) não abrange a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública (art. 30 § 3.º) iv) quando não afasta o dever dos envolvidos de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manter sigilo das informações compartilhadas conforme o art. 198 do Código Tributário Nacional (art. 30, § 4.º)³².

Diferentemente dos processos judiciais que tem como regra a publicidade, a mediação tem como regra a confidencialidade, garantindo que qualquer “declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito” seja mantido de cunho confidencial, conforme preconiza o art. 30, inciso I da lei de mediação. Portanto, caso não haja acordo na sessão de mediação, as propostas oferecidas sequer serão reduzidas a termo, de modo que não constarão em ata.

³¹ Ibidem.

³² TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 234

A confidencialidade possibilita às partes mais confiança no procedimento, bem como permite preservar as relações pessoais e comerciais. Segredos de mercado e relações entre sócios são mantidas entre os participantes das sessões, tudo com o auxílio de um terceiro neutro e capacitado que possui o dever legal de guardar sigilo de tais questões.

Por fim, conforme o art. 7º da Lei de mediação “O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador”³³.

3. A FUNÇÃO DO MEDIADOR (MOORE)

Por se tratar de um processo informal, o mediador possui a liberdade de dispor de diversas ferramentas, podendo inclusive incorporar diferentes papéis com vistas a ajudar as partes na resolução das questões em disputa, os quais se incluem na concepção de Moore:

- O facilitador da comunicação, que inicia ou facilita a melhor comunicação quando as partes já estiverem conversando.
- O legitimador, que ajuda todas as partes a reconhecerem o direito das outras de estarem envolvidas nas negociações.
- O facilitador do processo, que propõe um procedimento e, em geral, preside formalmente a sessão de negociação.
- O treinador, que instrui os negociadores iniciantes, inexperientes ou despreparados no processo de barganha.
- O ampliador de recursos, que proporciona assistência às partes e as vincula a especialistas e a recursos externos (por exemplo, advogados, especialistas técnicos, pessoas responsáveis pela tomada de decisões ou bens adicionais à negociação) que podem capacitá-los a aumentar as opções aceitáveis de acordo.
- O explorador do problema, que permite que as pessoas em disputa examinem o problema a partir de várias perspectivas, ajuda nas definições das questões e dos interesses básicos e procura opções mutuamente satisfatórias.
- O agente de realidade, que ajuda a elaboração de um acordo razoável e viável e que questiona e desafia as partes que têm objetivos radicais e não-realistas.
- O bode expiatório, que pode assumir certa responsabilidade ou culpa por uma decisão impopular que as partes, apesar de tudo, estejam dispostas a aceitar. Isto lhes permite manterem sua integridade e, quando for o caso, obterem o apoio de seus constituintes.
- O líder, que toma a iniciativa de prosseguir as negociações através de sugestões processuais ou fundamentais³⁴.

³³ BRASIL. Lei de Mediação. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

³⁴ MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 31.

Devido a mediação ser um procedimento baseado na consensualidade, o mediador tende a conduzir as partes a realizarem uma negociação baseada nos interesses e não nas posições. Ao longo do processo o mediador facilita auxilia as partes a compreenderem que o acordo a ser construído, deve contemplar soluções integrativas que seja aceitável para ambas as partes³⁵.

³⁵ Ibidem, p. 73

4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A recuperação judicial de empresas é um processo facultado pelo estado ao empresário que se encontra em situação de crise financeira, onde são criadas condições para renegociações do seu passivo. Este processo visa a superação da referida crise, mantendo a fonte produtora ativa, de modo que haja a preservação da empresa e o conseqüente retorno social que dela advém, conforme dispõe o artigo 47 da LFRE:

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.

Se extrai do referido artigo os princípios basilares que regem o instituto da recuperação judicial, sendo o primeiro deles a preservação da empresa. É o interesse de se buscar um meio de conciliar a possibilidade de desfazimento da sociedade empresária com a sua continuidade, de modo a preservar as inúmeras relações que a circundam, seja no âmbito trabalhista, fiscal ou consumerista³⁶. Isto decorre dos inúmeros benefícios sociais advindos da exploração econômica que refletem para toda a coletividade, estando, portanto, estritamente atrelado ao princípio da função social.

É importante ressaltar que essa busca pela preservação da empresa e por soluções de superação do estado crítico de uma atividade empresarial fora do mercado, é admitida para os casos em que reste demonstrada a viabilidade de soerguimento, devendo ser ponderadas algumas questões, como a importância social, a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e passivo, o tempo de empresa e o porte econômico³⁷.

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386

³⁷ Ibidem, p. 189

Fabio Ulhoa afirma que “*as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem*”³⁸. Assim, o instituto da recuperação judicial, enquanto suporte do aparato estatal, deve ser visado às empresas que possuam condições de se recuperar, sob pena de se transferir indevidamente o risco da atividade empresarial, ao deslocá-lo da sociedade empresária para que seja suportado pelos credores³⁹. A esse respeito Ulhoa afirma que,

A recuperação judicial não pode significar, portanto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa. Se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes quando comparadas com as das demais alternativas de investimento. Ora, se assim é, ninguém vai perder dinheiro investindo naquele negócio. A recuperação judicial não pode significar, portanto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz na busca de soluções para a crise da empresa. Se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes quando comparadas com as das demais alternativas de investimento. Ora, se assim é, ninguém vai perder dinheiro investindo naquele negócio⁴⁰.

O segundo princípio é a função social da empresa, que para além do interesse privado de geração de lucro para os acionistas, é importante fonte de geração de riqueza econômica, de emprego e renda aos trabalhadores, gerando desenvolvimento para a região a qual se estabelece, oferecendo serviços e produtos que atendem às demandas dos consumidores.

Vale cabe ressaltar que a função social da empresa, enquanto finalidade a ser perseguida, é uma regra a ser observada, prevista no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/1976 (LSA), que dispõe:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com

³⁸ Ibidem, p. 173.

³⁹ Lynn Lo Pucki, apud Robert L. Jordan e William D. Warren, *Bankruptcy*, 3. ed.~ Westbury, New York: The Foundation Press, 1993, P- 657.

⁴⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Há ainda um terceiro princípio que diz respeito à paridade entre os credores, de modo que seja dispensado o mesmo tratamento a credores que estejam em situações similares. Esse princípio é essencial para nortear as tratativas negociais envolvendo devedora e credores, devendo ser aplicada em qualquer procedimento, seja no âmbito judicial ou no procedimento de mediação. Portanto, é necessário estar atento a este princípio quando da utilização da mediação no âmbito do processo de recuperação de empresas.

No art. 172 da LRFE é previsto ainda a tipificação criminal vedando a violação do tratamento igualitário entre os credores “*praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais*”. A pena aplicável é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos àqueles que descumprirem tal determinação.

4.1 FASES DO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

De acordo com os ensinamentos do consagrado professor Fábio Ulhôa Coelho⁴¹, o procedimento de recuperação judicial pode ser dividido em três etapas, as quais serão melhor destrinchadas ao longo deste capítulo.

Sendo a primeira delas a *fase executiva* quando é dado início ao procedimento com o ingresso da petição inicial por parte do empresário, vindo a terminar com o despacho em que se autoriza o processamento do pedido de recuperação. A segunda, é a *fase deliberativa*, que se dá após a verificação de crédito, quando será elaborado o Plano de Recuperação Judicial (PRJ), um documento que conterà o planejamento detalhado de soerguimento da sociedade

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

empresária, com vistas à saída da crise e pagamento dos credores. Nesta fase o PRJ será levado para deliberação por parte dos credores na Assembleia Geral de Credores (AGC), sendo rejeitado pela maioria, a RJ é convolada em falência⁴², sendo aprovado, passa-se a fase seguinte de execução;

A terceira é a *fase de execução*, sendo a última do processo, que engloba a fiscalização do cumprimento dos termos do PRJ aprovado em AGC, vindo a terminar com a sentença de encerramento, que atesta eventual cumprimento do plano, onde serão feitas algumas determinações finais elencadas no art. 63 da LRFE⁴³, a exemplo da apresentação de relatório circunstanciado por parte do administrador judicial, bem como o pagamento dos honorários correspondentes.

4.1.1 FASE POSTULATÓRIA

A título de pressupostos formais, o art. 51 da LRFE dispõe que a petição inicial do pedido de recuperação judicial será instruída com a (i) exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; (ii) demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, e compostas obrigatoriamente do balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social e relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; (iii) relação nominal dos credores do devedor,

⁴² Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

⁴³ Art. 63. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial e determinará:

I – o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III do caput deste artigo;

II – a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas;

III – a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor;

IV – a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial;

V – a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

com indicação do seu endereço, o valor atualizado, a natureza e a classificação dos seus créditos (iv) relação integral dos empregados da devedora com a discriminação dos valores pendentes de pagamento; (v) *certidão* de regularidade no Registro Público de Empresas e atos societários atualizados; (vi) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; (vii) os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas aplicações financeiras; (viii) certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor; e (ix) a relação de todas as ações judiciais em que figure como parte, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

O Juiz analisará o cumprimento das exigências previstas no art. 51, deferindo o processamento da recuperação judicial em caso de plena observação dos requisitos concessivos. Na mesma oportunidade será nomeado o administrador judicial, figura central para o processo, assim como ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, o chamado *stay period*, em um prazo de 180 dias, impedindo atos de constrição contra seu patrimônio, na forma do art. 6º da LRFE, bem como serão tomadas uma série de outras providências centrais para o prosseguimento do procedimento, na forma do art. 52⁴⁴.

4.1.2 FASE DELIBERATIVA

Após o despacho de processamento é dado início à fase de deliberação, sendo seu principal foco a apresentação, discussão e eventual votação do plano de recuperação, que caso sofra objeção será levado para a ser apresentado pelo empresário devedor em assembleia geral de credores.

O plano de recuperação judicial (PRJ) é a mais importante peça do processo, segundo Fábio Ulhoa⁴⁵. É nele que o devedor expõe toda sua estratégia traçada, com os respectivos

⁴⁴ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial. (...) III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processamento.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

meios que utilizará para superação da crise econômico-financeira a qual se encontra, a fim de cumprir sua função social e saldar seu passivo frente aos credores.

O prazo para apresentação do PRJ é de 60 (sessenta) dias após a publicação da decisão que defere o processamento da recuperação, sob pena de convalidação em falência. Nos termos do art. 52, além de conter a exposição detalhada dos meios de recuperação, o PRJ deve conter a demonstração de viabilidade econômica do empresário e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor feito por contador.

Alguns requisitos que devem ser observados conforme prevê o art. 54, como o prazo superior a um ano para pagamento de créditos trabalhistas, bem como o parágrafo único do mesmo artigo veda a previsão no PRJ de estipulação de prazo de 30 (trinta) dias para pagamento, para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Esses requisitos legais são importantes de serem destacados, sobretudo levando-se em consideração que servirão de parâmetro de negociação para as tratativas a serem realizadas no âmbito dos procedimentos de mediação realizados nessa fase de deliberação do plano de recuperação. Cumpre ainda destacar que a própria mediação pode ser prevista no PRJ como um dos mecanismos a serem utilizados para dirimir conflitos.

Uma vez apresentado, o PRJ poderá sofrer objeção por parte de qualquer credor. Caso o plano seja impugnado, será levado para votação em assembleia geral de credores. Esse pode ser um dos momentos mais desafiadores para o empresário, posto que a depender da quantidade de credores, deverá empreender mais ou menos esforços para viabilizar a logística necessária para a deliberação por parte de todos os credores. Como será tratado com maior profundidade no tópico 5.1, foi pensando em contornar a dificuldade de realização da AGC devido a imensa quantidade de credores, que o Grupo Oi utilizou o procedimento de mediação para negociar pagamentos e por meio dos acordos reduziu-se a quantidade de credores que participariam da assembleia, viabilizando dessa forma a realização da AGC.

Na AGC prevalece o que se denomina de soberania da decisão assemblear, uma vez que a deliberação feita nesse ambiente fica a cargo única e exclusivamente dos credores, que detém poder soberano de tomada de decisão sobre a aprovação ou rejeição do PRJ. Assim, apenas em situações bastante específicas é que se pode questionar judicialmente a decisão tomada pela maioria, a exemplo da previsão contida no art. 58 §1º quando da existência de abuso de direito do credor, conforme afirma Ulhoa:

O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se percebe o objetivo da ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembleia dos credores. Por esta razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais como a hipótese do art. 58, § 1º, ou a demonstração de abuso de direito de credor em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor⁴⁶.

É importante destacar, por fim, que em caso de não apresentação do PRJ no prazo previsto ou caso não ocorra sua aprovação pela Assembleia Geral de Credores, a recuperação judicial é convolada em falência (art. 56 §4⁴⁷). A falência é um instituto independente da recuperação judicial, possuindo procedimento próprio previsto a partir dos artigos 75⁴⁸ da mesma lei.

4.1.3 FASE EXECUTIVA E ENCERRAMENTO

Uma vez que o PRJ é aprovado, o juiz concede a recuperação judicial. Visando dar publicidade a todos os interessados, o nome empresarial da devedora passa a ser acrescido da expressão “ em recuperação judicial”, que deve constar em todos os atos, contratos, documentos

⁴⁶COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247

⁴⁷ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

⁴⁸ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

firmados pelo devedor, cuja ausência implica em responsabilização. A partir daí passa-se então ao cumprimento do que foi estabelecido e aprovado no plano.

Fábio Ulhoa⁴⁹ chama atenção para o fato de que a princípio, uma vez aprovado, o plano reveste-se de imutabilidade, devido a soberania da decisão assemblear. Mas podem ocorrer hipóteses excepcionais de mudança nas condições econômico-financeira do devedor, sendo possível o aditamento do plano, que será novamente submetido a deliberação à AGC.

A esse respeito serão tecidas maiores considerações no tópico 8.1, tendo em vista a situação de pandemia mundial causada pelo coronavírus, havendo impacto direto na situação de diversas empresas em recuperação judicial, levando o CNJ a editar a Recomendação nº 53/2020. Esta recomendação prevê justamente que os juízes que atuam diretamente com recuperação judicial autorizem as devedoras que tiverem suas atividades afetadas pela crise da pandemia, a apresentarem novos planos modificados.

Merece destaque o fato de que a personalidade jurídica do devedor permanece para todos os fins de direito, de modo que pode prosseguir normalmente com suas atividades. O que ocorre em termos de restrição diz respeito aos atos de alienação de seu patrimônio, por dizerem respeito ao interesse dos credores e ao cumprimento do PRJ.

Por fim, a fase de execução poderá terminar de duas formas, levando ao encerramento de todo o processo de recuperação judicial. A primeira possibilidade é com o cumprimento do plano ao fim do prazo de 2 (dois) anos, quando o juiz sentenciará determinando o encerramento do processo na forma do artigo 63. A segunda é com pedido de desistência da sociedade empresária, a ser submetido à aprovação da assembleia geral de credores⁵⁰.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253

⁵⁰ Ibidem, p. 256

5. A MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A lei de mediação (13.140/15) traz a previsão em seu artigo 3º, que podem ser objeto deste tipo de procedimento os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Esta definição é bastante ampla, podendo o instituto da mediação ser aplicado em praticamente qualquer área do direito, observadas as peculiaridades de cada ramo, assim como os limites instituídos pela legislação especializada acima mencionada.

Assim sendo, não há nenhum impeditivo legal para a utilização da mediação no âmbito empresarial, pelo contrário, este método é um importante aliado nas tratativas negociais para prevenir e dirimir conflitos. Portanto, cumpre trazer importantes considerações de Diego Faleck⁵¹ sobre a aplicação do instituto no universo corporativo.

Segundo este autor, a mediação empresarial apresenta uma série de vantagens, podendo ser mencionadas a i) redução de custos financeiros; ii) maior celeridade na construção das soluções das disputas; iii) redução do desgaste de relacionamentos considerados relevantes para as companhias; iv) minimização de incertezas quanto aos resultados; e, v) melhor compreensão da disputa e o estreitamento de pontos que poderão posteriormente serem submetidos a outros procedimentos, a exemplo da Arbitragem ou ao Poder Judiciário, no caso de insucesso da mediação⁵².

No que diz respeito à aplicação da mediação especificamente aos processos de recuperação judicial, coube ao judiciário a função de chancelar a compatibilidade entre os institutos no paradigmático caso da recuperação judicial do Grupo OI, tendo em vista a ausência de previsão legal expressa regulando a matéria.

⁵¹ FALECK, Diego. Revista de Arbitragem e Mediação da RT (RArb, ano 11, volume 42, julho-setembro - 2014, pp. 263/278) o artigo Mediação empresarial: Introdução e aspectos práticos, p. 265.

⁵² MILHORATO, Lívia. Mediação e recuperação judicial de empresas: aplicação possível e desejável. Revista Migalhas. 26 de janeiro de 2018. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/273058/mediacao-e-recuperao-judicial-de-empresas-aplicacao-possivel-e-desejavel> > Acesso em 15 out. 2020.

Vale registrar que a Recomendação n° 58 do CNJ foi editada apenas em outubro de 2019, direcionada os magistrados de varas especializadas em recuperação judicial e falências para que promovam o uso da mediação nesses processos, muito possivelmente inspirada na experiência pioneira do caso do Grupo OI.

Devido a relevância e a inovação deste caso, adiante será dado um breve panorama sobre a discussão por parte do judiciário acerca da aplicação da mediação no âmbito do processo de recuperação do Grupo OI. Deste modo, serão tecidas considerações gerais sobre os motivos ensejadores do pedido de recuperação judicial, bem como acerca do pedido de realização da mediação no bojo deste processo judicial, traçando comentários sobre seus contornos, desdobramentos e peculiaridades.

5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DO GRUPO OI

Em linhas gerais, o Grupo Oi é um dos principais provedores de serviço de telecomunicações do Brasil, formado pelas empresas Oi S.A, Telemar Norte Leste S.A, Oi Móvel S.A, Copart 4 Participações S.A., Copart 5 Participações S.A., Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF) e OI Brasil Holdings Coöperatief U.A. Para se ter uma ideia da dimensão do grupo, ele está presente em todos os 5.570 municípios brasileiros, atendendo aproximadamente 70 (setenta) milhões de clientes, conforme informações disponibilizadas em sua petição inicial do pedido de recuperação judicial.

O pedido de recuperação judicial foi realizado em 20 de junho de 2016 por todas as empresas acima mencionadas, que juntas compõem o “Grupo Oi”, tendo o seu processamento deferido em 29 de junho de 2016, pelo juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Dentre os motivos que justificavam a crise financeira do grupo dando ensejo ao pedido de recuperação, teve importante destaque o contingente advindo do alto número de demandas judiciais enfrentadas pelas empresas que compõem o grupo. As ações dessas empresas em trâmite no judiciário somavam o importe de R\$ 14 bilhões retidos em depósitos judiciais, afetando demasiadamente a liquidez das companhias. No âmbito regulatório as multas administrativas aplicadas pelas agências reguladoras giravam em torno de R\$ 10,6 bilhões, tendo impacto direto no caixa e no passivo do grupo econômico.

A partir desses números é possível constatar o verdadeiro impacto que a cultura da litigiosidade pode ocupar no funcionamento e no planejamento estratégico das empresas. Sendo este um dos fatores determinantes para a caracterização da crise financeira que ensejou o pedido de recuperação do grupo ora em análise.

Claro que esse não foi o único motivo, tendo sido apresentado pelas recuperandas outros fatores. Um deles foi a incorporação de dívidas de empresas subsidiárias advindas dos processos de fusão e incorporação realizados após a privatização do grupo a partir dos anos 2000. Outro fator igualmente fundamental, foi a evolução tecnológica, que trouxe severo impacto nos padrões de consumo de serviços de telecomunicações, afetando o mercado de telefonia fixa, um dos principais produtos do grupo.

De qualquer modo, é inegável que o excesso de demandas decorrentes da litigiosidade judicial abre espaço para uma reflexão em torno do papel preventivo que a mediação pode ocupar nas relações sociais e empresariais. É certo que a utilização da mediação de forma efetiva, aliada aos demais métodos de resolução consensual de conflitos, a exemplo da conciliação, sobretudo nas relações consumidor *versus* empresas, podem reduzir o contingente de demandas judiciais enfrentadas por essas empresas. Isto implicaria em uma elevada redução de tempo e recursos financeiros despendidos com processos judiciais, quem sabe até evitando novos pedidos de recuperação judicial.

Apesar de todo o quadro de dificuldade elencado pelas recuperandas, que em conjunto caracterizam o cenário de crise econômico-financeira pela qual o grupo enfrentava, o GRUPO

OI, afirmava ter uma receita bruta de 40 (quarenta) bilhões e líquida de cerca de 27 (vinte e sete) bilhões por ano, possuindo então todas as condições de reverter cenário de crise pelo qual passava, ou seja, possuía condições de se recuperar financeiramente.

Quando da realização do pedido de processamento, a recuperação judicial do Grupo OI foi considerado o maior já realizado no país, com um passivo na ordem de R\$ 65 (sessenta e cinco) bilhões de reais, algo sem precedentes. Os desafios em torno de sua operacionalização adviriam na mesma magnitude, sendo necessário uma série de estratégias para tornar factível a condução das tratativas envolvendo os mais de 55 (cinquenta e cinco) mil credores, fora os milhares de desdobramentos dos pedidos de habilitações e impugnações de créditos.

5.2 PROPOSTA DE MEDIAÇÃO COM PEQUENOS CREDORES

No Caso Oi, um dos primeiros desafios enfrentados pela recuperanda, foi a necessidade de reduzir o número de credores para viabilizar a realização da Assembleia Geral de Credores, considerando que seria quase impossível reunir a totalidade de credores em um único espaço para deliberação e votação do plano de recuperação judicial.

De forma inovadora, foi levantada pelas recuperandas a proposta de realização de mediações para esse fim, uma vez que negociado o crédito o credor deixaria de participar da AGC. A estratégia era permitir uma negociação mais flexível e célere com os credores, algo que normalmente não se alcançaria no mesmo ritmo seguindo o rito formal do processo judicial, com abertura de prazos para cada uma das partes se manifestarem, tempo de publicação das decisões, dentre outras questões próprias deste procedimento.

Assim, ao fechar acordo com a maior quantidade de credores possível por meio da mediação, mais factível se tornava realizar a Assembleia Geral de Credores com um número menor de participantes. Esta proposta viria a se tornar parte do caso paradigmático de conjugação eficiente dos dois institutos, mediação e recuperação judicial, com a devida chancela do judiciário pátrio.

Em síntese, a proposta de mediação visava alcançar os credores que detinham crédito de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na mencionada Relação de Credores, onde o intitulado “Programa para Acordo com Credores” previa a antecipação, pelo Grupo Oi, de 90% do valor em prazo e condições previstos no termo do acordo. Os 10% remanescentes do crédito seriam recebidos pelo credor após a homologação do Plano de Recuperação Judicial.

A proposta alcançava ainda os credores cujo crédito fosse superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), desde que o valor a ser recebido a título de antecipação fosse igualmente limitado a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), da mesma forma descrita acima, e o excedente do crédito na forma do Plano.

5.3 PRONUNCIAMENTO JURISPRUDENCIAL

O Juízo da Sétima Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro deferiu o pedido das Recuperandas para a instauração de procedimento de mediação com foco nos pequenos credores, por entender que estes estariam sendo penalizados com o processo de recuperação, cuja proposta seria extensível a todo e qualquer credor que desejasse receber um adiantamento do seu crédito no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Juízo determinou ainda a) o encaminhamento da proposta ao NUPEMEC/CEJUSC para realização de mediação, embora posteriormente fosse encaminhado para realização por meio de uma plataforma on-line; b) que o Administrador Judicial colaborasse com o NUPEMEC na organização desta mediação; c) que todos os credores constantes da lista do AJ fossem contemplados na mediação; d) que o credor de um crédito superior a R\$ 50.000,00 não estaria renunciando ao direito de receber o valor que excedesse esse montante se optasse pela mediação e o mandatário teria poderes para votação em Assembleia apenas nesta importância.

Inconformado com a possibilidade de que alguns credores com crédito acima de 50 mil pudessem receber parcela do crédito e ainda assim participassem da Assembleia Geral de Credores, o Banco do Brasil interpôs agravo de instrumento dessa decisão, por entender haver um exaurimento do direito de voto desses credores na AGC diante do recebimento do crédito por meio da mediação.

Assim, embora o recurso não tivesse como objeto propriamente a autorização do uso da mediação em si na recuperação judicial, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por meio da Oitava Câmara Cível, teve a oportunidade de se pronunciar sobre o uso do instituto na recuperação judicial da OI, ressaltando sua importância. Merece especial destaque a menção de que a lei 11.101/2005 não traz qualquer vedação quanto a utilização da mediação nos processos de recuperação judicial e falência, reforçando a plena legalidade na conjugação dos institutos, assim dispondo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE PRÉVIO SOBRE AS TRATATIVAS MANIFESTADAS NO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO ENTRE OS CREDITORES E AS RECUPERANDAS. CONTROLE JUDICIAL QUE SE VERIFICA A POSTERIORI, QUANDO DA ANÁLISE DA LEGALIDADE DAS DECISÕES A SEREM VERIFICADAS NO ÂMBITO DA AGC. I. (...) ao deferir o pedido das Recuperandas para a instauração de procedimento de mediação/conciliação com foco nos pequenos credores, cuja proposta seria extensível a todo e qualquer credor que desejasse receber um adiantamento do seu crédito no valor de R\$ 50.000,00, (...) 2. A controvérsia posta nos autos reside em aferir a possibilidade de o Juízo Recuperacional exercer controle prévio de legalidade, traçando, antecipadamente, parâmetros a serem seguidos pelos credores e pelas empresas recuperandas, antes mesmo de iniciado o procedimento de mediação. 3. A valorização do mecanismo da autocomposição vem sendo comumente reiterada pelo Poder Legislativo por intermédio da edição de várias leis com escopo de estimular a solução consensual dos litígios, envolvendo os interessados na busca de um resultado que alcance um benefício mútuo. 4. O novo Código de Processo Civil, reconhecendo a importância do instituto, elencou os mecanismos de autocomposição de conflitos no rol das normas fundamentais do processo civil, previstas nos parágrafos 2º e 3º, de seu art. 3º. 5. De certo que conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166, do CPC/15) 6. Com efeito, a Lei n.º 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. 7. Assim, na forma do art. 3º da Lei n.º 13.140/2015, o qual disciplina "que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação", não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência. 8. Não se perde de vista, contudo, que embora a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) seja a regra especial do instituto, sua interpretação deve se dar em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, no caso, com a Lei de Recuperação Judicial (...) 14. Não encerrando o consenso qualquer ilegalidade, deverá se ter em vista que a composição

eficiente pressupõe a escolha de um método adequado ao seu tratamento e que o resultado propicie um benefício mútuo e positivo para ambos os polos envolvidos.(...) Recurso desprovido⁵³. (g.n)

Em sede de pedido de tutela de urgência do Banco do Brasil tratando da mesma controvérsia, dessa vez no âmbito do STJ, o ministro Marco Buzzi⁵⁴ fundamentou sua decisão utilizando de entendimento doutrinário de seu colega de corte, ministro Luis Felipe Salomão e do advogado Paulo Penalva Santos, que sustentam a aplicabilidade dos institutos da mediação e conciliação no bojo da recuperação judicial, ressaltando que o Brasil acolheu uma cultura de solução consensual dos conflitos quando da edição da lei de mediação, conforme abaixo:

"(...) A Lei n.º 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade - não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação - e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação - Lei n.º 13.140/2015 - e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105), que a integra o procedimento comum." (ut. Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Rio de Janeiro. Forense: 3ª ed. 2017, pag. 111)

Em outra oportunidade, também na Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), houve um importante pronunciamento judicial expedido pela Desembargadora Relatora Mônica Maria Costa, tratando do tema da mediação na recuperação do grupo judicial do Grupo OI, conforme abaixo:

Ainda no período em que o marco legal da mediação era projetado havia a discussão sobre a aplicabilidade da mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. Isso porque no texto adaptado na Câmara havia uma previsão de vedação material específica, que posteriormente foi acertadamente retirada, uma vez que, ao contrário são contextos em que a mediação é, não só aplicável, mas recomendável. O

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0018325- 28.2017.8.19.0000. 8ª Câmara Cível. Relatora: Mônica Maria Costa di Piero. Publicado no DJ de 13/09/2017. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004224EA23C3B27BE1710B6DA8A3B9E38D0C5065D535223&USER=> > Acesso em 14 Out. 2020.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Tutela Provisória nº 1.049 – RJ. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. 09/09/2017. Disponível em < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78301834&tip_o_documento=documento&num_registro=201702849596&data=20171113&tipo=0&formato=PDF > Acesso em 24 out. 2020

art.3º da Lei de Mediação não deixa margem de dúvidas: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Em sede de Recuperação de empresas – Judicial e Extrajudicial – porque há interesses de diferentes atores e busca de soluções economicamente viáveis, e em processos falimentares, pode servir, por exemplo, para a negociação de acordos de “não pagamento” para evitar a falência; viabilizar recuperação de ativos; ajudar na elaboração do Plano; facilitar a negociação com as Fazendas, considerando o passivo fiscal da empresa – uma vez que a Lei da Mediação estimula este comportamento, sobretudo para viabilizar o soerguimento. Cada processo exigirá de seus partícipes soluções criativas e diferentes, e a mediação auxilia exatamente nas questões negociais, que podem envolver desde questões entre os sócios, como também aquelas relacionadas com credores privados e públicos. Essas novidades requerem experiências e projetos-piloto que parecem brotar da prática mais recente. Tanto no Brasil como em outros países, as crises econômicas e o aumento do número de recuperação de empresas oferecem palco para mediações e programas de soluções consensuais. Entre tantos, um exemplo de uso dos meios adequados é o emblemático caso Lehman Brothers, com sucesso enorme de soluções para investidores prejudicados e também de recuperação de ativos. O contexto dos processos de recuperação e falência dotará a mediação de algumas peculiaridades, já que a participação do Juízo e do Ministério Público implica uma atuação diferente em conflitos de interesses meramente privados⁵⁵.

A mediação com pequenos credores não foi a única realizada no caso da RJ OI, podendo ser mencionadas outras oportunidades como as mediações com os credores titulares de créditos ilíquidos, a mediação com a maior credora individual das Recuperandas, a Agência Reguladora ANATEL, as mediações com acionistas relevantes para tratar de temas societários, como bem elucidada em uma de suas decisões o juiz Fernando Cesar Ferreira Viana, da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde tramita o processo de recuperação da companhia.

Ao determinar a instauração de mais uma etapa de mediação no processo, Fernando expôs uma síntese bastante elucidativa do que foi a utilização do instituto da mediação ao longo de todo o processo de recuperação judicial, como se verá adiante.

Na decisão o juiz da 7ª Vara Empresarial do TJRJ menciona, além das outras situações em que a mediação foi igualmente utilizada, que o novo sistema processual valoriza o instituto da mediação, sendo fortemente recomendável sua utilização em um processo de grande impacto social (recuperação judicial). Destacou ainda os excelentes resultados que a mediação trouxe ao processo, com a diminuição da judicialização por meio dos mais de 36 mil acordos

⁵⁵ Agravo de Instrumento nº 0018325-28.2017.8.19.0000. 8ª Câmara Cível. Relatora: Mônica Maria Costa di Piero. Publicado no DJ de 13/09/2017. Disponível em: , p. 18. Acesso em 02 out. 2020

realizados, afirmando o sucesso da mediação on-line, valendo a pena a transcrição da decisão neste trabalho:

Não é novidade que este Juízo é um entusiasta da mediação. Por diversas vezes, no decorrer deste processo de recuperação, determinei a instauração de procedimentos de mediação para solucionar as controvérsias e conflitos entre acionistas, devedoras e credores. São exemplos as mediações com os credores titulares de créditos de até R\$ 50 mil; as mediações com os credores titulares de créditos ilíquidos; a mediação com a maior credora individual das Recuperandas, a Agência Reguladora ANATEL; as mediações com acionistas relevantes para tratar de temas societários.

As Recuperandas sempre se mostraram abertas à utilização deste importante instituto, assim como os credores, os acionistas, o Administrador Judicial e o Ministério Público.

Como destacado em outras decisões proferidas neste processo, é inquestionável que o magistrado pode, a qualquer momento do processo judicial, convocar as partes para tentativa de composição da lide pela mediação, quando entender que o conflito pode ser adequadamente solucionado para alcance da ordem jurídica justa.

O novo sistema processual valoriza o mecanismo da mediação, sendo fortemente recomendável que o método seja aplicado em um processo de grande impacto social, contribuindo sobremaneira para a difusão deste prestigiado meio alternativo de resolução de conflito.

Os princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia de vontade, busca do consenso, confidencialidade e boa fé - que orientam a mediação - revelam a grandeza do instituto. O uso da mediação configura uma das normas fundamentais do processo civil pátrio.

O novo Código de Processo Civil, logo em seu art. 3º, parágrafo terceiro, estabelece que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, membros do MP, inclusive no curso do processo judicial". O art. 165, parágrafo terceiro, de outra banda, prevê que "o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos".

Ademais, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, disciplinou que "a conciliação e a mediação são compatíveis com a recuperação judicial" (Enunciado 92).

Também não é novidade nestes autos que o processo de recuperação judicial do Grupo OI é desafiador em múltiplos aspectos. O número, nunca antes visto, de credores e de volume de dívida; a atuação das Recuperandas em praticamente todo o território nacional e o tipo de serviço por elas prestado, que atinge milhões de consumidores em todo o Brasil, tornam a cada dia e a cada etapa processual essa recuperação única e singular.

O processo de recuperação conta com mais de 340 mil folhas e são mais de 10 mil incidentes de habilitação e impugnação de crédito a serem julgados pelo Juízo. Atualmente recebemos milhares de ofícios que cuidam de créditos extraconcursais, além de outros milhares de ofícios dos mais diversos juízos do Brasil com dúvidas, questionamentos e comunicações sobre créditos decorrentes de ações judiciais.

Importante lembrar que as Recuperandas, quando ingressaram com o pedido de recuperação judicial, tinham cerca de 800 mil ações judiciais em curso no país. Cerca de 30 mil ações novas eram ajuizadas mensalmente contra as Réis nos Juizados Especiais. Ou seja, uma enormidade de credores submetidos à recuperação judicial e que, na medida em que seus créditos se tornam líquidos, vêm a Juízo habilitar seu crédito para receber na forma do plano de recuperação aprovado em AGC.

Considerando então esses dois aspectos, quais sejam:

(i) que o número de credores submetidos à recuperação é enorme e provavelmente milhares de habilitações retardatárias serão apresentadas nos próximos meses e

(ii) que a mediação é um instituto que deve ser sempre utilizado, já tendo trazido excelentes frutos ao processo (recorde-se que 36 mil acordos foram feitos pelas Recuperandas e credores na mediação instaurada pelo Juízo), entendo oportuno instaurar um novo procedimento de mediação.

Essa nova mediação terá por objetivo estimular uma composição entre credores e devedoras para a definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com impugnações e habilitações de crédito e pelos credores que ainda vão ingressar com habilitações retardatárias de créditos.

Como se vê em inúmeros incidentes em curso, tem sido muito comum as Recuperandas concordarem em parte com o valor pleiteado pelo credor e, na sequência, o credor concordar com o valor reconhecido pelas Recuperandas.

Assim, sabendo que o modelo online de mediação teve êxito reconhecido, e alcançou 36 mil acordos, determino (...)

Como analisado neste capítulo, os pronunciamentos judiciais no caso OI foram essenciais para legitimar o uso da mediação no âmbito dos processos de recuperação judicial, ditando seus contornos operacionais (estipulação de plataforma, auxílio do AJ) e primando pela sua viabilidade, diante da necessidade que os juízes viram de adequar a lei de recuperação judicial e falências 11.101/05 às novas técnicas de resolução de conflito incorporadas pelo sistema processual contemporâneo.

À época da edição da lei de recuperação de empresas a mediação era ainda muito incipiente, havendo, portanto, uma ausência de regulamentação específica sobre a matéria. Assim, o pioneirismo do processo da Oi, enquanto caso paradigmático, serviu de abertura para a consolidação do uso conjugado desses dois institutos no sistema judiciário brasileiro, legitimado pela jurisprudência.

5.4 PLATAFORMA DE MEDIAÇÃO ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION)

Um aspecto bastante interessante e que também chama atenção devido ao pioneirismo, diz respeito a logística utilizada pelo grupo OI na implementação do programa para acordo com os credores. Na oportunidade, para além das dezenas de postos de atendimento presenciais disponíveis para atendimento espalhados por todo o país, a companhia também disponibilizou uma plataforma customizada de ODR⁵⁶ de solução de conflitos, criada especificamente para o atendimento on-line aos credores deste caso, cujas tratativas puderam ser realizadas de forma 100% virtual.

Foi disponibilizado um site da plataforma virtual intitulada “credor OI”, disponível até os dias de hoje, onde são processadas outras fases da mediação do mesmo processo de recuperação da OI, agora no âmbito das habilitações de crédito. Na plataforma é possível fazer vídeo chamadas para a realização das sessões, *upload* de documentos, assinatura digital dos acordos pelas partes e pelos advogados, dentre outras funções que facilitam bastante as tratativas das partes envolvidas e a comunicação com o mediador.

5.5 APONTAMENTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OI

Vale dizer que embora a recuperação da Oi tenha sido no âmbito judicial, esta mediação foi coordenada pela Câmara de Mediação da FGV RIO, entidade de natureza privada. Ainda assim, a atuação dos profissionais responsáveis pela concretização do programa se deu de forma híbrida, por assim dizer, uma vez que pôde contar com o apoio de cerca de 90 (noventa) mediadores judiciais e 1.700 (mil e setecentos) mediadores externos cadastrados na plataforma.

⁵⁶ ODR (Online Dispute Resolution) é a resolução de controvérsias em que as tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos.“, e que os ”ODR são “uma nova porta” para solucionar conflitos que talvez não possam ser dirimidos por mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias (Daniel Arbix).

Nesse caso, o total de credores ultrapassava a marca dos 65.000 (sessenta e cinco mil), dos quais 35.105 (trinta e cinco mil e cento e cinco) se cadastraram e participaram do programa de mediação, gerando cerca de 27.491 (vinte e sete mil e quatrocentos e noventa e um) acordos celebrados com sucesso, conforme dados da própria FGV⁵⁷.

Conforme documento da FGV disponibilizado pela mediadora Juliana Loss⁵⁸, o programa de acordo da Oi visava a: i) democratização de acesso à justiça na recuperação judicial; ii) Tratamento de relações continuadas; iii) resgate da Imagem e Credibilidade da Empresa; iv) viabilização da Assembleia de Credores; v) alcance da maioria dos credores com impacto econômico baixo; vi) adequação à natureza negocial do Processo de Recuperação de Empresas.

Quanto aos resultados deste procedimento, que levou à marca de 27.491 (vinte e sete mil e quatrocentos e noventa e um) acordos, o mesmo documento acima mencionado é bastante esclarecedor ao atribuir o sucesso do programa à: i) inovação em Processos e Tecnologia com engajamento de atores (partes, mediadores e advogados); ii) consistência Jurídica do desenho proposto (plataforma ODR e postos de atendimento físico); iii) credibilidade das Instituições; iv) transparência; v) atendimento vi) tempo de retorno e adaptação; vii) integração viii) atenção aos interesses dos atores envolvidos⁵⁹.

Assim, é possível elencar uma diversidade de instrumentos estratégicos utilizados na elaboração desse desenho de sistema de resolução de disputas, denotando o alto grau de flexibilidade e customização que a mediação é capaz de proporcionar a um procedimento tão volumoso e complexo como uma recuperação judicial. Essas são apenas algumas das inúmeras vantagens que este método proporciona frente ao modelo tradicional de resolução de conflitos pela via judicial.

⁵⁷ LOSS, Juliana. Programa para Acordo com Credores Oi. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/apresentacao_juliana_loss_fgv_mediacao_13_11_2017_v3.pdf. Acesso em 15 out. 2020.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 23

⁵⁹ *Ibidem*, p. 24

Devido ao seu pioneirismo, a mediação realizada no âmbito do processo de recuperação judicial da Oi possui uma série de peculiaridades, como já visto. Algumas delas podem ser verificadas também na decisão que deflagrou a instauração do procedimento de instauração de mediação nos procedimentos de habilitação de crédito, o Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio, através da decisão de fls. 362.473/362.476 dos autos daquele processo (02037116765.2016.819.0001), homologou alguns parâmetros⁶⁰ sugeridos pelas Recuperandas às fls. 361.975/361.977, para as propostas de acordo a serem apresentadas no âmbito do novo **procedimento de mediação**, agora nos incidentes processuais (habilitações e impugnações) decorrentes de **ações de JEC/Consumidor**.

Quanto a isso, é importante destacar que, ao que tudo indica, na fase de mediação no âmbito das impugnações de crédito, houve uma certa definição prévia do escopo de negociação acerca do que poderia ser transigido. Desse modo, haviam parâmetros a serem seguidos, a partir dos quais se questiona se seria possível tratar sobre qualquer outro aspecto que fugisse dos termos que foram previamente homologados pelo juízo recuperacional.

Esse tipo de contorno operacional distancia-se do modelo tradicional de mediação, uma vez que, embora estes termos sejam a expressão da vontade das recuperandas, há uma certa

⁶⁰ (i) Nos incidentes de impugnação ou habilitação em que já houver sentença proferida por esse MM. Juízo, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que as partes reconheçam, de comum acordo, que o valor e a classe do crédito são aqueles apontados na sentença proferida, uma vez que a decisão judicial sobre o tema é, sem dúvidas, a estimativa mais razoável que as partes possuem acerca do valor efetivo do crédito.

(ii) Nos incidentes de impugnação ou habilitação em que, apesar de ainda não haver sentença, a recuperanda tenha manifestado concordância com a pretensão do credor, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que seja inscrito no quadro geral de credores o valor pleiteado pelo credor, nos termos da decisão de fls. 344.335/344.340 proferida por este MM. Juízo.

(iii) Nos incidentes de impugnação ou habilitação em que, apesar de ainda não haver sentença, a recuperanda tenha manifestado concordância parcial com a pretensão do credor, a proposta do Grupo Oi será no sentido de que as partes reconheçam, de comum acordo, que o valor do crédito é aquele apontado pelo Grupo Oi, acrescido de 2% (dois por cento) sobre o valor devido apurado pelas recuperandas, percentual este que foi alcançado por meio de estudo econômico, financeiro e estatístico. Verificou-se que, nos incidentes de habilitação ou impugnação em que havia divergência sobre valores entre recuperandas e credor e nos quais já há sentenças com trânsito em julgado, as sentenças proferidas por este MM. Juízo, em média, reconheceram que o correto valor do crédito detido pelo Grupo Oi.

(iv) Por fim, nos incidentes de impugnação ou habilitação em que o Grupo Oi entende inexistir crédito de titularidade do credor a ser inscrito no quadro geral de credores, não será apresentada proposta de acordo, uma vez que as recuperandas não podem se comprometer com o pagamento de quantias que entendem manifestamente indevidas e que onerariam ainda mais as suas finanças.

rigidez implementada no procedimento, destoando da clássica flexibilidade que é comumente aplicada ao instituto nas sessões de mediação em geral. Isto revela o caráter peculiar que a mediação incorpora no âmbito de uma recuperação judicial deste porte, sem deixar de alcançar, no geral, os demais benefícios clássicos de celeridade, confidencialidade, eficiência, facilitação da comunicação e economia de recursos.

6. RECOMENDAÇÃO Nº 58/2019 DO CNJ

Após o emblemático caso do Grupo Oi, muitos foram os aprendizados em torno dos benefícios da utilização da mediação em processos de recuperação judicial. Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça, diante da ausência legislativa sobre o tema, editou a Recomendação nº 58/2019, disciplinando com riqueza de detalhes a matéria.

No referido ato normativo, o CNJ sugere aos magistrados lotados em varas empresariais ou em juízos especializados em recuperação judicial, que promovam sempre que possível o uso da mediação de forma a auxiliar a resolução de todo e qualquer conflito entre o empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo.

Em seu art. 2º a referida recomendação traz um rol de hipóteses as quais a mediação poderá ser implementada no âmbito do processo de uma recuperação judicial:

Art. 2o A mediação pode ser implementada nas seguintes hipóteses, entre outras:

I – nos incidentes de verificação de crédito, permitindo que devedor e credores cheguem a um acordo quanto ao valor do crédito e escolham um dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia, otimizando o trabalho do Poder Judiciário e conferindo celeridade à elaboração do Quadro Geral de Credores;

II – para auxiliar na negociação de um plano de recuperação judicial, aumentando suas chances de aprovação pela Assembleia Geral de Credores sem a necessidade de sucessivas suspensões da assembleia;

III – para que devedor e credores possam pactuar, em conjunto, nos casos de consolidação processual, se haverá também consolidação substancial;

IV – para solucionar disputas entre os sócios/acionistas do devedor;

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

VI – nas diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3o do art. 49 da Lei no 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais.

Como se percebe, diversas são as possibilidades de utilização da mediação, cabendo à devedora a escolha de qual situação utilizar para prevenir ou dirimir eventuais situações conflituosas ao longo do processo de recuperação judicial. Vale ressaltar que a mediação pode ser utilizada e incentivada, conforme art. 5º, em qualquer grau de jurisdição. Podendo, inclusive, ser útil para dirimir eventual impugnação recursal ao PRJ, que esteja travando a execução do plano e prejudicando a devedora e demais credores.

O acordo obtido por meio da mediação não afasta o controle de legalidade que o magistrado pode exercer, bem como não dispensa a deliberação por assembleia geral de credores, conforme art. 2 §2⁶¹. Sendo vedada ainda a mediação acerca da classificação dos créditos, tendo em vista que são estipulados por força de lei.

Em seu art. 4, prevê ainda a possibilidade de a mediação ser presencial ou *on-line*, abrindo um leque de possibilidades, aumentando ainda mais o dinamismo que esse instituto pode oferecer. As sessões *on-line* ganharam bastante espaço a partir da pandemia do coronavírus, quando passaram a ser a regra no judiciário brasileiro, acelerando o processo de familiaridade dos jurisdicionados com essa modalidade e com o uso das plataformas virtuais.

O ato tratou inclusive de disciplinar matéria relacionada aos honorários dos mediadores, apontando que deverão ser custeados pelo devedor nas mediações plurilaterais. Já nas bilaterais, haverá repartição entre as partes, podendo haver pactuação em sentido contrário, na forma do art. 3 § 8.

Assim, embora não se trate de uma norma capaz de vincular a vontade dos juízes que atuam nas varas empresariais, a Recomendação nº 58/2019 é um importante instrumento norteador, que regula com riqueza de detalhes o procedimento de mediação no âmbito dos processos de recuperação judicial. A disciplina conjugada desses institutos por meio deste ato

⁶¹ § 2º O acordo obtido por meio de mediação não dispensa a deliberação por Assembleia Geral de Credores nas hipóteses exigidas por lei, nem afasta o controle de legalidade a ser exercido pelo magistrado por ocasião da respectiva homologação.

normativo se mostra válido para conferir segurança jurídica ao tratamento da matéria que poderá ser direcionado pelos magistrados brasileiros de maneira mais uniforme.

7. IMPACTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

A pandemia do novo coronavírus foi considerada pela ONU como a maior crise global desde a segunda guerra mundial⁶². O impacto disso na esfera econômica é por consequência extremamente expressivo, causando a expectativa de que a economia global possa ter seu pior desempenho desde a grande depressão de 1929, segundo registros do FMI.

Desde março de 2020 foi amplamente noticiado que diversas empresas no Brasil paralisaram suas atividades em razão dos atos expedidos pelo poder público, que suspenderam as atividades voltadas a serviços não essenciais, visando a contenção do vírus pelo país.

Com o fluxo de caixa prejudicado, diversas empresas encontram-se com dificuldades para honrar seus compromissos contratuais, levando ao descumprimento dessas obrigações assumidas frente aos credores de toda natureza, desde fornecedores à locadores.

O cenário é complexo, tendo em vista que com as medidas de distanciamento social, por um lado buscou-se a preservação da saúde da população, por outro a situação financeira de diversas sociedades empresárias se tornou extremamente delicada, pois se depararam com um abrupto declínio da demanda por seus serviços e produtos, levando a consequente redução de seu faturamento.

Por isso, já se espera um aumento no número de pedidos de recuperações judiciais de empresas, devendo afetar principalmente as pequenas e médias empresas, por terem um volume menor de caixa e capacidade financeira reduzida.

⁶² ONU diz que pandemia de coronavírus é a pior crise global desde a Segunda Guerra. NSC Total. 01 de abril de 2020. Disponível em: < <https://www.nsctotal.com.br/noticias/onu-diz-que-pandemia-de-coronavirus-e-pior-crise-global-desde-a-segunda-guerra>> Acesso em 14 out. 2020.

Diante disso, diferentes medidas foram tomadas nas esferas judicial e legislativas para tentar lidar com os impactos das medidas restritivas no campo da preservação das empresas, como se verá adiante.

7.1 RESPOSTAS DO JUDICIÁRIO PARA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E MEDIAÇÃO FRENTE AO CENÁRIO DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

7.1.1 RECOMENDAÇÃO 63/2020 EDITADA PELO CNJ

Avaliando os impactos econômicos da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça aprovou em março a Recomendação nº 63/2020, contendo seis tópicos de orientações direcionadas aos juízos especializados em recuperações judiciais e falências durante o período de crise causado pelo novo coronavírus, conforme se vê abaixo de forma resumida por Guilherme Monteiro Andrade e Eduardo Gonzaga Paula⁶³:

1. Priorizar, nas ações de recuperação empresarial e falência, a análise de decisões em favor de credores ou empresas em recuperação;
2. Suspender a realização de Assembleias Gerais de Credores presenciais enquanto durar a pandemia de Covid-19, exceto casos urgentes, nos quais se recomenda a realização de reuniões virtuais;
3. Prorrogar os prazos de duração da suspensão chamada *stay period*⁶⁴ nos casos em que houver necessidade de adiar a Assembleia Geral de Credores;
4. Autorizar que todas as empresas que já estejam em fase de cumprimento do plano de recuperação, aprovado pelos credores, em prazo razoável, apresentem planos modificativos, desde que comprovem que tiveram suas atividades e capacidade de cumprir suas obrigações afetadas pela crise da pandemia causada pelo Covid-19 e desde que estejam adimplentes com suas obrigações. Além disso, o CNJ sugere que, caso alguma empresa descumpra o seu plano de recuperação em decorrência da pandemia, que os juízos considerem a situação como "caso fortuito" ou "força maior".

⁶³ PAULA, Eduardo Gonzaga. ANDRADE, Guilherme Monteiro. Revista âmbito Jurídico. *Covid-19 e recuperação judicial: Impactos e medidas de mitigação*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/326139/covid-19-e-recuperacao-judicial--impactos-e-medidas-de-mitigacao>. Acesso em 06 out. 2020.

⁶⁴ O *stay period* é um prazo de 180 dias no qual ficam suspensos o curso de todas as ações e execuções promovidas em face do devedor, isto é, da empresa em recuperação judicial, contados do seu deferimento.

5. Determinar aos administradores judiciais que continuem a promover a fiscalização das atividades das empresas recuperandas de forma virtual ou remota, e a publicar na internet os relatórios mensais de atividade;
6. Avaliar com cautela o deferimento de medidas de urgência, despejo por falta de pagamento e atos de execução patrimonial para satisfazer obrigações inadimplidas durante a pandemia.

Vale ressaltar que essas orientações não tem caráter vinculativo, dada a autonomia dos juízes em exercer a jurisdição, tratando-se o CNJ de mero órgão administrativo. Importante dizer, porém, que elas servem de fundamental diretriz para nortear o tratamento dado à matéria pelo judiciário brasileiro de maneira mais uniforme, com vistas a tornar as decisões mais previsíveis, primando pela segurança jurídica⁶⁵.

Em suma, essas recomendações apontam para uma maior flexibilização do procedimento de recuperação judicial com o intuito de torná-lo viável, ampliando algumas possibilidades de relativização de situações oferecidas pelo juízo às recuperandas diante dos percalços causados pelas medidas de distanciamento social e quarenta sobre as empresas.

Desse modo, há de se reconhecer a excepcionalidade do momento em que não só o país, mas o mundo todo enfrenta, sendo necessário que sejam tomadas medidas para assegurar que se possa realizar até mesmo a revisão de certas obrigações anteriormente pactuadas considerando que, em alguns casos, as condições de negociação mudaram por força das medidas impostas pelas autoridades públicas em razão da pandemia.

O que se percebe através da Recomendação n° 63/2020 é que o CNJ busca uma postura de maior compreensão por parte dos magistrados com relação às empresas em recuperação judicial comprovadamente afetadas pela pandemia do coronavírus. Inclusive padronizando o entendimento acerca de determinados temas como situações que podem ser consideradas como

⁶⁵ KLOSS, Caroline Pastro. ESTEVEZ, Diego Fernandes. Revista âmbito Jurídico. *Covid-19 e a recomendação 63 do CNJ para os processos de recuperação judicial*. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324239/covid-19-e-a-recomendacao-63-do-cnj-para-os-processos-de-recuperacao-judicial> Acesso em 06 out. 2020

"caso fortuito" ou "força maior ou prorrogação do *Stay Period*, sem que isso sequer tenha previsão legal.

Esse apontamento merece destaque em razão da elogiável posição adotada pelo Conselho Nacional de Justiça que traz ao judiciário uma possibilidade maior de cooperação na esfera processual, o que não costuma ser tão comum. Isto se dá diante de uma situação de crise sanitária que exige maior colaboração entre os sujeitos envolvidos, visto que afeta a todos em maior ou menor grau.

Muitos podem ser os conflitos que podem emergir deste cenário que não encontrarão resposta pronta na lei dada a sua complexidade e ineditismo. Desta forma se mostra essencial que as próprias partes lancem mão de mecanismos mais flexíveis, como a mediação de conflitos, de modo a abordar de maneira consensual as controvérsias obrigacionais contraídas em razão da pandemia que afetarão a recuperação judicial. Pode-se, por exemplo, utilizar a mediação para discutir os novos planos modificativos de recuperação judicial, previsto na recomendação n° 63/2020 do CNJ.

Assim, com o auxílio de um terceiro facilitador, poderão trabalhar em cooperação em direção à construção de soluções criativas que lhes possibilitem enfrentar os desafios econômicos, financeiros e operacionais que esta nova realidade pós-pandemia demanda.

7.1.2 IMPLEMENTAÇÃO DE REGIME ESPECIAL DE RENEGOCIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO PARA EMPRESAS ATINGIDAS PELO IMPACTO DA COVID-19

No mês de junho de 2020, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Desembargador Cláudio de Mello Tavares, editou o Ato normativo n° 25/2020, que

implementa o chamado Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Empresarial e Falência (RER)⁶⁶.

O ato segue a recomendação CNJ n° 58 de outubro de 2019, que orienta os juízes atuantes em varas que tratam de processos de recuperação judicial de empresas e falências a fomentarem o uso da mediação de conflitos nos processos desta natureza.

Desta forma, o RER implementado no TJRJ visa tornar disponível o uso da mediação nos processos empresariais, sobretudo no âmbito daqueles que versem sobre recuperação judicial e extrajudicial de empresas atingidas pelo impacto da pandemia da Covid-19. O objetivo é potencializar as tratativas entre os atores envolvidos ao utilizar dos mecanismos de facilitação de diálogo próprios dos meios consensuais de solução de conflito como a mediação.

De acordo com o próprio TJRJ, o RER vai organizar e uniformizar os procedimentos de recuperação encaminhados ao Poder Judiciário em razão do volume de disputas envolvendo contratos empresariais e demandas societárias diretamente relacionados à pandemia. É voltado a empresários e sociedades empresariais e demais agentes econômicos envolvidos em negócios jurídicos relacionados à produção e circulação de bens e serviços.

O desembargador do TJRJ César Cury⁶⁷, presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), explica que o sistema reduzirá a judicialização:

O Regime Extraordinário de Recuperação de Agentes Econômicos, instituído pelo Núcleo de Mediação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tem por objetivo proporcionar às empresas condições adequadas para a solução negociada de suas

⁶⁶ Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio. TJRJ. Rio de Janeiro. 22 de junho de 2020. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>> Acesso em 06 out. 2020.

⁶⁷ TJRJ cria regime especial de renegociação para empresas atingidas pela Covid-19. CONJUR. Rio de Janeiro. 23 de junho de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tj-rj-cria-regime-renegociacao-empresas-atingidas-covid>> Acesso em 10 out. 2020.

dificuldades, em ambiente extraprocessual, evitando com isso os efeitos da judicialização e a intermitência procedimental, incompatíveis com o momento atual.

A iniciativa merece destaque pelo pioneirismo por parte dos tribunais em estruturar um programa voltado ao incentivo da utilização da mediação para auxiliar as disputas envolvendo recuperação empresarial. Vale mencionar a utilidade da recomendação nº 58/2019, que foi replicada quase em sua integralidade neste programa, servindo de grande incentivo para a sua elaboração.

Desse modo se vê um expressivo engajamento por parte das instituições, incluindo o CNJ e os tribunais, no sentido de fomentar o uso da mediação no âmbito dos processos recuperacionais, considerando o benefício que o instituto traz a esses procedimentos. Assim, caminha-se para uma consolidação do uso da mediação como instrumento de facilitação dos processos negociais do empresário em recuperação judicial.

CONCLUSÃO

Diante do que foi analisado, percebe-se que não apenas é possível a utilização de métodos consensuais na recuperação de empresas, como é desejável, pois implica em uma melhor condução negociativa que resulta na satisfação dos interesses do credor, em adequação às possibilidades de desembolso por parte do devedor.

Há um jogo de interesses em que ambos podem sair ganhando. Tudo isso por meio de um diálogo assistido pelo mediador que tende a clarificar os riscos e ampliar as possibilidades de benefícios, com chances de se chegar a um acordo mutuamente satisfatório. Estas características próprias da mediação maximizam a eficiência que tanto é buscada nas relações de natureza empresarial, contribuindo ainda para tornar mais célere um processo que é tradicionalmente moroso devido a seu volume e complexidade, como são as recuperações judiciais de empresas.

Verificou-se que no caso específico do Grupo OI, a mediação gerou celeridade e obteve relevante grau de êxito, que não é comumente alcançado sob a ótica adversarial, marcada pela noção de ganha ou perde e que geralmente implica na redução significativa na pré-disposição das partes de agirem em cooperação.

A combinação do instituto da mediação ao processo de recuperação judicial traz à tona a concepção do sistema multiportas de resolução de controvérsias para o contexto do direito empresarial, potencializando as possibilidades de negociação dos interesses em disputa.

A partir dessa nova sistemática processual, o juízo recuperacional pode avaliar o momento mais oportuno para a realização da mediação e sobre quais situações a solução adjudicada por meio da sentença não seria satisfatória pra resolver o conflito, seja por se tratar de uma imposição não desejada pelas partes, seja por um motivo de celeridade ou qualquer outro atinente aos interesses das partes.

Conforme é dado espaço às soluções mutuamente construídas, através das ferramentas e técnicas próprias da mediação de conflitos, maior legitimidade e, por consequência, maior efetividade se têm nas soluções alcançadas, visto que construídas de acordo com as reais possibilidades de ambas as partes.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998

COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Vinicius. SAMPAIO, Joelson. NETTO, Humberto. Pedidos de Recuperação Judicial no Brasil: Uma Explicação com Variáveis Econômicas. Revista Brasileira de Finanças (Online), Rio de Janeiro, Vol. 16, N.3, Set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Metas Nacionais 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf>. Acesso em 27 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2020: sumário executivo*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em 27 set. 2020.

FISHER, Roger; URY, William, PATTON, Bruce. “Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In”, Penguin Books, 1983

ALMEIDA, Tânia; FRAGATA, Octavio; FURST, Olivia; MAIA, Andrea; PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA, Fabiane. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e Arbitragem, Vol. 1. Editora FGV. 2015.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4 ed. São Paulo: Método, 2018

GAJARDONI, Fernando. Comentário ao art. 172. In: DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando (coords.). Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, cit., p. 553

PAULA, Eduardo Gonzaga. ANDRADE, Guilherme Monteiro. Revista âmbito Jurídico. *Covid-19 e recuperação judicial: Impactos e medidas de mitigação*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/326139/covid-19-e-recuperacao-judicial--impactos-e-medidas-de-mitigacao>. Acesso em 06 out. 2020.

KLOSS, Caroline Pastro. ESTEVEZ, Diego Fernandes. Revista âmbito Jurídico. *Covid-19 e a recomendação 63 do CNJ para os processos de recuperação judicial*. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324239/covid-19-e-a-recomendacao-63-do-cnj-para-os-processos-de-recuperacao-judicial> Acesso em 06 out. 2020

ALMEIDA, Tânia; FRAGATA, Octavio; FURST, Olivia; MAIA, Andrea; PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA, Fabiane. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e Arbitragem, Vol. 1. Editora FGV. 2015.

Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio. **TJRJ**. Rio de Janeiro. 22 de junho de 2020. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>> Acesso em 06 out. 2020.

ONU diz que pandemia de coronavírus é a pior crise global desde a Segunda Guerra. **NSC Total**. 01 de abril de 2020. Disponível em: < <https://www.nsctotal.com.br/noticias/onu-diz-que-pandemia-de-coronavirus-e-pior-crise-global-desde-a-segunda-guerra>> Acesso em 14 out. 2020.

BRASIL. Lei de Mediação. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de março de 2015. Brasília, DF.

BRASIL. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Lei n 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

LOSS, Juliana. Programa para Acordo com Credores OI. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/apresentacao_juliana_loss_fg_v_mediacao_13_11_2017_v3.pdf. Acesso em 15 out. 2020.