

# **MEDIAÇÃO ANTECEDENTE NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA**

## **Paulo Dias de Moura Ribeiro**

Ministro do Superior Tribunal de  
Justiça  
Pós-Doutor em Direito pela  
Universidade de Lisboa  
Doutor em Direito Civil pela PUC/SP  
Mestre em Direito Civil pela PUC/SP  
Coordenador Científico do Curso de  
Direito da UNISA  
Professor Titular da FDSBC  
Professor do Curso de Direito da UDF

## **Clarissa Somesom Tauk**

Juíza de Direito do TJSP, em exercício  
na 3ª Vara de Falências e Recuperações  
Judiciais da Capital.  
Doutoranda em Direito Empresarial  
(Uninove)  
Autora de artigos e livros jurídicos.  
ctauk@tjsp.jus.br

**Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama Histórico. 3. A Mediação Antecedente no Contexto da Lei 11.101/05. 4. Conclusão**

## **1. Introdução**

O sistema brasileiro de insolvência passou por uma importante reforma, que trará benefícios a serem colhidos no futuro. A linha basilar de estruturação das inovações legislativas operadas pela Lei 14.112/2020 pautou-se no equilíbrio entre os interesses individuais com o interesse da coletividade.

O regime brasileiro de insolvência direciona-se para ser palco do balanceamento constante entre o interesse coletivo e social de um lado, e, do outro, o interesse dos credores e devedores, sopesados em um ambiente de eficiência econômica. Três premissas devem orientar esta prática: a busca pelo soerguimento da empresa viável; a liquidação célere da empresa

inviável com a maximização do valor dos ativos e a ponderação entre os interesses do devedor e de seus credores com o interesse social.

A pandemia do Covid-19 causou grande impacto no funcionamento das empresas brasileiras, resultando em prejuízos significativos em suas atividades, cabendo ao Judiciário fomentar a abertura de novos padrões de solução de conflitos para enfrentar a atual realidade econômica, afastando a solução adjudicada dos litígios.

## 2. Panorama Histórico

Segundo o preâmbulo da nossa CF, o Estado brasileiro é uma república federativa comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Isto está estampado com os seguintes dizeres:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Não bastasse, dentre os princípios fundamentais adotados pela nossa Constituição Federal, na mesma linha, o Brasil elegeu a solução pacífica dos conflitos como a base que rege as suas relações internacionais.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:  
VII - solução pacífica dos conflitos;

O art. 5º, XXXV, da CF não veda, entre os mecanismos de acesso à Justiça, a conciliação e a mediação:

Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No art. 98, I, da CF houve destaque para a conciliação, o que gerou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099/95, antecedida pela Lei 7.244/84 que criou os Juizados das Pequenas Causas (cíveis e criminais).

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A solução pacífica de controvérsias ganhou foro entre nós, a partir do Projeto de Lei nº 4.827/1998, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal ZULAIÊ COBRA, para institucionalizar a solução consensual dos conflitos.

Mas, infelizmente, este bom projeto não evoluiu como se esperava e acabou paralisado em 2013, mesmo com os esforços do então Deputado Federal JOSÉ EDUARDO CARDOZO.

Cabe destacar que esse mesmo Projeto foi consolidado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, do STJ, e teve seu texto aprovado e encaminhado à Câmara Federal (Projeto nº 7.169/2014), onde também foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 2015.

Retornando ao Senado, foi convertido na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), primeiro marco regulatório do tema no Brasil.

Um pouco antes, o CNJ havia editado a Resolução nº 125/2010, que estabeleceu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela efetivação de sessões de conciliação e mediação, dirigidas por profissionais devidamente habilitados nas técnicas de solução alternativa de litígios.

Como bem apontado pelo mestre e advogado Rodrigo Fux:

A mediação não é uma criação recente da ciência processual. Mas ela ganhou impulso na experiência brasileira com a aceitação de um sentido de jurisdição desconectado da noção de Estado, que veio a renovar a compreensão tradicional definidora da jurisdição como a função de monopólio do Estado de dirimir conflitos por substituição a partir de uma releitura, redimensionamento ou ressignificação dos princípios de acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição à luz da noção contemporânea do Estado Democrático de Direito.

E prossegue:

No CPC/2015, a valorização dos meios adequados de solução de controvérsias<sup>35</sup> é uma expressão marcante, dentre tantas outras, da sua preocupação com a efetividade do processo, com a concreção do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Mais à frente, passados 10 anos da boa experiência aproveitada pela Resolução nº 125/2010, o CNJ cuidou de tratar especificamente da seara empresarial na Recomendação nº 71 de 05/08/2020, propondo aos tribunais brasileiros a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais, para o tratamento adequado de conflitos envolvendo matérias empresariais de qualquer natureza e valor, possibilitando a realização de negociação, conciliação, mediação, nas modalidades individuais ou coletivas.

Certo é que o Conselho Nacional de Justiça, em sua Recomendação 58, de 22/10/2019, já vinha orientando que os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, promovessem, sempre que possível, o uso da mediação. E o Enunciado 45, aprovado na I Jornada de

Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, pacificou o entendimento de que *“a mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”*.

Sob o mesmo enfoque, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se posicionar no sentido de que a mediação é compatível com os processos de insolvência. Ao apreciar o Pedido de Tutela Provisória nº 1.409-RJ, o relator, Ministro Marco Buzzi, autorizou a realização da mediação do Grupo Oi, em recuperação judicial, com seus credores:

(...) A Lei nº 11.101/2005 não traz qualquer vedação à aplicabilidade da instauração do procedimento de mediação no curso de processos de Recuperação Judicial e Falência. 7. Assim, na forma do art. 3º da Lei 13.140/2015, o qual disciplina que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falências.

De igual sorte, em outra oportunidade, a Corte da Cidadania autorizou a instauração de mediação entre a empresa INEPAR, em recuperação judicial, e credor com garantia fiduciária, após petição das partes nos autos do Recurso Especial nº 1.692.985-SP:

*O Código de Processo Civil de 2015 impõe ao Poder Judiciário o dever de estimular os métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial e em qualquer fase que se encontre (art. 3º, § 3º, CPC/2015). Para desincumbir-se desse dever, o legislador cuidou ainda de assegurar aos Juízes o auxílio de mediadores e conciliadores judiciais (art. 139, V, CPC/2015), determinando-se aos Tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual das controvérsias, os quais deveriam atuar em fases pré-processuais e processuais (art. 165 do CPC/2015). Desse modo, diante da possibilidade vislumbrada de uma solução consensual, é de se determinar a instauração de mediação entre as partes, o que colabora para a consolidação do permanente incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.*

A ampliação dos meios convencionais de solução de controvérsias, diversos da atuação jurisdicional, se alinha à perspectiva do sistema multiportas (*multi door Courthouse System*). A ideia geral da denominada “Justiça Multiportas”, conceito apresentado pelo Professor Frank Sander (*Harvard Law School*), é a de que a atividade jurisdicional estatal não é a única opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. É como se existisse uma multiplicidade de 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 possibilidade de novos e bons horizontes para afastar a solução adjudicada, tão ensinada nas nossas Escolas de Direito,

é exposta na história da LARANJA, que se remete à briga de filhas sobre a posse de uma laranja, cada qual a disputando para uma finalidade. Mas, a mãe, sem ouvir as filhas, adota uma desastrada solução salomônica: partiu a laranja em duas metades e mesmo assim as filhas não se satisfizeram. A razão era bem simples: uma queria comer a laranja, a outra, queria a casca para um trabalho escolar.

Tivesse a mãe ouvido as filhas, as teria acalmado e pacificado o conflito entre elas. Daí que os princípios da solução pacífica de controvérsias, como a imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, se tornaram o mote propulsor para o engajamento na nova visão do direito.

Essas outras formas de solução de lides, ainda que dentro do Judiciário, permitem que as partes decidam a forma pela qual querem chegar ao fim do seu litígio, sem que isso afaste os princípios da boa-fé e cooperação, revelado no art. 6º do NCPC.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Desnecessário salientar que o dever de cooperação alcança todos os personagens do processo: autor, réu, terceiros intervenientes, MP e o seu próprio condutor, o Juiz de Direito.

Aliás, o dever de cooperação também é ressaltado no art. 266º do CPC português denotando um princípio angular e exponencial de forma a propiciar que juízes e mandatários, em mútua cooperação, alcancem uma justiça expedita e eficaz no caso concreto.

Art. 266º. Princípio da cooperação.

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do art. 519º.
4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Nesse cenário, importante mencionar a publicação do estudo denominado *Global Guide*, liderado pelo Banco Mundial e pela *INSOL International*. Neste buscou-se descrever medidas legislativas adotadas pelos países estudados para o enfrentamento da crise ocasionada pelo coronavírus em suporte aos negócios que passavam por dificuldade. Restou confirmado que a imensa maioria dos países optou pela flexibilização da sua legislação de insolvência.

Dentre as principais medidas está a implementação de mecanismos de pré-insolvência e de negociação, ao lado da adoção de suspensão temporária de procedimentos ou de atos executivos, possibilitando a existência de um espaço de negociação (*breathing space*) entre a devedora e seus credores.

### **3. A Mediação Antecedente no Contexto da Lei 11.101/05**

A falta de estrutura judicial apta a absorver a quantidade de demandas ligadas aos pedidos de recuperação judicial e falência, que estão por vir, ocasiona o receio de um colapso no sistema judicial, quando se considera que este já atua próximo do seu limite.

Para vencer esse desafio da atualidade, fundamental socorrer-se dos mecanismos extrajudiciais de solução ou mitigação de conflitos, como é o caso da conciliação, e da mediação.

É nesse contexto que o legislador entendeu por bem inserir a Seção II- A no texto reformado da Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), restando expressamente prevista a possibilidade da utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos em procedimentos de insolvência.

O sistema de pré-insolvência inaugurado textualmente pela reforma da Lei de Falências e Recuperação Judicial traz incentivos para que empresas devedoras adotem mecanismos extrajudiciais para a renegociação coletiva de suas dívidas com mínima intervenção judicial.

Como bem ponderam, Daniel Carnio Costa e Ricardo Villas Bôas Cueva, a utilização da mediação e da conciliação preventivas necessitam da criação de estímulos para que sejam eficazes e adequadas:

Os credores somente se sentarão à mesa para negociar se não puderem prosseguir nas suas execuções individuais. Por outro lado, a devedora somente terá condições de propor um acordo aos seus credores se tiver um espaço de respiro e uma proteção contra os ataques patrimoniais provenientes de ações individuais. Da mesma forma, um credor somente se sentirá seguro para negociar se houver uma proteção ao acordo entabulado, evitando-se que seja prejudicado pelo uso sucessivo de um processo de insolvência.

De igual modo, foi incorporado ao sistema falimentar reformado a previsão de uma tutela cautelar de urgência (§ 1º, do art. 20-B) que permite a suspensão dos processos de execução iniciados contra a devedora pelo prazo de 60 dias, para a tentativa de composição com os credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Tribunal competente ou câmara especializada.

Por meio de decisão judicial cautelar a devedora passa a ter a proteção típica do *stay period* concedido em sede de recuperação judicial. Trata-se de mecanismo inovador, que contempla a criação de um *breathing space*, indispensável à efetividade de uma negociação coletiva.

Pondere-se que o período de respiro deve ser longo o suficiente para permitir a reestruturação a ser negociada e implementada, mas não mais do que isso. Caminhou bem o legislador, e em sintonia com as regulamentações internacionais, quando limita o prolongamento do instituto ao prazo de 60 dias.

Ademais, com a finalidade de evitar o seu uso de forma predatória, apenas para permitir o prolongamento da proteção do *stay* contra os credores, a reforma faz previsão de que a proteção antecipada à devedora durante as negociações será deduzida daquele prazo típico, na eventualidade de posterior pedido de recuperação judicial ou extrajudicial (§3º do art. 20-B).

Como forma de proteção aos credores o parágrafo único do art. 22-C estabelece que se vier a ser requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 dias contados do acordo firmado, o credor terá reconstituído o seu direito conforme as condições originalmente contratadas. Por outro lado, para que não seja prejudicado o devedor, há previsão de dedução dos valores eventualmente pagos e de ressalva dos atos validamente praticados em sede de conciliação ou mediação.

Esses mecanismos de pré-insolvência incorporados pela nova legislação não representam apenas uma inovação no procedimento de insolvência brasileiro. Na verdade, eles refletem uma prática que vem sendo adotada em diversos países, como a seguir será demonstrado, sendo fruto de estudos prévios e da evolução histórica.

Com efeito, uma série de jurisdições introduziram reformas em seus regimes de reestruturação de dívidas nos últimos anos, muitas vezes com base no procedimento do *Chapter 11* do *United States Bankruptcy Code*, considerado como o “padrão de ouro” dos mecanismos de reestruturação.

A inclusão de uma moratória de reestruturação é uma característica consistente dessas reformas. Como exemplo, a recente Diretiva de Reestruturação da União Europeia - Diretiva 2019/1023- em que a suspensão das ações contra o devedor representa uma parte fundamental do regime e, ainda, a moratória de reestruturação do Reino Unido, introduzida pelo *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*.

A necessidade de alguma forma de restrição à ação do credor durante uma reestruturação é geralmente reconhecida como um aspecto central desse processo. A justificativa para a

suspensão dos processos executivos por um período delimitado pauta-se no bem comum, considerando o ganho econômico quando se possibilita o soerguimento de uma empresa que se encontra em situação de crise, porém é economicamente viável.

Sendo certo que a tutela de urgência cautelar (art. 20-B, §1º) envolve uma restrição significativa aos direitos legais dos credores, ela pode ser justificada quando a imposição é considerada benéfica para os credores como um todo, a fim de resgatar um negócio viável (apesar de financeiramente problemático).

Jennifer Payne, professora de *Financial Law* da Universidade de Oxford, ao abordar o tema em artigo intitulado *An Assessment of the UK Restructuring Moratorium* pondera que a moratória pode lidar com o problema dos “anti-comuns”, ou seja, pode bloquear ações de credores individuais que procuram frustrar os desejos da maioria.

Segundo visão da autora:

A suspensão da ação do credor pode, portanto, promover a sobrevivência da empresa, ou de seus negócios, maximizando o retorno para credores, e beneficiando outras partes interessadas, como funcionários, que dependem da continuidade operação do negócio. No entanto, esses benefícios ocorrem em detrimento da autonomia das partes uma vez que os credores minoritários ficam então impedidos de exercer suas obrigações contratuais e outros direitos. É necessário, portanto, um equilíbrio entre os benefícios para a empresa e os credores / partes interessadas como um todo, por um lado, e os direitos dos credores individuais, por outro.

O cenário exposto permite afirmar que o deferimento da tutela cautelar de urgência demanda análise atenta do magistrado ao cenário econômico trazido pela empresa em crise, visto que tal medida é destinada a beneficiar financeiramente empresas em dificuldades que enfrentam uma crise de liquidez, mas que, no entanto, pode ser resgatada. O mecanismo é fundamentalmente uma intervenção legal direcionada a promover o resgate de uma empresa ou negócio.

Não parece certo crer que toda e qualquer empresa, ainda que manifestamente inviável sob o ponto de vista econômico, poderá fazer uso do instituto de forma indiscriminada, sob pena de se esvaziar a intenção legislativa, que é justamente neutralizar o interesse de um credor individualmente considerado, para o bem da coletividade de credores, quando se permite a reestruturação de uma empresa viável.

#### **4. Conclusão**

Com a vinda do NCPC, em inúmeras passagens, ficou claro que os métodos alternativos / adequados de solução de conflitos não são mais uma faculdade, mas uma obrigação bem-vinda

imposta pelo legislador.

A solução adjudicada, há muito, não é a mais conveniente.

Com efeito, desde a Resolução nº 125/2010 do CNJ, com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), a dignidade dos jurisdicionados passou a prevalecer.

A recuperação judicial é uma ferramenta de superação de crises. Neste ponto, a Lei 11.101/2005, em sua origem, foi formulada como um mecanismo de socorro para crises de empresas em situação de normalidade de mercado. Para crises sistêmicas, em que economia e o mercado passam a ser afetados como um todo, é fundamental que se reformule as soluções outrora pensadas.

As inovações inauguradas no sistema brasileiro de insolvência caminham junto com as atualizações implementadas nos países mais influentes economicamente do mundo, como é o caso do Reino Unido, o que permite uma visão promissora dos mecanismos de pré-insolvência introduzidos pelo diploma legal.

## **BIBLIOGRAFIA**

COSTA, Daniel Carnio. *A importância social e econômica da falência. Brasil Jurídico*, jan. 2018. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-importancia-social-e-economica-da-falencia-por-daniel-carnio-costa>. Acesso em: 27 jan. 2021.

COSTA, Daniel Carnio. NASSER DE MELO, Alexandre. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. Curitiba: Juruá, 2021.

CUEVA, Villas Bôas Ricardo; COSTA, Daniel Carnio. *Os mecanismos de pré-insolvência nos Pls 1397/2020 e 4458/2020*. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/335268/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020>. Acesso em: 01 out. 2021.

FUX, Rodrigo. *Mais diálogo e menos duelo: mediar é preciso*. In *Temas processuais na visão da advocacia*, coord. José Roberto Mello Porto, Rodrigo Fux, Rodrigo da Cunha Mello Salomão. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.

MACIEL, Marco. *Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem: justificação*. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, v. 3, n. 9, p. 317-320, abr./jun. 2006.

PAYNE, Jeniffer. *An Assessment of the UK Restructuring Moratorium*. Oxford Business Law Blog. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/uk-restructuring-moratorium>. Acesso em: 10 set. 2021.