

EBOOK

MEDIAÇÃO



**MEDIAÇÃO
NA RECUPERAÇÃO
EMPRESARIAL**

CORDENADORAS

Com esses trabalhos, reunimos uma amostragem de reflexões e propostas que prometem uma continuação dos estudos sobre a potência e possibilidades da mediação na recuperação de empresas.



**Alessandra Fachada
Bonilha**



Ana Luiza Isoldi



Fernanda Levy



Soraya Nunes



Sandra Bayer

**ESPERAMOS QUE TENHAM UMA PROVEITOSA LEITURA E TAMBÉM
POSSAM FAZER SUAS REFLEXÕES!**

Prefácio:

Os artigos deste livro correspondem a textos elaborados para a conclusão do Curso de Aperfeiçoamento em Mediação na Recuperação Extrajudicial e Judicial de Empresas, organizado em parceria pela ALGI Mediação e Instituto D'Accord, sob a coordenação das mediadoras Ana Luiza Isoldi, Alessandra Fachada Bonilha, Fernanda Levy, Sandra Bayer e Soraya Nunes, realizado entre março e junho de 2021.

Nosso propósito foi o de integrar temáticas que possam colaborar com a Recuperação das Empresas sob a ótica da gestão adequada dos conflitos viabilizada pela Mediação.

A convivência ao longo do curso possibilitou um amplo diálogo sobre a temática entre magistrados, advogados, administradores judiciais, peritos, mediadores, gestores empresariais, consultores financeiros e profissionais que atuam na área, possibilitando reflexões e possíveis encaminhamentos sobre pontos polêmicos.

O livro parte da ideia de transformar a competição por recursos escassos em colaboração para tomada de decisão. Proporciona uma visão especializada para o profissional atuar no contexto da recuperação de empresas, articulando conhecimento, habilidades e competências para a análise do conflito, o desenho de estratégias e ferramentas de intervenção para conter, gerir e solucionar conflitos, com enfoque colaborativo e interdisciplinar.

A mediação está cada vez mais presente no âmbito da recuperação extrajudicial e judicial como método eficiente para a preservação das empresas. O Conselho Nacional de Justiça recomenda aos magistrados o uso da Mediação, sempre que possível, nos processos de recuperação empresarial e falências (Recomendação nº 58/2019), e a legislação em vigor prevê esta possibilidade.

Nesse contexto, considera-se imprescindível compreender o panorama da recuperação de empresas para ter uma visão sistêmica dos aspectos negociais, jurídicos, práticos e comunicacionais; assim como compreender o mapeamento do conflito; conhecer, saber elaborar e conduzir um processo de mediação em recuperação extrajudicial e judicial, com suas etapas e ferramentas, inclusive multipartes.

Em consonância com esse diálogo, os temas dos trabalhos ora apresentados sintetizam essas ricas discussões, agregando às reflexões os aportes dos autores.

Aproveitamos para agradecer aos autores, pela generosidade do conteúdo oferecido a quem vai ler e sair enriquecido.

Agradecemos também e especialmente, aos docentes do curso que propiciaram a troca de conhecimentos que gerou este livro, nomeadamente, Andrea Galhardo Palma, Ignácio Francisco Genka Palma, Francisco Satiro, Paulo Furtado de Oliveira Filho, Juliana Bumachar, Joice Ruiz, Renata Mota Maciel, Christiana Beyrodt Cardoso, Elias Mubarak Júnior, Adolfo Braga Neto, Nathalia Mazzonetto, Juliana Loss, Cinira Gomes Lima Melo

O primeiro artigo “Mediação empresarial: vantagens e características”, de Flávio Faibischew Prado, apresenta as características da mediação e suas vantagens como método para a gestão de conflitos empresariais, com ênfase à manutenção das relações negociais em recuperação de empresas, fornecendo subsídios para sua escolha por empresários e seus assessores.

O segundo artigo “A mediação e a reestruturação de empresas”, de Felícia Zuardi e Silvia Nasrallah, analisa o panorama da reestruturação de empresas e seus desafios, a partir da evolução histórica da legislação referente aos instrumentos recuperacionais no ordenamento brasileiro, para finalizar sugerindo o importante papel da mediação para uma recuperação bem-sucedida.

O terceiro artigo “Mediação e possíveis aplicações para o soerguimento de empresas em crise”, de Andrea Décourt Savelli, apresenta a mediação como uma valiosa ferramenta para gerir litígios e facilitar acordos e analisa, mediante dados não mensuráveis, se está apta a auxiliar no soerguimento de empresas, especialmente considerando o investimento em tempo e recursos financeiros.

O quarto artigo “A mediação na recuperação de empresas: diretrizes, caminhos e desafios sob o viés de sua multidisciplinariedade”, de Ana Paula de Castro Brustolini e Simone Maria de Souza, analisa a mediação como método com alto grau de eficácia nas soluções das demandas existentes no contexto da empresa em crise, seja a nível organizacional, econômica ou financeira, especificando os processos de insolvência sob o viés das alterações na Lei 11.101/2005 e sob o aspecto da multidisciplinaridade, para superar desafios e encontrar caminhos.

O quinto artigo “Mediação como forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito da recuperação de empresas”, de Paulo Henrique Moraes de Assumpção, aborda as vantagens obtidas pela utilização da mediação como ferramenta mais apta a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro em processos de recuperação de empresas.

O sexto artigo “Mediações complexas no contexto da recuperação extrajudicial de empresas”, de Alexandre Augusto Fiori de Tella e Caio César Infantini, estuda a adequação das mediações complexas no contexto da recuperação extrajudicial de empresas, como ferramenta para viabilizar a superação da crise econômico-financeira e patrimonial da atividade empresarial.

O sétimo e último artigo “A mediação no contexto da recuperação de empresas como processo transformador”, de Maria Clara Villacorta e José Antonio Mangini Junior, oferece um olhar prospectivo para a recuperação extrajudicial ou judicial, estabelecendo um paralelo com outras operações empresariais complexas sob a perspectiva de fluxo de informações, reestruturação e implantação de novos processos sob a luz do papel social da empresa preconizado na lei brasileira e estrangeira. Neste cenário, a Mediação (e suas ferramentas) se apresenta como meio mais adequado a contribuir para uma transformação da cultura empresarial e conformação a novas realidades.

Com esses trabalhos, reunimos uma amostragem de reflexões e propostas que prometem uma continuação dos estudos sobre a potência e possibilidades da mediação na recuperação de empresas.

Esperamos que tenham uma proveitosa leitura e também possam fazer suas reflexões! Que a mediação nos acompanhe!

Ana Luiza Isoldi
Alessandra Fachada Bonilha
Fernanda Levy
Sandra Bayer
Soraya Nunes

MEDIAÇÃO

NA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

Coatoures

- *Alexandre Augusto Fiori de Tella*
- *Caio Cesar Infantini*
- *Ana Paula de Castro Brustolini*
- *Simone Maria de Souza*
- *Felicia Zuardi*
- *Silvia Nasrallah*
- *Andrea Decourt Savelli*
- *Flávio Faibischew Prado*
- *Maria Clara Villacorta*
- *José Antonio Mangini Junior*
- *Paulo Henrique Moraes de Assumpção*

COAUTORES



Alexandre Augusto Fiori de Tella

Mediador. Professor. Advogado. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paulista (UNIP). LL.M. em Resolução de Disputas pela Universidade do Missouri. Doutorando em Ensino Superior e Resolução de Disputas pela Universidade do Missouri. Membro da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB Campinas.



Caio Cesar Infantini

Mediador de conflitos com certificação pelo ICFML. Advogado. LL.M. em Direito Empresarial pelo CEU - LawSchool. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela EPD. Membro da Comissão de Advocacia na Mediação e Conciliação da OAB/SP e do GEMEP|CBAr.



Flávio Faibischew Prado

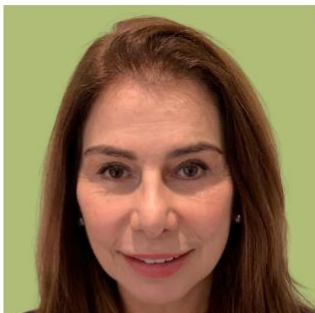
Mediador e advogado. Graduado em Direito pela USP. Especialização em direito processual civil. Formação em Mediação pela AASP, pelo Mediativa e pelo IMAB. Mediador Certificado ICFML. Facilitador e capacitador em Práticas de Justiça Restaurativa pelo IIRP e Justiça em Círculo. Capacitado em Práticas Colaborativas Interdisciplinares em Direito de Família pelo IBPC. Formação em Negociação pela FGV.



Felícia Zuardi

Advogada. Pós-graduada em Direito Corporativo pelo IBMEC. Mediadora. Membro da Task Force do Imab para Mediação de Empresas em Recuperação. Advogada Colaborativa. Docente do Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas.

COAUTORES



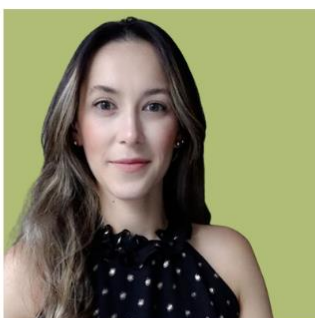
Silvia Nasrallah

Advogada e mediadora judicial e extra judicial. Atua na área de Direito Societário e Direito Familiar. Cursos de formação em Harvard e especialização em Negociação.



Paulo Henrique Moraes de Assumpção

Advogado empresarial, mediador, especialista em Direito Tributário.



Ana Paula de Castro Brustolini

LLM em mediação, negociação, gestão e resoluções adequadas de conflitos pela ESA/OAB-MG. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada inscrita na OAB/MG. Mediadora Privada certificada pelo ICFML.



Simone Maria de Souza

LLM em mediação, negociação, gestão e resoluções adequadas de conflitos pela ESA/OAB-MG. Especialista em Administração Financeira pela Fundação Dom Cabral. Bacharel em Economia pela PUC/MG. Bacharel em andamento em Direito pela Universidade FUMEC (conclusão prevista dezembro/2022).

COAUTORES



Andrea Décourt Savelli

Advogada: mediadora certificada ICFML e CN7); mestre em administração de empresas - linha de Finanças estratégicas; e pós graduada em Direito Civil e Processo Civil.



Maria Clara Villacorta

Advogada empresarial com atuação em Direito Societário e Contratual, formada pela Faculdade de Direito da USP (1989) e com Pós Graduação lato sensu em Direito Comercial pela mesma Universidade (1991). É mediadora capacitada pela ESA/OAB/SP e pós graduada em Meios Alternativos de Resolução de Conflitos Humanos pela ESA/OAB/SP. Possui diversas certificações na área de mediação e é membro da Comissão Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos da OAB/SP



José Antonio Mangini Junior

Advogado formado pela PUC/SP. LL.M. em Direito Empresarial. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil. Mediador formado e certificado pelo ICFML. Capacitado em mediação na recuperação de empresas pelo TMA, IMAB e ALGI/Instituto D'Accord.

Ebook

MEDIAÇÃO
NA RECUPERAÇÃO
EMPRESARIAL



CAPÍTULOS

MEDIAÇÕES COMPLEXAS NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS

ALEXANDRE AUGUSTO FIORI DE TELLA¹

CAIO CESAR INFANTINI²

RESUMO

O presente artigo objetiva estudar a adequação das mediações complexas no contexto da recuperação extrajudicial de empresas, como ferramenta para viabilizar a superação da crise econômico-financeira e patrimonial da atividade empresarial. O trabalho, desenvolvido conforme o método hipotético-dedutivo, é eminentemente qualitativo, tendo por objeto a análise das fontes de pesquisa obtidas, visando compreender os fenômenos objeto do estudo nos planos teórico, empírico e casuístico.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos alternativos de resolução de disputas, recuperação extrajudicial de empresas, mediações complexas.

ABSTRACT

This paper aims to study the adequacy of complex mediations, in the context of the extrajudicial bankruptcy cases, as a tool to make it possible to overcome the economic, financial crisis of the company. The qualitative study was developed according to the hypothetical-deductive method, focused on analyzing the existing literature to understand the existing doctrine and practical case.

Keywords: Alternative dispute resolution, extrajudicial bankruptcy, complex mediation.

¹ Mediador. Professor. Advogado. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paulista (UNIP). LL.M. em Resolução de Disputas pela Universidade do Missouri. Doutorando em Ensino Superior e Resolução de Disputas pela Universidade do Missouri. Membro da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB Campinas.

² Mediador de conflitos com certificação pelo ICFML. Advogado. LL.M. em Direito Empresarial pelo CEU - LawSchool. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela EPD. Membro da Comissão de Advocacia na Mediação e Conciliação da OAB/SP e do GEMEP/CBAR.

MEDIAÇÕES COMPLEXAS NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS

1.INTRODUÇÃO

2. DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO QUE JUSTIFICA OS
CONTRATOS EMPRESARIAIS E DA BUSCA POR SEU
RESTABELECIMENTO NAS SITUAÇÕES DE CRISE

3.O PROBLEMA DA ESCASSEZ DE RECURSOS NA
RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E A “TRAGÉDIA DOS
COMUNS”

4.PRINCIPAIS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO PARA
AUXILIAR O RESTABELECIMENTO ECONÔMICO-
FINANCEIRO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA
RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

5.CONCLUSÕES

6.BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A recuperação extrajudicial é um dos caminhos colocados à disposição das empresas em dificuldades econômico-financeira e patrimonial para a renegociação³ de suas dívidas, através das normas de direito falimentar e sem necessidade de acionar o Poder Judiciário. Pode-se dizer, diante disso, e como corolário do que dispõe o Capítulo VI da LRF (Lei nº 11.101/2005, artigos 161 a 167), especialmente com as alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, que a recuperação extrajudicial é uma modalidade de novação multilateral, total ou parcial, das obrigações (expressão que parece preferível, por tratar-se de gênero, do qual *dívidas* são uma espécie) da sociedade empresária.

Para novar obrigações anteriormente contraídas, em juízo ou fora dele, viabilizando a superação da sua situação de crise econômico-financeira e patrimonial, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a sua preservação e sua função social, com estímulo à atividade econômica e prestígio à livre iniciativa (LRF, art. 47), e evitando a falência, a empresa em dificuldades necessariamente terá de (re)negociar, diretamente ou com auxílio de terceiros — estes últimos neutros ou parciais —, pois desde 2005 nosso sistema aboliu a concordata, “favor legal” até então posto à disposição das empresas necessitadas, para fins de prevenção ou suspensão da falência.⁴

Quando se fala em negociar, na acepção mais genérica do verbo, alude-se a uma das atividades desenvolvidas com maior intensidade pelos seres humanos. Tanto isso é verdade, que não é incomum a afirmação de que negociar é o primeiro ato que praticamos ao sermos dados à luz, pois nos colocaríamos a chorar como forma de fazer cessar a dor sentida em decorrência dos estímulos recebidos para aferição do nosso nascimento com vida. Terminadas as “palmadas”, encerra-se o choro: *negócio fechado!*

Evidentemente essa alegoria descarta de que a negociação, ainda que ínsita à nossa vida em sociedade, quiçá à nossa natureza humana, é muito mais do que um instinto: é uma técnica. Mesmo assim, são imensa maioria aqueles que se lançam ao empreendedorismo quase que única e exclusivamente com base nos usos e costumes, na tradição familiar e na intuição.

³ A possibilidade de repactuação não era admitida sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/45, pois caracterizava ato de falência a convocação de credores para lhes propor dilação de prazos para pagamento e cumprimento de obrigações, remissão de créditos ou cessão de bens, conforme previa o artigo 2º, III. Agora, o art. 167 da LFR dispõe, expressamente, que o disposto no Capítulo VI da aludida lei, dedicado à recuperação extrajudicial, “não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.”

⁴ Parafraseando Sérgio Campinho (“Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial”, 3ª edição revista e atualizada conforme a Lei nº 11.382/2006, p. 148, Renovar, Rio de Janeiro, 2008), hodiernamente considera-se plenamente admissível (e por que não dizer recomendável?) a celebração de acordos entre a empresa devedora e seus credores, para repactuação total ou parcial de obrigações, criando condições favoráveis à reestruturação da empresa em crise econômico-financeira e/ou patrimonial, por exemplo, através de alteração de condições e prazos de pagamento e garantias, dentre outros caminhos.

Nem por isso se pode atribuir o infortúnio da atividade empresária apenas à falta de técnica dos gestores. Como bem lembra o desembargador Ricardo Negrão⁵, os males que geram a crise econômico-financeira, e impedem o empresário de perseguir o objeto de sua empresa, não são causados apenas por fatores internos (geralmente má gestão na administração), mas também por causas externas, como, por exemplo, uma pandemia, questões climáticas, e outros fenômenos imprevisíveis, extraordinários e/ou incontroláveis que podem afetar a atividade empresarial.

Pois bem. Mesmo que a negociação seja natural no âmbito empresarial, e que renegociar seja comum no ambiente de negócios, repactuar não é a regra, e sim a exceção. A atividade empresarial, independentemente do tamanho do negócio, envolve múltiplos interesses e necessidades, internos e externos, individuais e coletivos, homogêneos e heterogêneos, diretos e indiretos, por vezes conflitantes, e essa multiplicidade torna complexas as renegociações de obrigações das empresas devedoras ou em dificuldades patrimoniais e econômico-financeiras com os chamados *stakeholders*, até porque ainda é muito arraigada em nossa cultura empresarial, marcadamente informal e familiar, a força obrigatória dos contratos e o respeito ao “fio do bigode”.

Tratando-se de renegociações complexas, o empresário, por melhor negociador que seja, no mais das vezes não consegue, sozinho, contornar a situação de crise, como adverte Paulo Furtado de Oliveira Filho⁶:

(...) a realidade mostra que, especialmente diante da complexidade estrutural das atividades empresariais atuais e da multiplicidade de credores com interesses e objetivos no mais das vezes incompatíveis, a tarefa de negociação e composição de débitos, ou mesmo de reestruturação de negócios, tende a ser inefetiva, quando não impossível.

Embora com outras palavras e diversos argumentos, não parecem discrepar desse entendimento Samantha Mendes Longo e Antonio Evangelista de Souza Netto⁷:

(...) nem sempre a força regenerativa do mercado é capaz de conter o colapso econômico deflagrado. Nesses casos de patologias intrassistêmicas, que inibem a deflagração dos mecanismos de readequação econômica, a crise não pode ser superada por mera solução de mercado.

⁵ “Direito Empresarial: Estudo Unificado”, 6ª edição, 2ª tiragem, p. 269, Saraiva, SP, 2015.

⁶ “Das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial”, in “Lei de recuperação e falência: pontos relevantes e controversos da reforma”, Arthur Cassemiro Moura de Almeida ... [et al.]; coordenado por Paulo Furtado de Oliveira Filho. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 25. Edição do Kindle.

Nesse cenário complexo de dificuldades variadas é que se apresenta a recuperação extrajudicial, amparada pela mediação, como caminho adequado para a construção de soluções que viabilizem a continuação da atividade empresarial.

Com efeito. Introduzida em nosso sistema pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, a utilização da mediação vem sendo reforçada como meio autocompositivo de solução de conflitos por diversos diplomas legais, sobressaindo-se as disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/05) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/05). Seguindo essa tendência, no âmbito da recuperação de empresas e falências, antes mesmo da reforma trazida pela Lei nº 14.112/20, a Recomendação nº 58/19 do CNJ já indicava a mediação como adequada para a busca do soerguimento da empresa em crise⁸.

Este artigo objetiva demonstrar a adequação da mediação, sobretudo das mediações complexas, no contexto da recuperação extrajudicial de empresas.

⁷ “A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos”, 1ª edição, p. 87, Porto Alegre, Paixão Editores, 2020, Versão Eletrônica.

⁸ Em verdade, antes mesmo da Recomendação CNJ nº 58/19, o Enunciado nº 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada em 22 e 23 de agosto de 2016, pelo CEJ-CJF, previu 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”.

MEDIAÇÕES COMPLEXAS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS

Segundo se depreende de uma interpretação conjunta dos artigos 1º, parágrafo único, da Lei de Mediação, e 165, § 3º, do CPC, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula, pelo restabelecimento da comunicação, a compreender as questões e os interesses em conflito, bem como a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia que gerem benefícios mútuos.

Como bem observa Ana Luisa Isoldi⁹, “a mediação, por sua essência e natureza, desenvolve-se no âmbito privado, pautada na voluntariedade”.

Ora, se a renegociação de dívidas entre a empresa em crise e seus credores é da essência do “processo” de soerguimento previsto pela LRF, a pergunta que se faz é: por que fazê-lo sob a supervisão do Poder Judiciário? A conjugação da mediação com as regras da recuperação extrajudicial não seria suficiente para que se viabilize a atividade empresarial momentaneamente em dificuldades econômico-financeiras e patrimoniais, sem necessidade de intervenção judicial?

A experiência tem mostrado que a mediação é um eficaz caminho para negociações extrajudiciais complexas, baseadas em fatores como tempo, informação e poder, tão presentes nas relações empresariais, e de fundamental exploração, nos momentos de crise, para atender aos interesses e necessidades tanto da empresa em dificuldades quanto de seus *stakeholders*.

Isto porque, sem a pressão e os custos decorrentes de um processo judicial, a empresa em dificuldade tem um espaço seguro, na mediação, para desenhar, juntamente com seus credores e *stakeholders*, o melhor sistema para o soerguimento da sua atividade, mapeando características ínsitas de uma (re)negociação, e que certamente não teriam a atenção e o tratamento adequados perante o Poder Judiciário.

Na mediação, o diálogo multipartes permitirá, por exemplo: diminuir a assimetria de informações; conferir maior transparência às demonstrações financeiras da devedora, essencial para orientar as partes envolvidas, especialmente credores, rumo a uma decisão informada; restabelecer o diálogo e a confiança, tão necessários para a continuidade do negócio, inviável sem a manutenção de contratos entre a empresa em crise e seus fornecedores, prestadores de serviços, parceiros comerciais, funcionários etc.; maior celeridade e menores custos para se obter um plano de recuperação exequível, construído a partir do mapeamento da BATNA e da WATNA¹⁰ das partes envolvidas, e que atenda, conforme possível, aos reais interesses de todos.

⁹ “Mais processos judiciais: tudo que o Brasil não precisa em meio à pandemia”. Disponível em: <<https://www.cbmae-ma.com.br/arquivos/12163>>. Acesso em: 17.ago.2021.

Em suma, a recuperação extrajudicial pode ser facilitada pela mediação, visto que seu contexto permite as chamadas negociações PICO, acrônimo que remete a problemas, interesses, critérios e opções. Ou seja, a mediação viabiliza o enfrentamento do problema, e não das pessoas, na busca do atendimento de interesses particulares e comuns, com distanciamento de posições assumidas e daquilo que é importante apenas na aparência. Sem ignorar questões subjetivas relevantes, o foco se volta para critérios objetivos que fundamentem ofertas e propostas de parte a parte e a avaliação de ambas, visando à geração de opções em conjunto, com flexibilidade e colaboração.

Convém obtemperar que essa tarefa, a par de altamente recomendável e adequada, é das mais complexas, como frisam os já mencionados Samantha Longo e Antonio Evangelista de Souza Netto¹¹:

A recuperação empresarial, seja ela judicial ou extrajudicial, envolve, portanto, uma grande e complexa negociação entre personagens com distintos interesses individuais. Além do devedor e seus credores, acrescentem-se os sócios e acionistas da empresa, credores extraconcursais, que em tese não estão submetidos ao processo, mas acabam dele participando, e demais terceiros interessados. Muita gente envolvida na negociação, o que dificulta a rápida resolução desses litígios.

¹⁰ BATNA e WATNA, respectivamente, a melhor e a pior alternativa ao acordo negociado, são conceitos desenvolvidos por William Ury, Roger Fisher e Bruce Patton, na clássica obra “Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões”, 1ª edição, pp. 105-112, Solomon Editores, Rio de Janeiro, 2014.

¹¹ *Op. cit.*, p. 91.

Tudo isso pode ser feito sem necessidade de intervenção do Estado-juiz, pois, conforme leciona Marcelo Barbosa Sacramone¹², na recuperação extrajudicial “a composição entre os credores e o devedor é privada. Apenas após os credores já terem aderido à proposta negociada é que os seus termos e condições são apresentados à homologação judicial.”

Em que pese não seja objeto deste estudo tratar das modalidades impositiva e homologatória de recuperação extrajudicial, recorrer a uma ou outra depende de uma adequada estrutura de incentivos, sem a qual não haverá difusão e utilização dessas ferramentas pelos empresários em dificuldades, que, para tanto, ainda se valem do caminho judicial — não são incomuns a afirmação de que a recuperação extrajudicial “não pegou”, e nem os inúmeros argumentos para se chegar a essa constatação.

Como incentivo para a empresa em crise construir extrajudicialmente o melhor plano para seu soerguimento, vem em boa hora a reforma do sistema brasileiro de recuperação empresarial e falências, que agora admite, expressamente, a mediação, a conciliação e a negociação em seu âmbito, segundo defendem Juliana Loss e Fernanda Bragança¹³, como parte de uma política pública de busca por soluções negociadas entre credores e devedores, evitando a judicialização das pretensões, em uma perspectiva preventiva e prospectiva.

Sob determinadas condições previstas em lei, outros benefícios há para orientar a opção preferencial pela recuperação extrajudicial, tais como: quórum reduzido para solicitar o pedido e para aprovação do plano de recuperação extrajudicial; possibilidade de renegociação dos créditos trabalhistas; a rejeição ou indeferimento do plano de recuperação não acarreta a decretação de falência, e permite reapresentação de novo plano; não há obrigatoriedade da participação do Ministério Público, da mesma forma que não se exige a nomeação de um Administrador Judicial; dispensa da Assembleia Geral de Credores e desnecessidade de Comitê de Credores; afastamento da ação revocatória de acordos celebrados no plano de recuperação extrajudicial; suspensão do prazo prescricional enquanto não encerrada a mediação; e extensão da proteção do *stay period* à recuperação extrajudicial.

Não se perca de vista, doutra quadra, que a mediação no âmbito da recuperação extrajudicial de empresas, por mais complexa que seja, também se mostra mais eficiente do ponto de vista da análise econômica. Seus custos de negociação “são significativamente inferiores aos da jurisdição comum por motivos como a maior amistosidade e disponibilidade para ouvir o outro, a mentalidade cooperativa, os benefícios do sigilo e o menor tempo para resolver uma controvérsia”.¹⁴

¹² “Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência”, 2ª edição, p. 968, Saraiva Jur, Edição do Kindle, SP, 2021.

¹³ “A evolução prática da mediação no âmbito das empresas em dificuldade no Brasil a partir do caso Oi”. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/349669/a-evolucao-da-mediacao-no-ambito-das-empresas-em-dificuldade-no-brasil>>. Acesso em: 06.ago.2021.

O que se constata, portanto, é que a mediação, a despeito dos vários interesses, necessidades, condições e posições da empresa em crise patrimonial e/ou econômico-financeira, e de seus credores, é meio adequado para viabilizar a recuperação empresarial, inclusive no que tange a custos e efeitos econômicos para o negócio em si e a negociação de um plano de soerguimento sem a intervenção do Poder Judiciário.

COMPLEXIDADE DA CAUSA E COMPLEXIDADE DA MEDIAÇÃO

O legislador brasileiro não define causa complexa. Por outro lado, estabelece, no artigo 3º da Lei nº 9.099/95¹⁵, que as causas de menor complexidade decorrem do reduzido do valor da causa, de determinados procedimentos, das provas a serem produzidas¹⁶ ou da matéria em discussão. Dessa forma, pode-se concluir que todas as demais causas não contempladas pelo artigo 3º da Lei nº 9.099/95 seriam consideradas causas complexas. Como a recuperação extrajudicial não está listada no rol previsto pelo artigo 3º da Lei nº 9.099/95, facilmente conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro a considera como sendo uma causa complexa.

O que se constata, portanto, é que a mediação, a despeito dos vários interesses, necessidades, condições e posições da empresa em crise patrimonial e/ou econômico-financeira, e de seus credores, é meio adequado para viabilizar a recuperação empresarial, inclusive no que tange a custos e efeitos econômicos para o negócio em si e a negociação de um plano de soerguimento sem a intervenção do Poder Judiciário.

Na recuperação extrajudicial a complexidade da causa pode se dar em razão de diversos fatores, tais como: a variedade e multiplicidade de fatos, a complexidade da matéria, os valores envolvidos, a quantidade de partes, as provas a serem produzidas e o próprio procedimento disciplinado pela Lei nº 11.101/05. Apesar da qualificação da mediação ser ou não complexa não estar atrelada à complexidade da causa, no caso da mediação na recuperação extrajudicial certamente a mediação também será considerada complexa, o que demandará maiores cuidados.

¹⁴ “A mediação é o método mais eficiente para resolver conflitos? Uma análise econômica.” Felipe Antonio Farah Morales e José Bento Vasconcellos Armond. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-18/morales-armond-mediacao-resolucao-conflitos>>. Acesso em: 18.ago.2021.

¹⁵ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário- mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

¹⁶ AgInt no RMS 60831/SP.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INÍCIO DO DESENHO DO PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO EM RECUPERAÇÕES EXTRAJUDICIAIS

Doravante serão abordadas algumas sugestões que podem ser usadas na organização e formatação da mediação em recuperações extrajudiciais, em especial quanto à escolha do mediador, formação de equipe de mediadores e mapeamento dos conflitos para auxiliar no posterior desenho do procedimento de mediação.

Convém destacar que cada recuperação extrajudicial será única dadas as nuances e peculiaridades do caso concreto. A natureza particular de cada uma das partes e suas respectivas relações acabarão por ditar como a mediação deve ser estruturada e conduzida. Entretanto existem algumas sugestões gerais que podem ser aplicadas na mediação das recuperações extrajudiciais. Importante mencionar que as sugestões feitas aqui simplesmente refletem algumas das possíveis formas de se estruturar e conduzir uma mediação numa recuperação extrajudicial.

Escolha do mediador

A escolha do mediador é uma decisão de relevante importância para o sucesso de uma mediação em uma recuperação extrajudicial, que certamente será um procedimento intenso, complexo e prático de resolução de disputas, em que o devedor, os credores, os representantes e advogados das partes e o mediador passarão horas em sessões de mediação tentando minimizar divergências, para achar interesses comuns e buscar um acordo que garanta tanto a recuperação do crédito quanto possibilite a continuidade da atividade produtiva da empresa em situação de dificuldade financeira. Portanto o conhecimento, a experiência, a seriedade, a simpatia, a honestidade, a credibilidade, a imparcialidade e a neutralidade do mediador serão fatores críticos que influenciarão no resultado positivo do procedimento.

Para escolher o melhor candidato para a função de mediador, as partes e os advogados devem considerar as características pessoais e profissionais de cada candidato e buscar um mediador que tenha experiência tanto na área empresarial quanto na área da mediação. Que identifiquem, ainda, os diferentes estilos de mediação dos mediadores — facilitativo, transformativo e/ou avaliativo — e como cada estilo poderia ser usado no caso concreto. Assim sendo, deve ser escolhido um mediador habilitado e qualificado para atuar em processos de recuperação extrajudicial, dadas as peculiaridades das relações e do procedimento recuperacional. E ainda, o mediador deve ser conhecedor do procedimento de mediação para que não seja oprimido pela multiplicidade de partes, pelos advogados, nem pelas questões ou estratégias de negociação, ou seja, o mediador deve ser capaz de obter o controle do processo¹⁷.

Equipe de mediadores

Nos casos complexos a formação de uma equipe de mediadores pode ser mais apropriada¹⁸. A primeira questão a ser levada em consideração ao decidir pela formação ou não de equipe é a necessidade de se realizar sessões bilaterais e/ou multipartes. Caso haja necessidade de se realizar sessões com múltiplas partes, torna-se imprescindível que os mediadores tenham habilidade para lidar tanto com as mediações bilaterais (entre credor e devedor, por exemplo), quanto com as mediações multipartes (que envolva, v.g., diferentes grupos de credores). A habilidade da equipe vai conseguir identificar qual a melhor forma de prosseguir com a mediação, seja ela bilateral, multipartes ou híbrida.

¹⁷ QUADRINO, Leah, Complex Mediation. Key Issues and Considerations, **Practical Law The Journal**, v. Litigation, n. August/September, p. 48–58, 2014.

¹⁸ MAXT, Rodney A, Multiparty Mediation, **American Journal of Trial Advocacy**, v. 23, n. 269, p. 269–290, 1999.

Uma segunda consideração para ser levada em consideração quanto à formação de uma equipe de mediadores, é se a causa exige um determinado conhecimento específico, como o de um administrador de empresas, um economista, um contador, engenheiro etc. A multidisciplinariedade na formação da equipe pode beneficiar e conseqüentemente facilitar o bom andamento da mediação, pois com determinados conhecimentos específicos os conflitos podem ser equacionados mais facilmente¹⁹.

E um terceiro fator a ser levado em consideração quando da decisão de se montar ou não uma equipe de mediadores para cuidar de uma recuperação extrajudicial, é a quantidade de partes. Se numa recuperação extrajudicial o número de credores for grande, faz-se necessária a formação de uma equipe, pois a realização de sessões bilaterais com muitos credores poderia tornar o procedimento da mediação muito demorado.

Por fim, caso se entenda pela formação de uma equipe de mediadores, é fundamental o entrosamento dos profissionais. Os mediadores deverão trabalhar juntos para que as estratégias de mediação e as comunicações sejam rápidas, eficientes e organizadas. Isso requer controle rígido e coordenação entre a equipe de mediadores, motivo pelo qual se faz necessário que os mediadores tenham entrosamento e ainda apontem um mediador para liderar e coordenar a comunicação entre todas as partes envolvidas²⁰.

Presentes a necessidade de sessões multipartes, questões que envolvam diversas áreas do conhecimento e/ou grande número de credores, se faz prudente a formação de uma equipe de mediadores para conduzir o procedimento numa recuperação extrajudicial, pois certamente o resultado de um trabalho elaborado por uma equipe multidisciplinar de mediadores trará mais eficiência, qualidade e celeridade para a mediação numa recuperação extrajudicial.

A escolha do mediador, a formação da equipe e o desenho do procedimento de mediação em recuperação extrajudicial podem ser facilitados pela contratação de uma câmara de mediação especializada em procedimentos recuperacionais, pois tal entidade já terá em seus quadros mediadores capacitados e o procedimento já estará disciplinado, com toda a infraestrutura necessária para o bom desenvolvimento do procedimento.

Se a recuperanda optar por escolher o mediador ou equipe de mediadores independentemente de câmara de mediação, o próximo passo será o desenho do mapa do conflito, para depois, então, avançar com o procedimento de mediação.

¹⁹ QUADRINO, Complex Mediation. Key Issues and Considerations.

²⁰ VUKOVIĆ, Siniša, Coping with complexity: Analyzing cooperation and coordination in multiparty mediation processes, *International Negotiation*, v. 17, n. 2, p. 265–293, 2012.

Desenho do mapa de conflitos

Em uma mediação complexa com múltiplas partes se faz imprescindível que mediadores²¹ primeiramente façam o desenho do mapa dos conflitos para depois desenhar o procedimento da mediação.

Um mapa do conflito cuidadosamente desenhado, baseado na avaliação dos mediadores, traz à tona as questões substantivas do conflito, a história, a dinâmica, as partes envolvidas e a origem do problema. O desenho do mapa do conflito vai ajudar os mediadores a posteriormente desenhar o mapa do procedimento com as etapas necessárias para chegar à busca do consenso e se possível aos acordos mais fácil e rapidamente²².

A sugestão para que os mediadores possam começar a desenhar o mapa do conflito é para que peçam para que cada uma das partes apresente breves relatos de seus interesses. Esse relato servirá como uma fonte construtiva de percepção para os mediadores, pois a análise de tais relatos possibilitará aos mediadores começarem a identificar os interesses divergentes e convergentes, e também a sentir a eventual litigiosidade existente entre as partes.

Pré-mediação

Posteriormente, em sessões de pré-mediação os mediadores podem conversar com as partes e seus representantes para discutirem o procedimento em si, sanando eventuais dúvidas sobre o instituto da mediação, e discutindo eventuais estratégias para as próximas sessões, como por exemplo quem deve participar, onde serão realizadas as próximas sessões, e quais as informações e/ou esclarecimentos que devem ser fornecidos²³.

Os mediadores podem conduzir essas reuniões de pré-mediação de várias maneiras diferentes. Na forma mais simples, os mediadores podem se reunir em sessão privada com a parte e/ou com seu representante por telefone ou videoconferência. Outra opção seria que os mediadores solicitassem uma reunião com todos os representantes ou advogados. Dando um passo adiante, e bem mais ousado, os mediadores podem reunir-se com todas as partes e representantes simultaneamente.

²¹ Doravante será utilizada a expressão “os mediadores” por entender que a formação de uma equipe de mediadores seria a melhor opção para um procedimento de mediação em uma recuperação extrajudicial. Contudo, caso o procedimento seja conduzido por apenas um mediador, as sugestões seriam as mesmas.

²² PODZIBA, Susan L., **Civic fusion: mediating polarized public disputes**, [s.l.]: American Bar Association, 2012.

O problema dessa última opção seria que partes e seus advogados formarão um grupo de várias pessoas, e a dinâmica da interação entre várias partes pode aumentar o nível de ansiedade pessoal e profissional, e isso pode escalar o conflito e complicar as estratégias para que os mediadores possam desenhar o procedimento da mediação. O último desejo dos mediadores nessa fase é que cada parte entre na mediação com ideias diversas sobre como a mediação será conduzida e como as negociações prosseguirão. Assim sendo, o breve relato fornecido pelas partes auxiliará os mediadores a decidirem por qual seria a melhor forma de continuar com as sessões de pré-mediação, até que tenham confiança em colocar várias partes na mesma sala.

Participantes

É fundamental que os mediadores conversem com as partes e definam que vai participar das sessões de pré-mediação²⁴.

Normalmente, os mediadores pedem para que as partes enviem para as sessões de mediação representantes com autoridade e alçada para tomar decisões.

Embora a presença de um advogado possa ser opcional, é altamente recomendável que o advogado das partes também participe de uma mediação complexa.

Em disputas envolvendo grandes grupos de partes, os mediadores podem limitar o número de pessoas na sessão para facilitar um diálogo construtivo ou ter subgrupos com interesses comuns.

²³ QUADRINO, Complex Mediation. Key Issues and Considerations.

²⁴ *Ibid.*

Local de realização das sessões de pré-mediação

As sessões de pré-mediação podem ser realizadas por meio de plataformas de vídeo conferência ou presencialmente.

A utilização de plataformas de vídeo conferência traz muitas facilidades para as partes, tais como a participação simultânea de muitas pessoas sem que haja necessidade de deslocamento, redução de custos com locação de salas, utilização intuitiva, compartilhamento de tela e de documentos digitais etc. Contudo, tais plataformas também têm desvantagens: necessidade de internet com alta velocidade, perda de certo grau de linguagem corporal, e dificuldades de percepção de emoções e no controle de confidencialidade, quanto à gravação das sessões e de participantes ocultos etc.

Por outro lado, caso as sessões de mediação sejam realizadas de forma presencial, vários fatores devem ser levados em consideração tanto pelos mediadores quanto pelas partes²⁵. A escolha do local deve permitir o fácil acesso a todas as partes, em especial às partes que estejam em local diverso de onde serão realizadas as sessões, não devendo ser admitida a escolha do local como um fator que dificulte o acesso às sessões.

Também se faz necessário que as instalações onde serão realizadas as mediações sejam adequadas para abrigar confortavelmente todas as partes, seus representantes e seus advogados. Para tanto, deve haver um número suficiente de salas, caso ocorram sessões bilaterais simultâneas, caucus, ou para as sessões multipartes, conforme necessário.

Além da quantidade de salas, também se faz necessário que o tamanho da sala seja suficiente para acomodar todas as partes e representantes, caso a sessão seja com múltiplas partes. E ainda, também haver "salas privadas" para que as partes possam se reunir em particular com seus representantes e advogados²⁶.

A escolha do local para a realização das sessões também deve levar em consideração a existência de infraestrutura para a realização das sessões tais, como acesso à internet, telefone etc.

Por fim, deve ser considerado que o local garanta acessibilidade para todas as partes e representantes portadores de necessidades especiais. Dessa forma, cabe aos mediadores, em conjunto com as partes, decidirem a melhor forma de realizar as sessões de pré-mediação.

²⁵ MAXT, Multiparty Mediation.

²⁶ *Ibid.*

Informações a serem compartilhadas

Nas mediações decorrentes de recuperação extrajudicial a coleta de informações é de fundamental importância²⁷.

Até então os mediadores não tiveram envolvimento pessoal no conflito, portanto cabe às partes, aos seus representantes e advogados informar os mediadores sobre as especificidades do conflito, para que os mediadores possam desenhar o procedimento de mediação com segurança.

Os relatos requeridos anteriormente podem não ter sido suficientes para que os mediadores conheçam do conflito, então, caso julguem necessário, os mediadores podem pedir para que as partes prestem mais informações sobre quaisquer pontos que necessitem de esclarecimento. Com as informações os mediadores poderão analisar os fatos, procurar interesses comuns, identificar barreiras e obstáculos, e até mesmo pensar em soluções criativas que possam ajudar as partes a resolver os conflitos²⁸.

CONCLUSÃO

Por intermédio do presente estudo foi possível verificar que alteração na legislação vigente, positivando a mediação nas recuperações extrajudiciais, poderá trazer benefícios tanto para o devedor — com a continuidade da atividade produtiva — quanto aos credores — com o recebimento de seus créditos.

Contudo, para que o procedimento de mediação seja eficaz, é necessária a adoção de algumas cautelas, tais como a escolha correta do mediador e o mapeamento do conflito. Somente depois dessas providências é que deverão ser adotadas medidas para elaborar um plano para o desenvolvimento do procedimento de mediação, pois, conforme citado pela Juíza Federal Norte-Americana Nancy Wieben Stock, “a única certeza que o mediador de um caso complexo deve trazer para a mesa é que será uma viagem com um destino incerto.”²⁹

²⁷ *Ibid.*

²⁸ QUADRINO, Complex Mediation. Key Issues and Considerations.

²⁹ CALIFORNIA LAWYER, The Simple Truth About Complex Mediation, **Daily Journal**, 2019

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arthur Cassemiro Moura de [et al.]. **Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma**. Coordenação: Paulo Furtado de Oliveira Filho. 1ª edição, Editora Foco, Indaiatuba - SP, 2021. e-book.

CALIFORNIA LAWYER. The Simple Truth About Complex Mediation. **Daily Journal**, 2019.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 3ª edição revista e atualizada conforme a Lei nº 11.382/2006. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy. **Mais processos judiciais: tudo que o Brasil não precisa em meio à pandemia**. Disponível em: <<https://www.cbmae-ma.com.br/arquivos/12163>>. Acesso em: 17.ago.2021.

LOSS, Juliana; BRAGANÇA, Fernanda.

A evolução prática da mediação no âmbito das empresas em dificuldade no Brasil a partir do caso Oi.

Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/349669/a-evolucao-da-mediacao-no-ambito-das-empresas-em-dificuldade-no-brasil>>.

Acesso em: 06.ago.2021.

MAXT, Rodney A. **Multiparty Mediation**. American Journal of Trial Advocacy, v. 23, n. 269, p. 269–290, 1999.

MORALES, Felipe Antonio Farah; ARMOND, José Bento Vasconcellos.

A mediação é o método mais eficiente para resolver conflitos?

Uma análise econômica.

Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-ago-18/morales-armond-mediacao-resolucao-conflitos>>.

Acesso em: 18.ago.2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial: Estudo Unificado**. 6ª edição, 2ª tiragem. Saraiva, São Paulo, 2015.

PODZIBA, Susan L. **Civic fusion: mediating polarized public disputes**. [s.l.]: American Bar Association, 2012.

QUADRINO, Leah. **Complex Mediation. Key Issues and Considerations**. Practical Law The Journal, v. Litigation, n. August/September, p. 48–58, 2014.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª edição. Saraiva Educação, São Paulo, 2021. e-book.

SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de; LONGO, Samantha Mendes. **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. 1ª edição. Paixão Editores, Porto Alegre, 2020. e-book.

URY, William; FISHER, Roger; e PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1ª edição. Solomon Editores, Rio de Janeiro, 2014.

VUKOVIĆ, Siniša. **Coping with complexity: Analyzing cooperation and coordination in multiparty mediation processes**. International Negotiation, v. 17, n. 2, p. 265–293, 2012.

A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: DIRETRIZES, CAMINHOS E DESAFIOS SOB O VIÉS DE SUA MULTIDISCIPLINARIDADE

*Ana Paula de Castro Brustolini*³⁰

*Simone Maria de Souza*³¹

Resumo:

O presente artigo tem como objeto a análise da mediação no contexto empresarial, sendo um método com alto grau de eficácia nas soluções das demandas existentes no contexto da empresa em crise, podendo esta ser de natureza organizacional, econômica ou financeira. O objetivo é mostrar, sob o aspecto de sua multidisciplinaridade, os desafios a serem superados, os caminhos a serem percorridos e as vantagens a serem providas. Nesse cenário, analisa-se o contexto da mediação e os conflitos que podem surgir no âmbito empresarial, especificando o caso dos processos de insolvência sob o viés das alterações na Lei 11.101/2005. Trabalha-se também aspectos e características sobre a figura do mediador, bem como as oportunidades e desafios da adoção da mediação como método de solução de disputas empresariais.

Palavras chaves: Mediação; Métodos consensuais de solução de conflitos; recuperação da empresa em conflito; gerenciamento de crises.

Abstract:

This article analyses mediation in the business context in Brazil, considering the high effectiveness degree this method has in solving existing demands when a company is in crisis, which may be of an economic or financial organizational nature. The article presents, under the aspect of its multidisciplinarity, challenges to overcome, paths to follow and advantages to be provided. In this scenario, the context of mediation and the conflicts that may arise in the business environment are analysed, specifying the case of insolvency procedures under the changes made in Law 11.101/2005. In the process, aspects and characteristics of the mediator, as well as the opportunities and challenges of adopting mediation as a method of solving business disputes are also studied.

Keywords: Mediation; Consensual methods of conflict resolution; Restructure of the company in conflict; crise management.

³⁰ LLM em mediação, negociação, gestão e resoluções adequadas de conflitos pela ESA/OAB-MG. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada inscrita na OAB/MG. Mediadora Privada certificada pelo ICFML.

³¹ LLM em mediação, negociação, gestão e resoluções adequadas de conflitos pela ESA/OAB-MG. Especialista em Administração Financeira pela Fundação Dom Cabral. Bacharel em Economia pela PUC/MG. Bacharel em andamento em Direito pela Universidade FUMEC (conclusão prevista dezembro/2022).

1. INTRODUÇÃO

2. MEDIAÇÃO: POSSIBILIDADES, CAMINHOS E
MULTIDISCIPLINARIDADE

3. A MEDIAÇÃO EMPRESARIAL: UMA ANÁLISE
CONTEXTUAL E PROCEDIMENTAL DA GESTÃO DE
CONFLITOS NO ÂMBITO DA INSOLVÊNCIA

4. A MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA:
INSTRUMENTOS JURÍDICOS E AS ALTERAÇÕES DA
LEI 11.101/2005

5. O MEDIADOR E SUA ATUAÇÃO ANTE A
COMPLEXIDADE DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

6. OPORTUNIDADES E DESAFIOS TRAZIDOS PELA
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL SOB O VIÉS DE SUA
MULTIDISCIPLINARIDADE

7. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Introdução

A Lei 11.101/2005 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A alteração daquele dispositivo legal, promovida pela Lei 14.112/2020, com a inserção da Seção II-A, positivou, através dos artigos de 20A a 20D a adoção da mediação no processo de recuperação empresarial.

A mediação como um método consensual de resolução de controvérsias se orienta pelos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, da busca pelo consenso, da confidencialidade e boa-fé, nos termos da Lei 13.140/2015. O processo de mediação pressupõe que, a partir da comunicação, os envolvidos no conflito possam identificar seus reais interesses e necessidades, buscando, por via de critérios objetivos, soluções consensuais para solução daquela disputa.

A mediação pelas características apontadas se apresenta, portanto, como método multidisciplinar de gestão de conflitos que permite a superação da crise empresarial na medida em que auxilia o devedor e credor a buscarem, de forma consensual, a solução coletiva adequada para satisfação dos créditos pelos credores, seja na recuperação extrajudicial ou judicial.

Este artigo tem o propósito de analisar a mediação como o método adequado de solução de conflitos existentes no contexto da empresa em crise, podendo esta ser de natureza econômica ou financeira. Assim, é trabalhado o conceito da mediação, suas possibilidades, caminhos e desafios, especialmente no contexto da recuperação judicial, buscando entender o seu objetivo, em conformidade com a Lei 11.101/2005, de viabilizar a superação da crise em questão.

2. Mediação: possibilidades, caminhos e multidisciplinaridade

Atualmente, nossa sociedade enfrenta uma realidade de sobrecarga do Poder Judiciário frente aos números de processos em tramitação e o crescente ingresso de novas ações judiciais. Essa realidade reflete, num primeiro momento, a busca dos Tribunais pela população para exercer seu direito de acesso à justiça. O conceito de acesso à justiça vem se ampliando e tomando novas roupagens nos últimos tempos. No mundo todo acontecem discussões e debates acerca do tema e suas adjacências, de modo que no Brasil notamos um crescente aumento na abertura e simpatia pelo assunto e pelas novas possibilidades que lhe aderem.

A mediação chega em nosso contexto como possibilidade para a solução de conflitos, ampliando a satisfação dos que buscam justiça. Permite a desmistificação do caráter negativo atribuído ao conflito e o desenvolvimento de um olhar neutro para o mesmo. Sob esse viés, são deixados para trás medos e resistências, é encorajada a visão que encara o impasse como situação que faz parte do cotidiano e pode, inclusive, apresentar boas oportunidades como solução. Hoje, o método se apresenta na realidade externa ou interna do Poder Judiciário e se verifica como alternativa que verdadeiramente auxilia os Tribunais na administração da justiça³².

O país já conta com uma legislação geral e também específica sobre o processo da mediação, como verificamos na lei 13.105/2015, o nosso Código de Processo Civil (CPC) vigente, e na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), bem como outras normas, a exemplo da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça. O fomento dado pelo CPC sinaliza que a sociedade e a comunidade jurídica se mostram mais abertas e receptivas para pensar e lidar de formas diferentes com o conflito. Passa-se a pensar em como cada um pode contribuir para a construção de soluções de uma demanda e, assim, dá-se passos na estruturação de uma cultura que valoriza o diálogo, a autorresponsabilidade e a autonomia da vontade.

Afinal, o que é e como se dá a mediação? O processo se pauta na análise e identificação de questões essenciais como posições, interesses e necessidades das pessoas envolvidas (com foco nos interesses e desvinculação entre a pessoa e o problema), na facilitação da comunicação entre elas e na criação variada de opções para a tomada de decisão, que se dará por meio de critérios objetivos.

A gestão do procedimento é realizada pela figura do mediador, que atua com ética, independência, imparcialidade e dever de revelação (no caso de recusa ou impedimento). Alguns princípios norteadores acompanham o processo em todas as suas fases, como a voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade, boa-fé e isonomia entre os envolvidos.

O mediador tem uma conduta não sugestiva e não substitutiva, o que leva a mediação a ser classificada como um meio adequado e autocompositivo de solução de disputas. Assim é constatado no conceito trazido pela professora Fernanda Levy:

Entendemos a mediação como um meio consensual e voluntário de prevenção, condução e pacificação dos conflitos, conduzindo pelo mediador, pessoa que, devidamente capacitada, atua como terceiro imparcial, sem o poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito. (LEVY, 2013. p. 93)

³² Sobre a evolução da mediação como alternativa ao Poder Judiciário ver: BRAGANÇA; SOUZA, 2017.

O histórico da mediação de conflitos mostra que ela é fruto da contribuição de distintas áreas do conhecimento e sua construção é o resultado da combinação de diferentes ciências. Neste método ocorre a inclusão e consideração de todas as pessoas envolvidas na tomada de decisão. É, portanto, configurado como uma prática complexa e transdisciplinar. São demonstradas tais qualidades em mais um ensinamento da professora Fernanda Levy:

A mediação é rica e complexa, enquanto instrumento de gestão de conflitos. Tal processo deve ser aplicado e conduzido com propriedade terminológica, técnicas apropriadas e por mediadores devidamente capacitados, com o perfil adequado ao contexto do conflito. (LEVY, 2013, p. 95)

O instituto apresentado é uma ferramenta marcante, um recurso eficaz para a abrangente satisfação das necessidades dos que se encontram em um impasse ou disputa. Através da facilitação e da adoção de uma postura colaborativa e integrativa, os mediandos podem reduzir os custos emocionais, temporais e financeiros que circundam o seu problema. Podem também promover a reunião de informações devidas e pertinentes para prevenção de novas rusgas, bem como chegar a acordos criativos, solucionando a questão. Todas essas características fazem da mediação um método aplicável, viável e eficiente nas soluções de conflitos surgidas em diferentes setores e matérias.

3. A mediação empresarial: uma análise contextual e procedimental da gestão de conflitos no âmbito da insolvência

No contexto empresarial, a mediação também revela uma rica estrutura procedimental e se afirma como um método que possibilita alto grau de eficácia e impacto nas soluções das demandas.

O universo das empresas, por si só, é ambiente de vasta complexidade, uma vez que envolve diversos atores e promove a sua interação. Com isso, há margem para desentendimentos e surgimento de variados conflitos na esfera interna e externa da empresa. As demandas podem surgir nas relações entre sócios, funcionários, ou entre setores e departamentos, colaboradores, compradores e concorrentes. Esse cenário ainda pode enlaçar o contexto familiar (a exemplo das empresas familiares) e trabalhista, bem como as relações com organismos da Administração Pública (como estatais e órgãos de regulação).

Nesse contexto, mostra-se importante cuidar e preservar das relações comerciais e também pessoais que interferem na prestação do bem ou serviço. Isso viabiliza a continuidade da atividade empresarial, a geração de valor, bem como o aumento de qualidade na gestão e nas tomadas de decisão.

As circunstâncias atuais apresentam uma dinâmica global de pactos e negócios comerciais, potencializadas pelo advento da era digital, que desenvolveu e alastrou novas formas de comunicação com curtas distâncias de tempo. Assim, são viabilizados novos acordos, transações e interações para além das fronteiras domésticas. Alguns países já adotam a ferramenta da mediação no contexto da empresa há anos e outros ainda de maneira incipiente, mas, sem dúvida, a abertura para a prática avança a passos firmes.

Por ser um processo decisório, a mediação traz uma nova visão para o gerenciamento dos impasses e possibilita uma considerável redução de custos, além de otimizar a administração do tempo e preservar as relações comerciais e institucionais. Os resultados proporcionados são compatíveis com os princípios e a realidade das empresas, observando e resolvendo com acuidade as necessidades do empresariado.

O procedimento é adotado de forma a estabelecer uma sequência de atos e fases pautados no diálogo e de forma a construir um rico processo, em que a importância de se obter e partilhar informações durante o processo fica evidenciada. Isso permite uma análise mais criteriosa das informações apresentadas e, conseqüentemente, melhor pactuação e planejamento de algo. Quanto mais se dá o esclarecimento, maior a aproximação de uma possível solução, resolução ou prevenção do conflito.

Ao fim da mediação os envolvidos sempre chegam a um produto, qual seja, a tomada de uma decisão. Tal decisão pode se apresentar sob a forma de um acordo, de outra decisão mais viável do que aquela que se partiu no início da questão ou ainda a melhor alternativa apresentada ou criada na fase de negociações.

O instituto da mediação se mostra adequado para tratar das questões empresarias com é salientado por Levy (2013, p. 132):

O conceito de boa gestão empresarial atual pressupõe a noção de gerenciamento de conflitos, sejam internos ou externos, que podem gerar impactos negativos na saúde financeira, produtividade, crescimento da empresa e até em sua manutenção no mercado. Neste sentido, seja mediação interna ou externa corporis, se apresenta como instrumento útil e eficaz para a gestão adequada de conflitos.

Além dos aspectos das relações corporativas, societárias e de comércio, a área empresária também trata da gestão de crise. Os processos de insolvência normalmente apresentam tal complexidade, onde se espera uma capacitação técnica do mediador. Possivelmente, é ainda indicado que o trabalho seja exercido por uma equipe de mediadores, a depender da complexidade do caso concreto.

Os conhecimentos que, por essência, o mediador deve ter domínio se encontram nos campos do conflito, da comunicação, da negociação, além dos procedimentos e técnicas próprios ao método. Como extensão, é desejável que o profissional agregue técnicas e informações peculiares ao universo das empresas. Todas as terminologias, legislação aplicável, conceitos e conhecimentos que agregar poderão ter utilidade em algum momento do processo para que sejam elaboradas perguntas melhores e eficientes. Só assim terá o nível de profundidade e alcance demandados pela complexidade empresarial.

4. A mediação no processo de insolvência: instrumentos jurídicos e as alterações da Lei 11.101/2005.

A empresa em situação de crise³³ pode afetar negativamente as relações econômicas decorrentes da atividade empresarial, na medida em que é capaz de trazer prejuízos aos trabalhadores, credores e fisco que se relacionam com as atividades desenvolvidas. Em uma economia globalizada, tal circunstância poderá dar início a uma crise sistêmica, ou seja, os efeitos da empresa em estado de crise se irradiam para além das economias locais podendo, inclusive, impactar de forma negativa o crescimento econômico de outros países.

Diante da crise empresarial e das especificidades daí surgidas, o direito brasileiro nos traz instrumentos jurídicos específicos com a finalidade de reorganizar empresas economicamente viáveis ou retirar dos mercados aquelas irre recuperáveis.

No Brasil, é a Lei 11.101/2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. No caso da empresa em crise e economicamente viável, o art. 47 da Lei 11.101/2005 estabelece que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005, art. 47)

Deve-se observar que uma unidade produtiva é o centro de múltiplos interesses³⁴ de onde surgem inúmeros conflitos. Especificamente no caso da empresa em crise, que busca soerguimento, existe um conflito qualificado de interesses que enseja métodos consensuais de solução de disputas (SANTOS; FLORENTIN; SALMAZO, 2021, p. 20). Nesse sentido, com a Lei 11.101/2005 surgiu a possibilidade de que devedor e credores resolvessem aquele conflito qualificado por meio da mediação. Como afirma Salomão e Santos (2020, p. 441)

A Lei 11.101/2005 consolidou a cultura da 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 da cultura de solução consensual de conflitos com o marco.

³³ Sobre a empresa em crise ver: TOMAZETTE, 2021

³⁴ Sobre o assunto ver SCALZILLI, 2019.

Regulatório da Mediação – Lei 13.140/2015 – e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105), que integra a integral ao procedimento comum.

A mediação se apresenta, portanto, como método adequado para a solução de um conflito qualificado e específico que se estabelece no âmbito de um processo de recuperação empresarial. Segundo o ministro Salomão, cada processo exigirá de seus partícipes soluções criativas e diferentes e a mediação auxilia exatamente nas questões negociais, que podem envolver desde questões entre sócios, como também aquelas relacionadas com credores privados e públicos (FONSECA, 2021, p. 41).

Nesse sentido, a alteração da Lei 11.101/2005 promovida pela Lei 14.112/2020, com a inserção da Seção II-A, positivou, através dos artigos 20A a 20D, a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos no processo de recuperação empresarial. Assim, conforme o artigo 20A, conciliação e mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão na suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

Vale dizer, a inclusão desses métodos autocompositivos³⁵ no processo de insolvência corresponde a mais um avanço normativo que contribuirá para a consolidação das práticas consensuais de solução de disputas já previstas na Resolução CNJ nº 125/2010³⁶, bem como nas Leis 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e 13.140/2015 (Lei de Mediação). No mesmo contexto, o Enunciado 45 da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (2016- CJP)³⁷ e Recomendação 58 (CNJ 2019)³⁸ já indicavam, especificamente no processo da recuperação judicial e extrajudicial, o uso de mecanismos de solução consensual de conflitos. Importante notar que o incentivo ao emprego de métodos consensuais de solução de

³⁵ Na autocomposição, os envolvidos na disputa participam ativa e diretamente da construção daquela controvérsia, sem a imposição da vontade de terceira pessoa. Segundo Fernandes e Coutinho (2017, p. 22) “os métodos de gestão de conflitos são divididos em autocompositivos e heterocompositivos. Nos métodos autocompositivos, as partes almejam uma solução para o conflito sem a decisão de um terceiro, sendo exemplos, a mediação e a conciliação. Já nos métodos heterocompositivos, a solução do conflito é tarefa de um terceiro, ou seja, é de sua responsabilidade determinar o que as partes devem ou não fazer, sendo exemplos, o juiz Estatal (Poder Judiciário) e o árbitro (procedimento arbitral)”.

³⁶ Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

³⁷ Disponível em: < https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Enunciados_I_Jornada.pdf>. Acesso em 10 set. 2021

³⁸ Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em 14 set. 2021

disputas vem rompendo gradativamente com o paradigma de que somente por meio do processo judicial é possível solucionar uma controvérsia.

Reforçando o impulso ao tratamento adequado das disputas no âmbito do processo de insolvência, a reforma da Lei 11.101/2005 prevê que o administrador judicial deve estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de soluções de conflitos (art. 22, inciso I, alínea j).

Os métodos de conciliação e mediação, de acordo com o art. 20B, são admitidos de modo antecedente, ou seja, antes do pedido de recuperação judicial ou incidentalmente, nos processos já em andamento. O mesmo dispositivo estabelece, em um rol exemplificativo, algumas matérias aptas à conciliação e à mediação. São elas: disputas entre sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial; litígios que envolvam credores não sujeitos à recuperação judicial; conflitos entre concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos a que se vinculem.

Tratando-se de mediação antecedente, conforme dispõe o § 1º. do art. 20B, é facultado às empresas em dificuldade obter a tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 do CPC, para que fiquem suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com credores.

Ainda em relação à mediação antecedente, esta se instaura diante o Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada. Essa possibilidade de uma autocomposição entre devedores e credores, antes do pedido de recuperação judicial, está em consonância com a Recomendação CNJ 71/2020 que dispõe sobre a implementação do Cejusc Empresarial para tratamento adequado de conflitos envolvendo matérias empresariais de qualquer natureza e valor³⁹.

O § 2º. do art. 20B estabelece a vedação a conciliação e mediação sobre a natureza jurídica e classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores. Em relação à vedação de métodos consensuais no tocante a natureza jurídica e classificação de créditos, Fonseca possui opinião divergente sobre o tema:

³⁹ Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em 01 set. 2021

Entendemos inadequada a restrição, já que caso o crédito esteja sendo discutido judicialmente, em ação judicial de conhecimento ou em procedimento arbitral, a composição amigável é plenamente cabível (e até incentivada). Assim, se em uma ação qualquer – de cobrança, de revisão ou resolução de contrato, declaratória de obrigação etc. – as partes poderiam chegar ao acordo em relação à existência e ao valor do crédito, também deveria ser admitido que o façam no âmbito da impugnação de crédito incidental à recuperação judicial. (FONSECA, 2021, p. 41)

O § 3º do referido artigo dispõe que se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, o período de 60 (sessenta) dias previsto no § 1º será descontado dos 180 dias de suspensão previsto no art. 6º da Lei.

Já o pedido de homologação é regra prevista no art. 20C, para os casos de acordo de conciliação e mediação realizados no modo incidental e no modo antecedente. Dessa forma, de acordo com o dispositivo, quando se tratar de autocomposição incidental, a competência para a homologação é do juízo da recuperação judicial já em curso. No caso autocomposição antecedente, o juízo competente para homologação será aquele do local do principal estabelecimento do devedor no país e, portanto, é o mesmo juízo para homologar o próprio pedido de recuperação judicial, conforme dispõe o art. 3º da Lei.

A Lei ainda estabelece, no parágrafo único do art. 20C, que caso seja requerida a recuperação judicial em até 360 dias, contados a partir do acordo firmado na transação pré-processual, os credores terão reconstituídos os seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, com amortização dos valores eventualmente pagos.

Por fim, o art. 20D prevê que as sessões de conciliação e mediação poderão ocorrer por meio virtual. Este dispositivo está em consonância com a Resolução nº 358/2020 do CNJ que, em função da pandemia do coronavírus, regulamentou a criação e uso de ferramentas tecnológicas para as sessões de conciliação e mediação realizadas no Cejuscs e nos tribunais⁴⁰.

⁴⁰ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>>. Acesso em 01 set. 2021

5. O mediador e sua atuação ante a complexidade da mediação empresarial

Como mencionado, empresa é o centro de múltiplos interesses de onde surgem conflitos complexos. Essa circunstância requer um processo de mediação que seja conduzido por um mediador que tenha qualificações e experiência em disputas empresariais. Alguns regramentos, como as Recomendações 58 e 71 do CNJ, trazem diretivas sobre o assunto. A Recomendação 71 dispõe em seu art. 10 § 1º que “quando a natureza e a complexidade do conflito recomendar e houver anuência das partes, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no procedimento” (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

A Recomendação 58 confirma a conveniência da qualificação do mediador e revela, em seu artigo 3º, § 2º, o desejo de que o profissional adquira conhecimentos específicos, estabelecendo que

Art. 3º § 2º Para exercer a função, além da qualificação para o atuar como mediador, o profissional deverá ter experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes, podendo tais requisitos serem dispensados na hipótese de nomeação por consenso entre as partes ou de nomeação de um comediador que possua referida experiência. (Conselho Nacional de Justiça, 2019)

Assim, verificamos que é esperada uma qualificação técnica, específica do mediador, para que sua atuação possua maior desenvoltura e fluidez no trato das questões relacionadas à insolvência. Tal expertise, associada à forma como o profissional exercerá suas atividades, pode ser meio propulsor de grande economia no quesito tempo, sendo esse fator de grande estima no âmbito empresarial.

Através das orientações previamente citadas, a escolha do mediador será realizada pelas partes, por provocação do devedor ou de credores, por indicação do administrador judicial ou por nomeação do juiz. É importante que tal nomeação não seja realizada com embasamento no cadastro geral de mediadores, devido à acuidade necessária para a escolha aliada à natural complexidade das questões empresariais. Portanto, os Tribunais devem se valer de cadastros específicos de mediadores com habilitação para atuar nos processos de recuperação e de falência. ferramentas, é necessário conhecimento acerca da lei de falências e ter experiência em processos de insolvência ou de negociações complexas.

Este cenário é campo fértil para o trabalho conjunto de mediadores, viabilizando a mediação. Assim, em um ambiente onde dois ou mais profissionais possam somar distintas especializações e experiências, sempre levando em conta as habilidades comuns em técnicas de mediação, abre-se espaço para grande riqueza de percepção e atuação. Este cenário viabiliza a melhor gestão do procedimento tendo como consequência resultados e produtos mais satisfatórios, fruto do intercâmbio de conhecimento.

As situações de grande complexidade exigem um gerenciamento com uma estrutura especial, o que acontece neste procedimento de resolução de disputas. Há expectativa que o mediador ofereça um plano de desenvolvimento da mediação estruturado, constituído em fases e etapas ordenadas e que possam transcorrer com fluidez. Tal organização não deve enrijecer a interação com os mediados, mas sim orientar a atuação do profissional, facilitando suas intervenções e a aplicação de suas ferramentas. É importante que o princípio da flexibilidade sempre seja contemplado.

No âmbito da insolvência, outra diretiva da atuação do mediador é no sentido de não orientar os mediados, mas informá-los de forma objetiva, técnica e sucinta. Deve também ser realizada uma análise do contexto que envolve os desentendimentos discutidos. Denise Manfredi traz a explicação do porquê, mencionando a complexidade:

As empresas possuem suas culturas específicas influenciadas por aspectos implícitos, como: região onde a empresa teve origem, estilo de liderança, missão, visão e valor, mercado e posicionamento futuro. Além de todos esses aspectos, é importante se conscientizar do fato de que as pessoas são complexas não só biológica e anatomicamente, mas também psicológica, cognitiva e emocionalmente. A compreensão do mundo organizacional e humano no campo da mediação e da comunicação empresarial é um constante desafio. (apud LEVY, 2013, p. 157)

Ao ter os aspectos mencionados bem alinhados o mediador contará com todas as suas habilidades perceptivas, analíticas, comunicativas e emocionais para escolher o método que será adotado na mediação. Apoiado na flexibilidade, o mediador verificará caso a caso qual maneira trará maior contribuição para a disputa. O modelo de reuniões privadas sequenciais se mostrou adequado em controvérsias comerciais e é caracterizado por trazer intensidade e objetividade ao procedimento, sendo vantajoso para os que optem por valorizar o recurso do tempo. Quando a ênfase da gestão não é pautada nessas reuniões, a estrutura da agenda é feita com a valorização do recurso da adaptabilidade⁴¹. Aqui é levado em maior consideração a disponibilidade das partes e dos advogados.

Assim, no contexto da atuação do mediador e especialmente considerando o trabalho no âmbito empresarial, não se deve tomar como preocupação a elaboração de um modelo único. O desenho do procedimento será construído caso a caso, sempre se pautando na flexibilidade, na voluntariedade e na complexidade da controvérsia. O direcionamento do método escolhido deve se dar pela produtividade e progresso na construção de soluções. Assim, partindo da escolha do mediador até a elaboração do processo, as características aqui descritas devem preferencialmente ser observadas visando permitir que a mediação se realize com eficiência e eficácia, permitindo usufruir de seus resultados positivos.

6. Oportunidades e desafios da mediação empresarial sob o viés da multidisciplinaridade.

Empresas empregam recursos e pessoas para obtenção de lucro. Disputas empresariais conduzidas de forma litigiosa implicam em custos emocionais e financeiros que acabam por impactar de forma negativa no lucro da empresa. Vale a pena considerar que a resolução de conflitos empresariais por meio da mediação poderá proporcionar um ambiente de cooperação propício para que a empresa canalize seus esforços na consolidação da sua missão empresarial e obtenha resultados positivos.

⁴¹ Sobre a importância da confidencialidade nas sessões privadas durante a mediação e sua adequação em solução de conflitos empresariais, ver SPENGLER, 2021.

O processo da mediação traz vantagens que lhe são particulares, consequências de seus princípios e características. Nele se verifica o aumento da possibilidade de cumprimento do acordo, quando elaborado, pois é fomentada a conduta criativa, o protagonismo e autorresponsabilidade dos envolvidos durante a demanda.

Dessa forma, com a instauração de uma mediação e também do bom curso do procedimento, pode ser evitado o escalamento do conflito com as classes de credores e, ainda, ser viabilizada garantia para auto compor com pessoa jurídica de direito público ou alguma concessionária. Sempre existirão limites a serem respeitados, como é o caso da legalidade, porém é de boa serventia a possibilidade de se resolver uma questão em consenso com o Estado.

A flexibilidade do processo confere a possibilidade de o modular conforme o caso concreto, sem prejuízo da estrutura inerente à esfera organizacional. Aqui o método se ajusta à vontade e necessidade das partes, não o contrário. Levy esclarece ainda outros benefícios inerentes à mediação:

De maneira ampla reafirma a cidadania e as práticas democráticas. É instrumento de cultura de paz, como verdadeira filosofia de vida.

Sob a ótica dos envolvidos no conflito, consiste em uma verdadeira oportunidade de solucionar controvérsias de maneira amigável e sustentável. Mediação é liberdade com responsabilidade pelas decisões assumidas.

A mediação possibilita a diminuição do custo emocional e financeiro do conflito, além de ser uma maneira inteligente de gestão de conflitos, por permitir a manutenção das relações. (LEVY, 2013, p. 100-101).

Alguns riscos são vislumbrados, podendo inclusive serem mitigados pelos resultados positivos alcançados com a utilização da mediação nos conflitos empresariais. Isso não significa que esses sensíveis pontos não serão abordados com cuidado mas, ao contrário, o mediador deve sempre zelar pelo tratamento e verificação dos mesmos.

É de grande perícia que o mediador que possui o conhecimento técnico esperado não direcione ou manipule a negociação das partes para aquilo ele entende como correto. Isso acabaria por conferir um caráter avaliador da situação e retiraria grande parte do protagonismo dos mediandos, colocando em jogo uma possível conversão do processo em uma conciliação.

Tanto quanto ou mais importantes são os riscos que dizem respeito à má utilização do procedimento. Deve-se considerar o uso inadequado do procedimento, sob um viés que se refere ao mediador e outro que alude às pessoas envolvidas. Em ambos os aspectos ocorre a possibilidade de que o instrumento seja utilizado sem a boa-fé, princípio ético imprescindível na atuação do mediador, bem como no comportamento dos envolvidos. Nos casos em que se configura situação constrangedora que fere o pilar ético, a exemplo de atos com o intuito de procrastinar o litígio, obter informações privilegiadas antecipadamente, deve-se encerrar a mediação.

As demandas de uma empresa em recuperação podem descobrir alento na mediação e encontramos possível utilidade tanto quando o procedimento se encerra com o plano de recuperação aprovado, quanto o mesmo não chegue a ser concretizado ao final. Na mediação todos os pontos e quesitos que envolvem o plano são discutidos com seriedade e cuidado devidos. Ainda que não se alcance sua aprovação por completo, verifica-se vantajoso ter percorrido grande parte do caminho e ajustado a maioria dos pontos necessários, tornando o processo de aprovação mais fluido e rápido.

A confidencialidade resguardada na atuação do mediador também é de grande serventia. Tudo o que acontecerá durante as fases não será dividido ou repassado para o administrador judicial, nem mesmo para o juiz. Assim, fica garantida maior liberdade e autonomia nas discussões das disputas e na criação das novas possibilidades.

Outro ponto a ser abordado diz respeito à percepção de que a mediação, principalmente para empresa em crise financeira, representa um custo adicional no processo de recuperação. Vale considerar que a mediação foi justamente incluída na Lei 11.101/2005 como método que conduzirá negociações que permitam a preservação da atividade econômica da empresa. Dessa forma, uma vez comprometidos com o procedimento, os agentes atuam com cooperação buscando soluções que possam agregar valor econômico e financeiro à empresa. Sob esse aspecto a mediação deixa de ser custo para se tornar investimento.

Ainda em relação aos custos inerentes ao processo de recuperação empresarial, é pertinente mencionar que a verificação de créditos se torna onerosa para a empresa. No caso, tal verificação feita por meio da mediação tem como resultado a redução e facilitação desse trabalho complexo (e muitas vezes excessivo) do administrador judicial, reduzindo, por conseguinte, o tempo e o custo de todo processo de recuperação empresarial.

A mediação se apresenta como o instrumento adequado em solução de disputas que envolvem relações continuadas e a reestruturação dos processos de comunicação permite o diálogo entre os envolvidos no conflito. Na recuperação empresarial, o reestabelecimento da comunicação possibilita a compreensão da realidade da empresa em crise. Essa compreensão pode ser a diferença entre falir ou não falir. A partir do entendimento da real situação da empresa em crise é que serão oportunizadas opções e soluções objetivas para o soerguimento da empresa. Como resultado final, a mediação proporciona um ganho intangível e todos os envolvidos de alguma maneira são beneficiados.

7. Conclusão

A mediação, conforme disposto na Lei 13.140/2005, é um método que tem como objetivo a solução consensual de conflitos. A gestão de conflito, comunicação e negociação são pilares do processo de mediação que é voluntário, confidencial e flexível. O mediador imparcial e sem poder decisório será escolhido entre aqueles envolvidos em determinada disputa. No caso, cabe ao mediador auxiliar e estimular a identificação e o desenvolvimento de soluções consensuais para aquela controvérsia. Ao fim, o resultado pode ser um acordo, uma melhoria nas relações, obtenção de maiores informações sobre a situação, entendendo melhor o problema e até mesmo percebendo que existem outras soluções melhores em outros contextos a partir da exploração das alternativas apresentadas.

Tais atributos fazem da mediação um método adequado para solução de conflitos bilaterais ou complexos, inseridos no contexto de relações continuadas. No caso da recuperação empresarial, o principal desafio da mediação é restabelecer a comunicação entre credores, de modo a possibilitar uma harmonização entre os interesses e necessidades de credores e devedores visando a implementação de soluções que permitam a superação da crise e manutenção das atividades da empresa, tudo isso em conformidade com os objetivos da Lei 11.101/2005.

Na recuperação empresarial, pela complexidade dos conflitos existentes, é recomendável a mediação, principalmente quando há necessidade de se restabelecer a comunicação entre as diversas classes de credores que se estabelecem por determinação legal. No caso, a partir da mediação, será possível uma complementaridade das qualificações e das experiências, o que possibilitará uma visão multidisciplinar da disputa empresarial, proporcionando uma melhor análise e gestão dos conflitos inerentes à recuperação empresarial.

Assim, observando os objetivos gerais da mediação, suas possibilidades e a multidisciplinaridade inerente do processo, no âmbito empresarial é um método eficiente e bastante eficaz para a gestão de conflitos e crises. É o caso de sua aplicação no processo de insolvência. É um método cabível e competente para a superação amigável das controvérsias relacionadas a essas demandas, especialmente quando observadas as especificidades da escolha do mediador e todo o cuidado necessário com o processo. De fato, na recuperação empresarial a mediação encontra desafios e também propício ambiente para se consolidar como método adequado de solução de disputas no campo empresarial.

BRAGANÇA, F.; SOUZA, C.F. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-15, jan/jun 2017.

BRASIL. **Lei 11.101/2005**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: 2005. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm > Acesso em 15 de set. 2021.

_____. **Lei 13.105/2015**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 15 de set. 2021.

_____. **Lei 13.140/2015**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 15 de set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 58. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Publicada em 22 de outubro de 2019. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em 01 set 2021.

_____. Recomendação nº 71. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Publicada em 05 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em 01 set 2021.

FERNANDES, I. B. A; COUTINHO, C. M. C. A prática da autocomposição: um caminho comparativo entre a escola instrumentalista e constitucional democrática do processo. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, Maranhão, v.3, n. 2, p.22-35, jul/dez 2017.

FONSECA, G. **Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LEVY, F. R. L. **Cláusulas escalonadas**: a mediação empresarial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO, L.F; SANTOS, P.P. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, A.; FLORENTIN, L.M.R; SALMAZO, R. (org.). **Transformações no Direito de Insolvência**: Estudos sob a Perspectiva da Reforma da Lei 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SCALZILLI, J. **História do Direito Falimentar**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

SPENGLER, F.M. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

TOMAZETTE, M. **Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

A Mediação e a Reestruturação de Empresas

Resumo:

*Felícia Zuardi*⁴²
*Silvia Nasrallah*⁴³

O artigo busca analisar o panorama da reestruturação de empresas e seus desafios. Neste particular, é trazida a evolução histórica da legislação referente aos instrumentos recuperacionais do nosso ordenamento. Neste contexto, é analisado o importante papel que a mediação pode exercer para uma recuperação bem-sucedida.

Palavras-Chave: 1. Reestruturação. 2. Insolvência. 3. Mediação. 4. Renegociação

ABSTRACT: This article seeks to analyze the panorama of company restructuring and its challenges. In this regard, the historical evolution of legislation referring to the recovery instruments of our legislation is brought up. In this aspect, the important role that mediation can play for the recovery is analyzed.

Keywords: 1. Restructuring. 2. Insolvency. 3. Mediation, 4. Renegotiation

⁴² Advogada colaborativa e mediadora de conflitos.

⁴³ Advogada e mediadora de conflitos

1. INTRODUÇÃO;
2. MEDIAÇÃO NA PRÉ-INSOLVÊNCIA;
3. MEDIAÇÃO E OBTENÇÃO DE CRÉDITO;
4. MEDIAÇÃO ANTECEDENTE E RE.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I -Introdução:

As Empresas são organizações vivas que, à semelhança de qualquer organismo vivo, tem que se manter em processo de permanente renovação de suas células vitais para sobreviver.

As contínuas transformações sociais, aceleradas pelos avanços tecnológicos, pelo perfil do consumidor, as alterações nas normas e na legislação, a preocupação com a conservação do meio ambiente e o súbito surgimento de casos fortuitos, imprevisíveis e de força maior, obrigam as empresas a se adequar a cada adversidade que surge.

A reestruturação das empresas deveria ser, um processo de reciclagem permanente de adequação às transformações que ocorrem no tempo.

Assim, se as empresas se defrontam, subitamente, a um cenário de crise e percebem que pararam no tempo, poderão enfrentar grandes obstáculos e desafios para se reestruturar, que poderá lhes ser muito penoso.

Em um cenário de crise, uma das ferramentas para viabilizar a reestruturação da empresa, é a recuperação judicial ou extrajudicial. Ou seja, a necessária reestruturação da empresa pode recorrer à tutela judicial para a proteção em face dos credores, servindo como freio para colocar em andamento um plano de soerguimento e para se readequar à realidade do momento de crise que está enfrentando.

Neste sentido, a credibilidade do plano de reestruturação é fundamental para o convencimento dos credores, clientes e o público interno. É nesse contexto que a mediação se apresenta como um instrumento moderno e eficaz no diálogo entre todos os agentes envolvidos, objetivando aparar arestas e estimulando os entendimentos para a solução dos conflitos que se apresentam. Resumidamente, a mediação nesse cenário, é um catalizador positivo para a harmonia e o reequilíbrio entre a empresa e os interesses que gravitam ao seu redor.

II– Da Reestruturação de Empresas:

Muitos dirigentes de empresas só atentam à necessidade de reestruturação quando, de alguma forma, percebem que estão em crise ou irão enfrentar tempos difíceis no futuro próximo. De modo geral, a crise nas empresas só é percebida a partir de resultados econômicos negativos e a perda da capacidade de pagamento.

Estudam-se então as possibilidades de salvaguardar os pontos positivos da empresa e analisar como torná-la economicamente mais viável e competitiva.

Para tanto, a reestruturação deverá ser planejada a partir de um diagnóstico econômico, financeiro e mercadológico.

O diagnóstico mercadológico analisa as tendências de mercado para seu setor de atuação e a aceitação de seus produtos e serviços junto a seus clientes.

O diagnóstico econômico/financeiro analisa a situação financeira momentânea e as projeções econômicas e financeiras no tempo para identificar quais os fatores que conduziram para uma situação de crise, assim como as tendências dos futuros resultados econômicos.

O planejamento começa na elaboração de um plano de reestruturação financeira do passivo e das obrigações de forma compatível com as metas de reversão dos resultados negativos projetados. Passa, necessariamente, por renegociações, desmobilizações, reduções de pessoal, redução de custos fixos e outros.

Por exemplo, faz-se uma projeção e constata-se que a empresa só começará a gerar resultados dentro de dois anos. Portanto, para tornar a empresa viável, é necessário adequar o fluxo de pagamento e obrigações às projeções futuras de realização de resultados indicadas nas projeções econômicas.

Pensemos no seguinte caso: uma empresa A tem um passivo acumulado de 10 milhões de reais, com vencimento em três meses e, percebe que não conseguirá honrá-lo. As projeções do diagnóstico sinalizam que a empresa só terá geração positiva de caixa dali a dois anos e capacidade de pagamento deste passivo em cinco anos.

Logo, a empresa necessita de uma repactuação deste passivo com dois anos de carência de pagamentos e mais cinco anos de prazo de amortizações. A compreensão deste cenário levará a empresa a abrir renegociação junto a seus credores para obter a adequação econômico- financeira necessária.

Muitas vezes, os credores não aceitam prontamente a proposta de renegociação e fazem exigências que a empresa não consegue atender, surgindo um impasse e um possível *default* que pode levar a empresa ao colapso. Aponta-se aqui a relevância do trabalho da mediação, que pode facilitar a comunicação, permitindo a construção de consenso. Destacando-se que a renegociação do passivo é a medida mais importante em uma reestruturação.

A renegociação, acontece em três áreas específicas: junto aos parceiros comerciais, ou seja, junto aos clientes, aos fornecedores, aos bancos e ao público interno.

Considerando a necessidade de estabelecer uma parceria com os clientes, estes são muito significativos no momento de expor os motivos da reestruturação, porque é necessário lhes assegurar a continuidade da empresa e a melhora do ambiente comercial.

Normalmente, alguma pendência ou dívida inadimplida pela empresa permanece junto aos fornecedores. A empresa precisa assegurar a continuidade do fornecimento de produtos e serviços e para contar com o apoio dos fornecedores, deve lhes expor os planos futuros, sinalizando bons negócios pela frente. Mais importante do que o próprio pagamento da dívida é a certeza da continuidade dos fornecimentos.

É fundamental o apoio financeiro e creditício para a continuidade do fluxo de crédito e das operações futuras, tais como antecipação de recebíveis, reforço de capital de giro, financiamento e novos investimentos para aquisição de equipamentos e serviços para a modernização das operações e, possível e necessária, redução dos custos operacionais. Portanto, a renegociação junto aos bancos é extremamente importante.

Também vale destacar o envolvimento da equipe e da inteligência da empresa, através de motivações e convencimento para a obtenção do empenho coletivo para o sucesso de reestruturação. É importante sempre manter o público interno (equipe) coeso e com objetivos comuns.

Assim, várias alternativas se apresentam para um *turnaround*, que é uma reciclagem de todo o processo empresarial e do quadro gerencial. A identificação dos fatores que levaram a empresa a entrar em crise, sejam de ordem interna ou externa, deve ocorrer na fase de diagnóstico, que tem por objetivo definir e desenvolver ações imediatas para estabilização da situação, bem como as estratégias de um processo de recuperação de uma empresa. Pode-se dizer que reestruturar é analisar realisticamente todos os aspectos da empresa e repensar as estratégias que possam trazer melhores resultados e garantia de sua continuidade econômica e financeira mais estável.

Existem fatores internos e externos que interferem no bom andamento da empresa. Podemos dizer que são fatores externos os de cunho político econômico, inflação, deflação, ajuste nos seus produtos e serviços que influenciam no desempenho da empresa e podem ser uma ameaça à sua sobrevivência.

Tais como:

- a) Controle inadequado ou falta de controle, demonstrando uma gestão falha que encobre os sinais de crise e dificuldades;
- b) Alta administração não admite os sinais e índices econômicos e financeiros que assinalam a evidência de crise;
- c) Tomadas de decisões que não são benéficas à empresa, trazendo um mal maior.

Como se pode ver, os fatores externos também são muito significativos na administração de uma empresa. Recessão econômica, intervenção governamental e concorrência desleal são fatores que desequilibrem o mercado e podem provocar sérias dificuldades para a empresa. Fatores internos são aqueles ligados ao comportamento humano. Melhor dizendo, as reações, muitas vezes de cunho emocional, raiva, medo de perder a posição, ficar desempregado, podem provocar comportamentos adversos ao bom funcionamento da empresa.

As empresas sempre enfrentam desafios e um deles, importante e de caráter permanente, é a velocidade de transformação do mercado consumidor e seus hábitos, os custos de produção. A repentina exposição à concorrência nacional e internacional obriga a bruscas mudanças e a repensar o negócio como um todo.

Ou seja, a reestruturação de empresas consiste em processo e decisões estratégicas tomadas pelos seus gestores visando alcançar um desempenho futuro mais adequado. Para alcançar tal objetivo, pode-se optar por fazer uma reestruturação preventiva quando existe alguma ameaça, interna ou externa, que coloca em risco seu potencial produtivo e saúde econômico-financeira e conseqüentemente, sua sobrevivência.

Este argumento é enfatizado na perspectiva de Pearce⁴⁴, ao dizer que uma recuperação bem- feita e bem direcionada coloca seu foco na redução de gastos e numa gestão que se atenta à eficiência em todos os processos operacionais, considerando duas etapas essenciais, a moderação dos gastos e a recuperação.

A empresa deixa de inovar quando passa a sofrer com problemas decorrentes de fatores internos ou externos. Destarte, é muito importante ter uma orientação estratégica definida, para conseguir capital que propicie e sustente sua sobrevivência e crescimento, com o foco na reestruturação.

Muitos gestores profissionais, com expertise em reestruturação de empresas, aconselham as seguintes medidas para um *turnaround* eficiente:

⁴⁴ PEARCE, J. (2007). **The Value of Corporate Financial Measures in Monitoring Downturn and Managing Turnarounds: an Exploratory Study**. Journal of Managerial Issues Vol.19 Nº 2, p. 253-271

1) Diagnóstico/Avaliação: O primeiro passo é o diagnóstico e avaliação das medidas e atitudes que deram causa aos problemas da empresa; analisar e perceber os pontos fortes das empresas e maximizá-los eliminando ou minimizando os pontos fracos;

2) Mudança da Gestão: O segundo passo, sempre muito delicado, refere-se à necessidade de mudança no comando da empresa e definição dos funcionários, dentre todos os escalões que irão participar do processo de reestruturação;

3) Ações Eficazes e Imediatas: Em seguida, ações imediatas que estimulem o soerguimento do desempenho, muitos autores defendem a ideia de desmobilização de ativos, principalmente os não operacionais. As estratégias devem ser muito bem definidas, desenvolver controle contábil, estrutura de custos, vendas e margens de lucro;

4) Manter no quadro da empresa funcionários que possuam expertise, profissionalismo e competência em suas áreas e departamentos;

5) Trabalhar em conjunto com o departamento de recursos humanos, elaborando uma política de estímulo através de prêmios e recompensas.

Sempre é saudável promover a reestruturação de forma contínua, para garantir continua melhoria de desempenho e estabilidade das empresas, se prevenindo contra fatores externos, que possam provocar desequilíbrio.

Neste contexto, a Roland Berger Strategy Consultants⁴⁵ nos traz a seguinte assertiva como contribuição:

As necessidades de reestruturação assumem por isso um carácter mais estrutural e regular, e exigem um maior enfoque no acompanhamento do negócio e flexibilidade na implementação.

Neste contexto, o diálogo pode ser um valioso aliado em todo o processo de diagnóstico e implementação de mudanças necessárias, podendo inclusive impulsionar o engajamento do recurso humano da empresa e o processo de tomada de decisão.

⁴⁵ Disponível em <https://www.jornalconsultants/detalhe/reestruturação>- visto em 20/08/2021.

de [negócios.pt/opinião/colunistas/roland.berger](https://negocios.pt/opinião/colunistas/roland.berger)

III - Breve contexto legal e a filosofia trazida pela Lei nº 11.101/05 relacionada à mediação:

Antes mesmo da sanção da Lei 11.101/05, era quase unânime o entendimento sobre a necessidade de modernização da lei de insolvências, sob uma ótica diversa da que vinha sendo atribuída pelos credores, no sentido de uma cobrança coativa. O pressuposto da Lei 11.101, ao tempo de sua promulgação, em 2005, era o de se adequar aos novos tempos empresariais.

A bem da verdade, o instituto falimentar vem modificando a sua visão sobre o devedor insolvente ao longo da história. No início do direito romano, como destaca Luís Felipe Salomão⁴⁶, o devedor respondia com o próprio corpo pela dívida. Aos poucos, a ideia de que o devedor deveria responder com seu corpo ou até com a escravidão foi abandonada pelo direito.

Entre os séculos XIII e XV, nasce o instituto falimentar⁴⁷, como meio expropriatório para a satisfação do credor. Ou seja, o patrimônio do devedor passa a responder pelas dívidas do devedor. Naquele momento, a conduta do devedor era encarada como uma fraude, um delito⁴⁸, mas, aos poucos, esta perspectiva vai se transformando.

Um dos instrumentos considerado um marco para um novo tratamento ao devedor foi o Código Comercial Francês, datado de 1807. Ali, a falência ganha um caráter econômico-social, reduzindo-se o rigorismo no trato com o devedor honesto. Passa a ser feita a diferenciação entre os devedores honestos e não honestos, com a concessão de alguns favores legais aos primeiros. Este movimento, no sentido da preservação das empresas, ganha especial impulso após a grande depressão de 1929 e após a segunda guerra mundial⁴⁹.

⁴⁶ No artigo “A Nova Lei De Recuperação De Empresas – A Declaração Judicial Da Falência E A Quebra Requerida Pelo Próprio Devedor (Lei Nº 11.101, de 9 De fevereiro De 2005)”, no livro **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei nº11.101/05**, Coordenador Paulo Penalva Santos et al., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185.

⁴⁷ Sergio Campinho menciona que a origem da palavra “falência” vem do latim, “fallere”, sinônimo de enganar, faltar com o prometido. **Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2ª. Ed.p.3

⁴⁸ Vale registrar, como menciona o Ministro Luís Felipe Salomão, (ob. Cit.), que no direito português das ordenações, aplicável ao Brasil quando colônia, uma das penas graves para o falido era exílio para a colônia brasileira.

⁴⁹ José da Silva Pacheco, no artigo “Das disposições Preliminares e das Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência”, no livro no livro **A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei nº11.101/05**, Coordenador Paulo Penalva Santos et al., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

José da Silva Pacheco⁵⁰ salienta a mudança de perspectiva nas seguintes direções: afastamento do dirigente fraudulento; proteção à empresa, para sua continuidade enquanto unidade produtiva e dinâmica, assim favorecendo o sistema produtivo como um todo (economia e trabalhadores); em caráter excepcional, a eliminação da empresa inviável e incompatível com a ordem econômica. O pensamento que passa a vigorar é de que, se eventualmente uma sociedade empresária enfrenta um momento de crise, com repercussões econômica ou financeira, é sensato pensar que o ordenamento jurídico capaz de lhe oferecer meios para lidar com as dificuldades e possibilitar o seu soerguimento.

Essa nova visão sobre a insolvência ganhou o mundo, modificando o tratamento das empresas em crise nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil.

Em nosso ordenamento jurídico, a insolvência foi disciplinada por alguns textos normativos até que no final de 1945, quando então foi promulgado o Decreto-Lei nº 7661. Manoel Justino Bezerra Filho⁵¹ traz a posição de Rubens Requião, demonstrando que a falência e a concordata tal qual estabelecidas no Decreto- Lei nº 7661/45, não permitiam a oportunidade do empresário ou sociedade empresária em crise de se recuperarem. Até porque, o falido não era bem-visto, nem por credores e nem pelo Judiciário. Havia a concordata, que era um favor legal concedido ao “comerciante” pelo Estado e de difícil aplicação. Na prática, muitas vezes o instituto era deturpado e usado para fraudar credores. Este diploma legal tinha como objetivo tirar do cenário o mau empresário, liquidados seus ativos, pagar seus credores.

Na visão de Rubens Requião, um dos precursores desse novo olhar, seria necessário oferecer instrumentos para oportunizar o soerguimento das empresas, considerando que a manutenção da atividade empresarial guarda interesse social relevante, enquanto unidade produtiva na economia. Requião externava sua preocupação, aqui reportada por Manoel Justino Bezerra Filho⁵²:

com a mudança do foco falimentar brasileiro, afastando a antiga preocupação primordial de liquidação e pagamento dos credores, para partir-se para uma busca de mecanismos que viessem a privilegiar a manutenção da empresa e a preservação do emprego e dos inúmeros benefícios sociais que a empresa propicia.

⁵⁰ Ob. Cit., p. 2

⁵¹ **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, comentários artigo por artigo**, 3ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.34

⁵² Rubens Requião *apud*, **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo**, Bezerra Filho, Manoel Justino 3ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 36

Nesse mesmo sentido, muitos outros profissionais dedicados ao assunto defendiam a necessidade de alteração da filosofia e da legislação falimentar, de tal modo que, nos primeiros sinais de que a empresa estivesse em crise, existiriam mecanismos hábeis para lidar com a situação, sanear a condição econômica e preservar a produção e empregos e viabilizando o pagamento de todos os seus credores.

E após um longo período de tramitação - mais de uma década, com mais de 400 emendas e a apresentação de 5 substitutivos, foi aprovado o projeto de lei que deu origem a Lei 11.101 de 2005. Dentre outras alterações, foi extinta a concordata, ganhando lugar os institutos da recuperação extrajudicial e judicial, indicativos de um novo tratamento dado as empresas em crise.

O texto normativo falimentar teve por objetivo liquidar os ativos do devedor que não tem condições de se recuperar, garantindo o tratamento isonômico de credores e o seu pagamento. Mas também, visou garantir meios para a recuperação do devedor que está passando por dificuldades e tem condições de se manter ativo, cumprindo sua função social. Vale reforçar que se foi instituído um modelo em que se liquida as empresas que não têm condições de se recuperar, também pretendeu garantir a recuperação daquelas empresas que possuem condições de continuar operando, e atendendo a sua função social⁵³.

Desde a promulgação do Novo Código Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem se discutido com mais ênfase o uso da mediação em processos de insolvência. Antes da aprovação da Lei 14.112/2020, a doutrina justificava a adoção do método com base no art. 161 da Lei 11.101/2005⁵⁴, que em seu *caput* prevê a possibilidade de o devedor negociar com credores na recuperação extrajudicial e com base no art. 189,⁵⁵ do mesmo diploma, que estabelece a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

⁵³ “a crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralização das atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou até mesmo nacional”. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 13ª. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. V.3, p.251, *apud in* SOUZA NETTO, Antônio Evangelista de Samantha Mendes Longo, **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. 1ª. edição. Porto Alegre: Paixão, 2020.

⁵⁴ “Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial”

⁵⁵ ‘Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei’

Em agosto de 2016, foi aprovado enunciado nº 45⁵⁶, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, do Conselho da Justiça Federal. Com o enunciado a mediação ganha mais legitimidade no contexto das recuperações e das falências.

Mas não se olvide que, de fato, o que impulsionou o manejo da mediação em contextos previstos na Lei de Recuperação e Falências, sem dúvida, foi a prática. Alguns casos exitosos como o do Grupo Oi, Livraria Saraiva, Sete Brasil foram essenciais para esta mudança paradigmática.

Três anos depois, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Recomendação nº 58/2019, para que os Tribunais promovessem, sempre que possível, o uso da mediação nos processos de recuperação e falências⁵⁷. A ideia era dar conhecimento aos magistrados de poderosa ferramenta apta a auxiliar nos conflitos decorrentes da insolvência empresarial, com variados interesses e a necessidade de intensa negociação. Cabe ressaltar que esta recomendação pretendeu incentivar o uso da mediação quando já há processo instaurado.

E, em meados de 2020, impulsionado também pelos impactos advindos da grave crise financeira em decorrência pandemia do COVID-19, o CNJ editou nova recomendação, Recomendação nº 71/2020⁵⁸, dispondo sobre a criação dos Cejuscs - Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais. Os Cejuscs Empresariais, tal qual previstos na resolução, seriam espaços para o estímulo de métodos autocompositivos, notadamente a negociação, conciliação ou mediação. Dentre outras tantas previsões da recomendação, tem-se a possibilidade de utilização de Câmara Privadas conveniadas, que possuam mediadores com a *expertise* em mediação empresarial.

A chegada da Lei nº14.112/2020, traz a previsão expressa da mediação como instrumento hábil e efetivo de resolução de conflitos abrangidos no contexto das recuperações judicial e extrajudicial e de falência.

⁵⁶ “45 - 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”, disponível em : <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>, em 12/08/2021.

⁵⁷ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>, disponível em 12/08/2021.

⁵⁸ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> disponível em 12/08/2021

IV -Considerações Finais:

Fica ainda mais evidente os contornos de uma nova filosofia implementada Lei 11.101/05, que traz mecanismos para viabilizar a continuação das empresas viáveis.

Assim, como o instituto da mediação é de grande valia no contexto das Recuperações Judicial e Extrajudicial, é também uma excelente oportunidade na reestruturação para uma abertura e manutenção do diálogo entre o empresário em dificuldades e seus parceiros de negócios, clientes, fornecedores, bancos e público interno.

Enfrentar dificuldades financeiras, apresentar fluxo de caixa abaixo do esperado, deixar de atender aos clientes, são causas de desgaste em todos os níveis e resultam em falta de comunicação, compreensão e colaboração.

A boa comunicação, em todos os níveis, é imprescindível para alcançar bons resultados. A falta de uma comunicação clara e assertiva, pode resultar em estresse dos envolvidos, fazendo com que não consigam enxergar que seus objetivos são comuns. Pode ainda prejudicar o desempenho da empresa e resultar em perda financeira.

As parcerias para o bom desempenho da empresa são primordiais e o instituto da mediação pode ajudar aos envolvidos vislumbrarem novas saídas, para a preservação da empresa como entidade geradora de riquezas, postos de trabalho e contribuidora de impostos no suprimento de sua função social.

V -Referências Bibliográficas:

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, comentado artigo por artigo**. 3ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa – O novo Regime da Insolvência Empresarial**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL:

<<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>> acessado em 12/08/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

Recomendação nº 58 <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>, disponível em 12/08/2021.

Recomendação nº 71 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> disponível em 12/08/2021.

JORNAL DE NEGÓCIOS <https://www.jornal_de_negocios.pt/opinião/colunistas/roland.berger-consultants/detalhe/reestruturação> acesso em 20/08/2021.

PACHECO, José da Silva. Das disposições Preliminares e das Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência, **A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei nº11.101/05**, Coordenador Paulo Penalva Santos et al., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

and Managing Turnarounds: an Exploratory Study. Journal of Managerial Issues Vol.19 PEARCE, J. (2007). **The Value of Corporate Financial Measures in Monitoring Downturn** Nº 2, p. 253-271

RAMOS. André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial – O novo regime jurídico empresarial brasileiro**. 4ª. edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2010.

SALOMÃO, Luis Felipe. A Nova Lei De Recuperação De Empresas – A Declaração Judicial Da Falência E A Quebra Requerida Pelo Próprio Devedor (Lei Nº 11.101, de 9 De fevereiro De 2005), **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Lei nº11.101/05**, Coordenador Paulo Penalva Santos et al., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA NETTO, Antônio Evangelista de, Samantha Mendes Longo, **A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos**. 1ª. edição. Porto Alegre: Paixão, 2020.

MEDIAÇÃO E POSSÍVEIS APLICAÇÕES PARA O SOERGUMENTO DE EMPRESAS EM CRISE

Andrea Décourt Savelli⁵⁹

RESUMO:

O estudo é qualitativo, baseado em pesquisa bibliográfica e de campo, com o mapeamento temático dos dados orais. O texto expositivo-argumentativo tem o objetivo de apresentar a mediação como uma valiosa ferramenta para gerir litígios e facilitar acordos. Analisa, mediante dados não mensuráveis, se ela está apta a auxiliar no soergimento de empresas. O artigo indica que a destinação de tempo e recursos financeiros para vivenciar a mediação é um bom investimento.

PALAVRAS-CHAVE: recuperação; falência; insolvência; mediação; reestruturação.

ABSTRACT:

The study is qualitative, based on literature and field research, with thematic mapping of oral data. The expository-argumentative text aims to present mediation as a valuable tool to manage disputes and facilitate agreements. It analyzes, through non-measurable data, if it can help in the uplift of companies. The article shows that allocating time and financial resources to experience mediation is a good investment.

KEYWORDS: recovery; bankruptcy; insolvency; mediation; turnaround

⁵⁹ Mediadora certificada pelo ICFML e CNJ, cadastrada no Tribunal de Justiça de SP. Advogada. Vice- Presidente da Comissão de Mediação da OAB Jabaquara. Mestre em Administração de Empresas. Integra a equipe de mediadores da Task Force IMAB – Mediação para Empresas em Recuperação e o corpo de mediadores de diversas câmaras. É membro da Comissão de Advocacia na Mediação e Conciliação da OAB/SP, do Grupo de Excelência em Mediação e Arbitragem do CRA-SP e do CBAr.

1. INTRODUÇÃO;
2. MEDIAÇÃO NA PRÉ-INSOLVÊNCIA;
3. MEDIAÇÃO E OBTENÇÃO DE CRÉDITO;
4. MEDIAÇÃO ANTECEDENTE E RE.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Evitar a falência é o objetivo das empresas que sofrem para continuar com a viabilidade do negócio. Nesse sentido, qual auxílio pode ser obtido com a mediação? Quando e em quais casos recomenda-se buscar um mediador? Essas e outras perguntas são respondidas ao longo do artigo, que é voltado para leitores que já possuem alguma noção sobre o procedimento em que um técnico imparcial facilita a comunicação e as negociações entre os envolvidos.

Uma característica do mundo globalizado é o aumento da complexidade das relações societárias, pois o capital e a atividade econômica não mais encontram fronteiras e, conseqüentemente, trazem desafios jurídicos complexos. Diversos fatores podem deixar uma empresa em dificuldades financeiras, como a atividade dela deixar de ser viável, problemas na gestão e fatores externos, inclusive sanitários, vide o COVID-19. Não é tarefa fácil prever o que sucederá e muito menos de que maneira o negócio será abalado pelos acontecimentos.

Por mais complicado que seja, a empresa precisa se preparar o melhor que puder, antecipar eventuais problemas e possuir um planejamento até mesmo para crescer, afinal de contas ela pode quebrar por ficar um longo período tendo prejuízo ou por se expandir rápido demais. Também é importante não perder de vista a performance não financeira, pois as melhores práticas ambientais, sociais e de governança acabam impactando de forma positiva nos resultados.

No Brasil existem muitas empresas familiares e é condição *sine qua non* que seus membros estejam alinhados para que haja a continuidade do negócio. Brigas na família são normais, e a probabilidade delas ocorrerem e afetarem a companhia aumenta substancialmente na adversidade. Jensen e Meckling criaram a Teoria da Agência, que explica os conflitos de agência entre sócios e administradores, sócios controladores e minoritários, acionistas e credores⁶⁰.

Os desentendimentos entre os diversos *stakeholders* devem ser monitorados e cuidados para que haja presteza no gerenciamento dos problemas, sejam internos ou externos. Um olhar atento aos sinais emitidos, tanto setoriais como macros (como a falta de recursos), faz a diferença. Na hora que uma empresa começa a ficar sem capital de giro, depois de ter colocado todo o seu patrimônio em garantia e já não mais dispõe de crédito da praça, é provável que esteja em situação de pré-insolvência.

⁶⁰ JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, v. 3, nº 4, p. 305-360, 1976.

Para reverter esse quadro e começar a propiciar um fluxo de caixa positivo, mudanças precisam ser implementadas. Ao se planejar uma reestruturação é fundamental que todas as pessoas sejam consideradas, desde os empregados até o fisco. Um mediador pode ser muito útil nesse momento, já que os interesses costumam ser opostos, pelo menos aparentemente, e muito numerosos. A seguir são apresentadas algumas vantagens de se contratar um mediador (ou equipe de mediadores).

2. MEDIAÇÃO NA PRÉ-INSOLVÊNCIA

Ao considerar que a agilidade pode ser essencial para a sobrevivência da empresa e que negociações ruins, com decisões equivocadas, são capazes de levar à falência, destaca-se a relevância da presença de um mediador, que sabe auxiliar as partes com a sua *expertise* desde o início e no decorrer de todo o processo de reestruturação administrativa e financeira. Ele ficará atento, inclusive, às interferências de questões particulares.

Os sócios precisam estar cientes da real situação da empresa e devem verificar se os produtos e/ou serviços oferecidos por ela estão adequados ao novo contexto. Assuntos internos, como a distribuição de dividendos, a remuneração de conselheiros / diretores, e a definição de quem ficará à frente do caixa são apenas alguns exemplos do que pode precisar ser revisto. Não adianta colocar dinheiro, buscar um consultor, se os sócios não se entrosarem primeiro.

Fundamental determinar o rumo da empresa e a estratégica a ser adotada para a superação da crise, bem como definir as competências de cada um, para que ninguém admita despesa sem que tenha poderes para isso. É um zelo a ser tomado, pois o administrador pode sofrer acusações e até ser responsabilizado pelos prejuízos causados. E se porventura for constatado não ser possível “salvar” a empresa, existem maneiras de encerrar o negócio de modo regular e menos oneroso aos empresários.

A mediação tem muito a agregar, seja para uma liquidação eficiente ou para se evitar a falência. Na hipótese da empresa ser considerada viável, vale o esforço conjunto para tirá-la da situação penosa em que se encontra. O mediador vai trabalhar para encontrar um consenso sobre o futuro da empresa, por meio de técnicas e ferramentas próprias do processo, empenhando-se em preservar os relacionamentos.

Uma importante decisão a ser tomada é em relação à colocação de um desconhecido para ajudar na gestão. Contratar um especialista, quando não há na empresa gente capaz de liderar o negócio, nem sempre é fácil. Há aqueles que acham bom ter alguém “de olho” no caixa e acreditam que essa pessoa possa contribuir com novas ideias, descobrir ineficiências, como também existe quem entenda que é um gasto desnecessário. A mediação é uma maneira eficaz de solucionar essas e outras questões.

A falta de recursos traz à tona a discussão sobre a praticabilidade da atividade e as medidas a serem adotadas para recuperar a empresa, o que desgasta o relacionamento entre os sócios/acionistas. Um mediador atuará para que encontrem a melhor solução e pode colaborar com as negociações junto aos credores, potencializando-as, sendo que a sua presença, num ambiente neutro e de boa fé, por si só já inibe comportamentos inadequados. Não obstante, seu papel não é o de descobrir quem tem razão, não é julgar, o que lhe cabe é descobrir o cerne da questão.

Para tanto investiga, com observância aos princípios da independência, imparcialidade e confidencialidade, as preocupações e desejos das partes, a fim de agir na construção de outras perspectivas que satisfaçam o real interesse delas. Efetua então um levantamento de todos os pontos da situação e mapeia o conjunto para a melhor compreensão do conflito. Pode realizar, conforme pedido, reuniões coletivas, por classes de credores, bilaterais ou individuais, sempre com o intuito de transformar a competição por recursos escassos em colaboração.

Por possuir um olhar holístico, faz com que abordem o conflito de forma sistêmica, para que seus mais variados aspectos sejam percebidos e resolvidos. É frequente os credores quererem receber “X”, no menor tempo e com um deságio ínfimo, enquanto a empresa quer o inverso, pagar o mínimo possível, com o máximo de prazo. O mediador tentará afastar essa lógica da barganha, desviar do contexto único das trocas financeiras, para assim assegurar a satisfação geral, com base nas necessidades de cada um, com o cuidado de não deixar excluídos.

Estimulará a geração de opções com ganhos mútuos e boa parte das vezes, mesmo quando as negociações já foram bem conduzidas, é capaz de promover novos olhares, despertar credibilidade, e muito mais. Afinal, como deve atuar o mediador? Quando e como pode contribuir? Tania Almeida dá a dica: “*Não negocie posições, todas as ideias e interesses são legítimos, trabalhe pelo benefício mútuo*”⁶¹.

A verdade é que não existe um caminho fixo, pois tudo é muito flexível, construído no dia a dia. Cada mediação é única e visa atender às demandas trazidas pelos mediados. Diversas questões, sejam bilaterais ou multipartes, podem ser tratadas simultaneamente. O artigo 20-B da LRJ⁶² exemplifica as situações nas quais um mediador pode ser contratado, sendo que ele pode ser chamado para resolver desde uma questão específica, até a totalidade dos conflitos que surgirem.

O que está a seu alcance é, com a sua escuta ativa, reconhecer, valorizar e gerenciar as emoções, propiciar uma visão com o foco no futuro, captar oportunidades, abrir portas de troca e possibilidades, separar as pessoas dos problemas, promover o diálogo, verificar as alternativas das partes e a exequibilidade do acordado. No entanto, precisa da colaboração de todos, especialmente dos advogados, que podem ajudar na construção de cenários e apresentar propostas que vão além do crédito e débito.

3. MEDIAÇÃO E OBTENÇÃO DE CRÉDITO

Ao enfrentar uma crise é necessário que vários tópicos sejam revistos e debatidos. A reorganização operacional, por exemplo, é indispensável para o ajuste da estrutura de capital ao novo patamar. Um *turnaround* abrange uma reestruturação ampla, desde o modo de agir internamente até a maneira de se posicionar no mercado. Realizar uma gestão operacional capaz de gerar receita, recuperar rapidamente o desempenho econômico e de forma sustentável, é o desafio dos administradores.

Estes devem, desde o início, envolver no processo os bancos, o fisco, os fornecedores e demais interessados, para que juntos cheguem a um acordo onde todos sejam contemplados. Tanto maior serão as chances de sucesso quanto antes os problemas forem detectados e enfrentados. Identificada as causas da crise e encontrada as soluções, é substancial a melhora da probabilidade dos passivos serem bem renegociados e de se obter financiamentos.

⁶¹ IBGC. Diálogo e confidencialidade são fatores essenciais para mediação de conflitos.

Fórum dia 05/06/2019. Disponível em: <https://ibgc.org.br/blog/mediacao-de-conflitos>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁶² BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm#art50%A73>. Acesso em: 25 set. 2021

Chamar um profissional para atuar na reestruturação é uma alternativa, visto que a transferência da gestão para outro indivíduo pode conferir maior eficiência e amenizar a suspeita pelo afastamento de quem estava à frente do negócio. Ademais, se a pessoa escolhida possuir boa reputação, poderá chancelá-la e exprimir credibilidade. Entretanto, trazer pessoas externas pode originar sérios conflitos, por isso é recomendável implantar mecanismos de governança.

O trabalho de Jensen e Meckling contribuiu para a própria definição do termo “governança corporativa” (GC), o qual passou, gradativamente, a ser visto como um conjunto de mecanismos internos e externos, de incentivo e controle, que visam minimizar os custos de agência. Ele traz em suas bases conceituais o princípio da transparência que, conforme ensina Alessandra Fachada Bonilha, decorre do dever de informar⁶³:

... deve haver o desejo de transmitir para todas as partes interessadas, além das informações legais, como, por exemplo, aquelas previstas nos artigos 52, IV e 53 da Lei de Recuperação, outras que possam, ao longo do processo, contribuir para voltar a criar um ambiente de confiança, rompido anteriormente, prezando pelo trabalho colaborativo.

Nesse sentido, as Áreas Técnicas da CVM entendem que apesar da difícil tarefa de quantificação monetária dos impactos futuros, é necessário que as Companhias Abertas empenhem esforços para prover informações que possuam potencial preditivo e que espelhem sua realidade econômica⁶⁴. É válido estender a ideia para todas as empresas, independentemente de qual seja a sua estrutura societária, pois confiança é crucial no mundo empresarial.

Uma conversa franca e explícita com os credores, antes mesmo de que haja atraso nos pagamentos, parece adequado, visto que ao expor as dificuldades enfrentadas pela empresa e as medidas a serem adotadas, a devedora demonstra lealdade. Caso esconda o problema e deixe a situação se agravar, os fornecedores podem se sentir traídos e inclinados a interromperem o abastecimento tão logo deixem de receber o que lhes é devido, o que pode comprometer a viabilidade da empresa.

⁶³ Bonilha, Alessandra fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultados da recuperação judicial. Revista de arbitragem e mediação, vol. 57, ano 15, p. 385-410. São Paulo: Ed. RT, abr- jun. 2018, p. 398. Disponível em: <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5734788/mod_resource/content/0/bonilha.alessandra.mediacao.rj.pdf
>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁶⁴ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP/nº 02/2020. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/snc-sep/anexos/ocsncsep0220.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

Portanto, é recomendado que o gestor explique as razões pelas quais a empresa se encontra em dificuldades e mostre seu comportamento idôneo. Essa atitude favorece o convencimento dos financiadores de que a continuidade do negócio é plausível e facilita a obtenção de crédito. Um mediador está apto a auxiliar nessa tarefa por possuir a habilidade de compreender as necessidades dos mediados e de afastar as barreiras existentes para um entendimento, além de preservar a imagem da cia.

De acordo com o Código das Melhores Práticas de GC formulado pelo IBGC, elas (melhores práticas) convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses e facilitando o acesso a recursos. A mediação é apontada, com acerto, como sendo uma boa prática⁶⁵, o que não poderia deixar de ser, pois a troca de elementos proporcionada pelo procedimento ajuda a reduzir a assimetria de informação e transmite segurança.

4. MEDIAÇÃO ANTECEDENTE E RE

A Lei nº 14.112/20 atualizou a legislação referente à recuperação judicial, à extrajudicial e à falência, tendo alterado as leis nos 11.101/05, 10.522/02, e 8.929/94. Disponibiliza assim condições mais vantajosas para a recuperação das empresas, estabelece instrumentos que diminuem os custos de transação, fortalece a RE e inova ao prever de maneira expressa a possibilidade de mediação, inclusive de modo preventivo. Determina seu incentivo no Art. 20- A, e no Art. 20-B dispõe sobre a admissibilidade das mediações antecedentes ou incidentais. O artigo menciona os credores extraconcursais, ou seja, aqueles que, apesar de excluídos da RJ, são fundamentais para evitar a falência, sendo esta uma boa razão para serem considerados e incluídos na planilha de pagamentos e negociações⁶⁶. Antigamente os devedores usavam a RJ para impedir a execução fiscal, mas hoje, se o devedor aprovar um plano e tentar liquidar os ativos em prejuízo do fisco, este poderá requerer a falência da empresa.

⁶⁵ IBGC, Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, 5a. Edição, 2015. Disponível em <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/mod_resource/content/1/Livro_Codigo_Melhores_Praticas_GC.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

⁶⁶ Bonilha, Alessandra fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultados da recuperação judicial. Revista de arbitragem e mediação, vol. 57, ano 15., p. 385-410. São Paulo: Ed. RT, abr- jun. 2018, p. 398. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5734788/mod_resource/content/0/bonilha.alessandra.mediacao.rj.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

A verdade é que a constatação de que os bens são insuficientes para pagar a universalidade de credores provoca uma competição pelos ativos da devedora e o credor vai querer receber o que é direito dele imediatamente. Diante dessa escassez surgiu a necessidade de que fosse criado um ambiente que neutralizasse os credores *hold outs*⁶⁷ e os impedisse de criar dificuldades para vender facilidade. A Lei nº 11.101/05 atingiu o objetivo, e com as recentes alterações, a RE também passou a oferecer as medidas necessárias para que os acordos sejam concretizados.

Dado que é praticamente impossível obter consenso, a deliberação por maioria valendo para todos é essencial para inverter a lógica do *hold out* de não querer consumir o acordo para conseguir uma posição melhor. Outras importantes disposições previstas é a autorização para a suspensão das execuções (*stay period*) e estabilidade para o que for combinado, isto é, não estarão sujeitos a uma anulação do negócio jurídico, já que a ação revocatória foi afastada.

São essas ações que faltam para a mediação antecedente, que possui o inconveniente da decisão da maioria não vincular a minoria, o que pode ser um problema em negociações coletivas. Outra fraqueza é o fato de que se for pedida a RJ ou RE em 360 após o acordo, o credor volta ao estado *quo ante*, ou seja, retornará a situação anterior, deduzidos valores eventualmente pagos, ressalvados os atos válidos.

Apesar dessas desvantagens as negociações entre devedora e credores podem ser beneficiadas com o seu emprego, uma vez que essa modalidade não possui restrição de *stay* para quem quer que seja, além de dispensar a perícia prévia. A empresa poderá se valer dela desde que preencha os requisitos legais, isto é, uma vez cumpridos poderá ser pedido ao juiz uma cautelar de urgência para suspender as ações em curso. No entanto, o tempo máximo permitido é de 60 dias, prazo que começará assim que for comprovado o início da mediação.

⁶⁶ A lei estipulou a possibilidade da transação tributária, isto é, o fisco poderá reduzir o valor, não precisa recebê-lo integralmente, mas o procurador deverá fazer uma análise de conveniência e oportunidade com base em critérios objetivos. Vários fatores são levados em conta, como o grau de recuperabilidade do crédito da Fazenda na falência e o número de empregados da recuperanda (fator social). A lei também criou um parcelamento melhor, em até 120 parcelas.

⁶⁷ Na definição de Alberto Camiña Moreira, Daniel Carnio Costa, João de Oliveira Rodrigues Filho, Luiz Dellore, Marcelo Sacramone, Paulo Penalva Santos e Alexandre Demetrius Pereira, são os credores resistentes à negociação e que pretendem prosseguir com a realização individual de seus créditos, sem consideração à existência dos demais credores. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/293014/teoria-da-essencialidade-de-bens-e-as-travas-bancarias-na-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 24 set. 2021.

Na hipótese da crise estar avançada e houver a necessidade de uma série de acordos entre a devedora e demais partes interessadas, é aconselhável a RE, que foi incrementada com a legislação reformista e está mais célere, eficaz e com novas regras sobre a admissibilidade do procedimento. Para dar entrada e obter o seu deferimento basta que o plano tenha a adesão de credores que representem pelo menos 1/3 (um terço) dos créditos de cada espécie.

Após, para o plano ser homologado, deverá ser colhida a assinatura dos credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie, dentro de 90 dias. Alcançado o quórum legal, o plano homologado estará protegido da declaração de ineficácia e o *stay period* iniciará desde a data do pedido. Apesar desse ser o objetivo da devedora ao dar entrada numa RE, o mediador vai além ao permitir que as partes, com a consciência ampliada, tomem uma decisão mais acertada e segura, o que garante a sustentabilidade dos acordos.

A chance dos combinados serem cumpridos, quando os próprios litigantes são os protagonistas da solução, é grande. Mais valoroso que um plano aprovado é ter um conciliado e praticável. O fato do mediador poder tratar com os credores trabalhistas também é benéfico e oportuno, pois muitas vezes o plano é de difícil compreensão para essa classe. Enfim, ele agrega valor para a empresa, o que torna a aplicação de recursos para participar das sessões de mediação num bom investimento.

Vale ressaltar que a contratação de um mediador (ou equipe) não se confunde com um simples custo, já que este, diferentemente de um investimento, não gera nenhuma expectativa de retorno, enquanto que a mediação tem um potencial enorme. Como a falta de recursos impõe uma gestão mais apurada, para conter gastos maiores e/ou desnecessários, recomenda-se prevenir a judicialização dos conflitos.

Certamente a RJ é uma ferramenta jurídica muito eficiente, capaz de tirar vícios de ativos e suspender execuções por tempo suficiente para que a empresa aprove um plano, mas é onerosa e dificulta o acesso aos créditos, por isso deve ser a última opção. Ainda que a empresa esteja desorganizada, com um endividamento expressivo, pode prescindir de remédio tão amargo. Até mesmo a RE pode ser desnecessária, se o mediador atuar logo no início, na reestruturação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Geralmente, numa crise, a relação entre devedora e credores fica prejudicada e para contornar a dificuldade financeira, e até mesmo escapar de uma quebra, diversas questões, como a gestão de conflitos, precisam ser revistas e monitoradas. A experiência demonstra que a mediação gera valor para a empresa por aumentar as chances de uma reestruturação bem-sucedida e trazer eficiência ao processo. O mediador incentivará os participantes a cooperarem entre si e tentará afastar os empecilhos à celebração dos acordos.

Via de regra é complicado para quem está nervoso agir de forma lógica e positiva, sendo um tanto inusitado encontrar credores preparados para colaborar ou prontos para concordar com propostas que alterem substancialmente seus direitos. Ademais, nem todos possuem habilidades para negociar e acabam estagnados em suas posições. O mediador promoverá a realização de um processo coordenado de negociação e decisão, no qual ajustará o comportamento dos credores para que concordem em agir de maneira racional, com o olhar voltado ao futuro, a fim de preservar o patrimônio do devedor em benefício deles mesmos. Ele analisa de perto a natureza do problema, o tipo de partes envolvidas, melhora a dinâmica dos vínculos, trata das questões que surgem durante a gestão da empresa e busca o consenso nas divergências de ideias. Enfim, otimiza as negociações, mesmo quando estas já foram bem conduzidas. Por isso é especialmente útil nas negociações multipartes, as quais costumam ser complexas, não só devido à presença de um grande número de credores, como também pela presença de posições com diferentes aspectos jurídicos e econômicos.

O ambiente de negociação é propício para a utilização da mediação, tanto é que está prevista na lei que regula a recuperação. É oportunizado às partes se reunirem em um ambiente de boa-fé, neutro, informal e sigiloso a fim de explorarem suas diferenças e opções, sendo um método eficiente para resolver impasses. São os próprios litigantes, com o auxílio de um terceiro imparcial, que assumem a responsabilidade e o controle de determinarem o resultado da disputa.

Os credores passam a ter voz e serão ouvidos se desejarem, inclusive os extraconcursais, com plena liberdade para negociarem sobre o conteúdo total ou parcial do contrato (podem incluir uma cláusula de mediação). Uma enorme quantidade de tempo, energia e despesas pode ser economizada, especialmente se a RJ for evitada com as sessões de mediação. Daí a importância do gestor efetuar uma boa avaliação das alternativas existentes, principalmente a dos custos e benefícios de cada instrumento disponível.

Fato é que não importa a situação da empresa, por a mediação ser um procedimento sigiloso e flexível, que permite soluções customizadas, ainda que termine sem acordo será produtiva. Deveras, senão todas, o mediador provavelmente resolverá muitas das questões controvertidas, mas ainda que não o faça, proporcionará uma experiência única aos mediados, que certamente irão adquirir aprendizados e informações importantes. Será proveitosa até mesmo se um plano já tiver sido aprovado, e se o caso for encerrado, os custos associados à continuação do litígio serão evitados.

Em suma, a mediação é um bom investimento, principalmente quando os gestores não conseguem resolver sozinhos os seus problemas ou possuem urgência em encontrar uma boa solução, o que justifica as despesas com o procedimento. Como verificado, é altamente indicada para o soerguimento de empresas em crise.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONILHA, Alessandra fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultados da recuperação judicial. **Revista de arbitragem e mediação**, vol. 57, ano 15,. p. 385-410. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2018, p. 398. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5734788/mod_resource/content/0/bonilha.alessandr a.mediacao.rj.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101/05. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Art. 20-A, Art. 20-B, Art. 20-C, Art. 131, Art. 161 e Art. 163, § 8º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm#art50%A73>. Acesso em: 25 set. 2021.

CVM-COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP/nº 02/2020**. Efeitos do Coronavírus nas Demonstrações Financeiras. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/snc-sep/anexos/ocsncsep0220.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

IBGC-INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das**

Melhores Práticas de Governança Corporativa, 5a. Edição, 2015. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/mod_resource/content/1/Livro_Codigo_Melhores_Praticas_GC.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

IBGC-INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Diálogo e**

confidencialidade são fatores essenciais para mediação de conflitos. Fórum dia 05/06/2019. Disponível em: <https://ibgc.org.br/blog/mediacao-de-conflitos>. Acesso em: 24 set. 2021.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, nº 4, p. 305-360,1976.

MOREIRA, Alberto Camiña Moreira et al. **Teoria da essencialidade de bens e as travas bancárias na recuperação judicial de empresas**. Migalhas, 18/12/2018. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/293014/teoria-da-essencialidade-de-bens-e-as-travas-bancarias-na-recuperacao-judicial-de-empresas>. Acesso em: 24 set. 2

Resumo:

O ensaio pretende apresentar as características da mediação e as vantagens que ela pode criar para a gestão de conflitos empresariais. Considerando que a mediação abre oportunidade para a manutenção das relações negociais, dentre suas áreas de aplicabilidade, dá-se especial destaque para a mediação em recuperação de empresas. A intenção do texto é dar subsídios para que os empresários e seus assessores possam escolher (ou não) a mediação como método adequado à gestão de seus conflitos.

Palavras-chave: Mediação. Mediação empresarial. Recuperação de empresas.

Abstract: The essay aims to present the mediation features and the advantages that it can generate for business conflicts. Considering that mediation opens the opportunity for the maintenance of business relationships, among the areas of applicability of mediation, special emphasis is given to mediation in the business reorganization. The intention of the text is to provide subsidies so that businessmen and their advisors can choose (or not) mediation as the appropriate method for managing their conflicts.

Keywords: Mediation. Business mediation. Business reorganization.

⁶⁸ Mediador e advogado. Graduado em Direito pela USP. Especialização em direito processual civil. Formação em Mediação pela AASP, pelo Mediativa e pelo IMAB. Mediador Certificado ICFML. Facilitador e capacitador em Práticas de Justiça Restaurativa pelo IIRP e Justiça em Círculo. Capacitado em Práticas Colaborativas Interdisciplinares em Direito de Família pelo IBPC. Formação em Negociação pela FGV.

1. INTRODUÇÃO
2. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – VANTAGENS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS.
3. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL COMO ENSEJADORA DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO NEGOCIAL - APLICABILIDADE, COM ESPECIAL ENFOQUE À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.
4. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – OUTRAS VANTAGENS E CARACTERÍSTICAS.
5. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – PROCEDIMENTO E PREPARAÇÃO.
6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO MEDIADOR.
7. CONSIDERAÇÃO FINAL.
8. FONTES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO.

A linha mestra que conduz o presente texto diz respeito ao seguinte questionamento: *que fatores devem ser sopesados para a escolha da Mediação como método adequado para a gestão de um conflito envolvendo empresas?*

Serão apresentadas características da Mediação, bem como suas potenciais vantagens, dentre as quais se destaca a geração da possibilidade de manutenção das relações negociais. Com isso, o artigo dará subsídios para que os empresários e seus assessores possam escolher (ou não) o uso da Mediação como método adequado à gestão de seus conflitos.

2. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – VANTAGENS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS.

A partir do momento em que uma relação torna-se disfuncional e instala-se uma situação conflituosa, a Mediação tem a capacidade de conduzir as pessoas físicas e jurídicas envolvidas de volta à lógica da interdependência. Ao invés de imputar culpa aos outros, lança-se o desafio de pensar-se na responsabilidade mútua pela resolução da disputa.

A Mediação possibilita que as próprias pessoas criem soluções para o conflito. O poder de decisão é mantido na mão dos empresários contratantes⁶⁹. Os envolvidos têm controle sobre o resultado e também sobre o próprio processo decisório e seu procedimento. Com isso, os riscos e as incertezas são minimizados.

Além de minimizar os riscos, a solução construída pelo protagonismo dos empresários amplia o foco para maximização dos benefícios econômico-financeiros.

A Mediação, de forma segura e criativa, é um ambiente adequado para transformar conflitos em oportunidades de ganhos mútuos. Não se nega a existência da divergência: o conflito está instaurado, mas é gerido por meio da reunião entre os envolvidos, instigando-os a tratá-lo de modo resolutivo e prospectivo. Empresários atuam conjuntamente com vistas a minimizar perdas e maximizar lucros e oportunidades de negócios futuros.

⁶⁹ FREITAS DE SOUZA, Mariana, Assis, João A. e MAIA, Andrea. *A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*, coordenação de Almeida, Tânia et al., 1ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 375.

A Mediação, portanto, difere muito da opção de acionar-se o Poder Judiciário. No Judiciário, será um terceiro (o Estado-juiz) que decidirá para e pelas pessoas. Muitas vezes, o juiz não conhece as especificidades da relação, do conflito, do negócio e do mercado. A Mediação privilegia a expertise do empresário, que é o especialista em seu negócio e poderá gerir o conflito sabendo, exatamente, quais são seus interesses, suas possibilidades, suas urgências etc.

No Poder Judiciário, uma vez constituída a relação processual triangular rígida (autor-juiz-réu), as partes processuais terão, obrigatoriamente, que seguir no processo até seu final e terão que se sujeitar à decisão definitiva e impositiva/vinculante. Há uma completa outorga do poder de decisão ao Estado-juiz, ou seja, o empresário abre mão da sua autonomia e do seu protagonismo. Não se olvide de que a sentença proferida, por vezes, pode desagradar a todas as partes, que recorrem de diferentes capítulos da decisão e submetem-se às tortuosas e incertas vias recursais.

Por outro lado, como a Mediação tem como pressuposto a voluntariedade (autonomia da vontade), ela pode ser encerrada a qualquer momento, por vontade de qualquer um dos participantes. Não há a obrigatoriedade de ser assinado um acordo ao final da Mediação. A consequência prática, dentre outras, é a de que a Mediação só pode gerar vantagens para os participantes, como agentes efetivamente engajados na construção de uma solução.

A Mediação possibilita acordos parciais e/ou temporários, válidos para situações prementes, para conter danos. Permite também, se assim desejarem as pessoas, o retorno à mesa de negociações, para adaptações e repactuações. Essa possibilidade sempre foi facilmente visualizada nas Mediações Familiares, em que as crianças crescem (as necessidades mudam) e a repactuação faz-se necessária. Trazendo como exemplo os contextos de crise, como a gerada pela pandemia de coronavírus, nota-se que diversas relações empresariais precisarão ser revistas e adaptadas na nova normalidade que se instalará.

Observa-se que, frequentemente, os conflitos são complexos e multifatoriais. Envolvem questões subjetivas e objetivas. Envolvem múltiplos atores e interessados. Possuem nuances ligadas a aspectos técnicos, econômico-financeiros, administrativos e gerenciais, ou mesmo emocionais, entre muitos outros. Todos esses traços transcendem uma discussão meramente jurídica entre autor e réu a respeito de qual artigo de lei será aplicado. Para gerir esses conflitos, os parâmetros legalistas (encaixar os fatos nas leis ou exigir que um contrato seja cumprido) não são suficientes para gerar uma solução otimizada. A Mediação, fundada na autonomia dos participantes, é capaz de abarcar essa multiplicidade de interesses e de agentes.

Meios adversariais de resolução de conflitos, como o processo judicial, fundamentam-se na lógica binária de “Ter Direito” *versus* “Não Ter Direito” (“Credor” *versus* “Devedor”). A atividade do processo judicial volta-se para o passado: para a produção de provas do que se alega, com a finalidade de derrotar o outro. Gera-se, ao fim, uma sentença que fixa a cisão entre “Perdedor” *versus* “Ganhador”.⁷⁰

O Mediador, por sua vez, trabalha para promover a construção de uma decisão Ganha-Ganha. As pessoas trarão para Mediação seus interesses e necessidades pensando no futuro (como gerir o conflito e reescrever a história dessa relação contratual para o futuro). “O mediador atua para estruturar um processo de negociação que ajude as partes a superar os obstáculos a um acordo e encontrar uma solução para o caso”⁷¹. Cabe ao Mediador (com suas técnicas) impulsionar as pessoas para a melhor solução possível, eficaz e legítima para todos. Para tanto, a Mediação tem como característica fundamental a confidencialidade: realizada na esfera privada, a Mediação não terá a publicidade, que é a regra no Poder Judiciário. A confidencialidade abrange a própria existência da Mediação e estende-se a todos os participantes e a todas as informações e documentos que venham a ser produzidos e compartilhados. O Mediador é proibido, por disposição legal, de testemunhar sobre as informações que lhe são confiadas. A confidencialidade também gera a vantagem de

⁷⁰ Vejamos uma narrativa literária dessa lógica adversarial: “Eu mesmo, quando vejo brilhar no olho do acusado o relâmpago luminoso da fúria, sinto-me encorajado, exalto-me: não é mais um processo, é uma batalha; luto contra ele, ele responde, ataco de novo e o combate termina, como todos os combates, com uma vitória e uma derrota.” — DUMAS, Alexandre. *O Conde de Monte Cristo* – edição comentada e ilustrada, 2ª edição. Rio de Janeiro. Zahar. 2016, p. 82. Fala do personagem Senhor de Villefort, no capítulo 6: O substituto do procurador de rei.

⁷¹ FALECK, Diego. *Mediação como mecanismo de resolução de disputas jurídicas: raízes e perspectivas. Mediações: perspectivas plurais*, coordenação de PEREZ, Clotilde e TRINDADE, Eneus. Barueri: Estação das Letras e Cores, 2020, p. 160. resguardar a imagem das empresas envolvidas perante o mercado e a sociedade, preservando negócios futuros. Constrói-se, assim, um ambiente seguro de negociação.

3. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL COMO ENSEJADORA DA *CONTINUIDADE DA RELAÇÃO NEGOCIAL* —

APLICABILIDADE, COM ESPECIAL ENFOQUE À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.

Mesmo diante de um conflito, a Mediação possibilita (se os envolvidos desejarem) a continuidade da relação, quer seja com parceiros da cadeia produtiva, com fornecedores, com financiadores, com clientes ou com consumidores.

Tanto o conflito, quanto o desejo pela continuidade da relação podem ocorrer em todas as fases da vida das empresas, desde a sua criação, em seus negócios habituais, em eventuais necessidades de reestruturação, nos planos de crescimento e em eventual crise que coloque a própria continuidade da atividade empresarial em risco.

Vejam-se os exemplos dos contratos de *fornecimento*, de *franquia*, de *seguro*, de *locação* ou de *construção na área de engenharia* e ficará claro que, em muitas ocasiões, os envolvidos (mesmo estando em situação de conflito) podem ter interesse na continuidade da relação, sob novos parâmetros.

Outro exemplo de ambiente no qual a Mediação mostra-se muito proveitosa são as *empresas familiares*, nas quais as usuais confusões entre as funções de parentesco e de trabalho podem corroer relações duradouras.

Em uma união *societária*, pode se afirmar que as transformações que ocorrem ao longo da vida da sociedade são inevitáveis. Sócios, por exemplo, poderão divergir sobre aspectos de gestão da empresa ou sobre uma análise mercadológica. Conflitos surgem e a sociedade não precisa ser desfeita na primeira perturbação.

Transportemos os exemplos, agora, para a realidade das *empresas em crise*: “O atual contexto de covid-19 e de crise econômica decorrente trouxe uma nova onda de otimismo e reforço sobre a importância da mediação... na iminência do surgimento de um número avassalador de disputas comerciais e recuperações judiciais”⁷². O pressuposto que sustenta este otimismo sobre a importância da Mediação é o de que não há solução mais eficiente.

⁷² *Ibidem*, p. 137.

Será fundamental que os empresários e seus consultores jurídicos e financeiros, contratados para auxiliar na reestruturação da dívida, busquem no mercado profissionais qualificados e que dominem técnicas de negociação e mediação, para que sejam alcançadas soluções inovadoras e para que as relações negociais sejam mantidas.⁷³

A própria lei de recuperação de empresas (lei 11.101/2005, artigo 47), estabelece como objetivo da recuperação judicial a viabilização da 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”. Ou seja, a lei estabelece o interesse maior na continuidade das relações em toda a cadeia produtiva.

“E, por tratar a recuperação de equilibrar os interesses do devedor, dos credores e terceiros, possibilitando e exigindo que haja cooperação entre eles... num ambiente de negociação, é que sua natureza se compatibiliza com o instituto da mediação”⁷⁴. As mesmas autoras enfatizam que “a mediação é compatível com a recuperação judicial, eficaz para elaboração de um plano de soerguimento factível, viável e consensual e para as disputas empresárias satélites”⁷⁵.

⁷³ LONGO, Samantha M. e SOUZA NETTO, Antonio E. de. *A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos*. Porto Alegre: Paixão, 2020, p. 159.

⁷⁴ PALMA, Andréa G. e JACIR, Carmem S.. *A mediação na recuperação judicial e as técnicas inerentes ao mediador empresarial*. Disponível na rede mundial de computadores em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/4041555177A901_consensuais.pdf, p. 10.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 16.

Como se vê, a mediação pode ser utilizada tanto na fase de elaboração do plano de recuperação judicial, quanto após a sua apresentação, que permite o ajuste prévio em suas disposições, considerando os interesses de todos os envolvidos antes da sua votação, evitando, assim, uma possível falência.⁷⁶

Respeitada a voluntariedade e a autodeterminação, o ideal seria que o mediador fosse escolhido pelas pessoas e empresas envolvidas na recuperação. Porém, considerando a dificuldade de produção de consenso na fase inicial de gestão da crise, com o objetivo de incentivar o uso da Mediação, “o mediador poderá ser nomeado de ofício nos casos em que o magistrado entender útil para que o processo se desenvolva de maneira mais eficiente”⁷⁷. Nos exemplos apresentados e em praticamente todos os casos, a Mediação pode atuar preventivamente à eclosão do conflito e anteriormente ao encaminhamento da disputa ao Judiciário, criando uma postura colaborativa e uma cultura de diálogo, que pode implicar a manutenção dos vínculos (com relacionamentos funcionais) e a sobrevivência dos agentes do mercado.⁷⁸

4. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – OUTRAS VANTAGENS E CARACTERÍSTICAS.

Os exemplos acima expostos não esgotam o potencial de aplicação da Mediação e, para todos eles, caberá a um bom mediador, de maneira criativa, instigar os participantes a construir uma solução inovadora que atenda aos interesses de todos; caberá ao bom mediador atuar com “ênfase na negociação criativa para a solução de problemas, ao invés do enfoque em uma ‘vitória’ na negociação”⁷⁹.

Como todos envolvidos participam ativamente e em diálogo da construção da solução na Mediação, eventual acordo costuma ser cumprido espontaneamente: “As partes têm maior inclinação para cumprir com um acordo que fizeram por elas mesmas do que com um resultado imposto por um terceiro”⁸⁰. O acordo é sustentável e não precisará ser executado forçosamente. Mas vale ressaltar: o acordo de Mediação assinado tem a força de título executivo extrajudicial e poderá, sim, ser executado.

⁷⁶ LONGO/SOUZA NETTO, *Op. cit.*, p. 157.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 176, em comentários à recomendação 58/2019 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

⁷⁸ “Se a mediação é compatível e deve ser estimulada no curso de processos de recuperação e falências, sua utilização é ainda mais indicada antes do ajuizamento da demanda, na fase pré-processual, quando o empresário se conscientiza da crise e decide agir, buscando a reestruturação da sua dívida... a aplicação da mediação de forma preventiva poderá ser benéfica à saúde financeira da empresa, visto que eventual recuperação judicial poderá impactar na redução de investimentos e na (redução da) celebração de novos negócios.” (LONGO/SOUZA NETTO, *Op. cit.*, pp. 158-159). Esta indicação doutrinária veio a ser positivada com a inserção do artigo 20-B, § 1º na Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas), pela reforma introduzida pela Lei 14.112/2020 e, agora, a “mediação antecedente” tem expressa previsão em lei.

⁷⁹ FALECK, *Op. cit.*, p. 164.

A Mediação é célere e tem duração certa — determinada pelos próprios envolvidos. Seu tempo é medido em reuniões: horas, dias, semanas. O Poder Judiciário trabalha com outra régua temporal — indeterminada.

Os custos financeiros da Mediação cabem nas possibilidades dos envolvidos. “Na maioria das vezes, a mediação reduz consideravelmente os custos financeiros além dos irreparáveis e incalculáveis custos emocionais”⁸¹. Se realizada com um mediador independente, haverá pagamento de honorários referentes às horas trabalhadas. Se realizada em uma instituição privada (câmara de Mediação), há também o pagamento de uma taxa de manutenção do procedimento.

Tanto no aspecto duração, quanto no aspecto custos, a mediação é dotada de previsibilidade, dada a sua natureza contratual⁸², fundada na autonomia de vontade dos envolvidos; as pessoas têm total noção e controle de quanto tempo durará a Mediação e quanto dinheiro será investido neste trabalho de gestão do conflito.

Com um Mediador independente, os envolvidos constroem e assinam um *Pacto de Mediação*, que estabelecerá as regras procedimentais para aquela Mediação específica: duração da Mediação, das reuniões, divisão dos custos – tudo de maneira adaptada às necessidades apresentadas. Em uma câmara de Mediação, há um regulamento estabelecendo as regras de trabalho (que também são flexibilizadas, de acordo com a autonomia da vontade dos participantes) e o custo. Em ambos os casos, prevalecerá a informalidade e a oralidade, para propiciar a interação dos empresários. Em ambos os casos, o acordo a respeito do procedimento de resolução da disputa pode ser considerado como o embrião para que se inicie uma conversa construtiva sobre o mérito do conflito que se quer resolver com efetividade.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 169.

⁸¹ GROSMAN, Claudia F. e BAYER, Sandra R. G. O.. *As oportunidades da aplicação da mediação no âmbito empresarial. Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*, coordenação de ALMEIDA, Tânia et al., 1ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 384

⁸² BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a Administração Pública*. São Paulo: CLA, 2021, pp. 154-198. Já se falou acima que a natureza da recuperação de empresas é compatível com a Mediação. Aproveita-se a oportunidade para enfatizar-se que a compatibilidade também se deve ao fato de que ambos os institutos têm natureza contratual: “Na recuperação judicial prevalece a autonomia privada das partes para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*, 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 33).

A Mediação não nega a existência de barreiras para a solução consensual de conflitos, quer sejam elas de natureza psicológica (uma repulsa/aversão de aproximar-se da pessoa/situação conflituosa) ou de natureza cultural (uma sensação de insegurança ao não se socorrer do poder/hierarquia estatal para pedir uma solução). A mediação crê que os empresários são capazes de transpor essas barreiras, com a esperteza e a coragem inerentes aos empreendedores, aptos a resolver questões pelo diálogo, com a certeza e a segurança de que: (a) a Mediação só poderá produzir decisões vinculativas se houver o consenso; (b) haverá a garantia de encerrar-se a Mediação a qualquer momento; (c) a tentativa de resolução consensual não causará atraso substancial, (d) não gerará custos adicionais (ou eles serão baixos e previsíveis) e (e) não acirrará os ânimos dos envolvidos.

5. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL – PROCEDIMENTO E PREPARAÇÃO.

O uso da Mediação pode estar previsto previamente em contrato (junto com a usual “cláusula de eleição de foro”) ou pode surgir como opção dos empresários após o surgimento do conflito, mesmo sem cláusula contratual que a estabeleça (a chamada Mediação *ad hoc*). A legislação brasileira ainda prevê que a Mediação possa ser oferecida aos empresários por determinação do juiz, após a instauração de um processo judicial.

A Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) estabelece regras gerais a todas as Mediações. Faz-se menção à lei para explicar que, para dar início à Mediação, basta que uma das pessoas envolvidas no conflito envie um convite (por qualquer meio de comunicação) para os demais interessados. Se não respondido no prazo de trinta dias, considera-se o convite como tendo sido recusado (artigo 21).⁸³

⁸³ Quer seja no caso de não-resposta ao convite, de recusa expressa a ele ou de realização da Mediação sem a celebração de acordo, o mediador (ou câmara de mediação) elabora um termo, contendo apenas a declaração de que ocorreu a tentativa de mediar o conflito. Esse documento pode ser levado a um eventual processo judicial promovido pelas pessoas e, no processo, o juiz não determinará a realização de uma primeira reunião de mediação obrigatória. Ou seja: haverá um ganho de celeridade no processo judicial. Mas enfatiza-se que nada obsta que a Mediação venha a ser realizada em outro momento, com ou sem processo judicial instaurado, ou quantas vezes as pessoas queiram.

Boas-práticas demonstram que a realização de uma primeira reunião individual (chamada de pré-mediação) entre o mediador e a pessoa (física ou jurídica) convidada para a Mediação deva ser realizada para esclarecer o que se espera: (a) dos envolvidos, (b) do mediador e (c) do processo como um todo. A pré-mediação é fundamental para gerar a decisão informada de adesão (ou não) à Mediação e para possibilitar o verdadeiro engajamento dos participantes. Com a pré-mediação, começa-se a construir um ambiente de confiança para as negociações bilaterais ou multilaterais que ocorrerão na Mediação. A não ser que os envolvidos combinem de outra maneira com o mediador, é praxe que, caso não haja adesão, não são devidos honorários ao mediador pela realização desta primeira reunião de pré-mediação (esta prática veio a ser encampada nos textos legais que tratam da Mediação, como, por exemplo, no § 3º do artigo 22 da Lei de Mediação e no § 9º do artigo 3º da Recomendação 58 do CNJ).

Quer seja no caso de recusa ao convite ou no caso de encerramento da Mediação sem a celebração de acordo, todos os outros meios de gestão do conflito (arbitragem ou decisão judicial, por exemplo) continuam disponíveis. “Mesmo que a mediação não produza um acordo, ela iniciará a rota que levará a outros processos”⁸⁴. Ou seja: a escolha pela tentativa da Mediação do conflito mantém todas as outras portas de acesso à justiça abertas e ainda ajuda na escolha de uma destas outras portas.

Na Mediação, para construir a melhor solução possível e legítima para todos, os participantes são assistidos por seus advogados e por especialistas de quaisquer outras áreas do conhecimento que se façam necessários para o caso concreto (p.ex.: avaliadores, contadores, economistas, engenheiros etc., tudo a depender das especificidades em jogo). Os esclarecimentos técnicos, que não têm natureza probatória, são dirigidos aos próprios envolvidos no conflito, para suprir suas necessidades de informação e sanar suas dúvidas. É princípio da Mediação a geração de uma decisão forte e informada.

Importa notar que este artigo considera que a participação do advogado é imprescindível para o sucesso da Mediação empresarial. Antes mesmo da escolha do método de gestão do conflito, cabe ao advogado desenhar para o cliente uma árvore decisória, com a análise dos riscos e conveniências de cada ramo possível (negociação direta, mediação, jurisdição, arbitragem, entre outros) e com a precificação dos diferentes métodos (precificação do processo e dos impactos para o negócio).

⁸⁴ FALECK, *Op. cit.*, p. 168.

Uma vez eleita a Mediação, o advogado é o profissional que cuida para que as decisões sejam tomadas dentro das margens da legalidade. Que possibilita encontrar soluções criativas e com respaldo jurídico. E que pode ajudar a definir parâmetros objetivos para a tomada de decisão. A experiência do advogado permite ampliar o leque de alternativas para a resolução da disputa. Sua participação é firme na defesa dos interesses de seu cliente e busca englobar o atendimento aos interesses dos demais participantes.

A preparação é peça chave para uma Mediação bem-sucedida. Por parte do mediador, a preparação corresponde à escolha dos métodos e técnicas adequados para a gestão do conflito a ele apresentado, previsão das tecnologias de informação e comunicação que serão utilizadas, quantidades de horas que serão trabalhadas, ordem das reuniões, entre muitos outros detalhes. É papel do mediador planejar os passos para a boa execução do trabalho e, ao mesmo tempo, estar aberto para ouvir as necessidades dos mediandos e redesenhar os planos em conformidade com tais necessidades. Por exemplo, o mediador deve estar sensível para ajudar no equacionamento das demandas urgentes dos empresários. A reconstrução do plano de Mediação inicial é tarefa fundamental do trabalho mediador, sempre exercido com flexibilidade e criatividade e com total respeito à autodeterminação dos envolvidos.

A preparação também é essencial por parte dos empresários e de seus assessores. Antes mesmo da primeira reunião de Mediação, advogado, cliente e técnicos das mais diversas áreas trabalharão lado a lado com o objetivo de:⁸⁵

mapear o conflito e seus efeitos. Os efeitos do conflito vão muito além dos custos financeiros e abrangem aspectos emocionais, relacionais, de tempo, de perda de produtividade, perda de imagem perante o mercado etc. — todos estes podem ser abarcados pela Mediação. Um mapeamento bem realizado, além de fortalecer as pessoas para estarem na Mediação, organiza os temas da disputa, de modo que, mesmo se a Mediação não vier a pôr termo a todos os temas, propiciará um tratamento mais adequado do conflito por outros métodos de resolução. Um mapa amplo e complexo considera a saúde financeira da empresa (seus resultados, lucros, investimentos) e leva em consideração a performance não-financeira (como valores de segurança, sustentabilidade, diversidade, ações sociais); também inclui a cultura das empresas envolvidas, assim como suas necessidades, anseios, receios e impasses. Ter em mente um mapa sistêmico, permite a gestão adequada de relações e de conflitos.

⁸⁵ URY, William, FISHER, Roger e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim - Como negociar acordos sem fazer concessões*, edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

- analisar quais são os reais interesses em jogo: aquilo que mais importa para a empresa; o que é fundamental obter/preservar ao final da Mediação. Mais do que pensar no pedido (o que se pede), há de se buscar os fundamentos do pedido (porque aquilo é tão importante). Ter em mente seus próprios interesses e estudar os prováveis interesses dos outros envolvidos ajudará muito a encontrar soluções de ganhos mútuos. Reconhecer que os outros envolvidos têm interesses legítimos é um passo importante para encontrarem-se saídas criativas que atendam a todos. Mesmo quando os pedidos (posições) são diferentes, os interesses que os fundamentam podem ser compatíveis. Um exemplo singelo é o de que *comprador e vendedor* têm interesses compatíveis, mesmo visando a bens da vida diversos. Outro exemplo clássico de interesses complementares em negociações é aquele que remete às duas crianças que brigam por uma laranja: a resposta padronizada de justiça mandaria dividir a laranja ao meio; o Mediador pergunta pelos interesses das crianças (os “porquês”) e descobre que uma quer a casca para fazer um bolo e a outra quer beber o suco; a solução é otimizada e ambas saem plenamente satisfeitas.
- pensar em critérios objetivos (p.ex.: como o mercado costuma atuar, critérios técnicos, jurisprudência aplicável) que possam ajudar a solucionar a disputa e que poderão unir as pessoas em prol de uma solução comum. Pensar em critérios objetivos não significa tirar a emoção da mesa de negociação. É comum, nas Mediações, após uma compreensão mútua das pautas subjetivas e emocionais que travavam a negociação, que ocorra uma ampliação de opções objetivas para a gestão do conflito. GROSMAN/BAYER enfatizam: “Qualquer empresa é constituída e gerida por seres humanos, o que traz para o mundo empresarial uma instabilidade natural nas suas relações internas e externas”⁸⁶. Na Mediação, ambas as pautas (objetivas e subjetivas) podem ser harmonizadas.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 383.

- estudar quais seriam o melhor e o pior cenário, caso não se construa um acordo na Mediação. Saber o que nos espera fora da mesa de negociação conduz à celebração de um acordo realmente vantajoso. E, se existe uma melhor alternativa além da negociada, não há motivo para prosseguir na Mediação. A visão sistêmica e dinâmica (a) do *mapeamento do conflito*, (b) dos *critérios objetivos* e (c) das *alternativas à negociação*, permitirão aos empresários realizar uma verdadeira análise dos riscos envolvidos, que servirá como uma bússola a indicar o modo de gerir o conflito de maneira otimizada e realista.
- estabelecer uma zona de possível acordo (ZOPA), com uma meta, ou seja, um “ponto alvo” (ponto ideal ou de aspiração) que se pretende atingir através da negociação; e com um “ponto de reserva”, que corresponde ao limite mínimo e aceitável a ser negociado. Assim como nos interesses, ter em mente a sua ZOPA e estudar os limites de negociação dos outros envolvidos ajudará muito a encontrar soluções de ganhos mútuos.

A Mediação é dinâmica. As pessoas dispõem de informações de maneira assimétrica e a Mediação reduz essa assimetria. O mediador trabalha para gerar um fluxo de informações úteis e compreensíveis a todos os envolvidos. Assim, conforme as reuniões desenvolvem-se, advogado, cliente e demais assessores de outras áreas do conhecimento devem conversar, permanentemente, para redefinir suas estratégias e metas. A Mediação exige uma dedicação profunda dos consultores (jurídicos, financeiros, entre outros) a seu cliente, desde o início, para o desenho das estratégias e, continuamente, para redesenhá-las.

Para afinar a sequência de passos de uma Mediação, podem ser realizados intervalos técnicos dentro de uma mesma reunião ou pode ser agendada a continuidade para outra data. Mesmo após a assinatura do Pacto de Mediação, prevalece a ideia de que o procedimento é flexível e adapta-se às necessidades dos participantes. Não há um procedimento rígido e massificado, como ocorre no processo judicial.

Muitas vezes, as estratégias individuais podem ser repensadas em reuniões privadas com o auxílio do Mediador (sem a presença dos demais envolvidos). Essas reuniões privadas podem ser solicitadas pelos participantes ou pelo Mediador a qualquer momento. A reunião privada é confidencial: as informações e documentos apresentados ao mediador não são transmitidos aos demais participantes da Mediação (a não ser que a própria pessoa, expressamente, abra exceção à confidencialidade). O Mediador, tendo ciência de informações (como os interesses que movem os mediandos ou suas zonas de negociação aceitáveis) que não se quer compartilhar com os outros envolvidos, poderá trabalhar para harmonizar interesses aparentemente incompatíveis e para incentivar a criação de soluções que satisfaçam a todos.

6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO MEDIADOR.

Sobre o Mediador, cabe ressaltar: ele é um terceiro, com expertise em comunicação e em técnicas de negociação, escolhido (ou aceito) pelos envolvidos, que facilitará a negociação. A atuação do mediador ocorre de maneira imparcial e independente — ele não privilegiará qualquer um dos envolvidos. Esse é um dos diferenciais da Mediação quando as tentativas de negociação direta falharem: a imparcialidade do Mediador impulsiona as pessoas a encontrarem a solução comum, que seja eficaz e exequível.

O mediador não tem poder para impor uma decisão vinculante (que deva ser cumprida obrigatoriamente pelos mediandos). O compromisso do Mediador é com a resolução otimizada do conflito, construída dialogicamente pelos próprios envolvidos na relação que atravessa uma crise. A resolução co-construída gera a sensação de que todos os participantes têm seus interesses atendidos; os envolvidos colaboram para a construção de uma saída que entendem ser atraente e justa para aquela determinada conjuntura.

Cabe ao mediador, de maneira realista, ajudar a transformar a ótica das pessoas, para que vejam o conflito não como problema a ser extirpado, mas sim como oportunidade de aprimoramento, desenvolvimento e evolução.

Visando à excelência da prestação dos serviços, a depender do grau de complexidade do conflito, a Mediação poderá ser conduzida por um único mediador, por uma dupla ou por uma equipe; não há formato pré-definido. Os mediadores que atuarão no caso concreto somam suas competências (que podem vir de diferentes áreas do conhecimento — em interdisciplinaridade).

Espera-se do mediador (ou equipe) tanto o domínio de técnicas de comunicação e de negociação, quanto noções dos direitos materiais e processuais envolvidos, assim como noções do mercado e do negócio empresarial que está em jogo.

7. CONSIDERAÇÃO FINAL.

Em conclusão, enfatiza-se que a autonomia da vontade que rege a Mediação conduz pessoas e empresas de volta à lógica de interdependência negocial (diferente da lógica adversarial). A Mediação traz as pessoas ao mesmo espírito que as levou a assinarem o contrato e escolherem-se como parceiros. Empresários engajados na resolução mútua e consensual do conflito buscam minimizar perdas e maximizar ganhos econômico-financeiros e relacionais. Os próprios participantes da Mediação produzem uma solução vantajosa e customizada (feita sob medida) que atenda legitimamente aos interesses dos envolvidos e que, por isso, tende a ser espontânea e comprometidamente cumprida.

8. FONTES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação – aportes práticos e teóricos*, 3ª edição. São Paulo: Dash, 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a Administração Pública*. São Paulo: CLA, 2021.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*, 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

DUMAS, Alexandre. *O Conde de Monte Cristo – edição comentada e ilustrada*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

FALECK, Diego. *Mediação como mecanismo de resolução de disputas jurídicas: raízes e perspectivas. Mediações: perspectivas plurais*, coordenação de PEREZ, Clotilde e TRINDADE, Eneus. Barueri: Estação das Letras e Cores, 2020.

FREITAS DE SOUZA, Mariana, ASSIS, João A. e MAIA, Andrea. *A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*, coordenação de ALMEIDA, Tânia et al., 1ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GROSMAN, Claudia F. e BAYER, Sandra R. G. O.. *As oportunidades da aplicação da mediação no âmbito empresarial. Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*, coordenação de ALMEIDA, Tânia et al., 1ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LEVY, Fernanda R. L.. *Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LONGO, Samantha M. e SOUZA NETTO, Antonio E. de. *A recuperação empresarial e os métodos adequados de solução de conflitos*. Porto Alegre: Paixão, 2020.

PALMA, Andréa G. e JACIR, Carmem S.. *A mediação na recuperação judicial e as técnicas inerentes ao mediador empresarial*. Disponível na rede mundial de computadores em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/4041555177A901_consensuais.pdf

e

https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/347224/a-mediacao-e-as-tecnicas-inerentes-ao-mediador-empresarial?U=3593769B_DFE&utm_source=informativo_click&utm_medium=1752&utm_campaign=1752, publicado e consultado em 18/06/2021.

URY, William, FISHER, Roger e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim - Como negociar acordos sem fazer concessões*, edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

Anotações do autor nas aulas do *Curso de Aperfeiçoamento em Mediação na Recuperação Extrajudicial e Judicial de Empresas*, ocorrido entre 03/03/2021 e 29/06/2021, promovido pela ALGI Mediação e pelo Instituto D'Accord, com a coordenação e docência de Ana Luiza Isoldi, Alessandra F. Bonilha, Fernanda Levy, Sandra Bayer e Soraya Nunes e corpo docente convidado: Adolfo Braga Neto, Andrea Palma, Christiana Beyrodt Cardoso, Cinira Gomes Lima Melo, Francisco Satiro, Elias Mubarak Júnior, Ignacio Guenka Palma, Joice Ruiz, Juliana Bumachar, Juliana Loss, Nathalia Mazzonetto, Paulo Furtado de Oliveira Filho e Renata Mota Maciel.

A MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS COMO PROCESSO TRANSFORMADOR

Maria Clara Villacorta⁸⁷
José Antonio Mangini Junior⁸⁸

RESUMO:

Este artigo propõe oferecer um olhar prospectivo para os processos de Recuperação Extrajudicial ou Judicial, estabelecendo, para tanto, um paralelo com outras operações empresariais complexas sob a perspectiva de fluxo de informações, reestruturação e implantação de novos processos sob a luz do papel social da empresa preconizado na lei brasileira e estrangeira. Neste cenário, a Mediação (e suas ferramentas) se apresenta como meio mais adequado a contribuir para uma transformação da cultura empresarial e conformação a novas realidades.

Palavras-chave: Recuperação de empresas, M&A, IPO, Joint Venture, Conflitos, Mediação.

ABSTRACT:

This article is aimed at offering a prospective view on Judicial or Extrajudicial Reorganization or creditors arrangement through a comparative approach of other corporate complex processes and operations, under the perspective of information flow and restructuring /implementation of new internal processes in light of the social role of a company set forth in Brazilian and International laws. In this scenario, Mediation (and its tools) is seen as the most adequate mean to transform and conform organizational culture to updated reality.

Key-words: Judicial Reorganization (Chapter 11), M&A, IPO, Joint Venture, Conflict, diation.

⁸⁷ MARIA CLARA VERGARA GOMES VILLACORTA é advogada empresarial com atuação em Direito Societário e Contratual, formada pela Faculdade de Direito da USP (1989) e com Pós Graduação *latu sensu* em Direito Comercial pela mesma Universidade (1991). É mediadora capacitada pela ESA/OAB/SP e pós graduada em Meios Alternativos de Resolução de Conflitos Humanos pela ESA/OAB/SP. Possui diversas certificações na área de mediação e é membro da Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos da OAB/SP.

⁸⁸ JOSÉ ANTONIO MANGINI JÚNIOR é advogado consensual, formado pela PUC/SP – OAB/SP nº119.527. Pós-graduado em Métodos Adequados de Resolução de Conflitos Humanos pela ESA/OAB/SP. Certificado em Capacitação, Treinamento e Aperfeiçoamento de Mediadores e Conciliadores – CNJ, Mediador privado com certificação pela ALGI, ICFML – IMI, Mediaras, IMAB, ADR-ODR, dentre outras certificações. Secretário-geral da Comissão Especial da Advocacia na Mediação, gestão 2019-2021 e membro da Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos da OAB/SP.

1. INTRODUÇÃO
2. MEDIAÇÃO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL
3. PROCESSOS EMPRESARIAIS DE M&A, IPO, JOINT VENTURE E RECUPERAÇÃO. O QUE ELES TÊM EM COMUM?
 - 3.1 FASE PREPARATÓRIA
 - 3.2 DUE DILIGENCE (AUDITORIA)
 - 3.3 REORGANIZAÇÃO DOS ASPECTOS REPORTADOS PELA AUDITORIA
 - 3.4 NEGOCIAÇÃO
 - 3.5 ASSINATURA DOS ACORDOS
 - 3.6 PÓS FECHAMENTO
4. O MEDIADOR NO CENÁRIO DA RECUPERAÇÃO
5. CONCLUSÕES
6. BIBLIOGRAFIA

1. Introdução

Visto por muitos como um remédio amargo e por outros como uma oportunidade de reorganizar situação de inadimplência criada por circunstâncias de mercado, má gestão ou até mesmo infortúnio passageiro, o processo de recuperação extrajudicial ou judicial de empresas é, sem dúvida, um caminho complexo, repleto de percalços e gerador de muitos conflitos. Como tal, exige muita estratégia, clareza e agilidade na tomada de decisões, planejamento eficaz e, acima de tudo, visão global da empresa e do sistema em que ela se insere com a orquestração dos diversos interesses rumo a uma possível saída favorável.

Qualquer falha no desenho, entendimento ou interpretação pode ser fatal e levar ao desfecho que o próprio processo pretende evitar: a falência, esta sim, situação de ruptura e tomada de decisões extremas, desgastantes para a sociedade, para os sócios, empregados, colaboradores e todos os que dela dependem direta e indiretamente.

O artigo 47 da Lei 11.101/2005 (“Lei de Falências” ou somente “LF”) ao estabelecer que “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 o estímulo à atividade econômica.” está, na verdade, exaltando tal organização de interesses com vistas a um bem maior, à preservação das relações empresariais, da atividade econômica, do bem e função social da empresa. A preservação da empresa sempre estará no topo da lista das prioridades, sem deixar de lado a satisfação adequada dos credores. O princípio da função social da empresa também está fundamentando na nossa própria Constituição (art. 5º. XXIII), além do art. 966 do CC e inúmeras normas legais no mesmo sentido.

Reforçando e ampliando este olhar, a Lei 14.112/2020, ao trazer suas inovações, possibilitou ao devedor que, uma vez superada a crise, retorne ao mercado, nele permanecendo economicamente ativo, dando sequência à atuação na economia em que se inseria, tal como um entendimento de reempreendedorismo. Este olhar também se alinha aos mais modernos institutos falimentares mundo afora. Neste sentido, artigo inaugural da Revista do Advogado,

no. 150, da lavra do douto Juiz Titular da 1ª. Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Dr. Daniel Carnio Costa ressalta:

O novo sistema trazido pela Lei nº 14.112/2020 facilitou a extinção das obrigações do falido ao diminuir de 50% para 25% o limite mínimo de pagamento dos credores quirografários e, principalmente, ao dispor que, decorrido o prazo de três anos da decretação da quebra, o falido já pode ter extintas as suas obrigações mediante a entrega do patrimônio sujeito à falência. A mudança veio em boa hora, na medida em que, no sistema revogado, a vinculação do início da contagem do prazo de reabilitação do falido ao efetivo encerramento do processo de falência representava grave violação aos direitos fundamentais do cidadão. Tendo em vista que o processo de falência não possuía – e ainda não possui – um prazo certo para ser encerrado, submetia-se o falido, na prática, a uma pena quase perpétua que o excluía definitivamente da vida econômica e do livre exercício de suas iniciativas empresariais. Tal situação violava os direitos fundamentais ao trabalho e à livre iniciativa, além de vulnerar em certa medida a própria dignidade da pessoa humana. O sistema anterior também violava a própria lógica do sistema de insolvência empresarial, que visa sanear o funcionamento do sistema econômico, sem a criação de párias da economia, o que representaria um grave prejuízo ao desenvolvimento social e econômico do país.⁸⁹

Há que se considerar que a permanência do devedor em uma recuperação pelo período determinado pela legislação gera, sem dúvida, algumas dificuldades financeiras e negociais para a empresa, com limitado acesso a recursos provenientes de agentes econômicos. No entanto, ao empresário que aprova um plano de recuperação está reservada uma dedicação mais atenta à retomada de suas atividades e ao cumprimento do plano de maneira bastante focada e com capacidade de um maior controle e perseguição das metas ali estabelecidas.

⁸⁹ COSTA, Daniel Carnio. O *fresh start* no novo sistema de insolvência empresarial brasileiro. Revista do Advogado. Editora AASP, edição 150, Junho 2021. São Paulo, Brasil.

Por sua vez o entendimento mais contemporâneo da definição de empresa que é trazido no art. 966 do nosso Código Civil considera empresário aquele que exerce atividade econômica organizada com a produção e distribuição de bens ou de serviços. Para corroborar tal entendimento:

A partir dessa nova tendência, o Direito Empresarial deixa de cuidar somente das atividades comerciais expressamente previstas em um determinado ramo e passa a regular uma maneira especializada de produzir e circular bens e serviços. Essa forma especializada de produção e circulação de bens é a empresa, atividade que reúne de forma organizada elementos como trabalho, capital, insumo e tecnologia (fatores de produção) para produzir ou circular produtos ou serviços com o escopo de auferir lucros. A empresa, além disso, desempenha uma relevante função social, sobretudo porque promove a circulação de bens e serviços, redistribui a renda, gera empregos, recolhe grande volume de tributos, contribui com o desenvolvimento tecnológico, além de outras contribuições do gênero. Não há dúvida, portanto, de que a empresa é indispensável à saúde econômica do Estado.⁹⁰

Olhos menos treinados poderiam não enxergar, mas o entendimento ressaltado acima traz em seu bojo vários princípios da Mediação, quer no olhar macro na preservação e função social da empresa e, conseqüentemente, da saúde econômica do Estado quer na busca dos reais interesses, tanto da devedora como dos credores em todas as suas categorias, quer no período pós recuperação procurando manter as relações e a confiança para alcance dos objetivos do processo de recuperação.

As alterações trazidas pela Lei 14.112/20, notadamente a sessão II A, do artigo 20, que trata “Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial”, deixam claro que o acesso à justiça e as possibilidades do então denominado Tribunal Multiportas⁹¹, é uma maneira mais ampla de entender o processo de recuperação que possibilita à sociedade, aos advogados, aos juízes e a todos agentes do Direito, obter grandes benefícios e resultados mais sustentáveis em termos de adequação, tempo e custos, preservando os interesses dos envolvidos, maiormente no que tange às empresas tão vulneráveis neste período de recuperação.

⁹⁰ SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de, LONGO, Samantha Mendes. A Recuperação Empresarial e os Métodos Adequados de solução de Conflitos. 1ª. Edição. Porto Alegre: Paixão Editora, 2020, p. 95/96.

A recuperação extrajudicial aperfeiçoada nas normas legais mais recentes, pode, ademais, trazer um novo fôlego para esta modalidade, comportando de forma quase natural, a Mediação, Negociação e Conciliação, a depender do caso.

Apresenta-se assim, em nosso ordenamento jurídico, especificamente agora no que diz respeito à recuperação, um terreno fértil e profícuo para a composição, negociação, Mediação e Conciliação, cuja necessidade não é de hoje.

2. Mediação e Recuperação Judicial

Há muito está na pauta as dificuldades e deficiências do Poder Judiciário, somado ao alto custo determinado pela lentidão e quantidade intermináveis e inesgotáveis de recursos que se pode utilizar neste sistema de justiça heterocompositiva, fazendo-nos acreditar que a justiça tardia, não pode ser chamada de efetiva, principalmente em casos onde o destino de empresas está em evidência com tudo que essa, consigo, reboca.

As soluções por meio de consenso estão em nossa Carta constitucional, no atual Código de Processo Civil, com uma seção inteira dedicada ao tema (Seção V do Capítulo III, artigos 165 e seguintes), e em mais de 100 citações ao consenso na legislação processual civil. Na esteira do CPC de 2015, temos a Lei de Mediação, sob o no. 13.140, de 26 de junho de 2015, bem como outras tantas disposições em legislações específicas a exemplo da Lei de Desapropriações do Município de São Paulo (Lei no. 13.867/2019) ou da Lei 17.324/2020 que trata sobre a transação de débitos fiscais e Mediação na municipalidade paulistana ou ainda na lei federal que instituiu os mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor (Lei no. 14.181, de 01 de julho de 2021).

⁹¹ Tribunal multiportas, expressão criada pelo advogado americano e professor de Direito da Harvard Law School, Frank E. A. Sander, que prevê o direcionamento dos processos que chegam à qualquer Tribunal para os diversos meios adequados de solução de conflitos e, conforme a fala do professor doutor Carlos Alberto Carmona, em palestra proferida, com o título “O Sistema Multiportas e a Advocacia Negocial”, promovida pela ALGI no dia 15 de setembro de 2021, na concepção brasileira, hoje, do Sistema Multiportas, não pensamos mais em portas no *atrium* do Fórum, pensamos em portas antes do Fórum, sendo a alternativa Fórum como uma destas portas.

Ou seja, o que não falta são normas jurídicas a dar embasamento legal ao assunto, o que faz com que sequer o desconhecimento por parte dos operadores do Direito e, tampouco, a desconfiança no processo e nos profissionais possam ser objeto de escusa. Defato, para reforçar o argumento, temos inúmeros casos já aplicados por nossos operadores da Justiça como referenciais e basilares, tais como os da OI, Saraiva, ENPAV, dentre outros.

Nosso Judiciário já tem incorporado a Mediação aos processos de forma ainda bastante incipiente, mas sustentado por legislação específica, quer com a Recomendação no. 58 do Conselho Nacional de Justiça, editada em 22 de outubro de 2019 que teve o propósito de promover o uso de Mediação nos processos de recuperação empresarial e falências e a Recomendação de no. 71 do mesmo CNJ que trata da criação de CEJUSCS⁹² de natureza empresarial. Tribunais estaduais espalhados pelo Brasil também trataram do assunto com muita acuidade.

Não fossem os casos já vivenciados em nossos Tribunais, várias seriam as referências em outros países como os Estados Unidos e várias nações do continente Europeu, em sua maioria, com sucesso em seus resultados. As normativas comparativas podem ter variações, mas o escopo é sempre o mesmo: o da recuperação da empresa e da atividade empresária com proteção dos envolvidos e do mercado como um todo, apresentada, a via do consenso, como ferramenta de máxima efetividade para o alcance deste objetivo.

Todo este cenário contribuiu efetivamente para a inserção da seção II-A à então LF anteriormente mencionada,⁹³ sendo tal inserção um desenvolvimento natural ao entendimento mais moderno de que a recuperação pode ser encarada como uma oportunidade para a construção de novos caminhos ou, como se costuma dizer um “*turning point*”, uma transformação.

Outrossim, as diretrizes estabelecidas pela Recomendação no. 58 do Conselho Nacional de Justiça para a implementação da Mediação como forma e “auxiliar a resolução de todo e qualquer conflito entre empresário/sociedade, em recuperação ou falidos, e seus credores, fornecedores, sócios, acionistas e terceiros interessados no processo”, bem como a existência de alguns casos já exitosos de Mediação em processos de recuperação judicial em varas especializadas e algumas outras comuns, inclusive os acima mencionados, reforçam e embasam a possibilidade da utilização da Mediação em vários momentos do processo de recuperação como, por exemplo imediatamente antes da realização da Assembleia Geral dos Credores (AGC) em Recuperação Judicial para viabilizar de maneira eficaz e metodológica a negociação com os credores e auxiliar na elaboração de um plano factível de recuperação, inclusive com a possibilidade de conversão de procedimentos em recuperação extrajudicial se assim caminharem condignamente mas também antes do início do processo, em sua preparação, desenvolvimento ou cumprimento.

⁹² Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

⁹³ Seção II-A do Artigo 20 da Lei 14.120/2020: Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial

As ferramentas da Mediação e conciliação se adequam, ademais, a questões prévias ao processo de recuperação propriamente dito como, por exemplo, na avaliação da situação geral da empresa e dos personagens que participam de suas atividades, na preparação do processo, na escolha do melhor formato, todos aspectos que, se bem conduzidos, podem tornar o processo mais fluido, encaminhando-o para a circulação das informações, garantindo transparência, simplificação das estruturas e organização da negociação.

Aliás, a Mediação se apresenta como forma de preparar não só o processo de recuperação, mas ainda se apresenta como adequada e com excelentes resultados em processos empresariais de distintas naturezas, mas que, a nosso ver, comungam com a recuperação em vários de seus aspectos. Mencione-se aqui, as operações de fusões e aquisições (M&A, IPO, JointVenture)⁹⁴ e outras formas de operações complexas que tenham por objetivo ampliar a atuação da empresa, potencializar seu impacto no mercado e na concorrência, preservar as relações internas e, conseqüentemente, melhorar sua performance estabelecendo um ambiente colaborativo. Todos, inclusive a recuperação, são processos estratégicos e muitas vezes sofisticados que podem ter seus resultados potencializados, sem dúvida, com o auxílio da Mediação, vez que falhas em seu percurso, especialmente na recuperação, quando a empresa se encontra fragilizada por situação financeira difícil, poderão implicar em conseqüências drásticas, impacto em custos muito superiores do que o previsto e a possibilidade de criar mais.

⁹⁴ M&A é o nome amplamente difundido no meio empresarial para *Mergers and Aquisitions*, ou seja, fusões e aquisições que englobam todas as situações de compra ou venda de participações e ativos de sociedade(s) por outra(s) que levam a uma combinação ou incorporação das atividades econômicas das empresas envolvidas; IPO é a sigla em inglês para *Initial Public Offer* ou Oferta Inicial de Ações, um procedimento de emissão de ações por companhia em bolsa *Joint Venture* quer dizer empreendimento em conjunto, ou seja, associação, consórcio, acordo entre sociedades para finalidades comuns. conflitos e potencializar os já existentes.

3. Processos Empresariais de M&A, IPO, Joint Venture e Recuperação. O que eles têm em comum?

Os processos que unem estratégias para a consolidação de negócios mediante a compra e venda, incorporação e união de pessoas jurídicas para criação de nova empresa são, de um modo geral, referidos sob o guarda-chuva do M&A ou, no Brasil, fusões e aquisições. Embora não seja regra geral de que um processo de M&A é algo positivo, pode-se considerar que o mesmo envolva ou gere a esperança de envolver, no mais das vezes, um desfecho positivo. A empresa adquirente ou a incorporadora pretende aproveitar sinergias, atender interesses abraçando a estrutura e atividade da sociedade incorporada ou comprada, adequando uma nova cultura àquele empreendimento que surgirá dali.

Da mesma forma, quando falamos em IPO e Joint Venture parece difícil não surgir uma ideia positiva de que todos são voltados para o crescimento, melhoria da competição, expansão das empresas envolvidas, tendo em comum a ideia de que se tratam de processos complexos que exigem planejamento, avaliação, constantes negociações e tomadas de decisões com estruturação detalhada.

Seria ingênuo imaginar que nos processos referidos não há necessidades e interesses de naturezas distintas, tomada de decisão imediata e, conseqüentemente, conflitos, distintos aos da recuperação, mas presentes em 10 entre 10 projetos dessa natureza. Quando se fala de integração de culturas, fala-se também em desentendimentos e incertezas, em especial se uma das participantes estiver em situação de fragilidade, mormente financeira. Contudo, fala-se também em planejamento, organização e muito aprendizado e, sob este prisma, a sociedade que resulta daí, ainda que a mesma, terá outra configuração e, aproveitando-se dos elementos que a compuseram e da experiência adquirida ao longo do processo, sofrerá profunda transformação.

Para entender um pouco melhor estes processos e, dessa forma, fazer o paralelo com a recuperação de empresas, passaremos a analisar brevemente as 6 etapas que compõem a compra e venda, incorporação ou fusão de empresas destacando seus reflexos na recuperação de empresas.

i. Fase Preparatória

Esta fase compreende a identificação do objeto, os interesses em jogo, os *players* (interessados, sócios, *stakeholders*, terceiros afetados), intenções gerais, viabilidade do negócio, enfim, toda a organização prévia para o planejamento do negócio e orquestração dos atos que o comporão. Nos processos de M&A e de Joint Venture, esta etapa pode conter um protocolo de intenções prévias ou uma carta na qual se esboçará o negócio. Quando se trata de recuperação, esta fase é a avaliação inicial, a definição sobre qual caminho seguir antes mesmo de começar a falar com os credores ou os primeiros acordos, ou, ainda, a definição sobre a necessidade internado pedido de recuperação.

ii. Due Diligence (Auditoria)

Abrange a avaliação da empresa alvo ou da incorporada ou, ainda, das associadas e/ou seus negócios, no caso da *Joint Venture*, ou da emissora quando se trate de IPO. É uma análise pormenorizada da situação, ativos, passivos, contingências, riscos, questões jurídicas, operacionais, contábeis, fiscais, previdenciárias, trabalhistas, de forma a fazer a fotografia das empresas referidas. É o fundamento de qualquer dessas operações, vez que um diagnóstico mal feito pode colocar a perder toda a operação e seu futuro. Tratando-se de recuperação, há vários momentos em que auditorias são necessárias, quer previamente ao pedido de recuperação ou, uma vez pedido para distribuição dos grupos de credores, com ou sem ajuda de um Administrador Judicial (AJ), quando se tratar de recuperação judicial, para identificação das formas de organizar a negociação.

iii. Reorganizações dos aspectos reportados pela Auditoria.

Há bens que devam ser excluídos? Ativos que devam ser assumidos pelos sócios e que não integrarão o negócio? Há distribuições tratadas pelos sócios anteriormente e que devam ser formalizadas antes de levada a efeito a operação? Existem contingências que podem ser minimizadas caso ocorra uma reestruturação entre as empresas alvo? O estabelecimento de

novas políticas, regras de governança/ ESG⁹⁵ poderiam otimizar o valor dos ativos ou facilitar as negociações internas/externas? Qual seria a forma de implementá-las? Este é o momento de discutir, negociar, levar a efeito todos os acertos que permitam estruturar e viabilizar o negócio. Em empresas com dificuldades financeiras este momento é muito delicado porque as reorganizações devem se dar nos limites da lei para não haver lesão de credores, mas devem ser efetivas e voltadas a uma solução eficaz não disfarçando o remédio necessário para a recuperação da empresa.

iv. Negociação

Definidos os interesses, a estrutura desejada, os riscos, as contingências a situação das partes envolvidas e uma vez com “a casa limpa” já pelas reorganizações prévias necessárias, é hora de discutir o como: como atender os interesses das partes e viabilizar a operação? Como garantir que todos serão contemplados e terão satisfeitas suas necessidades, seus objetivos? Hora de falar em termos, em condições, em garantias. Evidente a ocorrência desta fase na recuperação tendo em vista que os credores deverão aprovar planos, aceitar condições, ter seus interesses organizados de forma a não prejudicar seu crédito e sem sufocar a empresa.

v. Assinatura dos acordos

Quaisquer que sejam os acordos ou a troca de documentos finais, esta é a etapa para “colocar a estrutura em pé”. Contrato de Compra e Venda de Ações, Protocolo de Incorporação, Acordo de Acionistas. É arregaçar as mangas, escrever, discutir, negociar, alterar até chegar a um produto que viabilize e satisfaça os objetivos do negócio, isto é, que torne concretos os termos acordados na etapa anterior. É o chamado fechamento. Não precisamos muito esforço para relacionar a finalização e aprovação do Plano de Credores com esta fase.

⁹⁵ ESG (Environmental, Social and Governance) é a sigla em inglês que define Governança Ambiental, Social e Corporativa, grupos de medidas e normas de consciência coletiva de uma empresa em relação aos fatores sociais, ambientais e de governança corporativa.

vi. Pós Fechamento

É o “dia seguinte”, mas este pode se estender por vários meses ou até mesmo anos. Trata-se de levar adiante o objetivo mesmo da operação, lidando com os riscos, com as contingências e, além disso, com os aspectos cotidianos, a integração das equipes, a organização das atividades após efetivado o negócio pretendido pelas partes, o fortalecimento das políticas de governança, *compliance* e outras que impulsionam o desenvolvimento da empresa. Inclui os atos previstos nos contratos, mas em nenhum caso, se resume aos mesmos. É neste momento que florescem os efeitos positivos das operações cuidadas e as consequências negativas advindas de um mal diagnóstico, planejamento ou implementação negligente. Na recuperação, esta é a fase de cumprimento do Plano de Recuperação e deve ser acompanhada de perto para evitar que se desvie dos objetivos originais e que não surta os efeitos necessários para a continuidade da empresa.

Uma leitura rápida dos aspectos acima tratados e das fases desses processos empresariais transformativos evidencia sua semelhança com a recuperação de empresas, seja ela judicial ou extrajudicial, podendo notar que, em todas e em cada uma das etapas relatadas, há terreno fértil para conflitos, discussões, negociações, verificando, ainda, a marca da multidisciplinariedade e da necessidade de consenso para tornar factível o resultado positivo desejado.

São vários pontos em comum e algumas indicações que podem levar a um caminho de decisão necessária. Da fase preparatória com a identificação dos créditos e credores, natureza, garantias, passando pela auditoria da empresa em recuperação (com ajuda das informações do AJ quando se tratar de recuperação judicial), negociação dos termos de pagamento dos credores em preparação da Assembléia de Credores até chegar no Plano de Recuperação com o consequente e necessário cumprimento do plano, podemos, pela mera descrição, perceber que a comparação não é tão descabida.

Quando tratamos de empresas em situação de inadimplência, cenários estratégicos devem ser observados com muita acuidade. O primeiro deles é a crise marcada por dúvidas, incertezas e inseguranças que se espalham por todos os níveis da instituição, geralmente afetando todos os integrantes e parceiros comerciais. A confusão é tanta que não são raras as vezes em que uma empresa em dificuldades, se questiona sobre necessitar um investidor ou um acordo com seus credores. Esclarecedora, sob tal aspecto, uma entrevista publicada no site “Estadão” em 10 de junho de 2021 na qual o sócio de uma consultoria especializada em reestruturação e consultoria financeira afirma que as empresas que hoje precisam de liquidez estão entre pedir recuperação judicial e fazer uma captação via oferta pública de ações. “Como o mercado está demandando bastante, ela conta uma narrativa fraca sobre o seu futuro, consegue captar e resolve o problema no curto prazo. Mas, em dois ou três anos, com a frustração dos planos de negócios, elas terão de se reestruturar.”⁹⁶

Parece falhar, nesses casos, a investigação, as fases preliminares e a tomada de decisão podendo resultar em consequências desastrosas a curto e médio prazo. Esta constatação nos leva à conclusão, *contrario sensu*, que mais vale uma recuperação bem diagnosticada, planejada e estruturada do que um M&A ou IPO mal colocado que surja como uma solução fabricada para evitar os efeitos desagradáveis da recuperação.

Por outro lado, tomando-se o formato atribuído pela legislação moderna na qual se enquadra a legislação brasileira, associada ao conceito de função social da empresa já anteriormente referido e as experiências vastas em nosso meio empresarial, uma recuperação (judicial ou extrajudicial) bem cuidada pode levar a resultados excepcionais de manutenção da empresa, dos empregos, movimentação da atividade econômica e, por que não, efetiva transformação da mentalidade e da posição daquele agente no mercado em que se situa.

Caminhando ainda no plano da sociedade inadimplente, a crise é deflagrada, em geral, por algum credor que deseja ver seu crédito satisfeito, por circunstâncias de mercado, despesas inesperadas, fato novo incontrollável (a recente pandemia, por exemplo) ou uma grande variedade de fatores. Mas a explosão costuma ser mais uma consequência da gestão com vícios que se arrastam há tempos, muito antes dos atrasos no pagamento ou insuficiência de caixa. É o resultado de uma sequência de situações crônicas somadas. Na maioria das vezes, a crise é produto de conflitos mal resolvidos, decisões mal equalizadas, falhas de comunicação ou no estabelecimento de políticas internas, equívocos na interpretação dos sinais ao longo de muitos meses ou anos.

Outro aspecto evidente neste tipo de circunstância é a falta de confiança. Credores já não confiam nas promessas de pagamento nem nas possibilidades de solução da crise, funcionários não acreditam nas perspectivas de carreira nem têm certeza de que receberão sua remuneração em um futuro próximo, sócios passam a trocar olhares desconfiados pensando em como proteger seus patrimônios pessoais. Tudo isso só pode abalar as relações, causando um desequilíbrio que potencializa a tensão e multiplicando exponencialmente as disputas, os desentendimentos.

⁹⁶ Entrevista do consultor Ricardo Knoepfelmacher publicada no site “Estadão” em 10 de junho de 2021 que pode ser encontrado no link <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,qualidade-dos-ipos-no-brasil-caiu-muito-diz-socio-da-consultoria-rk-partners,70003742396.amp>.

Por fim e entre tantos outros pontos a serem destacados no enredamento de interesses de uma recuperação, está o constrangimento com o estigma de devedor ou, pior, de falido. Isto faz com que qualquer solução seja postergada, qualquer diagnóstico seja “disfarçado” levando a soluções não adequadas consistentes na abertura do capital ou a venda das participações, a ampliação das atividades em associações fadadas ao fracasso e que, em princípio pode resolver o problema dos sócios, mas não necessariamente, o da empresa em sua função social.

Encontrar a ponta desse novelo de interesses, dúvidas e conflitos exige tranquilidade, clareza, preparo e, claro, apoio especializado. Entender a atividade da empresa, identificar suas dificuldades, traçar o perfil dos credores, determinar qual foi o gatilho para a crise, verificar as possibilidades de negociação, os pontos fortes e fracos, os interesses, as consequências e o melhor caminho, seja via Recuperação Extrajudicial ou Judicial, ingresso de novos sócios ou novas associações, será indispensável para começar a sobrepor os tijolos na construção de uma saída viável.

4. O Mediador no cenário da Recuperação

Montar as peças do quebra-cabeça formado pela multiplicidade de elementos e personagens que se apresentam em processos como os referidos depende de profunda e habilidosa investigação e sobretudo de proporcionar a comunicação de maneira eficaz para que as informações necessárias venham à tona; o fluxo e quantidade de informações e ambiente propício para as tomadas das melhores decisões são situações que se impõem e palavras de ordem.

Outras questões também surgem, como impor o sigilo necessário, mantendo a lucidez sobre a gravidade do assunto, bem como o nível de transparência desejável a fim de evitar que se some à lista de desconfianças, a do consumidor na ponta final, dos parceiros de negócios, ou até da comunidade, se o caso.

A resposta inevitável é ampliar a visão, trazer um terceiro neutro e imparcial, garantir que essas preocupações naturais aos envolvidos não deixe assuntos de lado nem os minimizem até que tomem proporções fora do controle.

É em um momento anterior a qualquer decisão que um Mediador ou uma equipe multidisciplinar poderá auxiliar o empresário a tomar o melhor caminho tendo em vista suas necessidades, pretensões e legítimos interesses.

A função do Mediador está clara na lei: ele “auxilia e estimula as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. E são muitas as ocasiões controversas neste cenário empresarial.

Ao focarmos na recuperação, verificamos que a própria lei dispõe de mecanismos para viabilizar a Mediação antes ou durante o processo de recuperação.

A Mediação antecedente, por exemplo, faculta às partes requerer a tutela antecipada para que sejam suspensas as execuções por até sessenta dias, para propiciar fôlego necessário para as devidas negociações sem a espada pendular na cabeça do empresário (artigo 20-B, parágrafo primeiro), período que poderá ser descontado do *stay period*, caso a empresa prossiga com o pedido de recuperação judicial ou extrajudicial (artigo 20-B, parágrafo terceiro).

A nova lei também cuida atentamente dos limites do uso da Mediação nas situações em que o objeto da Mediação seja relativo à natureza jurídica e à classificação dos créditos e critérios de votação em Assembleia Geral de Credores (AGC), bem como os credores não poderão negociar o *stay period* em âmbito de Mediação (artigo 20-B, parágrafo segundo).

Tudo começa com a escolha pelas partes ou indicação pelo juiz do Mediador ou, melhor, a partir daí da definição da equipe de Mediadores, que trabalhará em voz uníssona aportando diversas habilidades complementares que fortalecerá o todo, pelo o que vimos é uma tendência e uma necessidade, dada a extensa complexidade, grande volume de informações e a existência invariável de multipartes.

A lei 11.101/2005, em seu artigo 51-A, dispõe sobre a responsabilidade do Juízo quanto à nomeação de “profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade”.⁹⁷

⁹⁷ Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, Art. 51-A “Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial.”

Embora a referência legal seja a recuperação judicial, este princípio vale para qualquer negociação ou reestruturação que possa vir a resultar em um dos casos regulados na lei, devendo o Mediador atuar inexoravelmente com independência, transparência, simetria e sempre tendo como norte soluções eficientes e hábeis que atendam aos interesses de todos os envolvidos e que otimize os trâmites da recuperação da empresa e a melhor saída para cada tipo de obstáculo que se apresente.

Como nos casos de IPO, M&A e Joint Venture, cada processo de Recuperação Extrajudicial ou Judicial deve ser precedido de um diagnóstico detalhado da empresa foco, os personagens envolvidos, histórico em vários flancos, situação interna e externa (jurídica, financeira, operacional) e, notadamente, os conflitos pré-existentes, em curso escalonáveis e os emergentes, para, somente a partir de tal mapeamento, serem traçadas as estratégias que venham atender às necessidades e interesses dos quantos envolvidos, construída de forma clara e transparente.

Alguns dos itens iniciais terão desdobramentos naturais e típicos de qualquer avaliação técnica de negócio. Por tal motivo defendemos a formação de uma equipe multidisciplinar de Mediadores, que tragam características de atuação complementares, somativas e olhares amplos que, com conhecimentos técnicos específicos da área de atuação da empresa, mas, principalmente, com a habilidade e capacitação como Mediadores, possam conduzir referidos desdobramentos a uma solução positiva da negociação e dos múltiplos acordos que um procedimento de recuperação envolve.

Uma boa amostra disso é a análise da postura dos sócios no tocante à reestruturação. Existe aí um aspecto eminentemente técnico jurídico de *quóruns* e procedimentos de votação e governança, estatuto, aprovação, mas também um lado de conflito e dificuldade de decisão cuja identificação estará pautada na habilidade e capacitação nas ferramentas da Mediação.

O Mediador considerará, além do lado técnico, a interrelação dos sistemas, os interesses em jogo, os conflitos subjacentes, as iniciativas tentadas e propostas e formas de facilitar as definições, considerando que as engrenagens de decisão serão de fundamental importância para garantia da efetividade do processo.

Outro ponto interessante quanto à intersecção de análises é a identificação e categorização dos credores, observado, no entanto, que o processo de recuperação judicial tem normas rígidas quanto à classificação, natureza e ordem dos créditos e credores, sendo vedada a Conciliação e Mediação que altere referidas regras (artigo 20-B, § 2º da Lei). Em vista disso, parece desnecessário dizer que, antes do início de qualquer negociação em que se pretenda um acordo, os credores devam ser identificados e catalogados de forma a evitar lesão às normativas legais. Ainda assim, especial atenção a este aspecto pode levar a descobertas com impacto inegável. Vejamos: o volume de fornecedores com créditos, o nível de dependência de cada um e a verificação de seus limites negociais, por exemplo, poderiam aportar opções não concebidas em uma via unicamente judicial que não contemple interesses e não promova a satisfação que vá além da prestação pecuniária.

Ou, ainda, a atuação da empresa foco em uma comunidade pequena onde a oferta de trabalho seja mais limitada poderia dar força na negociação com sindicatos ou representantes. Ou, a análise do histórico de atuação da empresa frente a seus empregados no passado pode dar vantagens na negociação que levem a uma mobilização positiva e uma cooperação facilitadora da negociação. Enfim, a partir de critérios objetivos e técnicos aparentemente materiais e de alteração limitada por preceitos legais, o Mediador poderá criar o ambiente propício para serem encontradas saídas com efetiva influência no desfecho das negociações e acordos que daí advenham.

Há que se ter em mente que em procedimentos como o da recuperação de empresas, os períodos são curtos para a realização de muitos atos relevantes; tudo acontece simultaneamente e com diversas fontes, prejudicando ou, no mínimo, dificultando o processamento das informações e as definições que devem ser rápidas, precisas, efetivas. A Mediação também pode se fazer presente para oferecer apoio na ampliação e decodificação dos subsídios disponíveis com a transparência e idoneidade necessárias para que se revelem os interesses oferecendo uma nova possibilidade e amplitude de informações nas tomadas de decisões que imperam.

Em um processo caracterizado pela multidisciplinariedade e pluriparticipações, parece válido pensar em uma equipe que possa analisar e avaliar todos os elementos da investigação inicial, a interpretação dos indicativos, a busca da estratégia, a negociação em si com cada indivíduo e empresa afetada e participante do processo. Serão, assim, indispensáveis Mediadores capacitados para atuar como tal, mas, além disso, se demandarão profissionais com experiência empresarial em vários âmbitos e segmentos: jurídico, financeiro, recursos humanos, operacional.

Consideramos, a título de sugestão, que a investigação inicial deverá versar sobre questões genéricas que irão se aprofundando dependendo das características de cada caso.

A equipe de Mediadores provavelmente iniciará sua atuação com reflexões sobre os dados já constantes nos autos ou documentação disponível e por meio de entrevistas aos sócios da empresa foco, privadas ou em conjunto, ou com o AR, quando se trate de recuperação judicial, desejando obter respostas, para dúvidas que, a título ilustrativo, a seguir referimos:

- ✓ Qual o histórico da empresa (sócios, linha do tempo, missão, desenvolvimento)?
- ✓ Qual a postura dos sócios quanto à reestruturação? Há dissidência? Quais os conflitos instaurados e potenciais que podemos identificar?
- ✓ Em qual mercado a empresa se insere? Quais os ciclos daquele mercado/atividade?
- ✓ Qual a situação da empresa quanto ao valor de seus passivos e ativos? Existem fontes de recursos a serem exploradas? Quais os recursos que podem constituir trocas na negociação com os credores? A recuperação a curto e médio prazo é provável/possível?
- ✓ Quem são os credores? Existem posições já estabelecidas? É possível vislumbrar seus principais interesses? Há aliados?
- ✓ Qual a natureza dos créditos? Quais os limites de atuação do Mediador?⁹⁸
- ✓ Como está o ambiente organizacional e de que forma a crise vem sendo tratada quanto à comunicação, transparência, reação dos empregados? Como os sindicatos/associações de classe vêm se manifestando/comportando durante a crise?
- ✓ Qual a estratégia que os sócios vêm considerando mais apropriada para a reestruturação ou qual a estratégia vem sendo utilizada (negociação, RE, RJ)?
- ✓ Tratando-se de RJ, quem é o Administrador Judicial? Como se caracteriza a atuação do AJ (acessível, cooperativo, detalhista)? Como organizar o trabalho de negociação/mediação de forma positiva com relação ao trabalho do AJ?
- ✓ Existe alguma proposta de estrutura apresentada ou não aos credores? Houve reação?

O elenco de questionamentos iniciais está longe de ser exaustivo até porque ele deve se adequar à realidade e concretude do caso. Ele é mais exemplificativo de tópicos a serem analisados para a montagem do quadro geral, o diagnóstico que levará os Mediadores a interpretar a situação de superfície e as opções mais evidentes naquele momento inicial. As questões obviamente variam de cenário a cenário a fim de atender necessidades e segmentos

⁹⁸ Neste ponto, há que se recordar o disposto no § 2º do artigo 20-B da Lei 11.101 que estabelece: “São vedadas a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores.”

Mal comparando, é como um médico que precisa de um panorama inicial dos sintomas para direcionar o tratamento a um mero resfriado, uma gripe ou uma infecção generalizada de amplas proporções.

Com base nesta primeira análise de elementos jurídicos, financeiros, organizacionais e operacionais, a equipe de Mediadores realizará reflexões que darão suporte para as primeiras decisões. Começa aí o desenho da Mediação multidisciplinar e interrelacionada.

Importante mencionar que a figura do Mediador, também trazido como um auxiliar do Juízo, não pode se confundir com a figura do Administrador Judicial (AJ) por suas próprias diferenças estabelecidas nas funções e bases entre si, a começar pela confidencialidade e imparcialidade da Mediação. Há de se observar a forma de atuação de um e de outro bem como os compromissos firmados a exemplo do dever de reportar erros, fraudes e inconsistências na lista de credores, livros contábeis, Quadro Geral de Credores, Plano de Recuperação e sua execução, dentre outras atribuições destinadas exclusivamente ao Administrador Judicial.

O Mediador não julga, não atua como um Administrador Judicial, não fiscaliza. É antes de tudo, um profissional imparcial e independente, capacitado com técnicas e ferramentas próprias e adequadas ao caso.

Dentro deste contexto e para fazer valer a posição que lhe foi entregue pelos legisladores, verifica-se que a Mediação antecedente ou mesmo em fase judicial da recuperação de empresas, pode auxiliar na recuperação da mesma no intuito de superar a crise econômica da sociedade recuperanda ou do empresário devedor, permitindo a manutenção da produção, do emprego e da função social, além de atender de alguma forma aos interesses dos credores, de verem seus créditos satisfeitos, estimulando sempre a manutenção das relações comerciais e pulsando a atividade econômica.

Ademais de contribuir, o Mediador tem a função de propiciar o melhor ambiente negocial sendo a base a comunicação interpessoal em todas as vias e direções atento sempre às pessoas envolvidas que trazem junto com seus cargos, crachás e posições sociais, suas emoções, sentimentos, valores, necessidade do exercício da autonomia, aos interesses conflitantes, compatíveis e complementares, criando opções e estabelecendo critérios factíveis para as negociações que virão.

Inserido neste contexto e atuante em qualquer espécie de recuperação de empresas, deverá o Mediador estar atento e fazer com que sejam validados pelas partes que negociarão, os relacionamentos estabelecidos e as expectativas criadas a partir destes relacionamentos, quer comerciais, pessoais, duradouros ou efêmeros. Deverá ir além e criar o ambiente necessário para que a comunicação seja fluída e eficaz, tanto para o maior fluxo e qualidade, como na capacidade e aprofundamento de escuta de parte a parte, muitas vezes assumindo o papel de tradutor e equalizador desta comunicação.

Na mesma linha, o Mediador há de buscar junto às partes a revelação dos reais interesses, em sua ordem de importância, ajudando a avaliarem quais são os interesses compatíveis, os complementares e os absolutamente antagônicos para assim poderem criar múltiplas e criativas opções a fim de atender aos interesses de todos e da empresa, dentro de critérios legais, legítimos e aceitos pela empresa devedora e seus credores. Está prevista a atuação do Mediador, de forma bastante confortável e no contexto de contribuição efetiva, na elaboração do Plano de Recuperação, por meio das facilitações e negociações entre devedores e credores, em um ambiente neutro, de confiança permeado pela confidencialidade que é pertinente à Mediação.

A atuação se expande, conforme o Art. 20-B da LF, a partir dos interesses dos envolvidos nas matérias que tratem as inúmeras questões relativas aos sócios (relacionais e/ou negociais), acionistas, credores não sujeitos à recuperação e credores extraconcursais e nas situações em que envolvam as relações e negociações de dívidas com os inúmeros agentes direta ou indiretamente afetados pela recuperação empresarial.

Não há de se negar que agregar a atuação do Mediador, em vista dos preceitos fundamentais da Mediação, ao sistema de insolvência representa um grande avanço a todos os *players*.

Adicionalmente, constata-se, inclusive, mas não só pela crescente utilização em situações recuperacionais, a total compatibilidade e aderência da Mediação e demais métodos autocompositivos no meio empresarial, viabilizando ambientes mais consensuais e colaborativos, com menor custo e maior agilidade nas tomadas de decisões e manutenção do cenário econômico a fim de cumprir o papel social a que sempre foi destinada. E, ainda, por meio da Mediação vem se garantindo aos credores, à empresa recuperanda e aos sócios envolvidos na recuperação, não só protagonismo em um ambiente liberal econômico e transparente, mas também e principalmente a característica mais cara ao empresário, que é o conhecimento e controle das decisões a serem tomadas a partir das negociações entabuladas no contexto comercial, mormente, na insolvência. Isto tudo é propiciado pela Mediação.

5. Conclusões

A Mediação na Recuperação de Empresas já é uma realidade em nosso contexto empresarial com forte suporte acadêmico e dos operadores do Direito, podendo contar inclusive com amplo arcabouço jurídico.

A Lei Federal, doutrina e jurisprudência brasileiras abraçaram a tendência mundial de enxergar a Recuperação como uma fase que pode e deve ser superada para que a empresa possa retomar e fortalecer sua posição, garantindo, assim, empregos, relações, produção, atividade econômica e, apoiando a função social da empresa. A Mediação é, desse modo, prevista na Lei Federal e legislação aplicável não de forma isolada, mas dentro de uma estrutura que estimula a utilização de mecanismos de consenso para resolução de disputas, melhora de comunicação e tomada de decisão. Tal estrutura prevê ainda uma série de procedimentos e princípios que passam por políticas de *compliance* e de governança e que podem construir um meio maduro e eficiente de desenvolvimento dos agentes econômicos.

Ao demonstrar as ligações existentes entre a Recuperação de Empresas seja judicial ou extrajudicial e outras operações usuais no meio empresarial como M&A, IPO, Joint Ventures que focam na ampliação e desenvolvimento da atividade econômica, manutenção da empresa e na construção de relações duradouras, buscamos, não somente identificar etapas e situações comuns a uma e outras, mas evidenciar a possibilidade de um olhar prospectivo sobre a Recuperação atribuindo-lhe a função de transformação da empresa, bem como trazendo as vantagens da ampla utilização da Mediação em situações empresariais estratégicas, nas quais todas as operações citadas se incluem.

Da fase preparatória ao acordo sobre o Plano de Recuperação e a necessária etapa de seu cumprimento, podemos, pela mera descrição perceber que todos eles têm em seu âmago a necessidade de um fluxo de comunicação constante com a consequente qualidade das informações trocadas para o melhor diagnóstico claro e imparcial, planejamento, conhecimento profundo dos envolvidos, análise multidisciplinar, olhar multifocal e variedade de interesses (convergentes, divergentes ou complementares).

Por fim, todos esses processos têm em comum o fato de constituírem apostas fundamentadas no futuro, com consequências distintas caso fracassem, mas que, caso obtenham êxito, significam o reempreendedorismo, o nascimento de novos negócios possivelmente mais fortalecidos, com propostas de cultura distintas e entrosadas, a manutenção das relações organizacionais e a continuidade do papel social da empresa, todos preceitos preconizados mundialmente pela doutrina e jurisprudência moderna e protegidos pelas leis brasileiras e, sem sombra de dúvida, valorizados e otimizados pela Mediação.

BIBLIOGRAFIA:

- COSTA, Daniel Carnio. *O fresh start* no novo sistema de insolvência empresarial brasileiro. Revista do Advogado. Editora AASP, edição 150, Junho 2021. São Paulo, Brasil.
- SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de, LONGO, Samantha Mendes. *A Recuperação Empresarial e os Métodos Adequados de solução de Conflitos*. 1ª. Edição. Porto Alegre: Paixão Editora, 2020, p. 95/96.
- VASCONCELOS, Ronaldo et al (Coord.). *Reforma da Lei de Recuperação e Falência – Lei 14.112/2020*. 1ª. Edição. São Paulo: Editora IASP, 2021.

MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Resumo:

Texto dissertativo elaborado sob o método argumentativo-opinativo, que busca abordar as vantagens obtidas pela utilização da mediação como ferramenta mais apta a garantir o reequilíbrio econômico-financeiro em processos de recuperação de empresas.

Abstract:

Dissertation text prepared under the argumentative-opinion method, which seeks to address the advantages obtained by using mediation as a more suitable tool to ensure financial economic rebalancing in company recovery processes.

- 1.INTRODUÇÃO
2. DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO QUE JUSTIFICA OS
CONTRATOS EMPRESARIAIS E DA BUSCA POR SEU
RESTABELECIMENTO NAS SITUAÇÕES DE CRISE
- 3.O PROBLEMA DA ESCASSEZ DE RECURSOS NA
RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL E A “TRAGÉDIA DOS
COMUNS”
- 4.PRINCIPAIS FERRAMENTAS DA MEDIAÇÃO PARA
AUXILIAR O RESTABELECIMENTO ECONÔMICO-
FINANCEIRO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA
RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL
- 5.CONCLUSÕES
- 6.BIBLIOGRAFIA

Introdução

Com a edição da Lei 11.101/2005 e a positivação do instituto da recuperação judicial, muitos avanços foram obtidos para auxiliar empresas que se encontravam em dificuldades financeiras.

Criou-se um ambiente propício para reestruturação de negócios atingidos por problemas comuns, possibilitando que as sociedades negociassem seus compromissos de forma metódica, regrada e com segurança jurídica, requisitos essenciais tanto para credores, quanto para os devedores.

Ocorre que, apesar da existência e da formatação de um mecanismo próprio para se processar a repactuação de acordos a fim de se obter a recuperação de uma companhia, outros grandes problemas ainda não foram resolvidos automaticamente com a publicação do novo instituto.

A escassez de recursos de empresas em dificuldade e a vontade conflitante dos atores em aceitar as novas condições que viabilizassem a reestruturação, sempre foram obstáculos muitas vezes intransponíveis para a concretização de um plano efetivo de recuperação, dado que ora dissuadiam as devedoras da tentativa de lançar mão de um processo de recuperação, ora levava todo o procedimento ao inevitável naufrágio por conta do desalinhamento total entre os componentes daquele sistema.

Assim, a mediação, que se apresenta como técnica de solução consensual de conflitos formalmente introduzida no âmbito da Lei de Falências e Recuperações (LFR) com a promulgação da Lei 14.112/2020, se mostra totalmente válida e adequada para suprir aqueles desafios, mormente porque traz benefícios e procedimentos específicos capazes de modificar as posições dos negociantes em prol de uma relação que olhe para além da questão financeira reconhecidamente difícil de ser transposta.

Não bastasse isso, a mediação também serve para atender um anseio próprio das relações comerciais sob o ponto de vista econômico.

É que, apesar de o processo de recuperação judicial pressupor que as condições financeiras da empresa em dificuldade são diferentes daquelas que levaram os contratantes a firmarem seus compromissos, não raro as partes mantêm as expectativas e parâmetros da primeira negociação, fato que atrapalha sobremaneira a evolução positiva de um acerto.

Destarte, será abordada aqui a necessidade de trabalharem-se as vias de escape do impasse por meio de técnicas avançadas de negociação num ambiente de mediação, tudo para que os princípios orientadores do processo recuperacional possam ser efetivados com o sucesso da recuperação, carreando consigo os benefícios sociais e econômicos esperados pela preservação do negócio empresarial.

1. Do equilíbrio econômico que justifica os contratos empresariais e da busca por seu restabelecimento nas situações de crise.

Toda atividade empresária em princípio visa o lucro e o lucro nada mais é do que o resultado positivo da operação, representado pelo retorno do investimento realizado pelos chamados sócios de capital de uma empresa.

É a partir da existência ou não daquele saldo positivo que o empresário e sociedade empresarial decidem se mantêm seu negócio ou se mudam seus rumos para dar lugar a novas atividades ou novos investimentos.

No dia a dia e na condução hodierna da atividade, a sociedade empresária assume compromissos dos mais variados que vão desde a contratação de mão-de-obra, até as obrigações com fornecedores de insumos, prestadores de serviços em geral, realizando toda a sorte de negociações que impactam diretamente no resultado esperado.

Essas contratações são regidas e se justificam pelos aspectos econômicos que podem proporcionar, visando sempre a melhoria da situação patrimonial de cada parte. Ninguém busca se relacionar comercialmente com outro senão para incrementar seus ativos, tornando-os maiores e melhores do que anteriormente se encontravam.

Como bem disse Juliana Pela⁹⁹ em painel ministrado no II Congresso Internacional Mediação Empresarial em 2018, organizado Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada – GEMEP, componente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar:

Em um regime de liberdade contratual, os contratos são celebrados para que as partes fiquem em uma situação melhor, nunca em uma situação pior. As partes celebram o contrato e fazem concessões recíprocas para que elas possam ter um benefício com a contratação.

Logo, sob o prisma econômico, todo negócio somente tem sentido quando os fatores apresentados e que dão base à sua realização confluem para o resultado positivo daquela vinculação.

É dizer que, se o fornecedor e o adquirente encontram equilíbrio na relação contratual, firmam seu compromisso e trabalham para adimpli-lo em sua integralidade justamente para dar vazão aos efeitos econômicos antes almejados.

Por outro lado, a antítese de tal silogismo é que eventual inadimplemento representa justamente a quebra e o desequilíbrio econômico, atingindo decisivamente a relação anteriormente firmada.

⁹⁹ PELA, Juliana. Trabalhos do II Congresso de Mediação Empresarial – GEMEP | CBar. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2019.

Uma vez instalado o conflito com o potencial ou já consumado descumprimento, cabe às partes encontrarem novas bases sólidas que proporcionem aquela harmonia, mas agora de acordo com o novo cenário.

Assim, idealmente se deduz que as melhores pessoas para resolverem tais impasses sejam os próprios contratantes, já que eles são os detentores de todas as questões pessoais e objetivas que proporcionaram a aproximação e conclusão bem sucedida na primeira negociação.

Ainda valendo-se da aula ministrada por Juliana Pela, informa a autora que “a mediação pode reconduzir as partes para o ambiente negocial aplicando as mesmas premissas econômicas que informaram aquela contratação lá atrás (...)”¹⁰⁰.

Ou seja, tanto maiores são as chances de uma repactuação eficaz, quanto maior for o protagonismo dado aos contratantes, evitando-se soluções impostas ou adjudicadas por terceiros que desconheçam o cenário que proporcionou a realização do primeiro negócio.

2.O problema da escassez de recursos na recuperação empresarial e a “tragédia dos comuns”

A quantidade de negociações possíveis dentro de qualquer atividade empresarial é ilimitada. Seja pelo tamanho das organizações, seja pela especificidade dos negócios, maior ou menor número de transações são realizadas para atingir o objetivo de sucesso do empreendimento.

O problema ocorre justamente quando as obrigações ultrapassam limites razoáveis das balizas financeiras e administrativas, gerando um quadro deficitário que pode justificar a necessidade de se lançar mão de procedimentos revisionais, dentre eles a própria recuperação judicial ou extrajudicial.

E o corolário prático daquele déficit entre obrigações e direitos é a escassez de recursos e alternativas para se honrar todos os compromissos assumidos, gerando apreensões e tensões entre os credores e a empresa devedora, dado que as chances de inadimplemento se mostram aos envolvidos muito mais aparentes do que as possibilidades de superação da crise.

É muito comum em empresas com problemas de pagamento que seus principais ativos estejam todos comprometidos com obrigações fiduciárias perante instituições financeiras, garantindo contratos estratégicos ou que os bens sejam todos essenciais à manutenção da atividade, a ponto de não se cogitar a disposição para levantamento de fundos aptos a quitar possíveis compromissos inadiáveis.

¹⁰⁰ Op. Cit. p. 43

Ora também se nota que nenhuma decisão tomada no sentido de se buscar atender esta ou aquela obrigação, passa incólume ao inevitável aumento de risco de não atendimento a qualquer outro encargo tão ou mais importante do que aquela preferida, dando ensejo a um desgastante e interminável processo de dilapidação da imagem e capacidade de manutenção da atividade da sociedade.

A propósito, o trabalho que a empresa em crise precisa desempenhar para a conquista ou preservação da confiança perante o mercado é descomunal. A prática e o senso comum obrigam que pouco se olhe para outros parâmetros que não os números de balanços e demais instrumentos reguladores, todos eles, como não poderia deixar de ser, frios e insuscetíveis a variações ou interpretações que possam contribuir para a construção de uma solução menos dolorosa do que ações de expropriação forçada ou o encerramento da empresa pela via da falência.

Ou seja, a conduta de cada um dos credores em situações de estresse tende a ser muito mais baseada em seus exclusivos interesses do que na análise e proposição de uma alternativa global. É mais provável que cada um busque a satisfação de seus direitos independentemente das consequências, mesmo que essa conduta implique a prejuízos à coletividade.

O fenômeno acima descrito é explicado por diversas correntes filosóficas e econômicas, mas é bem encartado pela teoria conhecida como a “tragédia dos comuns”¹⁰¹, cujo teor vai no sentido de que pessoas orientadas racional e intencionalmente tendem a ter comportamentos individuais independentes que atendam seus desígnios, contrariando os melhores interesses de uma comunidade a ponto de se esgotarem os bens comuns compartilhados.

Contextualizando aquela teoria ao cenário da empresa em crise, a coexistência de credores que olhem apenas para suas vontades e, orientados por ela, exercitem seus poderes de maneira individualista, tende a eliminar desproporcionalmente o patrimônio que lastreia as demais relações da empresa, levando-a para o caminho da bancarrota mesmo que fosse possível sua salvaguarda.

Por isso, é imprescindível que num processo recuperacional, judicial ou extrajudicial, haja também a busca por uma nova relação de equilíbrio econômico-financeiro que leve em consideração o quadro dificultoso. Não há como esperar que as condições que imperavam em cada uma das negociações agora atingidas pelas dificuldades financeiras sejam mantidas sem os efeitos da crise experimentada.

¹⁰¹ Originalmente trabalhado em ensaio do economista William Forster Lloyd e difundido pelo ecologista Garrett Hardin, o conceito da tragédia dos comuns propõe a inexorável extinção do bem comum pela superexploração desenfreada dos possuintes de direitos sobre tais bens. O exemplo prático é dado por uma situação hipotética em que pastores que compartilham uma pastagem comum, buscarão sempre terem maiores ganhos individuais de seus rebanhos, mesmo repartindo de maneira igualitária os custos com os demais pastores. Tal comportamento até poderá trazer resultados individuais de maior ou menor sucesso, mas a parte comum a todos – a pastagem – sofrerá as consequências do desequilíbrio de exploração dada a finitude de recursos comuns disponíveis.

Todavia, suplantar a concretização dessa teoria não é fácil. O que mais se vê é realmente o comportamento individualista das partes, tanto credores, quanto devedores, cada qual reforçando suas posições, favorece a criação de muitos conflitos que efetivamente tem o potencial de quebrar toda e qualquer chance de restabelecimento dos vínculos negociais. Daí a importância da aplicação da mediação como meio extremamente válido para trabalhar os pontos mais favoráveis a retirar dos envolvidos o foco sobre a escassez de recursos e dificuldades próprias da situação, oferecendo uma visão mais ampla com a transformação do processo numa via de criação conjunta de alternativas salutar para a preservação do negócio e concretização dos diversos benefícios comuns advindos da manutenção das atividades empresariais.

3.Principais ferramentas da mediação para auxiliar o restabelecimento econômico-financeiro das relações contratuais na recuperação empresarial

3.1. Visão sistêmica

Como já dito, a reestruturação de empresas em estado de insolvência requer muitos cuidados e é composta por particularidades que não podem ser esquecidas quando da busca de soluções. A criatividade e o uso efetivo do amplo leque de opções trazidas pelas técnicas de mediação certamente aumentarão as chances de as partes restabelecerem um ambiente propício e frutífero para encontrarem o balanço econômico para conviverem com as dificuldades.

No caso das empresas já em fase de recuperação judicial ou extrajudicial, uma importante iniciativa a ser observada é o cuidado com a manutenção de elos existentes entre credores e a devedora, pois na maioria dos casos as empresas atingidas pela recuperação possuem um histórico de relacionamento por vezes mantido há anos, preferindo-se, portanto, que sejam encontradas saídas que mantenham os vínculos com as menores deformações possíveis.

Nada obstante, o grande desafio é conseguir convergência das diversas ideias e vontades, já que sempre existirão muitos credores com classes e interesses diferentes, tempos e histórico de relacionamento distintos, o que tende a reforçar aqueles instintos de preservação já explicados pela teoria da tragédia dos comuns.

No intuito de se superar esse difícil obstáculo particular das negociações coletivas, muitas ferramentas de negociação e mediação são precisas. O primeiro trabalho de vital importância é que as partes sejam levadas a olhar para a situação de maneira geral e sistêmica.

Não será possível que se tenha sucesso nas negociações individuais se o todo não considerado durante o procedimento.

Será papel do mediador ou quem estiver no comando das negociações, induzir os participantes a entenderem que há um processo decisório baseado em um sistema de freios e contrapesos importantes para resolução de impasses e que, sem tal processo, as chances de falhas são mais certas do que as de sucesso.

Diego Faleck¹⁰² defende a criação de sistemas de disputas estruturados por processos definidos, de modo que após a devida reflexão, consintam os envolvidos que as soluções propostas no âmbito coletivo sejam melhores do que aquelas individualmente pensadas. Para aquele autor, “a visão sistêmica que propomos relaciona-se à compreensão do amplo universo ou macrosistema existente e do raio de possibilidades disponíveis às partes para determinar o canal e o mecanismo processual que pretenderão utilizar”.

E ainda segue:

As soluções procedimentais consensuais que um designer de sistemas deve construir não constituem nada mais do que um novo canal para a resolução de disputas. E esse canal, invariavelmente, deverá competir pela atenção das partes com os outros canais disponíveis.

Para que este canal tenha sucesso e seja adequado, ele deve ser a melhor opção procedimental disponível para aquelas partes que objetiva atrair e manter.

Portanto, a mediação estruturada e bem orientada por um método claro e sistematizado certamente contribuirá para que a visão coletiva se sobreponha a possíveis interesses individuais.

Um eventual credor que consiga enxergar que sua parte não está dissociada do direito de seu colega de mesma ou outra classe, poderá contribuir ao fazer concessões eficazes que constituirão não só um novo quadro econômico individualmente com a devedora, mas também comporá o tabuleiro macroeconômico em que se situam todos os credores.

3.2. Reuniões individuais – *caucus* – e confidencialidade

Outra estratégia extremamente útil para o sucesso de uma negociação coletiva são as reuniões particulares com credores considerados chave para a aprovação de um plano de recuperação.

Será nessas oportunidades que, garantido o sigilo que é da essência da mediação, as partes poderão trazer à tona seus verdadeiros interesses que estão além da simplória confrontação entre os valores de crédito e débito.

¹⁰² FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Problemas relacionados aos detalhes pessoais de uma negociação, vantagens e condições específicas consideradas quando da assinatura do contrato, dentre outros aspectos que ultrapassam a análise do binômio crédito *versus* débito, encontrarão terreno firme para serem abordados e debatidos a fim de se estabelecerem novas condições que outra vez busquem um equilíbrio financeiro sob as condições do presente.

Esclareça-se que não se estará com isso ferindo o princípio da paridade entre os credores. Outros princípios até mais importantes que o *par condicio creditorum*, como, por exemplo, o da continuidade e preservação da empresa, devem ser sopesados para que se reconhecer que determinado credor possa ter uma especial atenção no momento das negociações de seu crédito, justificada a deferência, por exemplo, no fornecimento de um produto essencial à manutenção do negócio, ou por qualquer outra razão que contribua para o sucesso global do procedimento.

Obviamente que a boa-fé dos envolvidos é pressuposto para que isso seja levado a efeito, sem se olvidar da apreciação do administrador judicial e do próprio juízo que conduz o processo que, ao final, deverá homologar tais pretensões.

De se notar que já há manifestação jurisprudencial nesse sentido, validando a prevalência do princípio da continuidade empresarial em detrimento da igualdade de credores:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. COMERCIAL. LEI 11.101/05. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DEFERIDO. 1. A DECISÃO LIMINAR DA JUSTIÇA TRABALHISTA QUE DETERMINOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, ASSIM TAMBÉM DOS SEUS SÓCIOS, NÃO PODE PREVALECER, SOB PENA DE SE QUEBRAR O PRINCÍPIO NUCLEAR DA RECUPERAÇÃO, QUE É A POSSIBILIDADE DE SOERGUMENTO DA EMPRESA, FERINDO TAMBÉM O PRINCÍPIO DA "PAR CONDITIO CREDITORUM". 2. É COMPETENTE O JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR ACERCA DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA RECUPERANDA, TAMBÉM DA EVENTUAL EXTENSÃO DOS EFEITOS E RESPONSABILIDADES AOS SÓCIOS, ESPECIALMENTE APÓS APROVADO O PLANO DE RECUPERAÇÃO. 3. OS CRÉDITOS APURADOS DEVERÃO SER SATISFEITOS NA FORMA ESTABELECIDADA PELO PLANO, APROVADO DE CONFORMIDADE COM O ART. 45 DA LEI 11.101/2005. 4. NÃO SE MOSTRA PLAUSÍVEL A RETOMADA DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS APÓS O MERO DECURSO DO PRAZO LEGAL DE 180 DIAS. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 3ª VARA DE MATÃO/SP.

Trata-se de conflito de competência instaurado entre o juízo trabalhista e da recuperação judicial de determinada empresa de implementos agrícolas, respectivamente suscitada e suscitante. No âmbito de uma ação cautelar proposta pelo Ministério do Trabalho, a suscitada determinou a indisponibilidade de bens da recuperanda e de seus sócios, como forma de assegurar o pagamento de verbas trabalhistas, o que ensejou a suscitação do conflito positivo de competência por parte do juízo da recuperação, sob o argumento de que tal prática, além de atentar contra os créditos dos demais credores, poderia representar risco para a execução do plano. O Ministro Luiz Felipe Salomão, em seu voto, conheceu do conflito para declarar competente o juízo da recuperação, ponderando que no caso o valor deve preponderar é o da preservação da empresa. Permitir que cada qual defenda seu crédito, significa colocar abaixo o princípio nuclear da recuperação, além de por em risco o princípio da “par conditio creditorum”, na medida que haverá um privilégio do credor trabalhista e detrimento dos demais, igualmente sujeitos ao plano.

Em resumo, se bem conduzidas as reuniões individuais, as partes estarão confortáveis para abordar temas e condições nem sempre possíveis de serem discutidas num ambiente público.¹⁰³

Portanto, plenamente viável e útil que as sessões individuais de negociação sejam amplamente exploradas em sede de recuperação judicial ou extrajudicial. O sucesso do procedimento muitas vezes vai estar atrelado a estas reuniões que, como visto, são aptas a quebrar os limites da negociação coletiva, trazendo possibilidade de as partes criarem cenários que viabilizem a continuidade do negócio em benefício da própria coletividade.

3.3. Testes de realidade

Uma última ferramenta capaz de alterar positivamente o cenário de escassez e combatividade invariavelmente encontrado no âmbito da recuperação são os testes de realidade.

Tania Almeida¹⁰⁴ leciona:

Os cenários futuros são o palco das hipóteses prospectivas.

Trabalhar com essa natureza de hipótese traz para a ficção o possível e favorece um certo distanciamento afetivo, pelo fato de se tratar de um cenário de suposição. Essa dinâmica permite que a imaginação conduza as ideias pelo terreno das possibilidades, e somente possibilidades, não impedindo a reflexão sobre custos e benefícios correspondentes.

É o tipo de intervenção que auxilia mediandos a checarem, também, a sustentabilidade de suas escolhas no tempo.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 68.173**. Suscitante: Juízo de direito da 3ª vara de Matão-SP. Suscitado: Juízo da Vara do trabalho de Matão-SP. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200601765438&aplicacao=processos.ea

¹⁰⁴ ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

Do conceito acima reproduzido tem-se que os testes de realidade conduzem as partes a refletirem a respeito da viabilidade ou não de suas decisões, bem como os custos pela manutenção desta ou daquela conduta.

Credores recalcitrantes às concessões propostas podem não ter avaliado o futuro de maneira coerente com o cenário de crise, sustentando ainda posições não realizáveis no futuro se a empresa recuperanda não lograr êxito no processo.

Quando levados à reflexão por meio dos testes de realidade fundados em números ou nas projeções econômicas mais realistas, podem ver que o acordo proposto é a única saída para recuperarem seus créditos.

Além disso, também é possível que a utilização da ferramenta agora destacada aproxime as partes para restabelecer os vínculos de confiança garantidores do cumprimento dos acordos. Se os contratantes conseguirem criar conjuntamente cenários favoráveis que prevejam bons frutos para ambos, o vínculo pessoal poderá ser refeito para que, a partir dali, convivam credor e empresa recuperanda numa relação mais próxima e até mesmo mais profissional.

Conclusões

Por tudo que foi exposto, conclui-se que a busca de um novo equilíbrio econômico entre as partes é requisito para o sucesso de uma recuperação empresarial. Prescindir dessa busca é desconsiderar que no início de suas relações as partes foram protagonistas e pensaram nos vários aspectos que compunham a negociação para além do preço envolvido.

São elas mesmas, portanto, que devem também no momento da crise trabalhar tudo que for válido a trazer novamente o balanço esperado, mas sob as novas condições impostas pela realidade.

E essa condução terá mais chances de êxito se exercida num ambiente de mediação dotada de profissionais que dominem as particularidades de uma recuperação empresarial. Seja pela nova imposição legal, seja pela vontade de credores, devedores ou mesmo dos administradores e do juízo competente, importante que os envolvidos sejam incentivados a passar pela experiência da negociação estruturada, lançando mão dos métodos aqui debatidos dentre todos os demais disponíveis no âmbito da mediação.

Somente assim será possível que as partes encontrem, se não o mesmo, algum protagonismo próximo do exercido quando do fechamento dos negócios, favorecendo que elas construam um novo parâmetro econômico propício à manutenção de seu relacionamento por um longo tempo, ainda que tal relação seja suscetível aos imprevistos de qualquer relação comercial.

Bibliografia

ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 68.173**. Suscitante: Juízo de direito da 3ª vara de Matão-SP. Suscitado: Juízo da Vara do trabalho de Matão-SP. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200601765438&aplicacao=processos.ea

FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PELA, Juliana. Trabalhos do II Congresso de Mediação Empresarial – GEMEP | CBAr. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2019.

MEDIAÇÃO

NA RECUPERAÇÃO
EMPRESARIAL

ALGI



INSTITUTO
D'ACCORD

