

Lei N.º. 14.112/2020 e Mediação nas Recuperações Judiciais: A Concretização do Acesso à Justiça e da Efetiva Igualdade Material entre Credores

The Law no. 14.112/2020 and Mediation in Judicial Reorganizations: A Way to Provide Access to Justice and Effective Material Equality Between Creditors

Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini¹
Maria Eduarda de Paiva Miguez²

^{1,2}Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar as principais mudanças trazidas pela Lei n.º. 14.112/2020, a qual reformou a Lei n.º. 11.101/2005. Dentre tais mudanças, uma que vem ganhando destaque diz respeito à consolidação da mediação como espaço para o exercício da autonomia privada. Evidencia-se, dessarte, que a abertura de espaços de consenso permite que os credores obtenham condições mais favoráveis para possíveis (re)negociações, o que não só atende ao ideal de pacificação social, mas também garante a efetividade da prestação jurisdicional. Faz-se uso do método de revisão bibliográfica, encontrando-se a abordagem assim subdividida: (i) histórico de evolução dos métodos consensuais e sua íntima relação com o princípio do acesso à justiça no Brasil, (ii) principais mudanças trazidas no bojo da Lei n.º. 14.112/2020 no âmbito das soluções consensuais, e (iii) a valorização do consenso como *longa manus* da efetividade processual.

Palavras-chave: recuperação judicial; mediação; igualdade substancial

Abstract

The article aims to introduce the main changes brought by Law no. 14.112/2020, which reforms Law no. 11.101/2005. Among such changes, one that is gaining prominence is the reaffirmation of mediation as a party autonomy space in procedures involving business companies in crises. Therefore, opening spaces of consensus allows creditors to obtain more favorable conditions for (re)negotiation, which not only concretizes an ideal of pacification but also guarantees the effectiveness of the judicial procedure. Using the bibliographic review method, the analysis is subdivided into the following aspects: (i) history of the advent of consensual methods and access to justice principle, (ii) main changes provided by Law no. 14.112/2020 in what concerns mediation and conciliation, which generated equality among creditors and (iii) mediation as a way of ensuring the effectiveness of the process.

Keywords: judicial reorganization; mediation; substantive equality

1. Introdução

A recuperação judicial, de acordo com o entendimento tradicional, objetiva viabilizar a superação da crise de sociedades empresárias viáveis, tendo como fundamento basilar o princípio da preservação das empresas. As normas que regulamentam os processos falimentares e recuperacionais encontram-se insculpidas na Lei n.º. 11.101/2005, recentemente alterada pela emblemática Lei n.º. 14.112/2020, ponto focal das discussões que serão travadas no decorrer do presente artigo.

Uma análise detida acerca das alterações promovidas pela novel Lei nº. 14.112/2020 é essencial para a compreensão dos benefícios da autocomposição (e, em maior medida, do consenso) nas recuperações judiciais. Isso ocorre, fundamentalmente, em razão do forte apelo trazido no bojo da lei em comento para que ocorra uma utilização racional da mediação no decorrer de todo o trâmite de processos falimentares / recuperacionais, numa espécie de relação mutualística entre a autocomposição e o processo judicial – fruto da reafirmação da mediação como *locus* adequado para a implementação de (re)negociações¹.

A tendência de valorização dos instrumentos consensuais, indubitavelmente, não surge com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), mas com ele se intensifica, de modo a corroborar o uso dos métodos de solução consensual (antes tidos – equivocadamente – como alternativos) como instrumento viável e adequado de pacificação social e efetividade, ainda que em ambientes rígidos², como é o caso do cenário previsto na Lei nº. 11.101/2005.

Essa reafirmação da consensualidade – promovida *a priori* pelo diploma processual civil –, aparentemente, inspirou a Lei nº. 11.101/2005, lei esta que, por muito tempo, teria permanecido alheia à evolução dos métodos consensuais (a despeito de algumas iniciativas importantes serem vistas na prática³), não acompanhando essa essencial mudança postural do processo, especialmente em demandas multipolarizadas, nas quais a estrutura clássica do processo se revela obsoleta⁴.

As recuperações judiciais, tratadas por muitos como um mundo apartado, acabaram, ao longo de muitos anos, resguardando a justiça autocompositiva apenas para algumas situações específicas, quase que como uma excentricidade, na medida em que a ausência de legislação específica de apoio acabava por frustrar raras tentativas de valorização do consenso, na medida em que se receava que isso pudesse afrontar à tão aclamada igualdade entre credores concursais.

Diante disso, o ensaio ora apresentado objetiva não somente apresentar aspectos positivos advindos da afirmação do consenso na seara das recuperações judiciais, ambiente no qual ainda há esperança de soerguimento de empresas em crise, mas traçar um histórico evolutivo desse entendimento. Assim, valendo-se do método dedutivo aplicado à revisão da bibliografia pertinente, busca-se, inicialmente, entender a evolução histórica dos métodos consensuais de resolução de conflitos, de modo a demonstrar que o ganho de qualidade experimentado pelo acesso à justiça no decorrer dos anos fez com que se percebesse que tal princípio vai muito além de um acesso *quantitativo* limitado às estruturas do judiciário.

Na sequência, ao nos debruçarmos sobre essa caminhada rumo a um acesso à justiça qualitativo, objetiva-se expor as principais alterações e inovações empreendidas pela Lei nº. 14.112/2020, todas em direção ao fortalecimento da consensualidade – que, finalmente, passa a ser vista como meio apto a concretizar resultados justos, ainda que diante em recuperações judiciais, onde a igualdade entre os credores, não raro, acaba por inibir iniciativas mais ousadas em prol da obtenção de soluções consentâneas com o ideal da preservação (i) dos contratos em curso e (ii) das próprias atividades empresariais da recuperanda.

1 MARIOTINI, Fabiana Marcello Gonçalves. A mediação como *locus* adequado para a busca do reequilíbrio contratual no cenário de pandemia do novo Coronavírus. In: *Estudos sobre mediação no Brasil e exterior* (Org.: MENDES, Aluisio; GÓMEZ, Francisco; SILVA, Larissa Clare; ALMEIDA, Marcelo). Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2020, p. 118/134.

2 A alusão a ambientes rígidos é fruto de um empréstimo dos ensinamentos da Prof. Teresa Arruda Alvim, que aborda a dicotomia entre ambientes decisoriais rígidos e frouxos. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, posição 4565. *E-book kindle*.

3 Como exemplo, pode-se citar a mediação realizada no processo de recuperação judicial do Grupo Oi. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/>. Acesso: 27/04/2021.

4 Sofia Temer trata desse tema ao abordar questões participativas. Ainda assim, o problema da insuficiência do modelo tradicional de processo se espalha por todas as estruturas processuais, tornado premente a reconfiguração de institutos e procedimentos, especialmente se considerarmos que “o processo deve ser visto efetivamente como relação dinâmica, sujeita à constante reformulação [...]. Isso decorre do reconhecimento de que a estaticidade da relação processual não subsiste no sistema processual instituído pelo CPC/2015”. TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Repensando o litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, p. 437.

Lançando-se um olhar mais acurado sobre a questão da igualdade entre os credores, passa-se a analisar o princípio da *par conditio creditorum*, norma que, historicamente, compõe a “linha de frente” da Lei nº. 11.101/2005, garantindo uma *igualdade formal* e aparente aos credores de uma empresa recuperanda, ainda que uma das consequências disso seja justamente impedir a adoção de soluções personalizadas de acordo com o interesse das partes envolvidas (e com as peculiaridades de cada contrato) nos processos de recuperação judicial.

Por fim, apresentar-se-á a mediação como *longa manus* da efetividade do processo, de modo a incrementar o acesso a uma ordem jurídica justa⁵, a efetiva recuperação de empresas e de relações contratuais estremecidas pela crise vivenciada por empresas (normalmente em razão do inadimplemento), fomentando, por fim, uma igualdade substancial entre credores, capaz de ir além do tratamento formal e presumidamente igualitário dado a cada classe de credores, como se os membros destas tivessem exatamente em posição idêntica no “jogo da negociação”.

Espera-se, com isso, contribuir para o debate acerca do tema, estimulando a justiça autocompositiva, a fim de concretizar um processo menos paternalista, mais autônomo e que expresse de forma real (e não virtual, como tradicionalmente ocorre nas recuperações judiciais) a vontade das partes envolvidas.

2. Acesso à Justiça Ontem (Quantitativo) e Hoje (Qualitativo): a Lei nº. 14.112/2020 como Expressão de um Real Acesso a uma Ordem Jurídica Justa, Efetiva e Dialógica

Não há como falar em acesso à justiça sem resgatar as precisas lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶. A evolução do acesso à justiça, de acordo Mauro Cappelletti, surge em ondas renovatórias. Todavia, é preciso recordar que essa doutrina é forjada em um ambiente consideravelmente diferente daquele vivido em terras brasileiras entre as décadas de 1970 e 1980⁷.

Considerando que o Estado do Bem Estar social não estava solidificado no Brasil, a implementação da ideia de acesso à justiça defendida por Cappelletti e Garth acabou gerando um notório acréscimo de demandas movidas em face do Poder Público, notadamente para implementação de políticas públicas e com o fim de garantir o gozo de direitos individuais e sociais.

Ao serem abertas as portas do judiciário para fins de aumentar o acesso à justiça, a litigância no Brasil cresce consideravelmente (nascendo com um perfil concentrado em grandes litigantes, dentre eles o próprio Estado). Ou seja, o acesso à justiça brasileiro emerge em um cenário de restrição de direitos (promovida pela ditadura militar), sendo a salvaguarda destes uma necessidade. Em nome do acesso à justiça, tal questão passou a ser colmatada via poder judiciário. Importava, aqui, a quantidade de acesso à justiça, traduzida na seguinte ideia: *quanto mais pessoas acessarem o judiciário, melhor* (independentemente da qualidade da prestação jurisdicional).

A primeira onda renovatória de Cappelletti e Garth representava essa ideia quantitativa (ao menos no Brasil, onde, corrobore-se, havia uma considerável marginalização da população). Portanto, focava-se em um acesso amplo às estruturas do poder judiciário, especialmente por aqueles que, originariamente, não tinham condições de acessá-lo. Nesse sentido, seguindo essa linha, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), garantiu que, diante de um conflito, o envolvido pudesse submetê-lo ao judiciário (artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV).

5 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*. Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2019.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

7 “Como aponta Eliana Junqueira, enquanto o estudo de Garth e Cappelletti ocupou-se do mapeamento do acesso em um contexto de expansão do Estado de Bem Estar social e da necessidade de se assegurar direitos sociais, no Brasil a discussão centrava-se no acesso da população aos direitos mais básicos, inclusive civis, em uma sociedade marcada pela marginalização político-social imposta pelo regime militar, pela profunda desigualdade social e pelo fortalecimento de movimentos sociais que buscavam colocar suas pautas no processo de redemocratização e reorganização social, então em curso”. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2014. 414f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 30.

Com a constitucionalização de inúmeros direitos, a crise do judiciário foi agravada⁸. A faceta quantitativa do acesso à justiça, que já havia mostrado a sua força no Brasil, gerou uma enxurrada de processos e, conseqüentemente, o congestionamento do judiciário⁹. Some-se a isso um problema cultural brasileiro: a visão judicializante, oriunda da própria tradição do *civil law*. Nesta tradição, a segurança jurídica é garantida pela lei, cabendo ao juiz ser uma espécie de *gate keeper*. Surge a ideia de que o judiciário é o local no qual decisões são proferidas de maneira legítima, garantindo-se a higidez da lei. A partir dessa lógica, o ideal de justiça passa a se confundir com o acesso ao poder judiciário, que era um “celeiro inesgotável de atos decisórios”¹⁰.

Como o judiciário se mostrara incapaz de absorver essa enormidade de demandas, tornou-se necessário pensar em alternativas, seja criando instrumentos capazes de gerir o tempo do processo, seja criando formas “alternativas” para solucionar as controvérsias submetidas ao crivo do Estado. O judiciário continuava sendo o núcleo do sistema jurídico, mas já começava a se admitir a utilização de soluções secundárias, vistas como sendo de menor importância até então (mecanismos quase que *subjurisdicionais*). Começa-se a perceber, de acordo com Kazuo Watanabe¹¹, que “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais até então existentes”.

Nessa toada, a terceira onda renovatória se configura como a necessidade de aperfeiçoamento da qualidade do acesso à justiça, sendo pensados mecanismos de solução de conflitos que fossem mais efetivos do que aqueles até então utilizados. A terceira onda teria como lema a busca por um “espaço mais autêntico para o exercício da cidadania”¹², encontrando nos métodos autocompositivos um terreno fértil, uma vez que estes buscam dar autonomia para que as partes se empoderem e encontrem a solução para os seus litígios (ainda que a intervenção de um terceiro imparcial se faça necessária).

Os métodos de solução consensual representariam, assim, uma manifestação de um acesso à justiça qualitativo. Começa-se a pensar em opções fora da estrutura do judiciário, na qualidade dos desfechos das lides, em resultados que de fato resolvam os conflitos e, especificamente referenciando à mediação, na restauração de relações continuadas e duradouras que se encontram estremecidas.

Essas formas de solução, nascidas como alternativas, aos poucos ganham espaço, até a consolidação de uma noção de Justiça Multiportas (*Multidoor Courthouses*)¹³, sistema com várias formas igualmente legítimas e democráticas de solução de litígios, que oferece aos cidadãos os mais variados núcleos decisórios, tudo a depender do caso concreto.

8 “Em termos de expansão de direitos e facilitação do acesso, a Constituição de 1988, ao promover a constitucionalização de direitos civis, econômicos, políticos e sociais e consolidar importantes medidas legislativas, como a criação dos juizados de pequenas causas, de 1984, e a Lei de Ação Civil Pública, de 1985, representa um importante marco, consolidando o fortalecimento do Ministério Público, a institucionalização da Defensoria Pública e dos juizados especiais cíveis e abrindo caminho para promulgação do Código de Defesa do Consumidor. A sistemática de revisão de constitucionalidade e a amplitude dos direitos sociais e dos direitos de terceira geração positivados pela Constituição também contribuíram para um aumento do volume e complexidade dos conflitos trazidos para o Judiciário”. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 25.

9 “Ao tempo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou o período de redemocratização em nosso país, vivenciávamos diversos fatores que obstavam o acesso dos jurisdicionados brasileiros ao Poder Judiciário, razão pela qual, com propriedade, o constituinte acabou por considerar, naquele contexto histórico, acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. Essa concepção encontra-se gravada na redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. HILL, Flávia Pereira Hill. Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 15, volume 22, número 1. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso: 24/04/2021.

10 TUCCI, Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 11.

11 WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 3.

12 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 219.

13 GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERGS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution*. 4 ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003. p. 07.

Mais do que isso, a adoção de um modelo multiportas alarga o conceito de jurisdição, que passa a poder ser exercida para além do Estado, mas sob a sua vigilância¹⁴, contendo em sua estrutura os métodos adequados de solução de controvérsias. Surge, diante disso, a ideia de adequação da jurisdição, que sintetiza esse papel transformador do modelo multiportas: os meios consensuais deixam de ser meramente alternativos e passam a ser considerados por muitos como jurisdição efetiva. Especifica Fredie Didier Júnior¹⁵ que, “nessa nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser última *ratio*, extrema *ratio*”.

Vale lembrar, todavia, como bem adverte Flávia Hill¹⁶, que é preciso tornar a Justiça Multiportas uma realidade, o que “implica construir concreta e laboriosamente novas portas de acesso ao sistema de justiça como um todo, que se coloquem ao lado da porta de acesso ao poder judiciário, dentro da concepção de pluralismo decisório ou jurisdição compartilhada”. Sem isso, a ideia se restringirá a permear o imaginário dos juristas brasileiros. A Lei nº. 14.112/2020, como veremos adiante, tem a aptidão de trazer para a realidade esse objetivo. E isso explica o porquê da sua importância e relevância no ordenamento jurídico.

O CPC/2015 (em inúmeras de suas normas) vem ao encontro dessa mudança de paradigma, admitindo-se não apenas que as partes recorram a soluções consensuais, mas privilegiando-as e recomendando-as (mesmo nos Tribunais), na tentativa de resgatar a noção de pacificação social. O CPC/2015 tem, dessa maneira, a pretensão de ser o *ground zero* da mudança de mentalidade, impulsionando a criação de diplomas normativos que ponham em prática aquilo que até então soava como um mero estado ideal.

Os métodos alternativos são, assim, essenciais à concretização do acesso à justiça, uma vez que apenas a amplitude do judiciário não é suficiente para dar conta (i) da quantidade de processos existentes, (ii) da complexidade de muitas demandas e (iii) de preservar as relações travadas entre as partes litigantes.

Esse ideário lançou luzes (especialmente após o CPC/2015) sobre inúmeros ramos do Direito, mas as recuperações judiciais permaneceram seguindo cegamente o protocolo-padrão imposto pela Lei nº. 11.101/1995, que valorizava uma visão absoluta (e tacanha) do princípio da *par conditio creditorum*, consubstanciado em um “tratamento equitativo dos créditos”¹⁷, o que impedia a busca pelo consenso, como será visto com o cuidado devido oportunamente.

Ante o exposto até então, é possível afirmar, resumidamente, que a Lei nº. 14.112/2020, mais do que inspirada nas normas constantes no CPC/2015, é fruto da evolução do princípio do acesso à justiça. Apesar de nascer sob um viés quantitativo (pelo menos no Brasil), o princípio do acesso à justiça transmuda-se e adquire faceta qualitativa, a qual exige soluções consentâneas com a adequação da prestação jurisdicional (quem tem a sua máxima expressão na flexibilização procedimental¹⁸).

Essa ideia se origina a partir da percepção de que abrir as portas do judiciário para a maior quantidade de cidadãos de nada servirá se a qualidade da prestação jurisdicional não for capaz de ser

14 BARBI, Marcelo. *Teria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 365/373.

15 DIDIER JR., Fredie.; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, v. 7, nº. 3, set./dez. 2016, p. 4. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/br/editions/justica-multiportas-e-tutela-constitucional-adequada-autocomposicao-em-direitos-coletivos-fredie-didier-jr-and-hermes-zaneti-jr>. Acesso: 24/04/2021.

16 HILL, Flávia Pereira. Op. Cit., p. 382.

17 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

18 “Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 68-69.

preservada, o que depende não somente da efetividade do meio utilizado, mas também da higidez do diálogo travado entre os atores processuais.

3. As Principais Alterações Trazidas pela Lei Nº. 14.112/2020 no Âmbito da Mediação e Conciliação: A Criação de uma Relação Mutualística entre a Mediação e a Recuperação Judicial como Forma de Salvar os Interesses dos Sujeitos Processuais

A Lei nº. 14.112/2020, como já mencionado, alterou a normativa até então existente na Lei nº. 11.101/2005, a qual regia a recuperação judicial e extrajudicial, bem como a falência. Nessa senda, captou-se a ideia de acesso à justiça qualitativo e o modelo da Justiça Multiportas, na medida em que se permitiu a criação de espaços de consenso internamente ao procedimento recuperacional. Exalta-se, assim, a flexibilidade procedimental, permitindo-se que os juízes, sempre que possível, estimulem a adoção de soluções consensuais.

Com as inovações trazidas pela nova lei, o processo de recuperação judicial se tornou mais democrático e ágil, permitindo-se *idas e vindas* procedimentais sempre que se perceber que é possível a obtenção do consenso. Prova disso é a redação do artigo 20-A da Lei nº. 11.101, cuja redação foi dada pela Lei nº. 14.112/2020, que assim estabelece: “a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores”, valorizando o consenso para além da audiência do artigo 334 do CPC/2015, de modo a permitir a realização de mediações incidentais.

Vejamos, com maior rigor, as principais alterações carreadas pela Lei nº. 14.112/2020.

A Seção II-A foi inserida na Lei nº. 11.101/2005 pela nova lei e trata das *Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial*. Com as normas inseridas nesta seção, resta claro que, tanto o administrador judicial quanto o juiz, passam a ter o dever de incentivar a utilização de métodos consensuais, seja prévia ou internamente ao processamento da recuperação judicial (artigos 20-A e 22, inciso I, j, da Lei 11.101/2005).

Note-se que a lei não estabelece momentos específicos para que esse incentivo ocorra, o que faz com que o olhar do juiz e do administrador sobre o caso tenha que ser extremamente cauteloso e vigilante, sob pena de serem perdidas oportunidades importantes de estímulo ao consenso. Ademais, a criação dessa obrigação para a figura do administrador judicial, que possui um papel central nas recuperações judiciais e processos de falência, denota uma tentativa de mudança sólida e estrutural (indo para além da seara meramente programática).

O administrador judicial, como é sabido, é responsável pela fiscalização dos negócios da empresa durante a vigência da recuperação judicial ou do processo de falência. Trata-se, no dizer de Waldo Fazzio Jr.¹⁹, de administração fiscalizada pelo juiz, mas não controlada. Visto se tratar de profissional idôneo que deve ter a confiança do juiz, o administrador tem o potencial de apontar o melhor momento para que se tente uma solução consensual. Até porque, como cabe a ele a adoção de medidas adequadas para manter nas melhores condições possíveis a saúde financeira da empresa, não há ninguém mais apropriado para aferir o *timing* negocial.

Caso as partes hajam colaborativamente e coloquem à disposição do administrador os instrumentos necessários à execução de um trabalho eficiente, este, sem dúvidas será a pessoa apropriada para a implementação de uma política satisfatória de recuperação empresarial, o que, obviamente, inclui a abertura de espaços para o exercício do consenso.

Vale reiterar que, ao se prever que a mediação e conciliação podem ser admitidas de forma antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial (artigo 20-B *caput*, da Lei nº. 11.101/2005), confere-se uma maleabilidade e adaptabilidade procedimental maior, gerando uma relação de troca mútua entre a solução adjudicada e a solução consensual. Apesar de esferas aparentemente autônomas,

19 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. Cit., p 184.

a interpenetração entre técnicas processuais e consensuais permite que se extraia do processo o melhor desempenho possível.

Embora o artigo 20-B, em seus incisos, elenque ocasiões nas quais devem ser admitidas conciliações e mediações, pensamos que esse rol é meramente exemplificativo, não sendo vedada a sua realização em outros momentos que, no caso concreto, possam se mostrar mais oportunos. A literalidade do artigo comprova a afirmação, na medida em que se vale da expressão “*notadamente*”. As situações do artigo 20-B seriam, dessa forma, hipóteses mais sensíveis, nas quais é altamente recomendado o não acirramento dos ânimos: (i) casos de disputas entre sócios e acionistas, que poderiam agravar ainda mais a situação da recuperanda; (ii) conflitos envolvendo a prestação de serviços públicos, que contém, por si só, uma carga alta de interesse público envolvido; (iii) hipóteses nas quais existam créditos extraconcursais que, se executados, poderiam por uma pá de cal em qualquer chance de sobrevivência da empresa em crise; (iv) quando existir a chance de negociação apta a impedir o ajuizamento da recuperação judicial.

Na hipótese de negociação de dívidas e formas de pagamento antes do ajuizamento da recuperação judicial, a lei ainda dá um estímulo adicional ao consenso. Estabelece-se a possibilidade de empresas em dificuldade (que preencherem os requisitos legais para requerer recuperação judicial) obterem tutela de urgência cautelar, a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até sessenta dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação (que será descontado do prazo de suspensão de cento e oitenta dias previsto no artigo 6º, §4º, caso não haja solução consensual²⁰).

Por óbvio, o legislador vedou a conciliação e a mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em eventual Assembleia-Geral de credores, matérias que se encontram fora da disponibilidade das partes (artigo 20-B, §§ 1º a 3º, Lei nº. 11.101/2005).

O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação deverá ser homologado pelo juiz competente. Como regra geral, não pode o juiz, independentemente dos termos do acordo, não o homologar, sob pena de interferência indevida na vontade externada pelas partes, o que é inadmissível, especialmente se considerarmos que o Direito Processual tem flertado cada vez mais com o privatismo, rejeitando o hiperpublicismo²¹. Excepcionalmente, em relações negociais visivelmente não-paritárias, como ocorre no caso de credores trabalhistas, se o acordo porventura se mostrar manifestamente abusivo, seria possível que o juiz não o homologasse.

Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até trezentos e sessenta dias contados do acordo firmado no período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituído seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados (artigo 20-C). Trata-se de norma que valoriza a boa-fé objetiva, em compasso com as normas constitucionais.

O que a Lei nº. 14.112/2020 preconiza é a abertura de lacunas procedimentais para acordos e interações que possam levar ao consenso, tudo isso com base privatística-garantista. Quanto a isso, uma das previsões mais polêmicas diz respeito à possibilidade de realização de sessões de conciliação e/ou mediação por meio virtual, desde que o CEJUSC do Tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização (artigo 20-D). Essa previsão, embora possa agilizar o processo e possibilitar maior participação das partes envolvidas, pode agravar a situação de credores hipossuficientes, notadamente trabalhistas. É preciso, portanto, muita cautela com a questão da virtualização de procedimentos. Ainda que estejamos diante de uma tendência inafastável, urge a proteção dos credores hipossuficientes.

20 A previsão é extremamente justa, pois, se assim não fosse, poderia a empresa em crise que não tivesse a intenção de negociar, se valer dos sessenta dias somente para ampliar o prazo de suspensão.

21 “Na verdade, busca-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o estado público numa dimensão democrática. [...] Desse modo, não se mostra mais crível falar numa prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado, nem do interesse privado sobre o público, já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo”. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 91/92.

É importante destacar que a mediação já era incentivada pela doutrina pátria e admitida na jurisprudência em alguns enunciados antes da reforma. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ainda antes da pandemia, no ano de 2019, por intermédio da Recomendação nº. 58/2019, já havia percebido a importância da mediação em casos envolvendo empresas em crise, recomendando aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências que promovessem, sempre que possível, o uso da mediação²².

Na mesma toada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Provimento CG nº. 11/20, regulava a conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais²³. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, igualmente, editou ato normativo, no ano de 2020²⁴, implementando o chamado *Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Empresarial e Falência (RER)*, que levou em consideração aspectos importantes:

A necessidade de serem promovidas medidas voltadas à efetividade da atuação jurisdicional em processos regidos pela Lei nº. 11.101/2005 diante do impacto da pandemia;

A recomendação aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências que promovessem, sempre que possível, o uso da mediação;

A Recomendação CNJ nº. 63, de março/2020, que sugeriu aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, a avaliação cautelosa do deferimento de medidas de urgência, despejo por falta de pagamento e atos executivos de natureza patrimonial em ações judiciais que demandassem obrigações inadimplidas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº. 06/20.

Ainda assim, a Lei nº. 14.112/2020 se mostra essencial, configurando o ápice de um processo evolutivo. Cabe ressaltar, por fim, que a valorização da consensualidade também abre espaço para a realização de negócios jurídicos processuais²⁵, efeito reflexo das sessões de conciliação / mediação. Diante disso, ainda que a mediação ou conciliação restem infrutíferas, é possível o aproveitamento do momento para haja a “a) formação de um cronograma que possibilite a ampliação e redução de prazos; b) definição do *modus operandi* das hipóteses de substituição da Assembleia Geral de Credores presencial por outros meios alternativos, com idênticos efeitos [...]; c) distribuição de despesas processuais [...]; d) exigência de notificação prévia antes do ajuizamento de qualquer nova demanda”²⁶, etc.

Valendo-se do artigo 190 do CPC/2015, é possível que as partes interfiram no processo de recuperação judicial ou falimentar, com o objetivo de ajustá-lo, desde que a matéria discutida admita autocomposição. Ou seja, na pior das hipóteses, ainda que frustrada eventual conciliação / mediação, um negócio jurídico poderia surgir como um efeito secundário. Isso significa que, qualquer que seja o resultado, a solução consensual sempre será apta a trazer ganhos concretos.

4. O Princípio da *Par Conditio Creditorum* como Falso Empecilho ao Consenso e o Uso da Mediação como Garantia da Igualdade Substancial entre os Credores Concursais nas Recuperações Judiciais

Como mencionado, as recuperações judiciais, diante da até então Lei nº. 11.101/2005, não acompanharam os avanços experimentados pelas soluções autocompositivas. Preso em um princípio da *par conditio creditorum* quase que absoluto, raras eram as concessões negociais feitas entre recuperanda e credores, as quais – quando existentes – não eram genuinamente fruto de acordos, mas de decisões proferidas em sede de impugnações ao crédito.

22 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso: 24/04/2021.

23 Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso: 24/04/2021.

24 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso: 03/04/2021.

25 MAZZOLA, Marcelo; CÂMARA, Rodrigo. *A simbiose entre métodos adequados de resolução de conflitos e recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso: 24/04/2021.

26 *Idem*.

Assim, a fórmula procedimental básica adotada no âmbito das recuperações judiciais era praticamente padronizada. Na recuperação judicial, tínhamos (i) o pedido formulado pela empresa em crise, no sentido de requerer a sua recuperação judicial, contendo relação nominal completa dos credores; (ii) nomeação de administrador judicial; (iii) deferimento do processamento da recuperação judicial com conseqüente suspensão de ações e execuções contra o devedor; (iv) expedição de edital contendo relação nominal de todos os credores, abrindo-se prazo para fins de impugnação extrajudicial a ser realizada junto ao administrador judicial (ou habilitação de crédito, na hipótese de o credor não constar originalmente na lista de credores); (v) apresentação do plano de recuperação judicial (podendo os credores apresentar objeções); (vi) realização de assembleias para aprovação do plano de recuperação judicial; (vii) concessão da recuperação judicial, fiscalização do cumprimento do plano aprovado e homologação do quadro-geral de credores após o julgamento de impugnações e habilitações; (viii) eventual convocação da recuperação judicial em falência.

É fácil notar que nos procedimentos que regem a recuperação judicial há pouquíssima margem negocial, o que, dentre outras razões, se explica por conta da incidência do princípio da *par conditio creditorum*, um dos princípios-guia do processo concursal. Antes do advento da Lei nº. 14.112/2020, esse princípio acabava por impedir a busca do consenso em razão de os credores recearem que possíveis acordos pudessem violar a igualdade exigida entre eles.

O foco desse trabalho são as recuperações judiciais, onde ainda existe a viabilidade de sobrevivência de uma empresa em situação de crise – no caso falimentar, a igualdade formal é mais justificável, especialmente porque não há a necessidade de preservação de relações contratuais que amparem a continuidade da atividade empresarial exercida pelo devedor.

O princípio da *par conditio creditorum* é responsável por garantir a igualdade de condições entre os credores que compõem uma determinada classe, ou seja, estipula a isonomia entre credores, mas reconhece as diferenças entre as classes de crédito²⁷. De acordo com o princípio em questão, deve-se buscar a solução que melhor atenda aos interesses dos credores enquanto conjunto, sem prevalecer interesses individuais dentro de cada classe. Para que isso ocorra, há a integração de credores como vontade coletiva, usualmente expressa na assembleia geral de credores^{28,29}.

Isso significa, em outras palavras, que o plano de recuperação judicial deve atender, de forma indistinta, todos os credores que se sujeitem às mesmas condições. Presume-se que sujeitos de uma mesma classe, em tese, estariam em posição de igualdade. Invariavelmente, uma simples reflexão nos faz concluir que a igualdade de condição é mera ficção, e não fato incontroverso.

Não se pode olvidar que o objetivo dessa presunção é garantir uma igualdade formal entre credores pertencentes a uma mesma classe, e não uma igualdade substancial – isso porque, dentro de uma classe, existe uma série de situações que não são contempladas dentro dessa suposta igualdade, o que impede que aspectos relevantes sejam levados em consideração na construção do plano de recuperação judicial. Ora, mas seria possível garantir a igualdade substancial dentro de um regime concursal? Pensamos que sim.

Na solução heterocompositiva descrita na Lei nº. 11.101/2005, o plano de recuperação judicial deve ser aceito pelo sistema de proporcionalidade, sendo aprovado por maioria, o que faz com que credores que não votem acompanhando a maioria estejam sujeitos a um plano que possa não atender aos seus interesses (aliás, é possível que, em relação a um dado credor, o plano não atenda nem mesmo aos interesses do devedor, já que cada relação travada é específica e individual). Esse é o maior dilema concursal: a aceitação de planos de recuperação que não equacionam satisfatoriamente muitos interesses particulares do devedor e de muitos dos credores em nome de uma igualdade formal coletiva, que preconiza uma visão panorâmica da situação.

27 TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 755.

28 TOMAZATTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*, v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 203.

29 NEGRÃO, R. *Manual de direito empresarial*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 360.

Os planos de recuperação judicial possuem a pretensão de generalidade, de modo a tentar satisfazer aos interesses de uma maioria que seja capaz de sustentar a sobrevivência da atividade econômico-empresarial da recuperanda. Sem embargo, em muitas hipóteses a vontade de grande parte dos credores (e quiçá da recuperanda) não se encontra contemplada da maneira devida, o que seria possível de ser alcançado por intermédio do consenso.

A elaboração do plano de recuperação judicial representa a culminância de uma série de escolhas trágicas, onde se chega à situação mais benéfica possível para todos os envolvidos, ainda que muitos interesses importantes sejam alijados. Exatamente por essa razão, o princípio da *par conditio creditorum*, se enxergado de forma demasiadamente rígida, pode impedir o consenso. Nesse sentido, cabe analisar a visão do autor Juan Luis Goldenberg Serrano³⁰ acerca do princípio:

“É evidente que uma certa igualdade deve se manifestar no sistema falimentar - como é comum a todos os setores do Direito - mas em nenhum caso essa igualdade deve ser entendida como a posição idêntica de todos os credores [...]. Acreditamos que o sistema deve fornecer uma forma lógica de coordenação que delimite os riscos implícitos em cada empréstimo, as avaliações políticas subjacentes, os custos econômicos associados, etc. Todas essas soluções não se identificam necessariamente com a mencionada ideia de igualdade”.

(tradução nossa)

A solução (ou pelo menos a atenuação) desse problema pode ser obtida por meio da valorização dos métodos autocompositivos, mormente a mediação, tornando factível a consideração de interesses individuais de credores – e, em muitos casos, do próprio devedor. Permite-se, assim, que aspectos relevantes para a sobrevivência da empresa (a possibilidade de um diálogo mais próximo com um credor importante para a cadeia produtiva ou com um fornecedor contínuo de insumos imprescindíveis, por exemplo), os quais se encontram na “vala comum” por imposição legal, sejam resgatados e compatibilizados individualmente. Nesse sentido, temos:

“É justamente na segunda fase do processo de recuperação, a fase de elaboração do plano, que a mediação encontra o melhor momento para se desenvolver, já que se autoriza a participação dos próprios credores na sua elaboração. O mediador, como um terceiro que não está diretamente ligado ao conflito, possui todas as condições para fomentar os interesses dos credores para que juntos com o devedor desenvolvam um plano que atenda aos interesses de ambos, proporcionando ganhos mútuos, ou seja, que viabilize a permanência da empresa no mercado, atingindo sua função social, e proporcione aos credores o seu devido pagamento”³¹.

Não se está dizendo, necessariamente, que todos os credores precisam se sentar à mesa de negociação – aliás, para alguns, isso sequer é interessante. O que se está dizendo é que a mesa de negociação precisa estar disponível para casos em que o diálogo se faz imprescindível, para hipóteses nas quais o genérico não satisfaz.

É claro que, havendo negociação e compatibilização de interesses, esse credor deve ser retirado do quadro-geral, que somente subsiste para englobar os credores que permaneçam inseridos na solução geral. E, em caso de descumprimento dos acordos firmados, o credor que aceitou negociar, é inserido novamente no quadro-geral, respeitando as condições gerais do plano.

Em suma, o que a Lei nº. 14.112/2020 faz é reler o princípio da igualdade entre os credores concursais sob um olhar contemporâneo, mostrando que a igualdade formal informada pelo princípio pode dar lugar a uma igualdade substancial, perfectibilizada por meio do diálogo, oportunidade na qual os interesses dos credores e do devedor possam ser balanceados. Outrossim, quando esse diálogo

30 SERRANO, Luis Goldenberg. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par conditio creditorum. *Revista Chilena de Derecho*, Chile, v. 37, n. 1, 2010, p. 73/98. Trecho original: “Es evidente que una cierta igualdad debe manifestarse en el sistema concursal –como es común a todos los sectores del Derecho–, pero en ningún caso esta igualdad debe ser entendida como la idéntica posición de todos los acreedores [...]. Creemos que el ordenamiento debe prever una forma lógica de coordinación que delimite los riesgos implícitos en cada crédito, las valoraciones políticas subyacentes, los costos económicos asociados, etc. Todas estas soluciones no se identifican necesariamente con la señalada idea de igualdad”.

31 JUSCELINO, Cristhiane Bessas. Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva, *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019.

for travado previamente à elaboração do plano, ainda que não ocorra a materialização de um acordo, torna-se possível a construção de um planejamento recuperacional menos autoritário e atento aos apelos dos credores, tornando mais viável a sua aprovação.

Não bastasse isso, o incentivo à participação é uma constante no CPC/2015, devendo esse incentivo se estender aos procedimentos regidos pela Lei nº. 11.101/2005, para que as recuperações judiciais deixem de ser monólogos processuais, no qual o devedor imponha todas as regras do jogo, reservando-se aos credores a tarefa de votar “sim” ou “não” nas assembleias. Essa mudança de rumo necessariamente precisa contar com juízes e administradores imbuídos de um espírito cooperativo capaz de desestimular a polarização e o acirramento entre as partes, centrando esforços na resolução efetiva dos nós górdios da lide³².

Enfim, a inserção da mediação nas recuperações judiciais abre um novo caminho de possibilidades para o soerguimento de empresas em crise, a qual não exclui a modelagem tradicional de solução de conflitos prevista na versão original da Lei nº. 11.101/2005. O que há como muito bem descrito por Marcelo Mazzola e Rodrigo Câmara³³, é uma simbiose entre diferentes técnicas, criando-se um ambiente interativo em que os desiguais possam ser tratados de forma desigual sem que se cogite a violação da paridade de tratamento que se espera dentro de um processo de recuperação judicial.

5. O Consenso como Corolário da Autonomia da Vontade e *Longa Manus* da Efetividade do Processo

A valorização da autonomia da vontade é uma conquista processual, trazendo à tona o entendimento de que a análise do processo não pode ser introspectiva e alheia a repercussões práticas³⁴. O direito processual civil, hoje, deve ser encarado como uma caixa de ferramentas³⁵, que dispõe de um sem-número de mecanismos – consensuais ou adjudicados –, que compila uma diversidade de institutos voltados à instrumentalização de interesses na busca de um processo efetivo, ainda que muitas dessas ferramentas estejam centradas em uma valorização da autonomia.

A recuperação judicial, ao incorporar o consenso em sua estrutura, consagra a autonomia da vontade como uma diretriz informadora do processo civil contemporâneo. Nesse aspecto, a incorporação da mediação como técnica adequada a ser aplicada no âmbito das recuperações judiciais, utilizando o consenso como veículo, ao garantir um acesso à justiça qualitativo, nos conduz à uma situação de efetividade.

“A autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição”, como ensina Fachin³⁶. Negar a sua importância para o diálogo é fechar os olhos para o que preconiza o artigo 6º do CPC/2015, além de ignorar o estímulo à autocomposição (previsto no artigo 3º, §§2º e 3º, também do CPC/2015), que tem por elemento norteador a autonomia da vontade, como estabelece o artigo 166, *caput* e §4º, do CPC/2015.

Diante disso, a mediação pode ser encarada como um meio de garantia da efetividade do processo. Isso porque, se oportunizado o consenso e desenvolvida a autonomia das partes na recuperação judicial, haveria maior possibilidade de satisfação dos credores e do devedor. Um acordo desenvolvido por intermédio do diálogo e da concordância dificilmente seria recusado pelos credores. Isso sem contar que

32 HILL, Flávia Pereira. *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015. p. 177/206.

33 MAZZOLA, Marcelo; CÂMARA, Rodrigo. Op. Cit.

34 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

35 RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 272, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso: 30/03/2021.

36 FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 11.

o devedor também pode vir a usufruir de condições mais favoráveis no estabelecimento e cumprimento do plano de recuperação judicial apresentado.

Nesse sentido, há que se fazer alusão à doutrina de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade³⁷:

“A mediação serviria de auxílio para que a viabilidade da empresa se oriente por critérios objetivos em conformidade com o mercado, assim como na facilitação de uma troca de informações fecunda, base de possíveis saídas das negociações. Poucos contextos poderiam suscitar a efetividade no uso da mediação como essa. A aproximação das discussões por meio de técnicas de facilitação e negociação multipartes pode ser de grande utilidade”.

Entende-se, assim, que a mediação é um meio de compatibilização de interesses importantes e peculiares que precisam ser tratados de maneira apartada e individualizada. E, mesmo que esse tratamento individual não se mostre possível, espera-se que o estímulo à consensualidade impulse o devedor a formular um plano de recuperação judicial que considere diversos aspectos relevantes que o tornem efetivo.

O direito à participação das partes na estruturação do processo não pode ser sufocado por ideais hiperpublicistas típicos de um modelo social de processo³⁸. Os contornos conferidos pelo CPC/2015 ao consenso e, particularmente, à Lei 14.112/2020 revelam a vontade do legislador em privilegiar o paradigma democrático do processo, dotando as partes de poderes capazes de influenciar a dinâmica dos atos, faculdades e deveres processuais, assim como o próprio procedimento.

O cenário da recuperação judicial é extremamente favorável à mediação (e, em maior grau, ao consenso), pois muitos credores, além de possuírem prévia relação com a recuperanda, pretendem continuar travando relações negociais durante e após o processo de recuperação. Em outras palavras, a mediação envolve relações continuadas, sendo o seu principal objetivo e resultado, para além do acordo, a reconciliação das partes.

Dessa forma, o diálogo na mediação se mostra essencial, sendo o mediador um terceiro que auxilia, embora não fale pelas partes. Cabe ressaltar que, para cumprir o propósito de reconciliação, é necessária a participação de um mediador experiente e preparado, que saiba utilizar as técnicas necessárias. O mediador deve, também, possuir habilidades de comunicação, sabendo ouvir e entender que o protagonismo na mediação cabe aos conflitantes, sendo a sua tarefa restrita a auxiliar o diálogo.

Além disso, é imperioso destacar que a mediação não pode ser utilizada de forma banal, tornando premente a alteração de postura por parte dos juízes, que devem estar atentos à viabilidade de sessões a qualquer tempo. Corroborando tais ideias, Humberto Dalla aduz³⁹:

“Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador. Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho. A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito”.

Dessa forma, o ideal é que os mecanismos consensuais entremeiem toda a recuperação judicial – uma mediação em estado de latência, manifestando-se quando for necessário, como expressão da autonomia da vontade em favor da efetividade do processo. Observa-se, então, a mediação como uma possibilidade de todas as partes envolvidas negociarem para atingir uma solução satisfatória para o

37 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. *Fundamentos: Evolução nas propostas normativas precedentes*. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). *O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 81.

38 RAATZ, Igor. Op. Cit., p. 295.

39 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. In: *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (Coord.: PRADO, Geraldo). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 105/124.

processo⁴⁰. Isso aumenta as chances de o processo se tornar mais legítimo, com menor interferência estatal e maior participação das partes. De forma alguma, como assevera Igor Raatz⁴¹, isso significa “represtinar a noção de processo como coisa das partes, própria do Estado liberal clássico”.

O processo, seja ele qual for, “é garantia da liberdade individual e, conseqüentemente, também da autonomia privada, conduzindo à superação do antigo modelo de divisão de trabalho, no qual às partes era conferida soberania sobre o direito material e quase nenhuma ingerência no âmbito da chamada técnica processual”⁴². Essa visão coletivizada do processo, ainda que não o torne novamente uma coisa exclusivamente pertencente às partes, torna-o *também* uma coisa das partes, já que a autonomia não mais se contrapõe às noções garantísticas que permeiam o Direito Processual Civil.

É preciso recordar, por fim, que o consenso, fruto do exercício da autonomia da vontade, hodiernamente, atua como uma das vertentes da efetividade do processo, pois processo efetivo é aquele que chega a resultados desejados pelo direito material⁴³. Sempre deve haver aprimoramento do instrumento para que se chegue ao resultado pretendido, ainda que isso inclua abrir mão estrutura rígida processual, sempre adjudicada.

Por essa razão, Bedaque⁴⁴ afirma que a técnica processual há de ser revista com constância e tratada com total consciência dos seus objetivos, compatibilizando-a com a natureza instrumental do processo: “o sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo”.

Para ser efetivo, o fim do processo deve se sobrepor ao meio utilizado: se o meio adequado é consensual, este deve estimulado (inclusive antes da existência do processo para que a efetividade possa ser exercida previamente, sem que se recorra às soluções adjudicadas): é a efetividade para além do processo.

6. Conclusão

O trabalho desenvolvido teve por escopo demonstrar que a justiça heterocompositiva, em qualquer de suas manifestações, nem sempre é capaz de lidar adequadamente com a complexidade inerente às demandas existentes, noção esta que fez com que a autonomia privada ganhasse espaço, abrindo-se novas e importantes portas, de modo a fortalecer os mecanismos consensuais de resolução dos conflitos.

Após o primeiro passo dado pelo CPC/2015, a Lei nº. 14.112/2020 trouxe modificações essenciais no processamento das recuperações judiciais, representando um avanço da autonomia privada em um ambiente até então pouco permeável ao consenso, tais como: a previsão da consensualidade corporificada em audiências de conciliação e mediação, a qual deve, acima de tudo, ser estimulada pelos sujeitos processuais; a possibilidade de realização dessas audiências no ambiente virtual; bem como a viabilidade de que negócios jurídicos processuais sejam perfectibilizados.

Ao se perceber que a técnica processual também pode ser gerenciada pelas partes, estas percebem ser possível penetrar as suas vontades nas escolhas legais e judiciais. Dá-se conta, por conseguinte, do fato de que o tradicional princípio da *par conditio creditorum*, um dos baluartes do processo concursal, garantiria apenas uma igualdade de condição aparente entre credores, igualdade esta que se restringe a tratar as classes apartadamente, sem considerar peculiaridades existentes dentro de uma mesma classe.

40 SILVA, Jorge Luis da Costa Silva; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Mediação na recuperação judicial e os credores não sujeitos. In: *Estudos sobre mediação no Brasil e exterior* (Org.: VIEIRA, Amanda de Lima; PILIA, Carlo; CURY, César Felipe; SPENGLER, Fabiana Marion). Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2020, p. 128/144.

41 RAATZ, Igor. Op. Cit., p. 295.

42 *Idem*.

43 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

44 *Idem*, p. 51.

Nesse contexto, a mediação garante uma igualdade substancial entre os credores, os tornando iguais na medida da sua desigualdade, permitindo-se que as suas vontades e interesses sejam ventilados e levados, em alguma medida, em consideração no processo. Na pior das hipóteses, esse debate exercerá influência na elaboração do plano de recuperação judicial e/ou estimulará a manutenção de contratos ao longo do processo de recuperação judicial, com condições factíveis que não empurrem as empresas rumo à falência.

As alterações incidentes sobre a sistemática da recuperação judicial, carreadas no bojo da Lei nº 14.112/2020 (que, por sua vez, veio a reboque do CPC/2015), caminham a passos largos ao encontro de um modelo multiportas de justiça⁴⁵. Recrudescem-se, diante disso, a busca pela pacificação social com a estrita observância de garantias fundamentais, ainda que em ambientes não adjudicados, propícios ao desenvolvimento da cidadania e autonomia dos sujeitos processuais, bem como da dialogicidade e cooperação destes dentro e fora do processo.

Todas essas manifestações são fruto de uma jurisdição dialógica que se encontra cada vez mais antenada à necessidade de adequação da justiça⁴⁶. Com isso, conclui-se, em última análise, que a adoção da mediação nas recuperações judiciais é algo desejável – e, mais do que isso, necessário –, oferecendo ganhos qualitativos em termos de acesso à justiça, reduzindo os entraves existentes para que ocorra uma efetiva recuperação de sociedades em crise e o reestabelecimento dos vínculos entre estas e seus credores.

7. Referências

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. *Fundamentos: Evolução nas propostas normativas precedentes*. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). *O marco legal da mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book kindle*.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. 2014. 414f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BARBI, Marcelo. *Teria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

45 Trata-se de um modelo que é “expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos [...], com muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade”. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. In: *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos* (Coord.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 5. Além disso: a expressão justiça multiportas decorre de uma metáfora: “[...] como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 637.

46 “Essa mudança põe luzes para a necessidade de adequação da justiça: “a busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa [...] para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: SOSA, Ángel; CAMPOS, Santiago Pereira [Org.]. *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo II. Montevideo: La Lei Uruguay, 2017, p. 418.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie.; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, v. 7, nº. 3, set./dez. 2016. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/br/editions/justica-multiportas-e-tutela-constitucional-adequada-autocomposicao-em-direitos-coletivos-fredie-didier-jr-and-hermes-zaneti-jr>. Acesso: 24/04/2021.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: SOSA, Ángel; CAMPOS, Santiago Pereira [Org.]. *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Tomo II. Montevideo: La Lei Uruguay, 2017.
- GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERGS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution*. 4 ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003.
- FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 15, volume 22, número 1. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/>.
- HILL, Flávia Pereira. *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.
- JUSCELINO, Cristhiane Bessas. Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva, *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 13, jul./set. 2019.
- MARIOTINI, Fabiana Marcello Gonçalves. A mediação como *locus* adequado para a busca do reequilíbrio contratual no cenário de pandemia do novo Coronavírus. In: *Estudos sobre mediação no Brasil e exterior* (Org.: MENDES, Aluisio; GÓMEZ, Francisco; SILVA, Larissa Clare; ALMEIDA, Marcelo). Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2020.
- MAZZOLA, Marcelo; CÂMARA, Rodrigo. *A simbiose entre métodos adequados de resolução de conflitos e recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.jota.info/>.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (Coord.: PRADO, Geraldo). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.
- RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo*. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. Salvador: JusPodivm, 2019.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 272, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>.
- SERRANO, Luis Goldenberg. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. *Revista Chilena de Derecho*, Chile, v. 37, n. 1, 2010.

- SILVA, Jorge Luis da Costa Silva; GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Mediação na recuperação judicial e os credores não sujeitos. In: *Estudos sobre mediação no Brasil e exterior* (Org.: VIEIRA, Amanda de Lima; PILIA, Carlo; CURY, César Felipe; SPENGLER, Fabiana Marion). Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2020.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil*. Repensando o litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm.
- TOMAZATTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*, v. 3. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- TUCCI, Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*. Processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2019.
- ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. In: *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos* (Coord.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier). Salvador: JusPodivm, 2017.