

coords.

Camila Aboud Gomes

*Claudete Rosimara de
Oliveira Figueiredo*

Glaucia Albuquerque Brasil

João Carlos Lopes Scalzilli

*Taciani Acerbi Campagnaro
Colnago Cabral*

Recuperação
judicial,
falência e
administração
judicial

A MEDIAÇÃO COMO ELEMENTO FACILITADOR DO ADMINISTRADOR JUDICIAL NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

Fernando Scalzilli¹
Elisa Sachs Beylouni²

8.1. Introdução

O presente trabalho busca promover uma reflexão mediante a integração das Leis n. 11.101/2005 (Lei da Recuperação Judicial, Extrajudicial e de Falências – LREF) e n. 13.140/2015 (Novo Código de Processo Civil – NCPC), bem como da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no que tange aos institutos da recuperação judicial, em especial do administrador judicial, da negociação e da mediação de conflitos.

Em primeira análise, os institutos agregam-se na busca de soluções consensuais e de preservação dos valores individuais e comunitários. Adiante, vê-se que ambos os institutos legais, tanto da recuperação judicial como da mediação, perfazem caminhos que retiram da égide do Poder Judiciário a possibilidade única de decisão acerca de seus interesses. Ambos se utilizam de técnicas de negociação como instrumento.

¹ Formado em Direito pela PUC/RS; Advogado; Diretor no escritório de advocacia João Carlos e Fernando Scalzilli Advogados; Administrador Judicial, com Certificação pelo TMA por aprovação e conclusão em Curso Administrador Judicial: jurídico, contabilidade/finanças e ética/boas práticas.

² Formada em Direito pela PUC/RS; Mediadora judicial e extrajudicial com formação pela Escola da Magistratura do RS, AJURIS, certificada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Especialista em negociação e gestão de conflitos; Diretora executiva da Câmara Mediadores do Sul, Porto Alegre, RS – Câmara Sul-brasileira de Mediação e Negociação.

Em outro momento, demonstra-se que a figura do administrador judicial pode ser elemento indutor e catalisador de possibilidades negociais dentro da recuperação da empresa, em especial se tiver formação como mediador. Por fim, a mediação na Assembleia Geral de Credores poderá afirmar-se como mecanismo de aceleração do processo e legítimo respaldo de interesses de credores e do empresário.

INTEGRAÇÃO DE PRINCÍPIOS E ESSÊNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. (a) Essência da Recuperação Judicial; (b) Recuperação judicial e negociação; (c) Princípios da mediação e conciliação; (d) Princípio da preservação da empresa e a mediação.

A essência da recuperação judicial nada mais é do que a negociação. A Lei n. 11.101/2005 marcou a evolução do processo de concordatas e falências, retirando o caráter de formalidade de outrora, na busca de um processo flexível, de modo a reunir credores e devedores na busca de saídas negociais e na preservação e soerguimento da empresa em dificuldade.

Como bem ressalta a importância dessa evolução, *Ivo Waisberg* afirma:

“A recuperação judicial representa uma verdadeira revolução no Direito de insolvência brasileiro. Suas diferenças com a antiga concordata são fruto não só de uma alteração de regras, mas, precipuamente, de uma mudança de vetores sociais e princípios de Direito. Tal instrumento visa efetivamente a preservação da atividade econômica, objetivando uma solução de mercado para que os bens da empresa (considerada como fator econômico) continue a produzir, gerando empregos e riquezas. Na busca por soluções de mercado, privilegia o aspecto negocial. Devedor e credores são instados a negociar uma saída tecnicamente viável, utilizando instrumentos da ciência e das finanças para a efetiva reestruturação da dívida e otimização da utilização dos ativos. O vetor social é a preservação da empresa (não do empresário), desprovido do intuito de privilegiar credores ou devedor, mas mantendo a autonomia privada deles por meio de regras procedimentais e princípios da lei.”³

A preservação da empresa e da atividade econômica, enquanto princípio basilar da recuperação judicial ressalta o aspecto negocial. Todavia, negociação consiste em uma comunicação voltada à persuasão. A negociação posicional consiste naquela cujos negociadores se tratam como oponentes, o que implica pensar na negociação em termos de

³ *WAISBERG, Ivo*. Proteção dos ativos essenciais da recuperanda. In: *MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga*, Org. Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. P. 431, apud *BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans; FANTIN, Lucas Alfredo de Brito*; Mediação e Recuperação Judicial.

um ganhar, e outro perder (em que quanto mais um ganha mais o outro perde). Desta forma, em vez de abordar os méritos da questão, o papel do negociador parece ser pressionar ao máximo e ceder o mínimo possível. Como afirma a *Profa. Menkel-Meadow*, “a negociação posicional pode se tornar uma prova de determinação dos negociadores, cuja raiva e o ressentimento frequentemente proporcionam prejuízo na relação social dos envolvidos, pois uma parte sente-se cedendo à intransigência da outra, enquanto suas legítimas preocupações permanecem desatendidas.”⁴ Desta forma, parece andar bem a legislação da recuperação judicial no sentido de privilegiar a negociação, porém não a negociação posicional e, sim, a *negociação baseada em princípios* ou *baseada em méritos*, através da qual negocia-se em detrimento da preservação da empresa, na busca de resultados coerentes e justos. A negociação baseada em méritos traz à tona os interesses reais dos envolvidos, evitando a deterioração dos relacionamentos pessoais e negociais.

A negociação baseada em princípios é a negociação possível na recuperação judicial, uma vez que se coaduna com os propósitos do instituto. Tem como pontos fundamentais a separação das pessoas do problema, ou seja, atacar os méritos da negociação e não os negociadores; foco nos interesses e não nas posições, o que significa buscar os reais interesses envolvidos por trás do que manifesta o negociador; geração de opções e ganhos mútuos, daí extrai-se a geração de uma variedade de possibilidades antes de se decidir a solução a ser adotada; e por fim a utilização de critérios objetivos, o que quer dizer a utilização de padrões objetivos (como tabelas de preço, gráficos, etc.), favorecendo a despersonalização do conflito.⁵

A negociação baseada em princípios é técnica desenvolvida pela mediação de conflitos, sendo o mais relevante o chamado modelo de *Harvard*, método empregado para a chamada negociação cooperativa. Assim, neste modelo de negociação, o mediador busca separar as partes do conflito, focando em seus interesses e tirando-as de suas posições, bem como buscando uma análise objetiva da controvérsia, através de soluções criativas e favoráveis a ambas as partes na busca de um acordo.⁶

⁴ *AZEVEDO, André Gomma de* (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 72.

⁵ *AZEVEDO, André Gomma de* (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 74.

⁶ *DALE, Izadora Farias Azeredo*. A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade. 2016.

O Novo Código de Processo Civil - NCPC, Lei n. 13.140/2015, introduziu as atividades dos mediadores e dos conciliadores na função jurisdicional, em conformidade ao disposto no art. 5º, XXXV. § 1º da Constituição Federal “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos” e “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Elevados, pois, os métodos de autocomposição – mediação e conciliação – como mecanismos válidos para solução de controvérsias.

No mesmo sentido trata a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ:

“(…) cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e conflitos de interesses, que ocorram em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.”

Na mediação há, pois, uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. As partes são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição.⁷ Na conciliação, as partes ou interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, a chegar a uma solução ou acordo.⁸ Todavia, os institutos diferenciam-se, apesar de serem comumente tratados em conjunto pela lei, sobretudo porque a mediação incorpora a conciliação, sendo que a recíproca não é verdadeira.

A conciliação é um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos.⁹ A mediação tem por escopo a comunicação, com lastro multidisciplinar, envolvendo áreas como a psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros,

⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 24.

⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 25.

⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 26.

enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito.¹⁰ Tanto o mediador, quanto o conciliador utilizam-se de competências de negociação, ou seja, de habilidades e instrumentos da negociação. A comunicação do mediador, muito além do conciliador, visa facilitar o processo de retomada do diálogo entre as partes, para que compreendam como legítimos ambos os interesses a fim de, então, trabalhar na geração de opções na busca de uma solução válida para todos os envolvidos no processo.

Em seguimento, o art. 167 do NCPC traz os princípios norteadores dos institutos da mediação e da conciliação, quais sejam, princípios da “independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão”. Outros princípios também informam os métodos autocompositivos, tais como a credibilidade, a competência, a diligência e o acolhimento das emoções dos mediandos.¹¹ O art. 2º do NCPC também elenca os princípios da mediação destacando a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia de vontade das partes, a busca do consenso e a boa fé.

O princípio da independência define o mediador com o dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.¹²

Pelo princípio da imparcialidade, os mediadores e conciliadores deverão ser imparciais, não podendo atuar na função caso conheçam uma das partes, devendo ser neutros na condução do procedimento de mediação ou conciliação.¹³

Através do princípio da autonomia de vontades, revelam-se os protagonistas do processo de mediação ou conciliação, no sentido de que a eles caberá a composição de seu entendimento de acordo com a facilitação do mediador.¹⁴

¹⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015, p. 26.

¹¹ BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

¹² BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

¹³ BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

¹⁴ BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

Através da confidencialidade as partes têm o respaldo do sigilo das informações tratadas durante a sessão, estando todos os envolvidos (partes, mediadores ou conciliadores) submetidos ao princípio.¹⁵

As negociações na sessão de mediação ou conciliação deverão ser preferencialmente orais, como informa o princípio da oralidade. A informalidade também vem no mesmo sentido, pois a negociação na sessão de mediação ou de conciliação deve fluir de forma livre, sem formalidades específicas.¹⁶

Outros princípios também informam o processo de mediação, o que denota a profundidade e o espectro multifuncional do instituto, no sentido de sua aplicabilidade nas mais diversas áreas, sobretudo na recuperação judicial, processo negocial por essência. Em mediação, não se procura simplesmente o acordo, mas aproximar as partes, para que alcancem a solução do conflito. Nesse viés, “o acordo passa a ser consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica”.¹⁷

Nesse sentido:

“O princípio da credibilidade dá aos envolvidos no processo de mediação a confiança necessária para que se sintam à vontade para se abrirem, falarem sobre suas preocupações, necessidades e interesses, uma vez terem escolhido a mediação como meio de solução de seus conflitos. A transparência, coerência e independência do mediador, assim como seu conhecimento acerca do procedimento é o que dará credibilidade às partes envolvidas na mediação e na conciliação. O princípio da competência liga-se às qualificações necessárias do mediador, para atender às expectativas, preocupações e questionamentos dos mediandos. O princípio da diligência visa garantir a eficácia da mediação, exigindo uma postura atenta e cautelosa por parte do mediador, sempre na busca de promover o diálogo entre as partes. Da mesma forma o princípio do acolhimento das emoções dos mediandos, os mediadores devem estar familiarizados com as técnicas psicológicas para auxiliar as partes a lidarem com suas emoções, na busca da condução harmoniosa do processo de mediação”.¹⁸

¹⁵ BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

¹⁶ BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018.

¹⁷ DALE, Izadora Farias Azeredo. A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade. 2016.

¹⁸ DALE, Izadora Farias Azeredo. A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade. 2016.

A essência da recuperação judicial é a negociação. E, a negociação baseada em princípios liga-se com a preservação da atividade empresária, na busca do melhor para todos os interlocutores envolvidos no processo. Ressaltado o aspecto negocial, tem-se, pois, que os institutos da mediação e da conciliação, com seus princípios específicos podem ser excelentes vetores para as negociações na administração judicial. Neste sentido o Enunciado 45 da I Jornada de Prevenção e Solução extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 45: “A mediação e a 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”.

Não poderia ser diferente, uma vez que a mediação pode contribuir na obtenção de melhores resultados na recuperação de empresas. Veja-se o que dispõe a LREF, artigos 47 e 50:

Art. 47. “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”.

Em consonância, está o artigo 50:

Art. 50. “Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: **I** - concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; **II** - cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; **III** - alteração do controle societário; **IV** - substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; **V** - concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; **VI** - aumento de capital social; **VII** - trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; **VIII** - redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; **IX** - dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; **X** - constituição de sociedade de credores; **XI** - venda parcial dos bens; **XII** - equalização de encargos financeiros relativos

a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; **XIII** - usufruto da empresa; **XIV** - administração compartilhada; **XV** - emissão de valores mobiliários; **XVI** - constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.”

Pode-se supor caber a mediação dentro do plano de regime recuperatório em todas as áreas elencadas no artigo 50 em perfeita consonância com o que dispõe o artigo 47. Como bem asseverado por *SCALZILLI, SPINELLI e TELECHEA*, em Apresentação da Lei n. 11.101/05:

“O exame da lista exemplificativa dos meios de recuperação judicial prevista no art. 50, também aplicável à recuperação extrajudicial, é mais um elemento que reforça o espírito recuperatório que perpassa a LREF, cujo objetivo primordial é estimular o devedor a propor alternativas jurídicas capazes de reorganizar a empresa em crise. (...) Por fim, lembre-se de que, por se tratar de matéria multidisciplinar e de ordem eminentemente prática, as soluções adequadas ao caso nem sempre se encontram de forma direta e objetiva na letra da Lei, requerendo do julgador um exercício dinâmico de interpretação da norma conforme os princípios da legislação e, dentro dos limites impostos pelo ordenamento, às necessidades práticas do devedor em estado de crise. Assim sendo, entende-se que o art. 47 deve servir como fundamento para que sejam propostas soluções interpretativas teleológicas tendentes a preservar a empresa viável e internalizar os interesses que gravitam em torno dela.”¹⁹

No mesmo sentido, *BRAGANÇA e FANTIN*:

“No contexto brasileiro, é bem verdade que a LRE não estabelece qualquer óbice à mediação. Todavia, há que se considerar a mitigação de certos princípios do mediador previstos no art. 2º da Lei de Mediação, e acrescer outros mais decorrentes da sistemática da LRE, o que mostra em linha com a proposição do Enunciado 45 da Justiça Federal citado acima. Assim, considerando que na recuperação judicial vigora o princípio da transparência, fundamental para que se assegure o fluxo de informações entre credores e devedores, de forma a reduzir o problema da assimetria informal, não convém a imposição da confidencialidade ao mediador, a exceção de informações

¹⁹ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo*. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 82 e segs.

estratégicas da empresa em crise, indispensáveis à manutenção de sua competitividade.”²⁰

A preservação da empresa é o maior princípio da Lei nº 11.101/2005, tendo em vista seu caráter de polo produtivo, gerador de riqueza, emprego e renda, com conseqüente recolhimento de impostos e contribuições. Isso porque a empresa é a célula essencial da economia de mercado e como tal cumpre relevante função social.²¹ A legislação tem como objetivo a preservação da empresa. São esses os valores sobre os quais toda a Lei falimentar é erigida. Nesse sentido, devem-se orientar o interprete e o aplicador do direito, diante de eventuais conflitos ou omissões legislativas, como fundamento norteador para superação de lacunas.²² No mesmo sentido, *SCALZILLI, SPINELLI e TELECHEA*:

“A função da empresa se revela com o exercício de uma atividade lucrativa. Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social.

Interessante é que a empresa cumpre a sua função social não querendo fazê-lo – ou, ao menos, não objetivando isso –, mas como um efeito colateral benéfico do exercício de sua atividade e da perseguição do lucro; um efeito que os economistas chamam de ‘externalidade positiva’.”²³

Os princípios até então analisados, tanto da mediação, quanto da conciliação e em conformidade com a negociação, coadunam-se ao princípio da preservação da empresa, concretizados nos regimes recuperatórios previstos na LREF.

²⁰ *BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans; FANTIN, Lucas Alfredo de Brito*; Mediação e Recuperação Judicial. P. 297.

²¹ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo*. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 82.

²² *SACRAMONE, Marcelo Barbosa*; Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Ed. Saraiva. 2018. P. 190.

²³ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo*. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 83.

PAPEL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL COMO INDUTOR E FACILITADOR DAS NEGOCIAÇÕES: (a) Proteção da empresa como princípio fundamental. (b) Participação ativa dos credores no processo de recuperação da empresa. (c) Assembleia Geral de Credores e o papel do administrador judicial como negociador e mediador.

Dispõe o artigo 170 da Constituição Federal:

Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

III - função social da propriedade;”

A empresa tem, pois, conotação social, como afirma *BIOLCHI*, malgrado vivamos numa sociedade eminentemente capitalista, neoliberal e de forte economia globalizada, por meio de blocos integrados, a empresa se constitui patrimônio de todos. Essa empresa depende do trabalhador, as regras de consumo se estabelecem, impostos são recolhidos, demanda e oferta se regulam, sendo o controle inflacionário supervisionado e a sociedade marcha na direção do crescimento e do desenvolvimento.²⁴

Vê-se, pois, que vários espectros circulam a empresa, cada qual em seu feixe de interesses. Evidentemente, trata a LREF da qualificação de cada interesse no contexto da atividade empresária. Dentro dos princípios da Lei n. 11.101/05 e em conformidade com os ditames constitucionais, há de se primar pela preservação da empresa, pela proteção do trabalhador e pelo interesse dos credores. Preserva-se, pois, a empresa, considerando-a como polo produtivo, gerador de riqueza, emprego e renda e conseqüente recolhimento de impostos e contribuições. Preserva-se a empresa enquanto célula essencial da economia de mercado e cumpridora de relevante função social.²⁵

Ressalta-se, pois, aspecto de fundamental relevância no contexto da preservação da empresa: o interesse e a participação ativa dos credores no processo recuperatório da empresa em crise.

Como bem assevera *SCALZILLI, SPINELLI e TELECHEA*:

²⁴ *BIOLCHI, Osvaldo Anicetto; MIGLIARI JUNIOR, Arthur; ABRÃO, Carlos Henrique; LOBO, Jorge; TOLEDO, Paulo F C Salles de; SZTAJN, Rachel; TEPEDINI, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª Ed. Editora Saraiva. 2007. P. 37.*

²⁵ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 82 e segs.*

“Os credores são os principais afetados com a crise da empresa, seja porque acabam por financiar compulsoriamente a atividade do devedor, ou mesmo porque, na maior parte das vezes, recebem o seu crédito de modo diverso do originalmente pactuado. Isso sem mencionar o custo que lhes é imposto para a tutela de seus direitos no bojo dos processos de recuperação e falência. Em função de tudo isso, cabe reconhecer a relevância do interesse dos credores, bem como atribuir a eles um papel mais ativo dentro do sistema concursal.”²⁶

Importante mudança de perspectiva em relação ao anterior regime de falências e concordatas é o princípio da participação ativa dos credores, tendo a LREF atribuído a eles papel de destaque, tanto na recuperação judicial, quanto na recuperação extrajudicial e na falência. O credor, dentro desta perspectiva, passa de coadjuvante (na legislação anterior) para protagonista (na atual legislação). O poder decisório, pois, recai sobre eles.

Novamente nas palavras de *SCALZILLI, SPINELLI e TELECHEA*:

“As regras que preveem a participação ativa dos credores consistem em uma importante mudança de perspectiva. Afinal de contas, como são os credores que sofrerão os efeitos da recuperação, nada mais justo que o poder decisório acerca disso recaia sobre eles. Ademais, parte-se da premissa de que os credores tenderão a cooperar para a solução da crise do devedor, pois os resultados advindos da conduta cooperativa costumam ser economicamente mais eficientes.”²⁷

O benefício almejado é a reorganização da empresa, a manutenção dos empregos e os benefícios sociais através da continuidade da atividade produtiva. Daí, a Assembleia Geral de Credores - AGC ser o ápice do processo de negociação. A AGC é onde se encontram todos os credores para análise e discussão do plano de recuperação judicial e por fim para aprova-lo ou não.

O legislador, através da classificação dos créditos, criou um interessante sistema de pesos e contrapesos, na busca do equilíbrio entre os diferentes atores envolvidos no processo de recuperação, visando a preservação da empresa economicamente viável. Nesse sentido, *SCALZILLI, SPINELLI e TELECHEA* “Ao lado do administrador judicial

²⁶ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 91.*

²⁷ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 92.*

e do Comitê de Credores (bem como do gestor judicial), a assembleia geral de credores (AGC) é órgão do sistema falimentar e recuperatório judicial. Sua função é deliberativa.”²⁸

O artigo 41 da LREF propõe que a assembleia geral seja composta por classes de credores, quais sejam: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de créditos com garantia real; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral, ou subordinados; titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. Dentro deste rol, apenas o crédito trabalhista é considerado privilegiadíssimo em relação aos demais, inclusive com a alusão expressa do artigo 54 da mesma Lei de que estes credores deverão ser pagos o quanto antes e no prazo máximo de um ano.²⁹

Segundo a LREF e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 1.337.989 SP), com o objetivo de preservar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos, é permitido ao magistrado aprovar o plano de recuperação judicial em contexto de *cram down* (art.58, § 1º Incisos I a 3) – mecanismo que permite impor um plano que não teve a aprovação da assembleia – ainda que não estejam preenchidos todos os requisitos do artigo 58, parágrafo único, da LREF.

Este é o cenário que o administrador judicial encontrará na AGC (Assembleia Geral de Credores). Diante disso, sua atuação com isenção, equilíbrio e neutralidade, na condução do trabalho é importante, uma vez que interesses, muitas vezes antagônicos, estarão se confrontando.

Cabe ao administrador judicial, quando necessário, até mesmo suspender momentaneamente a AGC, a fim de permitir eventuais negociações entre as partes, de forma a proporcionar a construção de consensos entre os envolvidos, com reflexo na adequação do plano de recuperação judicial à vontade da maioria.

A AGC possui natureza de comunhão de interesses legal e abstrato. Os interesses não são alinhados, pois cada credor deliberará na medida de seu interesse individual. No regime de crise da empresa impõe-se o concurso de credores e o princípio da igualdade (par conditio credito-

²⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 225.

²⁹ BIOLCHI, Osvaldo Anicetto; MIGLIARI JUNIOR, Arthur; ABRÃO, Carlos Henrique; LOBO, Jorge; TOLEDO, Paulo F C Salles de; SZTAJN, Rachel; TEPEDINI, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª Ed. Editora Saraiva. 2007. P. 39.

rium) e nos procedimentos concursais gera-se uma espécie de “coligação de interesses” ou “comunhão de interesses”. Nessa condição excepcional todos os credores possuem interesse no recebimento de seus créditos. Assim, nas atribuições da AGC, o desafio está em se conseguir coordenar os interesses e na tentativa de preservar a empresa economicamente viável.³⁰

Essa “coligação de interesses” ou “comunhão de interesses” pode revelar-se um interessante jogo cooperativo, de legitimação e aceleração do plano de recuperação judicial. Daí importante o papel das estratégias negociais e especialmente da mediação na busca dos interesses e dos credores e na recuperação da empresa.

Nas palavras de SACRAMONE: “A negociação é pressuposto do voto a ser proferido em AGC. (...) Nesse sentido, a recusa injustificada dos credores ou sua conduta não colaborativa para discussão dos melhores meios de recuperação judicial indicam que seu interesse prevalecente não é o do credor, pois não se importa quanto ao montante que irá aferir no processo.”³¹ Não cabe ao administrador judicial apresentar soluções ou adequações do plano, mas deve sim estimular a construção do consenso entre os envolvidos. Dentro desta perspectiva, pode o administrador judicial utilizar-se de técnicas negociais e da mediação na condução de critérios objetivos e na comunhão de interesses, dentro do escopo do princípio da participação ativa dos credores, tendo em vista serem estes os principais afetados pela crise da empresa.

Poucos se dão conta da importância do administrador judicial como facilitador no curso do processo de recuperação judicial, principalmente no momento da AGC, onde cabe ao administrador judicial conduzir os trabalhos como um moderador. “Daí que também cabe ao **administrador judicial exercer a função de mediador de conflitos**, sempre com a finalidade de fazer com que o resultado final pretendido pela lei seja obtido de maneira eficaz ” (grifos nossos).³²

No seu art. 3º, §3º, o Novo Código de Processo Civil prevê que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores pú-

³⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 226/228.

³¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Ed. Saraiva. 2018. P. 172.

³² COSTA, Daniel Cárnio apud BERNIER, Joice Ruiz. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 19.

blicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. O mediador, portanto, auxilia os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. O acompanhamento muito próximo da evolução do processo pelo administrador judicial permitirá que este possa identificar os gargalos da negociação entre as partes. Nesse sentido, poderá o administrador judicial, sempre mediante autorização e supervisão judicial, agir como um catalisador de consensos.

Como bem assevera *BERNIER*, o administrador judicial deve ter uma conduta proativa e célere, não se limitando sua atuação na área processual, sendo de **grande relevância sua função de mediador de conflitos na recuperação judicial** (grifos nossos).³³

Segue *BERNIER* no sentido de que: “Justamente por não representar nenhuma das partes envolvidas na lide e também por visar a atingir o escopo da LRE de preservação da empresa viável e da célere liquidação da empresa inviável, **o administrador judicial deve mediar os interesses dos credores e devedores em conflito**, sem tomar partido ou defender nenhum dos lados.” (grifos nossos).³⁴

Com a natureza jurídica de órgão auxiliar da justiça, o administrador judicial cumpre *mumus público*, cujo ônus é exercido na condição de auxiliar do juízo. Suas atribuições estariam previstas no artigo 22 da LREF, exemplificativamente, diante da abertura com que muitas competências são dispostas e sua atuação deverá conduzir o procedimento concursal a bom êxito.³⁵

Nas palavras de *COSTA*, “(...) são várias as funções a serem desempenhadas pelo administrador judicial em processos de insolvência. Mas é imprescindível notar que, para além das funções expressamente reguladas em lei, outras funções também devem ser desempenhadas pelo administrador judicial, decorrentes da interpretação adequada do sistema de insolvência brasileiro.” Enfatiza o mesmo autor que o “administrador judicial moderno” teria, além das funções lineares, outras funções que não estão expressamente previstas em lei, nem são relacionadas diretamente às linhas de trabalho já definidas em lei, mas que decorrem da interpretação adequada da lei. Essas novas funções,

³³ *BERNIER, Joice Ruiz*. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 129.

³⁴ *BERNIER, Joice Ruiz*. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 129.

³⁵ *SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo*. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. P. 226/228.

segundo o autor, são chamadas de funções transversais, ou seja, é função transversal do administrador judicial agir verdadeiramente como auxiliar do juízo na condução do processo.³⁶

Acrescentando, *SOUZA*:

“O administrador judicial precisa ser um facilitador dos anseios do devedor e credores. Tentar, ao máximo, conciliar e equilibrar interesses tão díspares entre si, **atuando como mediador de conflitos entre credores e devedores**. O acompanhamento muito próximo da evolução do processo pelo administrador judicial vai permitir que possa identificar os gargalos da negociação entre as partes.

Nesse sentido, poderá o administrador judicial, sempre mediante autorização e supervisão judicial, agir como um catalisador de consensos, mediando conflitos pontuais e permitindo que o processo atinja os seus objetivos maiores.

Jamais poderá o administrador judicial, no exercício de suas funções fiscalizadoras, limitar-se a colher os dados que lhe são fornecidos pela empresa devedora e os repassar ao processo sem que, antes, tenha aferido a verdade. Ele deve ser honesto diante da realidade existente no processo, e dela não se furtar.

No caso específico da recuperação judicial, o objetivo do processo é a preservação do negócio, da fonte produtora e dos empregos. O administrador judicial deve ter isto em mente, e envidar todos os esforços para que isto ocorra.” (grifos nossos)³⁷

8.2. Considerações finais

Através da mediação, o administrador judicial poderá trabalhar como um facilitador do diálogo na busca de uma autocomposição. O propósito da mediação é de que as partes envolvidas entendam, através do mediador, seus interesses e metas. Diante disso, se mostra aconselhável que o administrador judicial tenha formação como mediador, para poder utilizar-se com segurança e bom êxito das ferramentas e técnicas do processo de negociação e comunicação, próprios da mediação, na recuperação judicial e em especial na AGC.

O administrador judicial enfrenta múltiplos pontos de tensão ao longo de sua atuação, na maioria das vezes envolvendo relações interpessoais. Também, o administrador judicial terá sempre de ter a consciência de

³⁶ *COSTA, Daniel Cárnio* apud *BERNIER, Joice Ruiz*. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 17.

³⁷ *SOUZA, Sérgio Carlos de*. Qualificação do Administrador Judicial, 2017.

que a essência da recuperação judicial é a negociação e que a negociação baseada em princípios, aquela no bojo do processo de mediação, se relaciona diretamente com o princípio da atividade empresária. Ressaltado o aspecto negocial, tem-se, pois, que a mediação, com seus princípios específicos, são auxiliares e, quiçá determinantes, para o administrador judicial instrumentalizar com eficácia suas atribuições no processo de recuperação judicial.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Ed. Porto Alegre: TJRS, 2015.

BERNIER, Joice Ruiz. Administrador Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BRAGANÇA, G. J. O. FANTIN, Lucas Alfredo de Brito. Temas de Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho Texto: Mediação e Recuperação Judicial. 1ª. ed. São Paulo: IASP. v. 1. 1086 – P. 26, 2017.

BIOLCHI, Osvaldo Anicetto; MIGLIARI JUNIOR, Arthur; ABRÃO, Carlos Henrique; LOBO, Jorge; TOLEDO, Paulo F C Salles de; SZTAJN, Rachel; TEPEDINI, Ricardo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª Ed. Editora Saraiva, 2007.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Ed. Saraiva, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe; TELECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. 2. Ed. São Paulo: Almedina, 2017.

Outras fontes:

BENIGNA MAIA. Princípios da conciliação e da mediação judicial no Novo Código de Processo Civil. 2018. Disponível em: <http://benigna-maia.jusbrasil.com.br/artigos/429373059/principios-da-conciliacao-e-da-mediacao-judicial-no-novo-codigo-de-processo-civil>.

DALE, Izadora Farias Azeredo. A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/1363835-izadora-farias-freitas-azeredo-dale/publicacoes>.

SOUZA, Sérgio Carlos de. Qualificação do Administrador Judicial, 2017. Disponível em: <https://www.carlosdesouza.com.br/publicacoes/artigos/qualificacao-do-administrador-judicial>.