

16 de Junho de 2022

MEDIAÇÃO ANTECEDENTE A PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL E TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR

Luiz Fernando Valente de Paiva

Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP.

LL.M pela Northwestern University.

Sócio de Pinheiro Neto Advogados.

Joana Gomes Baptista Bontempo

Bacharela em Direito pela Milton Campos-MG.

Consultora Responsável pela área de Reestruturação de Empresas de CSMV Advogados.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo tratar, ainda que de forma sucinta, de uma alteração recente no sistema falimentar brasileiro que tem o potencial de acelerar uma mudança cultural e alterar a forma como processos de recuperação de empresas são conduzidos no Brasil, seja prevenindo o ajuizamento de processos que podem ser evitados, seja auxiliando para que os processos de recuperação, quando inevitáveis, tenham uma maior probabilidade de êxito.

No Brasil, durante os 60 anos de vigência da antiga Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), o devedor que procurasse seus credores para propor a renegociação de suas dívidas praticava um ato de falência, o que permitia a qualquer credor ajuizar um pedido de falência contra o devedor e forçar a decretação de sua liquidação. Esse era um dos principais motivos pelos quais não havia a cultura da negociação para prevenir a quebra de uma empresa em dificuldades financeiras. O cenário começou a mudar lentamente após a entrada em vigor da Lei n.º 11.101, de 9.2.2005 ("Lei de Recuperação de Empresas e Falência" ou "LREF"), que passou a permitir e incentivar a renegociação

de dívidas entre devedores e credores, com a introdução dos procedimentos de recuperação de empresas.

De outro lado, a “cultura do litígio” sempre esteve enraizada na sociedade brasileira, a despeito de o ordenamento jurídico prever, desde os idos da Independência da República,¹ normas que permitem a autocomposição entre as partes.

Dessa forma, a adoção sistemática de métodos adequados de solução de conflitos (e.g. conciliação, mediação, etc.) demanda verdadeira mudança cultural, que não se concretiza com a mera previsão legal. Trata-se de processo evolutivo, por meio do qual o litígio passa a dar espaço à pacificação social. Para tanto, é preciso que o empreendedor reconheça o benefício econômico de evitar disputas² ou resolvê-las de forma rápida, eficiente e com o menor custo possível, preservando-se o relacionamento preexistente com a contraparte.

No campo da insolvência, em que múltiplos interesses estão em jogo e a cooperação é fundamental para o sucesso da negociação coletiva, a utilização de métodos adequados de solução de conflitos parece ser especialmente pertinente.

Ocorre que, após a entrada em vigor da LREF, a ausência de uma cultura sólida e difundida de negociação coletiva em situações de crise econômico-financeira revelou-se um obstáculo para a utilização de métodos adequados de solução de conflitos. De fato, ainda há grande resistência à adoção de tais métodos e até mesmo certa dificuldade em engajar credores em negociações com o devedor para evitar o ajuizamento de um processo de recuperação, o que explica, em boa parte, a subutilização da recuperação

¹ Constituição Federal, de 25.03.1824: “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum” (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1824. v. 1, p. 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 24 jun. 2021).

² “Inicialmente, cumpre esclarecer que a negociação em uma recuperação de empresa tem natureza peculiar, uma vez que – em um processo tradicional – as partes pretendem obter algum tipo de ganho e, como vimos exaustivamente, satisfazer seus interesses em maior ou menor grau. Por outro lado, as partes envolvidas em um processo de recuperação de empresas têm – em um primeiro momento – o objetivo de evitar, ou reduzir, perdas” (MOTONAGA, Alexandre. A negociação e a nova legislação falimentar: a construção de um novo paradigma. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 712).

extrajudicial, que consiste basicamente em levar à homologação judicial um plano de recuperação negociado com os credores no âmbito privado.

Nesse contexto, foi oportuna e relevante a aprovação, em 23.8.2016, pelo Conselho da Justiça Federal, do Enunciado n.º 45 na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, reconhecendo que “[a] *mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (...)*”.³⁻⁴

A partir daí, a mediação, amplamente utilizada em outros ramos do Direito, passou a ser formalmente incentivada como mecanismo de prevenção e solução de disputas relacionadas ao Direito Falimentar.⁵

Na mesma linha, por meio da Recomendação n.º 58, de 22.10.2019 (“Recomendação CNJ n.º 58/2019”), o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) recomendou “aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação”.

Como reflexo dessa evolução, a LREF passou a contar, após a reforma promovida pela Lei n.º 14.112, de 24.12.2020 (“Lei n.º 14.112/2020”), com uma seção, embora sucinta, inteiramente dedicada às conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial (“Recuperação Judicial”),⁶⁻⁷ que se

³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 45. I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>. Acesso em: 2 set. 2021.

⁴ Andréa Galhardo Palma reconhece que o procedimento de mediação antecedente introduzido pela Lei n.º 14.112/2020 também é compatível com a recuperação (Mediação na recuperação judicial e sua inclusão na Lei de Falência (com redação determinada pela Lei n. 14.112 de 25/12/2020). In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma de Lei de Recuperação e Falência* (Lei n. 14.112/20). São Paulo: Ed. IASP, 2021. p. 293).

⁵ A mediação já havia sido experimentada com êxito em processos de insolvência isolados, sobretudo de grande porte, como no caso Varig, tendo sido inclusive ministrada como matéria de cursos oferecidos nos anos de 2005 e 2006 pelo Ministério da Justiça, em convênio com a Fundação Getúlio Vargas, para treinamento de magistrados e promotores de justiça para aplicação da LREF.

⁶ Seção II-A, arts. 20-A a 20-D, da LREF.

⁷ “Observa-se, desde logo, que o alcance da mediação na Recomendação CNJ n.º 58/2019 é maior do que o disposto na Lei n.º 14.112/2020, embora os dispositivos que cuidam das hipóteses de aplicação do

aplicam também aos processos de falência e recuperação extrajudicial (“Recuperação Extrajudicial”).⁸

É nesse contexto que se inserem a mediação antecedente ao pedido de recuperação (“Mediação Antecedente”), prevista no art. 20-B, IV, da LREF, bem como a tutela de urgência cautelar (“Tutela Cautelar”) facultada ao devedor para suspensão das execuções por até 60 dias (“Stay Period Cautelar”), a teor do art. 20-B, § 1.º, da LREF.

MEDIAÇÃO ANTECEDENTE À RECUPERAÇÃO

A Mediação Antecedente, prevista no art. 20-B, IV, da LREF, é procedimento de mediação⁹ pré-processual, admitido na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldades e seus credores, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.

Escopo. O escopo primordial da Mediação Antecedente é a renegociação das dívidas pelo devedor com seus credores para prevenir o ajuizamento de um processo de recuperação, podendo ser chamada de mediação preventiva, pois evita o ajuizamento de um pedido de recuperação.¹⁰ Nada impede que a mediação vá além da mera

instituto sejam meramente exemplificativos. A lei parece enfatizar a mediação judicial, embora faça também menção a ‘câmara especializada’” (CUEVA, Ricardo Villa Boas. Sistemas de pré-insolvência empresarial – mediação e conciliação antecedentes na Lei n.º 14.11/2020. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord.). *Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 202).

⁸ A esse respeito, várias são as disposições previstas no Capítulo II da LREF que se aplicam às Recuperações Extrajudiciais. A má técnica legislativa nesses dispositivos se explica pela dinâmica do processo legislativo e da introdução de diversos aprimoramentos somente na fase final do processo legislativo, em que alterações mais extensas no texto do projeto poderiam inviabilizar a incorporação dos aprimoramentos. Entre optar por ficar restrito ao rigor técnico ou por introduzir os aprimoramentos, felizmente o legislador optou pelo segundo, cabendo à doutrina e jurisprudência a tarefa de interpretar e compatibilizar os dispositivos respeitando a vontade do legislador.

⁹ A mediação é um procedimento de autocomposição flexível, eficiente, célere e potencialmente econômico, pautado pela confidencialidade, por meio do qual as partes restabelecem a comunicação, identificam os conflitos e buscam soluções consensuais que atendam aos diversos interesses envolvidos, com o auxílio de profissional independente, imparcial e sem poder decisório, que atua como mediador entre as partes. (BONASSA, Fátima Cristina; PACHIKOSKI, Sílvia Rodrigues. Mediação em processos de recuperação judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 150, p. 63, jun. 2021. BONILHA, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado da recuperação judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 15, v. 57, p. 395, abr./jun. 2018.)

¹⁰ “A expressão ‘antecedente’, utilizada pelo legislador, pode passar a errônea impressão de que o ato seria preparatório à apresentação do pedido de recuperação judicial. A intenção objetiva da lei, todavia, é a de

renegociação de dívidas e inclua medidas mais abrangentes, que viabilizem a recuperação da situação de dificuldade financeira do devedor, inclusive um plano compreensivo que contenha outros meios de recuperação, como a alienação de ativos, a substituição de garantias, a obtenção de novos financiamentos, entre outros. Na prática, porém, parece-nos improvável que o escopo da Mediação Antecedente seja ampliado, pois a realização de tais operações não confere segurança jurídica às partes em eventual futura decretação de falência.¹¹

Credores Abrangidos. A LREF prevê que certos credores não são abrangidos pelos efeitos de um processo de recuperação extrajudicial ou judicial. Porém, não obriga nem restringe a participação de tais credores na Mediação Antecedente em razão da natureza de seus créditos. A nosso ver, qualquer credor poderia, de forma voluntária, participar da Mediação Antecedente, ainda que o respectivo crédito não seja sujeito a eventual recuperação do devedor. Embora a LREF seja silente a esse respeito, em princípio, o devedor deve indicar os credores com os quais pretende negociar, pois não é necessária a inclusão na Mediação Antecedente de todos os credores potencialmente sujeitos a eventual recuperação.¹²

Procedimento. O § 1.º do art. 20-B da LREF prevê que a Mediação Antecedente deve ser realizada perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (“CEJUSC”) do tribunal competente ou “da”¹³ câmara especializada (“Câmara

que, sendo frutífera a mediação pré-processual (antecedente), o processo recuperacional seja descartado, ante o sucesso na reestruturação das dívidas da empresa, desfogando-se o Judiciário de mais um processo desnecessário” (SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BUMACHAR, Juliana. Sistema de pré-insolvência empresarial – mediação e conciliação antecedentes. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord.). *Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 219).

¹¹ Em geral, a LREF não prevê que tais operações, efetuadas no âmbito de Mediações Antecedentes, estarão protegidas contra sucessão das obrigações do devedor e/ou serão consideradas válidas ou privilegiadas em caso de posterior falência do devedor, conforme o caso.

¹² Cumpre indagar se, depois de instaurada a Mediação Antecedente, o devedor poderia requerer a inclusão de outros credores no procedimento ou, ainda, se credores não inseridos inicialmente pelo devedor poderiam pleitear sua própria inclusão. Dada a natureza voluntária da mediação, parece-nos que tais hipóteses seriam possíveis, desde que haja concordância das partes já incluídas na Mediação Antecedente com tais medidas, observado, em qualquer caso, o direito dos dissidentes de se desvincularem do procedimento a qualquer momento. Há, contudo, quem sustente que seria imperiosa a inclusão de todos os credores no pedido de instauração de mediação.

¹³ A redação do § 1.º do art. 20-B da LREF foi infeliz ao mencionar que a Mediação Antecedente que autoriza a concessão da Tutela Cautelar é aquela em curso perante o CEJUSC do tribunal competente ou “da” Câmara Especializada. Tal previsão comporta a interpretação de que a Câmara Especializada estaria vinculada ao CEJUSC ou, ao menos, a competência do CEJUSC deveria ser atribuída ou compartilhada

Especializada)¹⁴⁻¹⁵ apenas nos casos em que o devedor pretenda pleitear a Tutela Cautelar para suspensão das execuções pelo *Stay Period* Cautelar.

Não sendo o caso de requerimento de Tutela Cautelar, sobretudo na hipótese em que o devedor obtiver *stand-still* com os credores diretamente, não há forma prescrita na LREF, podendo as partes optar por conduzir a Mediação Antecedente perante o CEJUSC do tribunal competente, a Câmara Especializada ou qualquer câmara privada ou, até mesmo, diante de mediador da confiança das partes (“Mediador Ad Hoc”).

Em qualquer caso, instaurada a Mediação Antecedente na data da primeira sessão de mediação, fica suspenso o prazo prescricional enquanto transcorrer o procedimento, conforme o disposto no art. 17 da Lei n.º 13.140, de 26.6.2015 (“Lei de Mediação”). Nos termos do art. 28 da Lei de Mediação, o procedimento deve ser concluído em 60 dias, exceto na hipótese de prorrogação requerida conjuntamente pelas partes.

Homologação Judicial de Acordo. Eventual acordo obtido entre as partes constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente na forma prevista no Código de Processo Civil, título executivo judicial, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei de Mediação. Em se tratando de Mediação Antecedente, a eventual decisão homologatória do acordo não poderá ser imposta a credores dissidentes ou ausentes, não havendo sequer quórum estabelecido para que certa maioria imponha o acordo à minoria, como ocorre com a homologação do plano de recuperação (“Plano”).

com a Câmara Especializada cadastrada no tribunal competente. Entendemos que teria sido mais adequado se o legislador tivesse optado por autorizar a realização da Mediação Antecedente perante o CEJUSC do tribunal competente ou perante “a” Câmara Especializada, de forma a deixar clara a competência da Câmara Especializada, independentemente do CEJUSC, para a realização de Mediação Antecedente, devendo os tribunais dar a esse dispositivo uma interpretação sistemática e não literal.

¹⁴ A LREF não define o que vem a ser câmara especializada. Paulo Furtado de Oliveira Filho entende que a câmara deve ser especializada na matéria empresarial, de recuperação judicial e falência, devendo ter capacidade de atuação na resolução de conflitos multilaterais e estar inscrita em cadastro nacional e em cadastro do tribunal de justiça (OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 150, p. 211, jun. 2021).

¹⁵ Nos termos do art. 167 do Código de Processo Civil (“CPC”), as câmaras de mediação deverão ser inscritas em cadastro nacional e em cadastro do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal competente. Em contrapartida ao credenciamento nos tribunais, a câmara deverá realizar audiências não remuneradas no âmbito de processos em que deferida a gratuidade da justiça, conforme percentual a ser definido pelo tribunal competente, a teor do art. 169, § 2.º, do CPC.

Sendo necessária a imposição do acordo a credores não aderentes, o devedor deverá se valer dos processos de recuperação extrajudicial ou judicial. Neste caso, poderá eventualmente ajuizar o pedido de recuperação já “pré-aprovado”, ou seja, já tendo obtido o quórum de adesão necessário para homologação do Plano. Certamente haverá casos em que não terá sido possível obter o quórum para homologação do Plano no exíguo prazo de 60 dias, mas o devedor poderá ter chegado a uma composição com parte de seus credores, aumentando a probabilidade de concluir a negociação durante o processo de recuperação.

Retorno ao *Status Quo*. De toda forma, sendo ajuizado pedido de Recuperação Judicial ou Extrajudicial em até 360 dias após o acordo firmado no âmbito da Mediação Antecedente (homologado ou não), os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos eventuais valores pagos pelo devedor e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito (ou em decorrência) da Mediação Antecedente, nos termos do parágrafo único do art. 20-C da LREF.¹⁶

TUTELA CAUTELAR EM SEDE DE MEDIAÇÃO ANTECEDENTE

O art. 20-B, § 1.º, da LREF estabelece que o devedor em dificuldades, que preencha os requisitos legais para ajuizar Recuperação Judicial, poderá obter Tutela Cautelar para suspensão das execuções contra ele propostas, pelo prazo de até 60 dias, a fim de permitir tentativa de composição com seus credores, no âmbito de Mediação Antecedente, já instaurada perante o CEJUSC¹⁷ do tribunal competente ou perante Câmara Especializada.

¹⁶ O legislador se preocupou aqui em limitar a exposição dos credores, evitando que aqueles que porventura tenham celebrado acordo na Mediação Antecedente sejam submetidos a novos descontos ou alongamentos em caso de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, em especial em tratamento desfavorável a outros credores que não tenham participado do acordo na Mediação Antecedente. A intenção, claramente, é incentivar os credores a participar da Mediação Antecedente e, se possível, firmar acordo com o devedor. Não obstante, é possível que as partes concordem em manter as mesmas condições acordadas na Mediação Antecedente em caso de eventual Recuperação Judicial ou Extrajudicial, ainda que tais procedimentos sejam ajuizados dentro de 360 dias. Aliás, não raro os acordos irão reconhecer a necessidade de o devedor recorrer à proteção legal, contendo a obrigação do ajuizamento da recuperação em certo período de tempo.

¹⁷ O art. 165 do CPC prevê que os CEJUSCs deverão ser criados pelo tribunal competente, observadas as normas do CNJ. A Resolução n.º 71 do CNJ, de 05.8.2020 (“[Resolução CNJ n.º 71/2020](#)”) dispõe sobre a

A norma tem sido duramente criticada pela doutrina, pois exige a intervenção jurisdicional para concessão da Tutela Cautelar e conseqüente aplicação do *Stay Period* Cautelar, que poderia decorrer da mera instauração da Mediação Antecedente.¹⁸ Em outras palavras, a lei poderia conter previsão de que a simples instauração da Mediação Antecedente já implicaria a suspensão das execuções.

Requisitos para Concessão da Tutela Cautelar. Ao requerer a concessão da Tutela Cautelar, o devedor deve demonstrar (i) sua legitimidade para requerer Recuperação Judicial; (ii) a instauração de Mediação Antecedente perante o CEJUSC do tribunal competente ou perante a Câmara Especializada para tentativa de composição com seus credores; e (iii) a existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil da Mediação Antecedente. A não comprovação de quaisquer desses requisitos pelo devedor deve ensejar o indeferimento da Tutela Cautelar pelo juízo competente.¹⁹⁻²⁰ Não obstante, temos conhecimento de decisões que concederam a Tutela Cautelar antes mesmo da instauração da Mediação Antecedente pelo devedor.

(i) Legitimidade. Em relação ao primeiro requisito, não é suficiente que o devedor esteja em dificuldade financeira.²¹ É preciso que tenha legitimidade para requerer Recuperação Judicial, nos termos dos arts. 1.º e 48 da LREF ou art. 25 da Lei n.º 14.193/2021 (“Lei da Sociedade Anônima do Futebol - SAF”).²²

criação dos CEJUSCs empresariais e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial.

¹⁸ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. Mediação antecedente e mediação na recuperação judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 150, p. 207-214, jun. 2021.

¹⁹ “Claro, portanto, que o Juiz pode negar a tutela de urgência se o devedor não puder requerer recuperação judicial ou se ausente o risco de prejuízo e irreparável ou de difícil reparação ao devedor. (...) Também poderá o juiz conceder a tutela de urgência apenas em parte, em relação a credores das classes II, III, IV, do art. 41 da Lei 11.101/2005, caso constate que o passivo trabalhista do devedor é insignificante e por isso o devedor poderá superar a crise sem sacrificar os credores da classe I” (OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. *Das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial*. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. *Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021. p. 20.

²⁰ O novo instituto da negociação prévia. In: VASCONCELOS, Ronaldo *et al.* (coord.). *Reforma de Lei de Recuperação e Falência* (Lei n. 14.112/20). São Paulo: Ed. IASP, 2021. p. 355.

²¹ Aliás, a LREF nem sequer define o que é dificuldade financeira e como deve ser comprovada.

²² Parte da doutrina entende que a comprovação da legitimidade ativa do devedor pode ser realizada por meio da apresentação de todos os documentos exigidos pelo art. 51 da LREF, o que nos parece adequado, inclusive para que os credores tenham acesso a informações relevantes para fins de negociação com o devedor no âmbito da Mediação Antecedente. Não se ignora, contudo, que, em alguns casos, Tutelas

(ii) Instauração da Mediação Antecedente. No que se refere ao segundo requisito, é preciso compreender (a) o momento em que se considera instaurada a Mediação Antecedente; e (b) quais credores devem participar da Mediação Antecedente, para que fique configurada a “tentativa de composição com credores”.

O art. 17 da Lei de Mediação estabelece que a mediação é instituída (e não instaurada) na data para a qual tiver sido marcada a primeira reunião de mediação, ocasião em que as partes devem confirmar sua intenção de participar da mediação. De fato, não há que falar em mediação antes que as partes tenham voluntariamente concordado em participar do procedimento.²³

No entanto, na prática, é comum que haja um intervalo entre o requerimento de instauração da mediação formulado pela parte e sua efetiva instituição, o que tem o potencial de expor o devedor a possíveis ataques de credores. Logo, melhor teria sido se a LREF tivesse estabelecido como requisito para a concessão da Tutela Cautelar a comprovação do mero requerimento de instauração de Mediação Antecedente.²⁴ Dada a ausência de definição acerca do marco inicial, parece mais condizente adotar como critério de comprovação da instauração da Mediação Antecedente o envio aos credores de notícia a respeito da apresentação do requerimento de Mediação Antecedente perante o CEJUSC ou a Câmara Especializada ou, ainda, de convite para participar da Mediação Antecedente.

Em qualquer circunstância, caso o CEJUSC ou a Câmara Especializada entendam pela ausência dos requisitos de admissibilidade do procedimento ou a Mediação Antecedente não venha a ser instalada, a Tutela Cautelar eventualmente concedida deverá ser imediatamente revogada.

Cautelares têm sido deferidas sem a apresentação de tais documentos, ante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido.

²³ O § 1.º do art. 34 da Lei de Mediação, no capítulo da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, define como considerado instaurado o procedimento de mediação quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade.

²⁴ Diante da insegurança jurídica acerca do momento de instauração da Mediação Antecedente, parece já haver uma certa tendência por parte dos devedores de ajuizar o procedimento perante os CEJUSCs competentes, em vez de Câmaras Especializadas, requerendo que os mediadores sejam designados pelo Juízo competente para início imediato da mediação.

Quanto à configuração da “tentativa de composição com credores”, é necessário que o devedor indique quais credores gostaria de convidar para a Mediação Antecedente para que o requisito legal seja considerado preenchido e a Tutela Cautelar possa ser concedida.

A LREF é obscura nesse particular, na medida em que exige apenas a participação de “credores”, sem indicação de percentual mínimo de adesão de credores à Mediação Antecedente e sem qualquer distinção entre os credores participantes, seja pela natureza de seus créditos (*i.e.*, sujeitos ou não sujeitos a eventual recuperação), seja por sua relevância no contexto de potencial votação do Plano.

Nesse contexto, os primeiros precedentes de Tutela Cautelar têm sido abrangentes, para suspender o curso de todas as execuções contra o devedor, sem distinção quanto aos credores sujeitos ou não a eventual recuperação, tampouco comprovação quanto a sua inclusão na Mediação Antecedente promovida pelo devedor.

(iii) Existência de Perigo de Dano ou Risco ao Resultado Útil da Mediação Antecedente. O *Stay Period* pode, a rigor, ser obtido no âmbito da própria Mediação Antecedente mediante acordo entre as partes, sem a necessidade de qualquer intervenção do Poder Judiciário. A bem da verdade, a concessão de *stand still* pelos credores é medida bastante usual em certas negociações com credores mais sofisticados. Já para a obtenção do *Stay Period* por decisão judicial (*i.e.* *Stay Period* Cautelar), é necessário que o devedor evidencie que os esforços efetivamente empreendidos no âmbito da Mediação Antecedente estão em perigo ou o próprio resultado útil alcançado poderá ser prejudicado caso não seja concedido desde logo o *Stay Period* Cautelar.

Credores Impactados. Comprovados os requisitos para a concessão da Tutela Cautelar, cumpre indagar seu alcance, ou seja, quais credores poderão ser impactados pelo *Stay Period* Cautelar deferido. A nosso ver, a redação do art. 20-B, §§ 1.º e 3.º, da LREF deveria ter sido expressa para restringir a aplicação do *Stay Period* Cautelar apenas às execuções que envolvam créditos objeto de negociação na Mediação

Antecedente e que possam vir a se sujeitar a eventual processo de Recuperação Judicial ou Extrajudicial.

De outro lado, não nos parece apropriado que credores não sujeitos a eventual e futura Recuperação Judicial sejam afetados pela concessão da Tutela Cautelar e respectivo *Stay Period* Cautelar, salvo no que se refere à venda ou retirada do estabelecimento do devedor de bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, nos termos do art. 49, § 3.º, da LREF.²⁵

Finalmente, parece-nos que, se o devedor convidou para participar da Mediação Antecedente um credor que poderá estar sujeito à Recuperação Judicial futura, esse credor deverá necessariamente se submeter aos efeitos de eventual Tutela Cautelar e *Stay Period* Cautelar, ainda que não tenha aderido ou aceitado participar da Mediação Antecedente.

Prazo do *Stay Period* Cautelar. O § 1.º do art. 20-B da LREF estabelece que o *Stay Period* Cautelar será de até 60 dias.²⁶ O prazo é máximo e não fixo. O devedor precisa justificar o tempo necessário para a conclusão das tratativas com os credores no âmbito da Mediação Antecedente. Ademais, a LREF não é expressa quanto ao marco inicial da contagem do prazo do *Stay Period* Cautelar. Como a finalidade da Tutela Cautelar é justamente evitar que ataques por credores individuais tornem inócua a Mediação Antecedente, entendemos que a suspensão deve ser aplicada de imediato, na data da decisão que concedeu o *Stay Period* Cautelar, independentemente de comunicação às partes, tornando anuláveis os atos praticados depois da data em que concedido o *Stay Period* Cautelar. Além disso, o prazo do *Stay Period* Cautelar não é prorrogável, devendo ser observado o limite de 60 dias previsto na LREF.²⁷

²⁵ Nesse mesmo sentido: BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans e; GUERREIRO, Luís Fernando. O novo instituto da negociação prévia. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (coord.). *Reforma de Lei de Recuperação e Falência* (Lei n. 14.112/20). São Paulo: Ed. IASP, 2021. p. 352.

²⁶ "CUEVA, Ricardo Villa Boas. Sistemas de pré-insolvência empresarial – mediação e conciliação antecedentes na Lei n.º 14.11/2020. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord.). *Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 204.

²⁷ Nada impede, contudo, que as partes concordem com novas suspensões das execuções, uma vez decorrido o prazo do *Stay Period* Cautelar, limitado o *Stay Period* nessa hipótese apenas aos credores que com ele tenham concordado.

Segredo de Justiça. A Mediação Antecedente é orientada, entre outros, pelo princípio da confidencialidade, a teor do art. 2.º, VII, da Lei de Mediação, para que a notícia do ajuizamento da Tutela Cautelar e do eventual deferimento do *Stay Period* Cautelar não interfira no regular desenvolvimento das atividades do devedor, especialmente no que se refere a potenciais restrições de crédito, interrupções no fornecimento de bens e serviços ou cancelamentos de pedidos por parte de clientes.

Abatimento do Prazo do *Stay Period* Cautelar. Requerida a Recuperação Judicial, o § 3.º do art. 20-B da LREF estabelece que o prazo do *Stay Period* Cautelar concedido no âmbito da Tutela Cautelar deverá ser abatido do prazo de 180 dias de *Stay Period* previsto no art. 6.º, § 4.º, da LREF. A regra também deve ser aplicável na hipótese de ajuizamento de Recuperação Extrajudicial.

A nosso ver, a dedução do prazo do *Stay Period* Cautelar deve ser aplicável ainda que o ajuizamento da recuperação (judicial ou extrajudicial) ocorra após a perda da eficácia da Tutela Cautelar (*i.e.*, após o término do *Stay Period* Cautelar), pois a premissa é a de que se trata de nova etapa de uma mesma renegociação. A esse respeito, vale destacar que o § 3.º do art. 20-B da LREF não restringe a possibilidade de abatimento do prazo do *Stay Period* Cautelar ao ajuizamento da Recuperação Judicial em determinado período.

Revogação do *Stay Period* Cautelar. A LREF não endereça expressamente a possibilidade de revogação do *Stay Period* Cautelar. Naturalmente, qualquer credor afetado tem o direito de recorrer da decisão concessiva da Tutela Cautelar e obter a revogação imediata do *Stay Period* Cautelar na instância superior. Da mesma forma, nada obsta que o credor busque a imediata reversão da decisão, inclusive em primeiro grau, sobretudo caso constatada a má-fé do devedor no curso da Mediação Antecedente ou na hipótese de ser frustrada a tentativa de Mediação Antecedente.²⁸

²⁸ A Tutela Cautelar pode ser revogada quando, por exemplo, demonstrada a ausência de interesse do devedor em obter um acordo com seus credores no âmbito da Mediação Antecipada, ao deixar de apresentar qualquer proposta. Em caso de revogação da Tutela Cautelar, o devedor não fará jus ao prazo remanescente do *Stay Period* Cautelar.

Ademais, o *Stay Period* Cautelar poderá ser revogado parcialmente, com relação a credores específicos que não deveriam *ab initio* ter se submetido à suspensão, por não terem sido convidados a participar da Mediação Antecedente ou por serem detentores de crédito não sujeito à recuperação.

Distinção entre Tutela Cautelar e Antecipação dos Efeitos da Tutela. A concessão da Tutela Cautelar, que enseja o deferimento do *Stay Period* Cautelar, não se confunde com a antecipação dos efeitos da tutela da recuperação (“Antecipação da Tutela”), prevista no § 12 do art. 6.º da LREF, introduzido pela Lei n.º 14.112/2020. Nos termos do dispositivo legal, a Antecipação da Tutela tem por objetivo antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da Recuperação Judicial, notadamente o *Stay Period*. A medida já vinha sendo amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência muito antes da recente reforma legislativa que a positivou, ao contrário da Tutela Cautelar em sede de Mediação Antecedente, para obtenção do *Stay Period* Cautelar, que é efetiva inovação no direito falimentar brasileiro.

CONCLUSÕES

A redação sintética, hermética e lacunosa da Seção II-A da LREF, introduzida pela Lei n.º 14.112/2020, gera uma série de incertezas e dúvidas quanto à Mediação Antecedente e à Tutela Cautelar, que deverão ser esclarecidas pela doutrina e sanadas pela jurisprudência, para dar segurança jurídica aos envolvidos em tais procedimentos.

Embora nossas preferências e propostas fossem no sentido de privilegiar e incentivar a utilização da Recuperação Extrajudicial, com procedimento já amplamente conhecido e aperfeiçoado pelas alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, e houvesse certo ceticismo quanto à efetividade da Mediação Antecedente, dados o curto prazo para negociação de eventual acordo coletivo e a necessidade de ajuizamento de Tutela Cautelar para a obtenção do *Stay Period* Cautelar, é preciso reconhecer os primeiros

efeitos positivos da Mediação Antecedente no contexto de um princípio de evolução cultural.²⁹

De um lado, a mera existência de previsão legal acerca da Mediação Antecedente e, de outro lado, o fato de o devedor dar início à Mediação Antecedente e, portanto, indicar formal e concretamente que ajuizará recuperação, caso não tenha êxito em celebrar acordo com os credores no âmbito da Mediação Antecedente, já vêm produzindo efeitos positivos.

Há notícias de casos nos quais o devedor deu início à Mediação Antecedente, porém não viu necessidade de ajuizar a Tutela Cautelar, pois os credores, já em uma indicação de mudança de postura, suspenderam a tomada de medidas mais drásticas e/ou ajuizamento de execuções, para negociar com o devedor e/ou aguardar o desfecho das negociações. Em alguns casos, foram celebrados acordos no âmbito da Mediação Antecedente que preveniram o ajuizamento imediato da recuperação.

Resta, agora, torcer para que a doutrina e a jurisprudência venham a sanar as lacunas da lei, de forma a permitir que tenhamos Mediações Antecedentes bem conduzidas e exitosas, para que o instituto se consolide, seja mais difundido e utilizado e possa contribuir efetivamente com a evolução cultural necessária para superação da “cultura do litígio”.

Este artigo é uma versão reduzida e atualizada do artigo “*Mediação Antecedente e Tutela de Urgência Cautelar: Aspectos Práticos e Pontos Controvertidos*” originalmente escrito pelos autores em português e

²⁹ “A nova disciplina das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial (arts. 20-A e 20-D da Lei 11.101/2005, com a redação dada pela Lei n.º 14.112/2020), embora aquém das boas práticas internacionais e das propostas inicialmente apresentadas ao Congresso Nacional, não deixa de ser um passo significativo para a ampla disseminação de soluções consensuais nas fases pré-processual e processual” (CUEVA, Ricardo Villa Boas. Sistemas de pré-insolvência empresarial – mediação e conciliação antecedentes na Lei n.º 14.11/2020. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. (coord.). *Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 206).

publicado pela Editora Almedina como parte da obra coletiva *“Recuperação Judicial e Falência: Métodos de Solução de Conflitos – Brasil e Portugal”*, divulgada em 2022.