



MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PARALELOS COM A EVOLUÇÃO ESTRANGEIRA

Mediation in Judicial Reorganization proceedings: parallels with foreign evolution
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 62/2019 | p. 45 - 81 | Jul - Set / 2019
DTR\2019\40054

Ronaldo Vasconcelos

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro – IBDP. Advogado em São Paulo. rva@lucon.adv.br

César Augusto Martins Carnaúba

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo. cesar.carnauba@lucon.adv.br

Thais D'Angelo da Silva Hanesaka

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada em São Paulo. thais.hanesaka@lucon.adv.br

Área do Direito: Civil; Arbitragem

Resumo: Visa o presente artigo a examinar o uso da mediação em procedimentos de recuperação judicial no Brasil. Para tanto, faz-se uma análise comparada entre o atual estágio do tema no Brasil e a evolução que ele sofreu no direito norte-americano.

Palavras-chave: Direito falimentar – Direito processual – Recuperação judicial – Meios adequados de solução de conflitos – Mediação – Direito comparado

Abstract: This article intends to examine the use of mediation in judicial reorganization proceedings. It is done through a comparative analysis between Brazilian current state of the law and the development of that matter in the United States of America.

Keywords: Bankruptcy law – Procedural law – Judicial reorganization – Alternative dispute resolution – Mediation – Comparative law

Sumário:

Introdução - 1.Os fundamentos teóricos da mediação na recuperação judicial - 2.Os desafios da mediação na recuperação judicial - 2.2.Ausência de normatização expressa - 3.Alguns resultados da experiência internacional - Conclusão - Referências

Introdução

A mediação e a conciliação, formas de resolução alternativa de conflitos, têm se desenvolvido e ganhado espaço no ordenamento jurídico brasileiro.¹ O (ainda) recente Código de Processo Civil privilegia meios de solução da controvérsia que evitem a concretização do litígio e incentiva, a todo mundo, a participação das partes na construção da solução mais adequada possível – como, por exemplo, na celebração de negócios jurídicos processuais.

Por sua vez, os processos de insolvência (recuperação judicial e falência) envolvem a tentativa de conciliação de inúmeros interesses, de forma que, por via de regra, o litígio é encarado como algo inevitável.² Entretanto – e precisamente porque é necessário conciliar interesses diversos aparentemente contrapostos –, é necessário estudar em que medida a resolução alternativa de conflitos pode ser aplicada aos processos concursais, como forma de auxiliar a consecução de seus objetivos.

A experiência internacional apresenta aspectos positivos do uso da mediação e da arbitragem como forma de resolução de controvérsias provenientes de processos de



falência e recuperação judicial. Mas mais do que isso (e aqui reside a proposta deste estudo), acredita-se que a experiência internacional apresenta uma retrospectiva histórica muito semelhante à evolução que o tema vem sofrendo no Brasil. E, se a forma como a mediação passou a ser utilizada nos processos concursais mundo afora é uma “regra geral” da qual o ordenamento jurídico brasileiro não foge, o atual estado do assunto no exterior pode apresentar um prognóstico possível para o futuro cenário brasileiro.

A primeira parte do trabalho pretende demonstrar que os fundamentos teóricos que informam o uso dos meios consensuais na recuperação judicial de empresas em crise são semelhantes entre o Brasil e (principalmente) os Estados Unidos da América – país em que tanto o estudo da *alternative dispute resolution* quanto do direito falimentar estão sensivelmente avançados.

A segunda parte do trabalho apresenta os desafios à implementação e consolidação da mediação nos processos de recuperação judicial, novamente fazendo o paralelo com o quanto apontado na experiência brasileira.

A terceira parte apresenta alguns casos expressivos na experiência estrangeira que apresentaram resultados positivos no uso dos meios consensuais como técnica de consecução dos objetivos da recuperação de empresas em crise – sugerindo, hipoteticamente, o que pode ser aproveitado pelo Brasil para reproduzir essas técnicas em casos semelhantes.

1. Os fundamentos teóricos da mediação na recuperação judicial

1.1. Sistema jurídico processual e case management

O primeiro fundamento apto a justificar a utilização da mediação em processos de recuperação judicial é a existência de um sistema jurídico processual voltado à busca e ao estímulo de resoluções consensuais das controvérsias postas sob a apreciação do juízo.

Não é mais novidade da comunidade jurídica que existe um movimento legal, jurisprudencial e doutrinário no Brasil em direção aos meios alternativos – agora, meios adequados – de solução de conflitos. Afinal, avança no Brasil e no mundo a percepção de que meios não estatais podem ser manejados com tanta ou mais justiça e eficiência para a pacificação da controvérsia.³

Outrossim, também se sabe que eventual recusa ou receio à utilização de meios consensuais é comumente fruto de uma cultura adversarial com raízes ainda profundas no direito brasileiro.⁴ Mas a regra e diretriz para os tempos futuros é aquela que exige uma releitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,⁵ pois “por acesso ao Poder Judiciário deve entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos”.⁶

A mudança cultural gera consigo a mudança no direito positivo – o que, considerando a tradição romano-germânica do direito brasileiro, é de todo essencial para lograr resultados práticos efetivos. Com isso, normas elaboradas nos últimos anos acenam cada vez mais às hipóteses de transação e consensualidade, a exemplo do que ocorre com o Código de Processo Civil (CPC (LGL\2015\1656)) e a própria Lei de Mediação (Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771)).⁷ Ou seja: criar condições para a realização de uma transação entre as partes “é uma das tendências do processo civil contemporâneo, pois a satisfação efetiva das partes pode-se dar de modo mais intenso se a solução foi por elas criada – e não imposta pelo juiz”.⁸

Não apenas em um plano geral e abstrato se verifica essa tendência. O estímulo à consensualidade surge em normas específicas sobre direito de família,⁹ no direito administrativo sancionador¹⁰ e até mesmo direito penal.¹¹ Não há razão, então, para impedir que essa prática se espraie também para o direito das empresas em crise, como



alternativa útil à manutenção mais eficiente das unidades produtivas.¹²

Mas veja-se: o estímulo à consensualidade no direito brasileiro pode levar tanto à opção por uma via privada de resolução de conflitos (mediação, conciliação ou outra de preferência das partes), quanto à utilização da mediação como ferramenta de trabalho no bojo de um processo judicial. Essa segunda hipótese é a que ora se apresenta mais pertinente, porque a tese ora trabalhada é a de que a mediação pode ser utilizada nos processos de recuperação judicial como ferramenta que, em tese, facilitará o diálogo entre as partes e a obtenção do melhor plano de recuperação possível.

O uso da mediação enquanto ferramenta de trabalho no bojo de um processo judicial é perfeitamente alinhado com a ideia norte-americana do case management, que é uma forma de gestão ativa do processo voltada à tutela mais adequada possível da situação de direito material deduzida em juízo.

Sem preocupação com a exata correspondência entre os princípios do direito processual brasileiro e os típicos da common law – o que demandaria um trabalho monográfico – é bastante seguro afirmar que também o direito brasileiro busca a tutela mais adequada possível do caso concreto.¹³ Essa busca passa, necessariamente, pela flexibilização de um procedimento “padrão” abstratamente previsto – o procedimento comum do CPC (LGL\2015\1656) – seja por expressa previsão legal de procedimento especial, seja por iniciativa das partes¹⁴ ou mesmo do juiz.¹⁵ Via de consequência, isso significa permitir (e encorajar) o uso da mediação em procedimento que não expressamente a prevejam como obrigatória (e desde que não a vedem). O case management brasileiro implica o uso dos meios consensuais no cotidiano forense, para os mais variados procedimentos.¹⁶

Bem se sabe que o direito processual brasileiro atual deixa principalmente com as partes a faculdade de flexibilizar o procedimento, por meio de convenções processuais. O juiz, de outro lado – e diferentemente do que ocorre em outros modelos de case management, como em Portugal¹⁷ –, tem a faculdade de mudar apenas algumas poucas normas procedimentais legais, como os prazos para a prática dos atos processuais e a ordem de produção das provas.¹⁸

No processo de recuperação judicial, contudo, é necessário destacar a figura do administrador judicial, agente auxiliar da justiça essencial ao bom andamento da recuperação.¹⁹ O administrador judicial atua como longa manus do juiz, agindo no interesse da própria legislação concursal (tratamento igualitário dos credores, manutenção da atividade empresarial etc.). Ele é o sujeito processual que pode atuar em conjunto com as partes na construção do procedimento adequado (case management). Não se trata de inserir o próprio juiz entre os sujeitos da mediação, mas de aproveitar que o auxiliar do juiz (o administrador judicial) pode – e deve! – exercer justamente essa função mais próxima das partes, agindo além da área de atuação do magistrado e, para esse caso específico, sugerindo e implementando meios adequados para a melhor solução da crise da empresa, que podem estar consubstanciados na própria mediação.

De toda forma, fato é que o procedimento de recuperação judicial permite uma gestão ativa (case management) em diversos aspectos e pela iniciativa de diversos sujeitos. Assim como o administrador judicial supramencionado, a Assembleia de Credores possui uma diversidade de poderes e competências (LRF, art. 35) para lograr a melhor satisfação dos credores; a formação de um Comitê de Credores (LRF, art. 27) pode, na maior parte das vezes, auxiliar a negociação com a empresa em crise para elaboração de um plano adequado, entre outras hipóteses igualmente relevantes.

Como visto, o processo brasileiro contemporâneo – tal como o da common law – é pautado nas técnicas de gestão ativa do procedimento, com vistas à concessão da tutela jurisdicional mais adequada possível. A utilização dos meios consensuais nesse contexto – ou, no tema que toca a este trabalho, a utilização da mediação na recuperação judicial – é medida que se coaduna com os nortes interpretativos e axiológicos do direito processual contemporâneo.



1.2. Comunhão de interesses pelo diálogo

Outro fundamento para a aplicação da mediação nos processos concursais é o estímulo ao diálogo presente nos mecanismos autocompositivos, que se apresenta com destacada relevância na fase de negociação do plano de recuperação judicial.

Como cediço, o plano de recuperação representa a verdadeira “alma” do processo de recuperação. Portanto, impõe-se que a sua discussão (com vistas à deliberação de acordo com o regime de comunhão de interesses) seja realizada com maior maturidade possível e, principalmente, propiciando meios para a extração da mais objetiva análise da viabilidade econômica do plano de recuperação e da empresa em si.

Para tanto, deve-se fomentar a instituição de medidas de reequilíbrio na análise do plano de recuperação, de modo que os sujeitos do processo sejam colocados em contato com os detalhes e fundamentos fáticos e econômicos do plano de recuperação muito antes da sua apresentação em juízo no exíguo prazo legal estipulado pelo art. 53 da Lei de Recuperação e Falências (“60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial”).²⁰

O processo de recuperação judicial foge da clássica construção adversarial “credor x devedor” que, por muito tempo, serviu de substrato para a formulação de conceitos e institutos processuais.²¹ Mas ele não foge dessa construção apenas porque é multitudinário e, ao invés de dois interesses contrapostos, possui diversos feixes de interesses, muitas vezes apenas aparentemente contrapostos.

A existência dessa diversidade de interesses leva à conclusão de que os objetivos da recuperação judicial devem visar à comunhão de interesses de todos os credores, bem como a manutenção das unidades produtivas – que não deixa de ser interesse da coletividade presente na recuperação judicial.²² Para lograr a comunhão de interesses é que o processo concursal conta com uma fase de negociação, cujo resultado esperado é o plano de recuperação.

Por ser uma sequência de atos processuais destinados à negociação entre credores e recuperanda, é necessário aportar à análise deles todo o embasamento teórico da negociação enquanto método adequado de solução de controvérsias. Conceitos como “zona de acordo possível”²³ e “criação de opções de ganho mútuo”²⁴ devem ser trabalhados dentro desse momento do iter processual recuperacional.

Assumindo, dessa forma, que a fase de negociação do plano de recuperação judicial deve ser interpretada sob a ótica dos meios adequados de solução de conflitos, o uso da mediação nessa seara se revela perfeitamente compatível, uma vez que ela propicia um quadro geral propício ao atingimento de uma solução consensual.²⁵

A mediação é meio de solução de conflitos que parte do empoderamento das partes e de sua autodeterminação. Trata-se de reconhecer que “as partes em disputa têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções e de determinar o resultado do processo da mediação”.²⁶ Faz-se isso para que, em um ambiente que estimule a comunicação (como deve ser a sessão de mediação), as partes efetivamente restabeleçam sua comunicação e negociem.²⁷

Em suma, é por meio do diálogo e da negociação que se torna possível atingir a comunhão de interesses almejada pela recuperação judicial – materializada a partir de um plano de recuperação que contemple todos os múltiplos interesses ali em jogo.²⁸ E a mediação é ontologicamente destinada à criação de um ambiente e uma oportunidade em que as partes possam negociar entre si (com a presença do terceiro imparcial)²⁹ e lograr não apenas a satisfação de suas pretensões, como também a pacificação do conflito no plano sociológico e a manutenção das relações sociais subjacentes à controvérsia.³⁰ É de todo interessante, portanto, que a mediação seja vista como uma ferramenta útil à recuperação judicial, especialmente no que toca à busca pela



negociação do plano de recuperação mais adequado possível aos objetivos do processo concursal.

2. Os desafios da mediação na recuperação judicial

2.1. Desconhecimento e despreparo da comunidade jurídica

O primeiro – e mais pernicioso – obstáculo ao amplo crescimento da mediação na recuperação judicial é a descrença da própria comunidade jurídica. Trata-se, aqui, de lutar por uma mudança cultural em profissionais cuja formação está fortemente enraizada em uma concepção adversarial do direito processual (e da própria resolução dos conflitos). Já há anos Kazuo Watanabe alertava:

“[a] mentalidade forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados.”

Há mesmo, o que é lastimável, certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses.

E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que, assim, pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito.³¹

Bem se sabe que, na última década, a ciência processual evoluiu muito no cenário nacional, fortemente dirigida a essa intenção de fornecer uma tutela jurisdicional adequada – em diversas vezes, consensual. Há um novo Código, uma Lei de Mediação (Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771)), a crescente desjudicialização de atividades antes reservadas ao Poder Judiciário, entre outras tantas medidas. Mas os desafios permanecem semelhantes: a própria mentalidade dos profissionais atuantes nessa seara precisa mudar.³²

A mudança cultural que ainda precisa ser plenamente verificada no direito brasileiro se desdobra em dois diferentes problemas a serem enfrentados. De um lado, o desconhecimento sobre os meios adequados de solução de conflitos.³³ De outro, o despreparo para lidar com esses meios, extremamente diversos do método judicial e adjudicatório de resolução de disputas.³⁴ Não é sem motivo, então, que o próprio Poder Judiciário venha se adaptando e estimulando a formação de mediadores e conciliadores.³⁵

Da mesma forma, os Estados Unidos sofrem com a implementação da mediação em casos de recuperação judicial, e também porque a formação dos profissionais – e aqui estão inclusos advogados, magistrados, promotores e outros atores diversos – ainda não aponta aos meios consensuais com a devida relevância.³⁶

A preocupação com os meios alternativos de resolução de controvérsias em sede doutrinária já conta com várias décadas – e é possível apontar, como grande ponto de inflexão nesse sentido, os trabalhos do Projeto Florença, capitaneados por Mauro Cappelletti e pelo norte-americano Bryant Garth nos anos setenta.³⁷ A evolução dos estudos sobre mediação, negociação e conciliação continuou, nas décadas seguintes, com o pioneirismo de estudiosos estadunidenses como Roger Fisher e William Ury,³⁸ Howard Raiffa,³⁹ e Frank Sander.⁴⁰ Aliás: mesmo a (minoritária) resistência doutrinária à difusão dos meios alternativos teve em solo norte-americano suas mais autorizadas vozes.⁴¹



De toda forma, percebe-se que também na experiência norte-americana existe uma cultura bem sedimentada de litigância e de posturas adversariais, diametralmente opostas aos ideais da justiça consensual.⁴² Criar normas gerais (como o Código e a Lei de Mediação) pode servir como norte interpretativo do direito positivo, mas é necessário alterar a mentalidade dos operadores do direito, alterar a prática “de baixo para cima” ao invés de impor soluções consensuais – que, por definição, deixariam de ser consensuais.⁴³

2.2. Ausência de normatização expressa

O segundo obstáculo que tanto o Brasil quanto os Estados Unidos enfrentaram (e enfrentam) para a implementação da mediação no processo (e, mais especificamente, nos processos de recuperação judicial) é a ausência de norma legal expressa autorizando o uso dos meios consensuais.

Ontologicamente, não parece haver dúvidas sobre a compatibilidade entre a mediação – e seus objetivos de restabelecer a comunicação, empoderar as partes e outros – e a fase de negociação do plano de recuperação judicial – atividade consensual por natureza.⁴⁴ Todavia, é uma consequência do despreparo mencionado no item anterior que a prática na recuperação judicial aponte para uma reprodução mecânica dos artigos de lei, sem a procura de soluções mais adequadas às especificidades de certos casos concretos. Trata-se da reprodução de um senso comum teórico dos juristas, hábitos intelectuais de uma classe que

“regulam as condições de produção do conhecimento, como também, das interpretações vulgarizantes dos conceitos, fruto de suas desvinculações dos marcos teóricos sistemáticos em que foram produzidos (como se os conceitos tivessem uma força explicativa intrínseca)”.⁴⁵

É dizer: no cotidiano da recuperação judicial, esquece-se, frequentemente, que a fase do plano é uma fase de negociação que, por si só, pode ser entendida tanto como método quanto como técnica de resolução de conflitos – e, por certo, inserida no contexto mais amplo de meios alternativos de solução de controvérsias, acesso à ordem jurídica justa e tutela jurisdicional adequada. É de todo saudável, portanto, que a fase de negociação da recuperação judicial seja pensada dentro desse contexto e, conseqüentemente, fique mais próxima da mediação ou de outros meios alternativos que se revelem adequados a cada caso concretamente analisado.

A mera existência de previsão legal da mediação na recuperação judicial, ademais, pode servir para evitar a recalcitrância de alguns sujeitos do processo que se sintam receosos de instaurar um procedimento novo, incerto e (ao menos a seu ver) enviesado.⁴⁶ É dizer: a previsão legal confere maior autoridade e legitimidade à decisão que instaure um procedimento de mediação – seja ela do administrador judicial ou das partes em conflito.⁴⁷

De lege lata, o Brasil não conta com dispositivo que expressamente preveja a adoção da mediação em processos de recuperação judicial. Tanto a LRF quanto a Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771) (Lei de Mediação) são silentes a esse aspecto, e o raciocínio que se faz é que, se a lei não permite expressamente, ao menos (e certamente) não proíbe.⁴⁸

Todavia, vale destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 10.220/2018, que visa a alterar em grande monta a LRF, atualizando-a.⁴⁹ Entre as alterações da lei projetada, destaca-se a inserção da alínea j no artigo 22, que incumbe ao administrador judicial a competência de “promover, sempre que possível, a mediação de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros”.

A alteração na legislação falimentar surge em boa hora – e também em linha com o que já foi proposto nos Estados Unidos – porque permite ampliar a legitimidade da decisão que instaure a mediação.⁵⁰ E isso, como visto, para também enfrentar a teimosia e o



despreparo dos atores do processo de recuperação judicial.

Embora aparentemente contraditório em relação ao quanto exposto anteriormente (mas na verdade mera decorrência), também o grau de especificidade dos conflitos analisados na recuperação dificulta a implementação de um mecanismo abstratamente aplicável a qualquer caso.

Já se anotou, em oportunidade anterior, que o processo concursal é marcado por uma natureza multifacetária, oriunda de diversos feixes de interesses contrapostos (justapostos, sobrepostos...).⁵¹ Decorre daí que nenhuma recuperação judicial será igual a outra; seja pela empresa em crise, seja pelo segmento de mercado em que atuam os credores, seja a própria configuração do quadro de credores (se majoritariamente quirografários, trabalhistas...), sejam quaisquer outros motivos – e são muitos! –, cada processo merece uma atenção individualizada e, no que toca ao procedimento a ser adotado, uma postura customizada com vistas à consecução da tutela jurisdicional mais adequada possível.

Esse quadro se reflete na adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias. “Mediação”, “conciliação” e “negociação” são métodos que possuem suas particularidades e elementos identificadores, mas a margem de flexibilidade do procedimento permite que eles sejam amplamente customizados caso a caso.⁵² Surge, então, a necessidade de se estudar desenhos de sistemas de disputas (DSD), como forma de aplicar a mediação (e também outros meios) de forma personalizada.⁵³

Mesmo se houvesse previsão legal do uso da mediação na recuperação judicial – como a lei projetada pretende – haveria o entrave de adaptar a mediação a cada caso concretamente analisado. Não se trata apenas de solucionar problemas de agenda e inserir algumas sessões de mediação entre a apresentação do plano pela recuperanda e a Assembleia Geral de Credores, mas de criar um procedimento totalmente particular àquele caso, verificando a pertinência de pré-mediações, de subdivisão em grupos de mediados, se a mediação será feita entre credores ou entre eles e a devedora etc.

3. Alguns resultados da experiência internacional

Do que se viu até aqui, é possível concluir que a implementação da mediação em processos de recuperação judicial – trabalho ainda em desenvolvimento – seguiu caminhos parecidos no Brasil e no exterior; mormente, se comparada com a experiência nacional com a norte-americana.

Nesse quadro, viu-se que os fundamentos teóricos que embasam o uso da mediação em processos concursais são semelhantes – mesmo porque ideais como acesso à Justiça e tutela jurisdicional adequada não são patrimônio exclusivo de um único ordenamento jurídico. Da mesma forma, os desafios e obstáculos à franca expansão da mediação na recuperação das empresas em crise são semelhantes e oriundos, em grossa síntese, do desconhecimento e despreparo da comunidade jurídica para lidar com o que ainda parece uma novidade.

Correlação, por certo, não implica uma relação de causalidade, e não é possível afirmar com certeza absoluta que, depois de um início semelhante e de desafios parecidos, a mediação na recuperação judicial do ordenamento jurídico brasileiro produzirá frutos semelhantes aos observados nos Estados Unidos (post hoc ergo propter hoc). Contudo, acredita-se ser válido apresentar alguns exemplos exitosos do uso da mediação no estrangeiro para que, se não puderem significar um vislumbre do futuro da experiência brasileira, sirvam ao menos de paradigma e inspiração.

3.1. Estados Unidos: o Chapter 11 do Bankruptcy Code

Como forma de permitir uma comparação aproximada e assertiva da realidade da legislação norte americana com o cenário brasileiro, entende-se adequado realizar uma breve introdução com relação ao procedimento correspondente à recuperação judicial



brasileira nos Estados Unidos.

Não é mais novidade que os Estados Unidos possuem uma legislação falimentar desenvolvida e estudos mais aprofundados em relação ao tema do que a brasileira. Desde a promulgação do Bankruptcy Act em 1978, as empresas que pretendem ter seu negócio reorganizado atuam sob a égide do Chapter 11, procedimento modificado em relação à legislação anterior (Bankruptcy act 1938).⁵⁴

O chapter 11 é o procedimento do direito falimentar americano que mais se assemelha ao procedimento de recuperação judicial. É visto como a reorganização da empresa perante a Corte de Falências, sendo que o devedor – debtor-in-possession – mantém a gestão de seu negócio com o objetivo de superar a crise.⁵⁵

Cumprir ressaltar, no entanto, que referido procedimento também é utilizado diversas vezes como forma de liquidação dos ativos da empresa, fato que diverge da doutrina e legislação brasileira. O direito americano aceita a condução do procedimento de forma que resulte na liquidação dos bens por meio do Chapter 11. Isso porque o devedor continua na gestão de seus negócios e, via de consequência, possui meios de otimizar a alienação de seus bens por meio de unidades produtivas isoladas com a preservação do seu valor, em comparação à sua liquidação por meio da falência.⁵⁶

Alguns dos benefícios concedidos ao devedor no procedimento de reorganização muito se assemelham ao procedimento adotado no Brasil. Afinal, o devedor que se submete ao procedimento possui a prerrogativa de reorganizar seu negócio, com a faculdade de propor um plano de reorganização em 120 dias e requerer a aprovação dos credores em sua maioria em cada uma das classes.

Do outro lado – e também de forma semelhante – os credores possuem algumas prerrogativas dentro do procedimento do chapter 11, quais sejam, criar um comitê para fiscalizar o procedimento, opor-se aos pagamentos realizados a terceiros, votar o plano proposto, opor-se à sua aprovação, entre outros.

Fato é que o procedimento estabelecido pelo direito americano também é multifacetário e visa à convergência de interesses complexos para a reorganização de empresa em crise.

Contudo, um ponto divergente do direito brasileiro reside na divisão dos credores em classes, uma vez que, apesar de a Lei 11.101/05 (LGL\2005\2646) também delimitar essa prerrogativa, nos Estados Unidos, as classes são criadas pelo próprio devedor – com a ressalva de que devem ser alocados em classes com natureza semelhante.⁵⁷ A disposição legal (Section 1122) apenas distingue os credores com e sem garantia, o que permite que o devedor tenha certa margem de liberdade no momento de realizar referida divisão.⁵⁸

Esse quadro da divisão de classes se reflete também no momento de aprovação do plano, uma vez que para lograr êxito na aprovação do plano proposto, o devedor, no chapter 11, não precisa da aprovação dos credores de forma unânime. É necessário que seja atingida a maioria de 2/3 por valor de cada uma das classes integrantes entre os créditos que sofreram alguma modificação ou deságio em seu valor inicial – denominados impaired claims pela legislação americana.⁵⁹

Veja-se que, apesar de distintos, o chapter 11 e a recuperação judicial possuem pontos em comum que aproximam as naturezas de cada um dos procedimentos. Assim, a experiência americana – ao que tudo indica – não se trata apenas de balizador para futuras experiências no direito brasileiro, mas também de ponto de partida para adequação das searas que foram refletidas de forma positiva para o procedimento brasileiro.

Disso decorre eventual vantagem quanto ao avanço da legislação americana, que de certo modo permite adentrar na análise de adequação do instituto e favorecimento do



case management aproveitando as conclusões já refletidas naquele cenário.

Para tanto, é de todo essencial que sejam analisadas premissas adotadas nos casos concretos que devem ser ajustadas à realidade brasileira, em especial com relação da mediação no contexto na recuperação judicial.⁶⁰

3.2. Chapter 11 e os meios consensuais

O histórico dos procedimentos de Alternative Dispute Resolution, (ADR) que hoje são aplicados aos processos de insolvência, nasceu na iminência das Cortes Americanas em viabilizar um procedimento mais célere para a resolução de demandas.⁶¹ Assim, foi promulgado nos Estados Unidos, no ano de 1998, o Alternative Dispute Resolution Act, determinando que todas as Cortes Federais Americanas deveriam autorizar as partes, por meio de leis locais, a uma forma de resolução alternativa de conflitos em casos de direito civil, incluindo casos submetidos às cortes de falência.

Assim, como forma de resolução de demandas, o ADR foi ganhando espaço e hoje possui papel de evidência inclusive em casos que tratam do direito falimentar.⁶² Sobre esse ponto, é de todo saudável ressaltar o ponto de vista pelo qual o próprio procedimento de insolvência pode ser enxergado como um tipo de ADR por si só, tendo em vista todas as suas prerrogativas e formas de condução que levam a uma saída negocial e de mercado à situação de crise de uma empresa. Referido ponto de vista deixa margem à adoção de posicionamento favorável e convergente à combinação de ambos os institutos.⁶³

Analisar o cenário internacional e a aplicação de ADR nos casos relacionados à insolvência é medida que se coaduna à utilização de dados empíricos para viabilizar o estudo e a apuração de seus resultados.

Assim, como ponto de partida, cita-se uma pesquisa desenvolvida na Wake Forest University,⁶⁴ na qual foram enviadas cartas com questionários aos juízes das Cortes Federais Americanas de falência sobre o uso do ADR.

Do estudo empírico realizado na Universidade foi possível apurar alguns pontos de convergência – e alguns de divergência – no procedimento adotado pelas Cortes Americanas em face do tipo de mediação a ser implantado no Brasil. Cumpre mencionar alguns desses pontos principais, em especial no tocante ao procedimento de mediação, objeto principal deste artigo.

No procedimento previsto pela Federal Court e pelo ADR Act, é facultado a cada Distrito possuir sua cadeira de juízes aptos a realizar a mediação. Disso decorre que a mediação pode ser fornecida pela própria corte de falências, sendo que o juiz que preside o caso nomeia um terceiro juiz para agir como parte neutra e mediador no caso.⁶⁵

Essa prática se tornou corriqueira nos Estados Unidos, sendo que para o procedimento realizado, a indicação de outros juízes para a mediação é vista como algo comum. A medida se mostra consoante com os dispositivos do Bankruptcy code, tendo em vista que, de forma diversa do procedimento brasileiro, não é nomeado de forma obrigatória um trustee em todos os casos de chapter 11. Isso porque, conforme já relatado, a figura do debtor-in-possession é valorizada, sendo que a figura do trustee passa a ser mais presente nos casos do Chapter 7 (a liquidação da companhia, na qual o trustee assume o controle dos ativos da empresa).⁶⁶

Diversos casos de notada relevância que se valeram da mediação utilizaram juízes togados para exercer a função, tais como Lehman Brothers, WaMu, Enron, entre outros. Referido preceito não é condizente com a realidade trazida ao direito brasileiro, tendo em vista que, no procedimento brasileiro, o juiz nomeia um profissional de confiança – como seu longa manus – que possui condições e prerrogativas para organizar o procedimento de mediação. Importante ressaltar que não se mostra adequado, contudo, que o próprio administrador judicial seja o mediador, tendo em vista que os papéis podem acabar se confundindo e que o procedimento de mediação exige e valoriza uma



figura neutra.⁶⁷

Outro ponto relevante que merece ser mencionado diz respeito à possibilidade do juiz do caso submeter às partes à realização do procedimento de mediação de ofício. Note-se que um dos princípios da mediação no Brasil diz respeito à voluntariedade das partes em realizar esse tipo de procedimento, sendo que não se pode condicionar a realização de uma sessão de mediação a um caráter obrigatório. Isso porque referida imposição pode prejudicar o caráter eminentemente cooperativo do procedimento. Nos Estados Unidos, as estatísticas contemplam processos nos quais o juízo submeteu as partes ao procedimento e outros em que as próprias partes se voluntariaram para dar início ao procedimento de mediação.⁶⁸

Para dar ainda mais cor ao procedimento de mediação delineado pelas cortes de falência nos Estados Unidos, cumpre também tecer alguns comentários sobre os custos do procedimento. Um grande tabu e fato que pode configurar hipótese impeditiva na submissão das partes ao procedimento no Brasil diz respeito a quem arcará com esse tipo de despesa.

Pelo próprio papel investido no administrador judicial, entende-se pertinente que este adote os custos e os englobe em sua gama de prestação de serviços – de forma proativa – a fim de viabilizar um procedimento célere e vantajoso para todos os integrantes. Referida premissa, que, em primeiro momento, pode não se mostrar relevante para a instituição do mecanismo, pode se tornar fato impeditivo na realização da mediação. Por óbvio, os custos de um procedimento de mediação dentro do contexto da insolvência se mostram passíveis de impasse, tendo em vista que o contexto de crise já se mostra suficiente para justificar a economia de valores.⁶⁹

Da pesquisa realizada na Universidade, verifica-se que grande parte dos procedimentos (26 cortes) permite que as partes acordem qual será o valor a ser pago para o mediador, contudo também foram apontadas seis cortes que possuem tabelas fixadas de remuneração de mediador, enquanto outros 15 não responderam ao questionamento sobre o assunto ou determinam que o mediador realize um trabalho pro bono.⁷⁰

Também possui destacada relevância a possibilidade existente na Lei de Falências Americana na nomeação de um chamado examiner. A nomeação desse profissional é amplamente utilizada nos procedimentos de Chapter 11, tendo em vista que a figura do trustee possui muito mais espaço para atuação em um procedimento de Chapter 7 – em que o devedor abre mão dos seus poderes de gestão – para a condução do procedimento.⁷¹

Como a figura do debtor-in-possession é muito valorizada no procedimento de reorganização, o examiner possui um papel específico. Seus deveres estão delimitados na section 1106 (c), sendo que dentro deles estão enquadrados (i) investigação de fraude; (ii) possibilidade de continuação do negócio; (iii) auxílio do juízo no procedimento; (iv) facilitar a resolução de conflitos; (v) auxiliar na negociação do plano, entre outras.

Sobre a nomeação desse profissional, verificou-se um caso de grande destaque – da Enron Corp – que levou à liquidação final dos bens, em que um examiner foi apontado para realizar a resolução de conflitos e por fim acabou sendo parte da mediação do plano.⁷²

Fixadas as premissas e dados empíricos e estatísticos sobre o uso da mediação em processo do Chapter 11, com o fim de verificar a incidência dos institutos de forma completa, cumpre analisar casos de sucesso do procedimento de mediação no cenário anteriormente descrito.

3.3.Casuística

Um dos primeiros casos envolvendo a mediação como forma de resolução de disputas



sobre créditos em momento anterior à confirmação do plano foi NLRB vs. Greyhound Lines.⁷³ Nesse caso, foi proposto um procedimento de mediação para os credores discutirem seus créditos ou liquidarem de acordo com as disposições do Bankruptcy Code.

O procedimento da mediação no âmbito dos processos de insolvência dos Estados Unidos é aplicado em momentos diversos do procedimento⁷⁴. Nesse caso, foi adotado um procedimento voluntário, no qual os credores e devedor deveriam chegar a um acordo sobre como seria tratado o crédito. Assim, se o credor e o devedor não chegassem a um acordo, o crédito era submetido à mediação. Ainda assim, se a disputa persistisse, o credor poderia proceder a uma arbitragem ou pedido para que fosse liberado do automatic stay para liquidar o seu débito por meio de execução individual.

No ano de 1996, um grande caso de chapter 11 foi distribuído no distrito de Nova York, o devedor (Best Products) possuía mais de 7.000 credores. Esse já era o segundo caso de chapter 11 dessa empresa, sendo que o pedido foi distribuído antes de todos os pagamentos do pedido anterior serem realizados. Dessa forma, foi determinada a liquidação da empresa pela Corte de falências. Após a venda de todos os seus bens e a delimitação de créditos sujeitos, todos os credores sem garantia receberam a distribuição de valores em uma margem de 0.96 centavos para cada dólar devido. Muitos fatores contribuíram para essa alta distribuição entre os credores, mas o maior de todos e que garantiu o sucesso da liquidação, foi quando a Corte aprovou o pedido do devedor para trazer todos os créditos discutidos e controversos a participar de um procedimento de mediação. Assim, mais de 85% dos casos de mediação desse processo encontraram um consenso e possibilitaram uma distribuição de valores alta entre os credores.⁷⁵

Impossível mencionar o procedimento de mediação e não tratar do caso emblemático de chapter 11 do Lehman Brothers Holdings Inc – a maior falência da história – com um total de US\$ 613 bilhões de passivo. Apesar de não abranger o escopo principal do artigo – que diz respeito à utilização do procedimento de mediação nos casos de recuperação judicial – não se pode tratar de referido tema sem que seja aberta uma aba de discussão para utilização do mecanismo da mediação nesse caso.⁷⁶

O colapso dessa instituição financeira resultou em 75 procedimentos simultâneos em mais de 40 países devido as 18 maiores subsidiárias do Lehman. Esse conflito multipartidário e internacional gerou diversos problemas de jurisdição e conflitos entre os estados. Dessa forma, para garantir que a companhia pudesse adequar todos os seus prejuízos, foi requerido que o Lehman pudesse realizar a mediação.⁷⁷

Em 2014, a Companhia conseguiu instaurar 245 procedimentos de mediação e, desses, apenas 13 terminaram sem chegar a um acordo. Esse procedimento possibilitou a resolução de conflitos com tempo muito menor e hábil a concluir o procedimento com um número menor de conflitos. No ano de 2016, a estatística era ainda mais positiva, de 495 casos resolvidos por meios alternativos de resolução de conflitos, resultando no retorno de mais de US\$ 3 bilhões para a massa e 424 acordos firmados envolvendo 514 partes adversas.

Cumprе ressaltar que, nesse caso, a corte de falências privilegiou a utilização de non-judicial resolution of claims, mecanismo que levou à resolução em massa de impugnações e habilitações para que a corte pudesse cuidar de questões mais relevantes. Sobre esse ponto, necessário realizar um paralelo entre o procedimento de habilitações administrativas na recuperação judicial do direito brasileiro (LRF, art. 7, par. 1º). Há de se notar que o meio de análise administrativa das habilitações e divergências se mostra como forma adequada de realização de verificação, uma vez que a figura do administrador judicial age ativamente na verificação de tais valores. Assim, o procedimento de mediação como forma de resolução de impugnações em massa mostra-se com caráter subsidiário em relação à sua utilização como ferramenta de negociação do Plano.



Além do caso Lehman Brothers, a MF Global Holdings também detinha um procedimento de insolvência com alcance internacional. Isso porque a empresa possuía subsidiárias na Inglaterra. Devido a um conflito entre a companhia e suas subsidiárias, em 2012 o juiz encorajou a mediação entre as próprias empresas. Essa mediação foi altamente frutífera e possibilitou um acordo global entre as empresas e seus credores.⁷⁸

Outro grande caso que utilizou da mediação para a resolução de disputas foi a Enron Corp. No contexto da sua falência, foi nomeado um examiner para apuração de problemas causados pela subsidiária integral da Enron (a Enron North America) no sistema de pagamentos da companhia. O papel desempenhado por esse sujeito foi positivo e seu escopo de atuação aumentou, de forma que passou a ser visto como um interlocutor e facilitador para a elaboração de um plano de reorganização do caso. Dessa forma, importante se faz ressaltar a importância da figura neutra no procedimento de mediação, uma vez que, quando possuem efetivamente poderes de negociação derivados da sua função, a condução do processo se torna mais eficaz e benéfica.⁷⁹

Em paralelo, também foi utilizada a mediação para o acordo referente às trading claims. A mediação teve um papel essencial na solução dessas claims, uma vez que levou à resolução de diversas impugnações que poderiam ter durado anos. Enron constituiu modelo de sucesso que passou a ser reproduzido em diversos outros casos.⁸⁰

Dois outros casos mais recentes que exaltaram os benefícios primordiais da mediação foram Residential Capital LLC⁸¹ e Cengage Learning, inc⁸². Em ambos os casos restou evidente o auxílio da mediação, tendo em vista que o procedimento de negociação do plano foi acelerado devido à assistência de um mediador que, além de evitar o litígio, ajudou a chegar a soluções únicas que não seriam encontradas por meios contenciosos.

No caso da Residential Capital, um acordo com o principal credor foi alcançado por meio da mediação. A potencial contingência com esse credor era o principal obstáculo do processo, o acordo foi obtido e o plano foi homologado pela corte. A mediação nesse caso, além de alcançar um acordo, beneficiou todos os integrantes do processo, e serviu como grande economia de valores e de tempo.⁸³

No caso da Cengage Learning, a companhia chegou a um acordo com seus principais acionistas em um aditivo do plano de recuperação judicial. Os principais grupos de credores e o devedor estiveram envolvidos em procedimento de mediação. O procedimento foi tão positivo que, mesmo quando as sessões de mediação oficiais terminaram, a companhia e seus acionistas continuaram a negociação. Os advogados da companhia na audiência de aprovação do plano apontaram que foi um procedimento custoso, no entanto, acabaram com o plano aprovado pela grande maioria dos credores. Nesse caso, a mediação serviu como agente específico de equalização do poder de negociação entre as partes, uma vez que trouxe todos os sujeitos do processo à mesa de negociação a fim de elaborar um plano que beneficiasse a todos e não apenas a um grupo pequeno de credores que possuem grandes créditos.

Outros casos nos quais a mediação foi utilizada como veículo de comunicação também podem ser encontrados, como, por exemplo, Calpine, em que – no chapter 11 – os credores e os acionistas tinham uma visão diferente da capacidade da empresa e dos seus bens. Nesse caso, o advogado indicado para avaliar o valor da companhia utilizou de técnicas de mediação para trazer as partes a um consenso sobre o que a empresa realmente significava. O resultado disso foi que uma lacuna de US\$ 10 milhões foi ultrapassada e foi possível chegar à confirmação do plano, sem nenhuma objeção. A empresa hoje saiu do chapter 11 e encontra-se em funcionamento.⁸⁴

A mediação nos Estados Unidos tem sido utilizada nos últimos anos como ferramenta efetiva de resolução de conflitos em grandes casos de falência e tem resultados positivos para auxiliar na resolução de conflitos desde então.⁸⁵

Conclusão



O paralelo entre o instituto da recuperação judicial e formas consensuais de solução de conflitos é cada vez mais necessário no cenário brasileiro. A crescente expansão da mediação, da conciliação e de outros métodos auxiliam enormemente o atingimento dos objetivos da recuperação – por excelência, a aprovação de um plano de recuperação benéfico a todas as partes do multifacetado conflito.

A análise da evolução do assunto na realidade nacional pode muito bem se embasar no estudo de experiências estrangeiras – seja por um olhar retrospectivo para identificar erros e acertos cometidos, seja por uma visão prospectiva que procure trilhar exemplos de bons resultados em outros países. Nessa quadra, a análise da evolução norte-americana é âmbito repleto de dados pertinentes à matéria.

Conforme visto, as bases teóricas fundamentais que justificam a inserção da mediação no contexto da recuperação judicial são as mesmas. Temas como sistema multiportas e tutela jurisdicional adequada não são próprios de um ou outro ordenamento jurídico, e mesmo os principais estudos sobre mediação (por excelência, de autores norte-americanos, do Projeto de Negociação de Harvard etc.) são os que também embasam a doutrina brasileira.

Da mesma forma, a implementação dos meios consensuais enfrentou e ainda enfrenta desafios semelhantes nos dois países. A ausência de uma cultura jurídica voltada ao consenso – tanto no cotidiano forense quanto nos cursos jurídicos – torna a comunidade jurídica recalcitrante a acordos, a negociações baseadas em interesses e a concessões recíprocas. Por certo, o cenário vem mudando, mas ainda há um longo caminho a percorrer.

Por fim, se os fundamentos teóricos são semelhantes, e os desafios ainda são parecidos, é razoável supor que os exemplos exitosos de mediação na recuperação judicial nos Estados Unidos da América podem servir de paradigmas para o direito brasileiro. E, como visto, a experiência norte-americana é repleta de casos emblemáticos em que a mediação teve papel essencial para a melhor solução da controvérsia.

Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION. First report of the select advisory committee on business reorganization. *The Business Lawyer*, v. 57, n. 1, p. 163-244, nov. 2001.

ARRUDA ALVIM, Teresa; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; BARIONI, Rodrigo. Case management: Brazilian report. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, p. 511-518, ago. 2018.

AVILA, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 35, p. 97-114, jul.-set. 2008.

AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Mediação no novo CPC (LGL\2015\1656): avanços e desafios. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 51, p. 461-478, out.-dez. 2016.

BLAIN, Russell M.; FOGARTY, Daniel R. Paths and Obstacles to Chapter 11 Confirmation: Artificial Impairment, Gerrymandering, and Section 1111(b). Disponível em: [<http://www.sbli-inc.org>].

BONILHA, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 57, p. 385-410, abr.-jun. 2018.

BURR, Anne. Building reform from the bottom up: formulating local rules for bankruptcy court-annexed mediation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 12, n. 2, p. 311-358, 1997.



CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019.

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

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1997. v. 1.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

ESHER, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, v. 4, n. 1, jan. 2009.

FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: SALLES, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FEDER, Benjamin; HAHN, Devin. Mediation in large Chapter 11 cases. Mediation, an ABI Committee Newsletter, v. 2, n. 3, 2015. Disponível em: [<http://promo.abi.org>].

FISHER, Roger; URY, William. Getting to yes: negotiating agreement without giving in. 3. ed. Londres: Penguin Books, 2011.

GABBAY, Daniela. Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GABBAY, Daniela. Negociação. In: SALLES, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC (LGL\2015\1656). In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

KILBORN, Jason. Lehman Chapter11 = reorganization? Commercial Law, 15.09. 2008. Disponível em: [<http://ucclaw.blogspot.com>].

LOMAX, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. American bankruptcy law journal, Denver, v. 68, p. 55-90, 1994.

MABEY, Ralph; TABB, Charles; DIZENGOFF, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. South Carolina Law Review, Columbia, v. 46, p. 1259-1328, 1995.

O'DONNELL, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: SUPREME COURT OF FRANCE. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012.

PECK, James. Settlement talks in Chapter 11 after "WaMu": a plan mediator's



perspective. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria, v. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

RUSSELL, Barry. *Mediation In Bankruptcy Courts*. Paper prepared by the Chief United States Bankruptcy Judge for the Central District of California. Disponível em: [www.cacb.uscourts.gov].

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In: BURGER, Warren; LEVIN, Leo; WHEELER, Russell (Coord.) *The Pound Conference, perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. St. Paul: West Publishing, 1979.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto de et al. (Coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SUSSMAN, Edna; GORSKIE, Jennifer. *Capturing the benefits of arbitration for cross border insolvency disputes*. In: ROVINE, Arthur (Ed.). *Contemporary issues in international arbitration and mediation*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

SWINSON, Sidney. *Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy*. *Tulsa Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 813-818, 2013.

TODD, Walker F. *Aggressive Uses of Chapter 11 of the Federal Bankruptcy Code*. *Federal Reserve Bank of Cleveland, Economic Review*, v. 22, n. 3, p. 20-26, jan. 1986.

TOGUT, SEGAL & SEGAL LLP. *Bankruptcy Mediation*. Disponível em: [www.togutlawfirm.com].

TROST, J. Ronald. *Business Reorganizations Under Chapter 11 of the New Bankruptcy Code*. *The Business Lawyer*, v. 34, n. 3, p. 1309-1346, 1979.

VALVERDE, Trajano de Almeida. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

VASCONCELOS, Ronaldo. *A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15*. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da lei nº 11.101/2005 (LGL\2005\2646): estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. *Arbitragem e insolvência*. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo, 2018.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. *Consensualidade no processo concursal*. *Revista A Insolvência*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 78-79, 2018.

WARAT, Luís Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.



1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. passim.

2 E justamente por isso é necessário estimular o uso de meios e técnicas consensuais de resolução de controvérsias, para que a discussão sobre o plano de recuperação judicial “seja realizada com maior maturidade possível e, principalmente, propiciando meios para a extração da mais objetiva análise da viabilidade econômica do plano de recuperação e da empresa em si” (Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: Cerezetti, Sheila C. Neder; Maffioletti, Emanuelle Urbano (Coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005 : estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 451-467).

3 Grinover, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 61-62.

4 Watanabe, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (Coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

5 Art. 5º, inc. XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6 Grinover, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC. In: Grinover, Ada Pellegrini et al. (Coord.). O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 01-21.

7 “Os marcos regulatórios que regem os métodos consensuais no Brasil são três: (a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que – embora em nível de norma administrativa – instituiu e continua regendo a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos; (b) os novos dispositivos do CPC; e (c) as normas sucessivamente promulgadas como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015)” (Grinover, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC. In: Grinover, Ada Pellegrini et al. (Coord.). O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 01-21).

8 Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: Cerezetti, Sheila C. Neder; Maffioletti, Emanuelle Urbano (Coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 451-467.

9 CPC, art. 694: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

10 Lei 7.347/1985, art. 5º, § 6º: Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

11 Lei 12.850/2014, art. 4º: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...].



12 “Desse modo, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, legislações harmônicas e complementares que entram em vigor no início de 2016, devem ser definitivamente inseridas dentro do contexto da ação de recuperação judicial de empresas pelo procedimento ordinário, a fim de validá-la como método de trabalho apto para a superação da crise da empresa (ou até mesmo sua eficiente liquidação), de modo que a tutela jurisdicional ao final concedida não se mostre utópica” (Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: Cerezetti, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 451-467, grifos no original).

13 Grinover, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 34; Dinamarco, Cândido Rangel; Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127.

14 Por excelência, a partir da cláusula geral de convenções processuais atípicas prevista no artigo 190 do CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

15 Via de regra, a partir das disposições do artigo 139 do CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]”.

16 “A referida revisitação do tema pode ser guiada pela promissora iniciativa de desenvolvimento de um “modelo de gerenciamento do processo” levada a cabo pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, a qual restou integralmente adotada pelo Provimento n. 953/05 editado pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tendo por inspiração o “Modelo de Stuttgart” disposto no Código de Processo Civil alemão de 1781 – o qual influenciou decisivamente o processo civil brasileiro por meio da instituição da audiência preliminar delineada no artigo 331 do Código de Processo Civil – e o “Case Management” norte-americano, o “modelo de gerenciamento de processos” do CEBEPEJ restou calcado em duas vertentes principais, notadamente (I) a condução mais ativa do processo pelo juiz e (II) a utilização efetiva de meios alternativos de solução de conflitos” (Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: Cerezetti, Sheila C. Neder; Maffioletti, Emanuelle Urbano (Coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 451-467).

17 Código de Processo Civil português (Lei 41/2013, de 26 de junho), art. 547º: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

18 Arruda Alvim, Teresa; Oliveira, Guilherme Peres de; Barioni, Rodrigo. Case management: Brazilian report. Revista de Processo, São Paulo, v. 282, p. 511-518, ago. 2018.

19 “O administrador judicial, na falência e recuperação judicial, tem a natureza de agente auxiliar da justiça. Suas atividades devem ser desenvolvidas não para a proteção do exclusivo interesse dos credores, ou dos devedores, mas para a persecução do interesse público decorrente da regularidade do procedimento falimentar e recuperacional” (Sacramone, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 115, comentários ao artigo 21).



20 Vasconcelos, Ronaldo. A mediação na Recuperação Judicial: compatibilidade entre as Leis nn. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15. In: Cerezetti, Sheila C. Neder; Maffioletti, Emanuelle Urbano (Coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 451-467.

21 Como se observa, por excelência, na clássica acepção carneluttiana de lide como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti, Francesco. Instituciones del proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1997. v. 1. p. 28.).

22 Vasconcelos, Ronaldo. Direito processual falimentar. São Paulo: Quartier Latin, 2008. passim.

23 “[C]ada parte vai à mesa de negociação tendo um limite máximo até o qual aceitaria negociar. Trata-se de um limite para a barganha entre as partes (reservation point). No caso do vendedor de um imóvel, por exemplo, trata-se do preço mínimo que aceitaria pelo mesmo, enquanto no caso do comprador, do preço máximo que pagaria pelo imóvel. Entre esses dois valores, não necessariamente revelado pelas partes, está a zona de barganha da negociação” (Gabbay, Daniela Monteiro. Negociação. In: Salles, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 127-147).

24 “Deve-se reservar um tempo na negociação para pensar em uma vasta gama de soluções possíveis que promovam os interesses comuns e conciliem criativamente os interesses divergentes. Para inventar opções criativas (brainstorming), é preciso: (i) separar o ato de inventar opções do ato de julgá-las; (ii) ampliar as opções sobre a mesa, em vez de buscar uma resposta única; (iii) buscar benefícios mútuos; (iv) inventar meios de facilitar as decisões dos outros” (Gabbay, Daniela Monteiro. Negociação. In: Salles, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 127-147).

25 “Traditionally and typically bankruptcy reorganizations have benefitted from negotiated settlements among parties who must yet live together under the aegis of a plan of reorganization. As increasing societal litigiousness has eroded these negotiated settlements and increased judicial burdens, the courts have turned to alternate means – Alternative Dispute Resolution – to redress the imbalance between litigation and negotiation” (Mabey, Ralph; Tabb, Charles; Dizengoff, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. South Carolina Law Review, Columbia, v. 46, p. 1259-1328, 1995).

26 Calmon, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019. p. 123.

27 “Para que haja mediação as partes devem negociar. Portanto, ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua. A mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato. Sem negociação não pode haver mediação” (Calmon, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2019. p. 119, grifos no original).

28 “A mediação constitui importante ferramenta para dar eficiência à recuperação judicial e cumprir os objetivos da lei na medida em que é considerada um jogo cooperativo. Nesse papel, o mediador tem atribuições de estimular o fluxo de



informações, minimizar assimetrias, ampliar o foco para os interesses compatíveis, possibilitando o acordo entre as partes” (Bonilha, Alessandra Fachada. A mediação como ferramenta de gestão e otimização de resultado na recuperação judicial. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 57, p. 385-410, abr.- jun. 2018).

29 “A mediation program provides a court-established setting for negotiation discussions. Attorneys who fear asking their opponent to consider settlement negotiations because it may be perceived as a sign of weakness may be more willing to engage in negotiations when prompted by the court. The mediation forum can provide parties with a neutral third-party evaluation of the value of their case, which may be particular value to counsel who focus their intellectual energies on advocating the client’s position and lack the advantage of having a partner or associate who can provide a sober second view” (Lomax, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. American bankruptcy law journal, Denver, v. 68, p. 55-90, 1994).

30 Grinover, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. passim.

31 Watanabe, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

32 “Caberá aos advogados uma mudança de cultura, uma transformação, aceitando as novas formas de solução de conflitos e valorizando a cidadania. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário o desafio de criar e implementar os Núcleos e os Centros de Conciliação, assim como estimular e disseminar o uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, como a mediação. Os mediadores e conciliadores deverão ter capacitação e treinamento adequado para participar das sessões, sob pena de não se alcançar a qualidade e o objetivo do trabalho” (Azeredo, Caroline Machado de Oliveira; Moura, Cíntia da Silva. Mediação no novo CPC: avanços e desafios. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 51, p. 461-478, out.- dez. 2016).

33 Já se anotou que normas, como a do art. 334 do novo Código de Processo Civil, que obrigam as partes a participarem de um meio consensual (ou, ao menos, terem uma oportunidade de seguir por este caminho), levam em consideração “que parte da sociedade civil desconhece tal prática alternativa de resolução de conflitos, baseada principalmente nos princípios de comunicação” (Avila, Eliedite Mattos. Mediação familiar: mitos, realidades e desafios. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 35, p. 97-114, jul.- set. 2008, grifos no original).

34 “O advento dos MASCs também altera o padrão de formação jurídica e capacitação profissional. Sendo mais de um os métodos de resolução de disputas, é necessário classifica-los conforme o seu objeto, ou conforme a sua adequação aos tipos de conflitos. Alguns seriam mais, outros menos adequados para resolver determinadas disputas. A capacitação dos atores do sistema de justiça passa a depender não apenas do conteúdo e conhecimento necessários pra operar as regras positivas do processo judicial, mas, antes disso, das competências e habilidades para a escolha, o desenho e a condução do método mais adequado pra resolver a disputa” (Silva, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: Salles, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25-41, grifos no original).

35 Sobre o tema: Gabbay, Daniela. Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. passim.



36 "The use of ADR in bankruptcy cases, while firmly established in concept across the nation, has been realized in a minority of jurisdictions. Mediation training of judges, lawyers and professionals of other disciplines, together with the continued development of ADR programs, is necessary to achieve the vision of a judicial system in which both adjudicative and non-adjudicative, or negotiative, dispute resolution services are available to all parties in all cases" (Esher, Jacob. *Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice*. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, v. 4, n. 1, jan. 2009). No mesmo sentido: "even if the laws and standards governing ADR in bankruptcy were clear, a variety of other practical considerations limit the use of ADR in bankruptcy. Many bankruptcy courts have no experience or only limited experience with ADR; there is no comprehensive, national, formal ADR training for bankruptcy judges; the Bankruptcy Code and Bankruptcy Rules contain no express ADR provisions and no provisions for mandatory ADR; and there is no comprehensive, national program for establishing panels of trained bankruptcy-specific mediators who are available to accept assignments in bankruptcy cases" (American Bar Association. *First report of the select advisory committee on business reorganization*. *The Business Lawyer*, v. 57, n. 1, p. 163-244, nov. 2001).

37 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

38 Fisher, Roger; Ury, William. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 3. ed. Londres: Penguin Books, 2011.

39 Raiffa, Howard. *The art and science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

40 Sander, Frank. *Varieties of Dispute Processing*, in Burger, Warren; Levin, Leo; Wheeler, Russell (Coord.) *The Pound Conference, perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. St. Paul: West Publishing, 1979.

41 Fiss, Owen. *Contra o acordo*. In: Fiss, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 121-145.

42 "Immersed in the adversary system as we are, it is easy to forget that although the adversarial system ensures legal resolution of disputes, its confrontational nature may not allow parties to resolve their underlying differences and often leaves their relationships permanently scarred" (Mabey, Ralph; Tabb, Charles; Dizengoff, Ira. *Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR*. *South Carolina Law Review*, Columbia, v. 46, p. 1259-1328, 1995).

43 "The principle that reform must be built from the bottom up supports the current practice of creating mediation programs on a district-by-district basis. Competing against the policy of 'bottom up' reform is the desirability of uniform rules that is not well-served by a patchwork of bankruptcy mediation programs. Therefore, it may be appropriate to devise national rules that identify minimum standards for mediation programs and that resolve some of the quandries. [...] Rule-making efforts by the Supreme Court that would foster the continuing development of alternative dispute resolution methods in bankruptcy should be encouraged, yet restrained by the cornerstone principle of 'bottom up' reform" (Lomax, Lisa. *Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs*. *American bankruptcy law journal*, Denver, v. 68, p. 55-90, 1994).

44 Assim, aliás, já se apontou em oportunidade anterior: "[o] norte que se impõe,



portanto, é o de estimular o uso da técnica de mediação por meio de mediadores profissionais no processo de recuperação judicial e falimentar, porque parece, a priori, meio adequado para o favorecimento da comunicação entre as partes e, conseqüentemente, apto a lograr a elaboração e deliberação de um plano de recuperação adequado às especificidades do caso. Assim é que dentro desse contexto de atuação de mediadores profissionais seria possível favorecer o diálogo entre os principais sujeitos do processo – excluído o juiz e incluído o administrador judicial – com o objetivo de facilitar o atingimento da comunhão de interesses. A elaboração do plano de recuperação judicial é, por excelência, um momento processual propício à negociação entre as partes – aqui entendida como uma técnica de resolução de conflitos. A técnica da negociação é também muito íntima da mediação” (Vasconcelos, Ronaldo; Carnaúba, César Augusto Martins. Consensualidade no processo concursal. Revista A Insolvência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 78-79, 2018, grifos no original).

45 Warat, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

46 Essa preocupação também é exposta por Peck, James. Settlement talks in Chapter 11 after “WaMu”: a plan mediator’s perspective. American Bankruptcy Institute Law Review, Alexandria, v. 22, n. 1, p. 65-73, 2014.

47 “On a substantive basis, adoption of a local rule or standing order is particularly helpful in disposing of

objections by third parties to the use of ADR. Such parties may not be directly involved in the controversy for which mediation has been proposed, or may be merely recalcitrant in a multi-party dispute in which the majority of parties wish to initiate an ADR process. In such cases, the existence of a local rule will support the court’s authority to mandate the use of an ADR process and require participation when it is determined that an objecting party has not demonstrated good cause for being excused” (Esher, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, v. 4, n. 1, jan. 2009).

48 Na mesma linha é a orientação doutrinária estadunidense: “in addition to the authority granted by statute and the Federal Rules, the district courts also have the inherent power to manage their own affairs so as to achieve the orderly and expeditious disposition of cases. The ‘mere absence of language in the Federal Rules specifically authorizing or describing a particular judicial procedure should not, and does not, give rise to a negative implication of prohibition” (Burr, Anne. Building reform from the bottom up: formulating local rules for bankruptcy court-annexed mediation. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Columbus, v. 12, n. 2, p. 311-358, 1997).

49 Mesmo porque “[u]ma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas, que ardilosos conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos” (Valverde, Trajano de Almeida. Comentários à lei de falências. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2. p. 10).

50 “Although the authority of bankruptcy courts to use ADR seems clear, there is no unifying procedural encouragement. Accordingly, we believe that, in addition to continued usage, a unified procedure would enhance the instances of ADR. Thus, bankruptcy ADR would benefit from an amendment to the Bankruptcy Rules” (Mabey, Ralph; Tabb, Charles; Dizengoff, Ira. Expanding the reach of alternative dispute resolution in bankruptcy: the legal and practical bases for the use of mediation and the other forms of ADR. South Carolina Law Review, Columbia, v. 46, p. 1259-1328, 1995).

51 Vasconcelos, Ronaldo; Carnaúba, César Augusto Martins. Arbitragem e insolvência. In: Vasconcelos, Ronaldo et al. (Coord.). Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil. No prelo, 2018.

52 "Mediation can provide flexibility in a number of ways. Parties can develop solutions that are personally tailored to their needs and that are not available through trial. For example, in one instance the debtor agreed to pay a disputed debt and the creditor agreed not to record fraud on the credit report. Parties can also choose the time and place of the mediation to suit their situations. Furthermore, because the mediation session is not bound by procedural and evidentiary rules, parties are free to discuss peripheral aspects that may lead to a more agreeable settlement result than if those issues were left dormant at trial" (Lomax, Lisa. Alternative dispute resolution in bankruptcy: Rule 9019 and bankruptcy mediation programs. American bankruptcy law journal, Denver, v. 68, p. 55-90, 1994).

53 O design de sistemas de disputas "envolve o conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com determinado conflito, ou uma série destes, envolvendo disputas com maior ou menor grau de complexidade. A customização de um sistema permite atender as necessidades únicas de cada caso concreto com eficiência, evitando gasto de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidades, enquanto permite maior participação das partes interessadas e afetadas, para que estas atinjam seus objetivos, com maior satisfação para todos os envolvidos" (Faleck, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas. In: Salles, Carlos Alberto de et al. (Coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 73-91).

54 "Then, in fits and starts between 1932 and 1938, in the throes of resolving the problems of a time when "so many were debtors, and so few were solvent," the forerunners of the reorganization provisions of the present Bankruptcy Code were enacted in 1938. Provisions for corporate reorganizations (Chapter 10) and corporate arrangements (Chapter 11) appeared for the first time as part of the Chandler Amendments of 1938. Still, bankruptcy was a defensive measure for corporate debtors, and the requirement of corporate good faith in filing bankruptcy petitions, not difficult to establish during the Great Depression, routinely was enforced by the courts. The present Bankruptcy Code was enacted in 1978. Chapters 10 and 11 of the 1938 bankruptcy act were combined in the new Chapter 11." (Todd, Walker F. Aggressive Uses of Chapter 11 of the Federal Bankruptcy Code. Federal Reserve Bank of Cleveland, Economic Review, v. 22, n. 3, p. 20-26, jan. 1986).

55 Para saber mais sobre o procedimento do Chapter 11, confira Trost, J. Ronald. Business Reorganizations Under Chapter 11 of the New Bankruptcy Code. The Business Lawyer, v. 34, n. 3, p. 1309-1346, 1979.

56 "So-called "liquidating Chapter 11s" and other strategies involving the use of Chapter 11 to administer asset sales are not at all uncommon. Chapter 11 offers at least two substantial and related advantages over Chapter 7 under Lehman's circumstances (and there are doubtless others): First, while a Chapter 7 filing would most likely mean a turnover of the company's assets to an appointed trustee with little or no connection to or knowledge of Lehman's complex activities, the "debtor-in-possession" model of Chapter 11 will allow the firm's management, who are intimately familiar with the firm and its business, to wind down operations and negotiate asset sales from a position of maximum strength and knowledge. They can carefully and deliberately choose to sell assets in productive, related units (e.g., the broker-dealer and investment management units), maximizing their value in part by ring-fencing them off from the "bad" assets that have laid low Lehman and so many other investors recently. [...] At the end of the day, a filing under Chapter 11 here in all likelihood will lead to something of the same result as Chapter 7 (sell-off), but in a much more orderly, flexible, potentially creative and



value-maximizing way, still under the chaos-minimizing effects of the automatic stay and court supervision.” (Kilborn, Jason. Lehman Chapter 11 = reorganization? Commercial Law. 15.09.2008. Disponível em: [http://ucclaw.blogspot.com/2008/09/lehman-chapter-11-reorganization.html]. Acesso em: 08.04.2019).

57 “Section 1123(a) of the Bankruptcy Code lists the mandatory provisions of a chapter 11 plan and section 1123 (b) lists the discretionary provisions. Section 1123(a)(1) provides that a chapter 11 plan shall designate classes of claims and interests for treatment under the reorganization. Generally, a plan will classify claim holders as secured creditors, unsecured creditors entitled to priority, general unsecured creditors, and equity security holders.” (Reorganization Under The Bankruptcy Code. Chapter 11 Public Information Series of the Bankruptcy Judges Division December 1995. Disponível em: [www.casb.uscourts.gov/html/body_chapter11.htm]. Acesso em: 10.03.2019).

58 11 U.S. Code § 1122: Classification of claims or interests a) Except as provided in subsection (b) of this section, a plan may place a claim or an interest in a particular class only if such claim or interest is substantially similar to the other claims or interests of such class. (b) A plan may designate a separate class of claims consisting only of every unsecured claim that is less than or reduced to an amount that the court approves as reasonable and necessary for administrative convenience.

59 “The first of these is to designate classes of claims and interests as prescribed by § 1123(a)(1) The provisions relating to classification of claims require that, notwithstanding any otherwise applicable nonbankruptcy law, a plan must designate classes of claims and interests, other than claims of a kind specified in §§507(a)(1), (2), or (8) of the Bankruptcy Code. The plan must also specify any class of claims or interests that is not impaired under the plan. The plan must specify the treatment of any class of claims or interests that is impaired under the plan and must provide the same treatment for each claim or interest of a particular class, unless the holder of a particular claim or interest agrees to treatment less favorable. The plan must be feasible and must have been proposed in good faith. To be confirmed, the plan must either be accepted by all impaired classes or by at least one impaired class of claims (without including insiders)¹¹ and must meet the cramdown requirements of § 1129(b) as to any impaired nonaccepting classes. If nonacceptance by an impaired class requires compliance with the § 1129(b) requirement as to an impaired, rejecting class, the plan cannot “discriminate unfairly.” (Blain, Russell M.; Fogarty, Daniel R. Paths and Obstacles to Chapter 11 Confirmation: Artificial Impairment, Gerrymandering, and Section 1111(b). Disponível em: [www.sbli-inc.org/archive/2014/documents/Paths_and_Obstacles_to_Chapter_11_Confirmation_etc.pdf]. Acesso em: 07.04.2019).

60 “The predominant type of ADR used in insolvency courts is mediation. This should come as no surprise because the very nature of insolvency practice involves a culture of attempting to reach a reasonable settlement” (Russell, Barry. Mediation In Bankruptcy Courts. Paper prepared by the Chief United States Bankruptcy Judge for the Central District of California. Disponível em: [www.cacb.uscourts.gov]. Acesso em: 08.04.2019).

61 “Alternative Dispute Resolution (ADR) has become firmly established in our contemporary legal system and continues to grow in bankruptcy practice. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998¹ requires that each federal district court authorize, by local rule, the use of ADR in “all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy.” On August 12, 1997, the National Bankruptcy Review Commission (Commission) adopted its Chapter 11 Working Group’s Proposal No. 18 as one of the Commission’s official recommendations to Congress. The Proposal recognizes that ADR benefits disputants because it reduces the need for costly and inefficient litigation and usually results in greater satisfaction than the litigation alternative.” (Esher, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, v. 4, n. 1, jan. 2009).



62 "The categories of ADR utilized have not changed significantly: the use of examiners or mediators to address plan impasses remains the most challenging use to which ADR has been put, with mediation of claims disputes relating to claims of similar character the most frequently invoked use of ADR. However, given the general acceptance of ADR techniques, courts have become more inclined to use ADR on multiple levels in large chapter 11 cases, combining, for example, a standalone mediation on plan issues with a broad-based claims mediation process in a single case. The impetus for putting in place ADR programs in new large cases is no longer merely speculative (i.e., predicated on theoretical assumptions about likely benefit), but based on proven results in other large cases." (O'Donnell, Dennis C. *Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution*. In: *Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference*. Paris: International Insolvency Institute, 2012).

63 "At first glance, the use of mediation, and other forms of alternative dispute resolution, should be a natural fit with bankruptcy. As other observers have noted, bankruptcy is itself a form of ADR.¹⁰ The fact that the parties with a stake in a bankruptcy proceeding are unable to agree as to whether a challenged transfer is a preference, or whether a particular claim or group of claims should be allowed, or whether a plan of reorganization satisfies one or more of the requirements for confirmation does not mean that the issue must be resolved by a trial or formal hearing, replete with discovery, pretrial motions, and a determination by the bankruptcy judge" (Peeples, Ralph. *The Uses of Mediation in Chapter 11 Cases*. *ABI Law Review*, v. 17, p. 401-426, 2009).

64 O resultado da pesquisa realizada foi publicado em Peeples, Ralph. *The Uses of Mediation in Chapter 11 Cases*. *ABI Law Review*, v. 17, p. 401-426, 2009: "This study consists of two components. First, the study offers a survey of the bankruptcy courts that have and have not authorized mediation, by either local rule or standing order. Second, the study reports on a survey of bankruptcy judges conducted in August 2009 regarding the use of mediation in chapter 11 cases".

65 "Most of the written comments on this practice were favorable. The practice of using other sitting judges as mediators represents a departure from most court-connected mediation programs. Given its wide use and generally high marks from the survey respondents, it merits further study. Bankruptcy law is a specialty practice for most lawyers, and having a sitting bankruptcy judge serve as a mediator certainly saves whatever time might be required to educate the mediator about the underlying law. Outside of bankruptcy practice, retired trial judges have often been popular choices as mediators in court-annexed mediation programs. Nonetheless, the involvement of a sitting bankruptcy judge in a mediation seems to up the stakes for the parties. There may be new risks for being reluctant to settle. There may be a perceived need to be very careful with what is disclosed to the mediator." (Peeples, Ralph. *The Uses of Mediation in Chapter 11 Cases*. *ABI Law Review*, v. 17, p. 401-426, 2009).

66 "Section 1104(a) of the United States Bankruptcy Code provides that any time between the filing of the bankruptcy case and before confirmation of a Chapter 11 plan, a court is empowered to appoint a Chapter 11 trustee. The United States Trustee or a party in interest may request the appointment of a Chapter 11 trustee for cause. Cause includes "fraud, dishonesty, incompetence or gross mismanagement of the affairs of the debtor by current management." The "for cause" appointment of a Chapter 11 trustee makes sense for the same reason that it makes sense to retain existing management: to maximize the debtor's opportunity to effectively reorganize. If the debtor's management has demonstrated that it is not competent to manage the affairs of the debtor, than that debtor and its creditors are better served by replacing that management. Nevertheless, the cases are clear that the appointment of a Chapter 11 trustee is an exception." (*Appointment of a Chapter 11 Trustee in a Business Bankruptcy Case*).



Disponível em: [www.robletolaw.com/appointment-of-chapter-11-trustee-bankruptcy].

67 "O administrador judicial será escolhido pelo juiz entre as pessoas de sua confiança e independentemente de oitiva dos credores e do devedor." (Sacramone, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 116)

68 Ao verificar o resultado trazido pela estatística realizada, é possível verificar que de 155 respostas de juizes de Cortes Americanas, 32 casos de mediação foram iniciados a pedido das partes, 26 casos a pedido das partes e sugestão do juízo e 41 a pedido das partes e de ofício pelos juizes. (Peeples, Ralph. The Uses of Mediation in Chapter 11 Cases. ABI Law Review, v. 17, p. 401-426, 2009).

69 "Bankruptcy is about money. Creditors want to be paid what they are owed, while the debtor insists that he or she cannot pay. These same creditors are competing for a limited pool of assets (called a bankruptcy estate), and the pool is almost never large enough to pay everyone. Bankruptcy is also about compromise. Consequently, it is usually in everyone's best interest to consider ADR early in the case so as to minimize attorney fees and costs, particularly when the dispute involves representatives of the bankruptcy estate who are being paid from the bankruptcy estate, the very source of the money available for creditors" (Swinson, Sidney. Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy. Tulsa Law Journal, v. 36, n. 4, p. 813-818, 2013).

70 "In the bankruptcy courts that authorize mediation, compensation for the mediator is usually, but not always, addressed by the local rules. Twenty-six courts allow the parties to the mediation to agree among themselves on the compensation for the mediator, subject, presumably, to court review; six courts set a fixed rate for mediators; and two other courts are directed to determine the rate of compensation for mediators. Fifteen courts either do not address the question of compensation in their rules, or require all mediators to serve pro bono." (Peeples, Ralph. The Uses of Mediation in Chapter 11 Cases. ABI Law Review, v. 17, p. 401-426, 2009).

71 "In recent years, several bankruptcy courts have appointed mediators to serve as facilitators for plan negotiations. In the earlier cases, courts used the power of appointment of an examiner for this purpose. However, the investigative functions and duty to report to the court placed on the examiner undermine important principles of mediation involving impartiality and confidentiality. Assumedly in response to this concern, some courts have limited the examiner's powers and restricted the role to a more facilitative one. Since other authority exists for the court's appointment of a mediator, relying on the examiner appointment powers is unnecessary and problematic. Recent precedent supports the appointment of a paid mediator to resolve impasses in plan negotiation or competing plans. These cases are primarily larger, multiparty reorganizations, in which the estate has paid the costs and compensation of the mediator. However, the cost effectiveness and efficiency of mediation would benefit smaller cases, at least as much where plan negotiations have broken down and the appointment of mediators in such cases has proven to be valuable." (Esher, Jacob. Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice. University of Massachusetts Law Review, Dartmouth, v. 4, n. 1, jan. 2009).

72 "The Enron case offers an example of the use of ADR that bridges the gap between the pioneering days of the 1990s and more recent trends in chapter 11 mediation. It involved both the appointment of an examiner, whose role was gradually broadened to that of a "plan facilitator" directed to mediate plan disputes among a number of domestic and foreign affiliates, and a wide-ranging claims mediation process that has become the template for many subsequent claims mediation processes." (O'Donnell, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012).



73 NLRB v. Greyhound Lines (In re Eagle Bus Manufacturing, Inc.), 158 B.R. 421 (S.D. Tex. 1993) (confirmed plan of reorganization sought to liquidate claims of various personal injury and workers' compensation claimants through the use of an ADR procedure).

74 "As a general matter, ADR has been utilized in three contexts: (i) to resolve disputes and achieve consensus with respect to plans of reorganization, (ii) to resolve single creditor disputes, and (iii) to resolve multiple creditor claims of the same nature.¹³ These categories emerged early in the evolution of bankruptcy-related ADR and, despite increasingly complex chapter 11 cases, most of the ADR ordered or agreed to today continues to fit into these categories" (O'Donnell, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012).

75 Disponível em: [www.abi.org/abi-journal/mediation-of-a-bankruptcy-case]. Acesso em: 08.04. 2019).

76 "The lessons learned in Enron regarding the benefits of mediation on multiple levels of large chapter 11 cases were put very effectively into practice in the more recent Lehman Brothers case. Although plan issues in that case were ultimately resolved through global negotiations outside of any ADR forum, the use of ADR in the Lehman Brothers chapter 11 cases is a prime example of how most of the claims side of a case can be directed to mediation, thereby enabling the Court to devote its time and resources to case-dispositive plan and litigation issues." (O'Donnell, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012).

77 Sussman, Edna; Gorskie, Jennifer. Capturing the benefits of arbitration for cross border insolvency disputes. In: Rovine, Arthur (Ed.). Contemporary issues in international arbitration and mediation. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 158-173.

78 "The settlement, reached through court ordered mediation, provides that the "Interco Settlement" in the Plan will be adjusted to include the subordination of \$275 million of the \$1.887 billion intercompany claim of Holdings Ltd. against MF Global Finance USA Inc., to the lenders' claims under the approximately \$1.2 billion revolving credit facility and a distribution of all recoveries under the plan on such subordinated claim to the lenders under the facility. The settlement will result in a slightly modified distribution range for unsecured creditors, which will be filed shortly with the Bankruptcy Court. Creditors have until March 25, 2013 to vote on the Plan. "The settlement is in the best interest of creditors as it removes a major hurdle to confirmation of the Plan. I applaud the efforts of the parties involved in resolving this dispute through mediation rather than litigation," noted Freeh" (Disponível em: [www.prnewswire.com/news-releases/creditor-co-proponents-and-jpmorgan-chase-agree-to-amended-]. Acesso em: 08.04.2019).

79 "It is apparent that, in both situations, the examiner/mediator's role as a neutral, with effectively enhanced powers, was important and beneficial in reconciling the diverse interests of multiple creditors, including foreign creditors, and the debtor entities that were not necessarily similarly situated." (O'Donnell, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012).

80 "Mediation of Trading Cases. At the same time that the Enron examiner's plan



"facilitation role" was playing out, the Enron court initiated, sua sponte, a mediation process with respect to a group of "trading claims" involving hundreds of millions of dollars in value. Judge Arthur Gonzalez appointed his Southern District of New York colleague, Judge Allan L. Gropper, as a mediator with respect to all adversary proceedings involving wholesale or retail trading issues and, in the process, conferred on him, "the broadest possible discretion as mediator." The commitment of the Enron court to the mediation process, and the skills and gravitas of the mediator, ultimately led to an array of settlements, pursuant to which complex derivative claims that could have consumed years of litigation were settled expeditiously on terms that were generally favorable to the Enron debtors and their estates. This template for mediation of complex claim dispute has been utilized in a number of subsequent cases, including, most notably, the Lehman Brothers case." (O'Donnell, Dennis C. Transnational Alternatives: Growing Role Of Alternative Dispute Resolution. In: Supreme Court Of France. International Insolvency Institute: twelfth annual international insolvency conference. Paris: International Insolvency Institute, 2012).

81 "Residential Capital, LLC, a real estate finance company, focuses on the residential real estate market in the United States. It offers services to U.S. residential finance industry. The company provides origination and servicing of mortgage loans, and securitization on the secondary market. The company through its subsidiary, GMAC Mortgage LLC, originates and services residential mortgages under the GMAC Mortgage and ditech brand names. It also provides capital to other originators of mortgage loans. The company was incorporated in 2004 and is headquartered in Minneapolis, Minnesota" (Disponível em: [www.bloomberg.com]. Acesso em: 08.04.2019).

82 "Cengage is the education and technology company built for learners. The company serves the higher education, K-12, professional, library and workforce training markets worldwide. Cengage creates learning experiences that build confidence and momentum toward the future students want. The company is headquartered in Boston, MA with an office hub in San Francisco. Employees reside in nearly 40 countries with sales in approximately 165 countries and territories around the world" (Disponível em: [www.bloomberg.com]. Acesso em: 08.04.2019).

83 Para saber mais sobre o acordo realizado no caso ResCap: "The bankruptcy case largely hinged, however, on ResCap's "historic" settlement with Ally, under which the former parent company agreed to pay \$2.1 billion, a deal which topped Ally's initial settlement offer by \$1.35 billion. Ally agreed to contribute \$1.95 billion in cash to the ResCap estate on the effective date of its plan, as well as the first \$150 million from insurance proceeds it expects to receive related to releases in connection with the plan. The agreement also requires that Ally receive full repayment of its secured claims, including \$1.13 billion owed under existing credit facilities. The settlement was reached as part of a mediation in the case being led by Bankruptcy Court Judge James Peck. Ally's potential liability to ResCap and, derivatively, its creditors, was a central issue in the proceedings. The crux of the dispute was whether Ally, using its corporate control over ResCap and its management, wrongfully engineered certain transactions beginning in 2006 that transferred key ResCap assets out of the reach of creditors in the wake of the housing-market meltdown, leaving ResCap insolvent and leading to its bankruptcy" (Feder, Benjamin; Hahn, Devin. Mediation in large Chapter 11 cases. Mediation, an ABI Committee Newsletter, v. 2, n. 3, 2015 (Disponível em: [http://promo.abi.org/committees/newsletters/Mediation/vol2num3/feder.html]. Acesso em: 08.04.2019).

84 Togut, Segal & Segal LLP. Bankruptcy Mediation. Disponível em: [www.togutlawfirm.com/Complex-Chapter-11-Bankruptcy/Bankruptcy-Mediation.shtml]. Acesso em: 08.04.2019.

85 "In recent years, mediation has been especially effective in the context of "mega-bankruptcy" cases such as Enron Corporation and the Adelphia Communications



Corporation bankruptcy cases. So too, have a many other bankruptcy cases utilized this entering orders providing for proposed procedures in cases where a debtor, creditors' committee or trustee anticipates filing a large number of avoidance actions. See, e.g., In re Eastman Kodak Company, Case No. 12-10202 (ALG) (Bankr. S.D.N.Y.) (Docket No. 6380); In re Oldco M. Corporation (f/k/a Metaldyne Corporation), Case No. 09-13412 (MG) (Bankr. S.D.N.Y.) (Docket No. 1726); In re Lehman Brothers, Inc., Case No. 08-01420 (JMP) (Bankr. S.D.N.Y.) (Docket No. 2894); In re Creative Group, Inc., Case No. 08-10975 (RDD) (Bankr.S.D.N.Y.) (Docket No. 421); In re Bernard L Madoff, Adversary Case No. 08-01789 (BRL) (Bankr. S.D.N.Y.) (Docket No. 3141)" (Disponível em: [www.moritthock.com/wp-content/uploads/2015/06/Berkoff_ready.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 08.04.2019).