



## Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos

*Analysis of mediation and conciliation in the company's judicial reorganization in light of game theory*

 **Manoel de Queiroz Pereira Calças**

Universidade Nove de Julho – Uninove  
Professor Emérito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)  
Doutor em Direito  
São Paulo, SP – Brasil

 **Felipe Guinsani**

Universidade Nove de Julho – Uninove  
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Mestrando  
São Paulo, SP – Brasil

**Resumo:** O tema da presente pesquisa é a mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos. A análise se dará a partir do conceito e evolução dos institutos da mediação e conciliação. Na sequência será examinada a eficácia da autocomposição. Desse ponto, a pesquisa segue para uma abordagem do acordo e mediação na recuperação judicial da empresa. Sendo que, neste contexto, serão destacadas algumas noções relativas à empresa e suas funções econômica e social. Objetiva-se, assim, proceder-se a uma análise da autocomposição na recuperação judicial, mormente diante da complexidade deste tipo de processo, que envolve uma quantidade enorme de credores, muitas vezes com interesses antagônicos. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, a partir de uma abordagem dedutiva sobre o tema.

**Palavras-chave:** recuperação judicial; mediação e conciliação; teoria dos jogos.

**Abstract:** The theme of this research is mediation and conciliation in the company's judicial reorganization in light of game theory. The analysis will be based on the concept and evolution of the mediation and conciliation institutes. Next, the effectiveness of self-composition will be examined. From this point on, the research goes to an approach to the agreement and mediation in the company's judicial reorganization. In this context, some notions related to the company and its economic and social functions will be highlighted. The objective is, therefore, to carry out an analysis of the self-composition in the judicial reorganization, especially given the complexity of this type of process, which involves a huge number of creditors, often with antagonistic interests. The research technique used is bibliographic and documental, from a deductive approach to the subject.

**Keyword:** judicial recovery; mediation and conciliation; game theory.

Para citar este artigo  
ABNT NBR 6023:2018

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 463-476, jul./dez. 2022. <http://doi.org/10.5585/prismaj.v21n2.21356>

## 1 Introdução

O tema desta pesquisa é a mediação e conciliação inseridas na Lei nº 14.112 de 2020 que versa sobre a Recuperação Judicial. Como é cediço, os meios alternativos de resolução de conflitos – em especial a mediação e a conciliação – tem sido visto como uma possibilidade de dar maior celeridade aos litígios, propiciando, inclusive, solução mais equânimes, já que elaboradas pelas próprias partes, trazendo um empoderamento dos atores processuais.

Nesse sentido, a temática será discutida com base no seguinte questionamento: a mediação e conciliação, conforme propostas na nova legislação, podem ser eficientes para resolução de conflitos no âmbito da recuperação judicial da empresa?

A princípio, pode-se entender que a inovação legislativa é uma importante mudança de paradigma, com vistas à resolução dos conflitos da empresa em crise, por meio de soluções criadas pelas próprias partes, contudo, tal inovação vem acompanhada de diversas contrariedades, as quais serão apontadas neste estudo.

Outrossim, está em voga a questão da justiça multiportas, representada pela ideia de que o Poder Judiciário poderia se tornar um centro para resolução de conflitos por outros meios, além do processo.

Partindo-se de tais premissas, objetiva-se com o presente trabalho científico proceder-se a uma análise da autocomposição na recuperação judicial, mormente diante da complexidade deste tipo de processo, que envolve uma quantidade enorme de credores, muitas vezes com interesses antagônicos.

Além disso, o estudo irá fazer uma análise da teoria dos jogos aplicada a mediação e conciliação, sob a perspectiva da recuperação judicial. Daí exsurge a necessidade de proceder-se a uma análise dos limites dos acordos dentro da recuperação judicial, os estímulos e externalidades que envolvem este tipo de ato.

No que concerne à teoria dos jogos, vale apontar que os meios de autocomposição serão eficientes na medida em que houver estímulos para sua realização ou desestímulos no caso de adoção da via judicial.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

A metodologia de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, a partir de uma abordagem dedutiva sobre o tema.

## 2 Conciliação e mediação

A fim de abordar a problemática desta pesquisa cumpre iniciar a reflexão pelos conceitos relativos à conciliação e mediação, bem como sua evolução ao longo do tempo.

A conciliação e a mediação são mecanismos indispensáveis para resolução de conflitos de maneira eficiente, sendo assim, aplicá-las no âmbito da recuperação judicial ou falência merece estudo, pois ao passo que representa avanço traz em sua essência complexidades.

### 2.1 Conceito e evolução

Segundo o manual de mediação do Conselho Nacional de Justiça a conciliação pode ser definida como um processo de autocomposição em que os atores envolvidos são auxiliados por um terceiro imparcial ou por um painel de pessoas, também sem interesse na causa, para chegarem a um acordo (AZEVEDO, 2016, p. 21). A mediação, por sua vez, seria definida como uma negociação catalisada também por um terceiro, que seria igualmente imparcial, com objetivo de se chegar a uma composição (AZEVEDO, 2016, p. 20).

Tradicionalmente, apontava-se que a mediação seria distinta da conciliação na medida em que: visava resolver um conflito mais permanente, restaurando uma relação social subjacente, enquanto a conciliação teria o enfoque apenas no acordo. Além disso, afirmava-se que a mediação seria realizada apenas de estímulos para facilitação do consenso, sem realização de propostas, enquanto a conciliação permitiria que o conciliador fizesse sugestões de propostas. Asseverava-se, outrossim, que a mediação seria voltada para questões mais subjetivas, que demandariam mais tempo, enquanto a conciliação seria mais indicada para coisas objetivas. Aduzia-se, igualmente, que a mediação seria confidencial, enquanto a conciliação seria pública (AZEVEDO, 2016, p. 21-22)

A partir do lançamento do Movimento pela Conciliação, pelo Conselho Nacional de Justiça, no entanto, houve uma mudança de paradigma na conceituação da mediação e conciliação, diminuindo-se, assim, as distinções entre os dois sistemas (AZEVEDO, 2016, p. 22).

De toda a forma, a mediação e a conciliação são meios de autocomposição, onde as partes colocam fim ao litígio por meio do consenso. Tais instrumentos são analisados, atualmente, sob o prisma da justiça multiportas (*Multidoor Courthouse*), em que o Judiciário

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos

seria um centro de resolução de conflitos, permitindo a utilização de diferentes formas e procedimentos para se colocar fim à lide, além do processo judicial (AZEVEDO, 2016 p. 18).

A justiça multiportas trabalha com a ideia de que o processo judicial não pode, e não deve ser, o único caminho viável para o jurisdicionado. O conceito surgiu através do professor Frand Sander, na Conferência de Pound, de 1976, o tribunal multiportas disponibilizaria uma variedade de possibilidades de resolução de conflitos, encaminhando as partes para o processo mais adequado para seu caso (TAN, 2018, p. 11).

Nas décadas 1970 e 1980 foi estimulado os métodos alternativos de resolução de conflito, em grande parte pela existência de uma crescente insatisfação com os processos, que, além de morosos, traziam riscos as partes. Existia, ainda, uma preocupação de que houvesse um excesso de litígios em algumas sociedades, sobrecarregando os tribunais com processos desnecessários e caros (TAN, 2018, p. 11).

Os meios alternativos de resolução de conflito, desta forma, se tornaram uma necessidade do sistema de justiça, seja porque permitem um melhor desenlace ao litígio, garantindo que a solução seja construída pelas partes, seja pelo custo inferior ao de um processo judicial, além de reduzir a sobrecarga do poder judiciário.

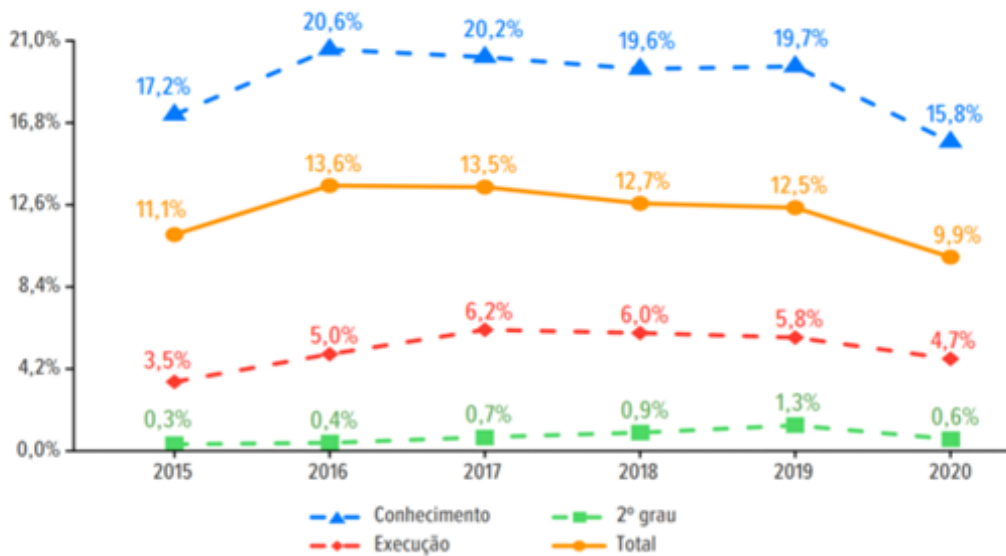
## 2.2 Eficácia da autocomposição

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2021, 9,9% das sentenças do poder judiciário foram homologatórias de acordos. Analisando apenas os números da Justiça do Trabalho, o número de acordos chega a 23%, ou seja, quase um quarto dos processos são solucionados pela via conciliatória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 192). Este número é ainda mais impressionante se analisado apenas os processos de conhecimento, sendo que o percentual passa para 44,8% na Justiça Laboral, enquanto na Justiça Estadual e Federal o patamar é de 14,3% e 10,1%, respectivamente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 194).

Além disso, mesmo com a importante profissionalização desta atividade e os constantes investimentos, especialmente em Centros Judiciários de Resolução de Conflitos (Cejuscs), o que se observa é que o índice de autocomposição vem diminuindo, ano a ano, conforme se verifica pelo quadro abaixo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 192):

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos

Figura 133 - Série histórica do Índice de Conciliação



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.<sup>1</sup>

É interessante notar que, nada obstante os números de acordos no Brasil não sejam desprezíveis, não chega próximo de outros países, como, por exemplo, os Estados Unidos.

Hazard, Eubsdorf e Basset anotam que, nos Estados Unidos, mais de 95% dos casos civis, em primeiro grau, são eliminados antes do julgamento. Em alguns tribunais, os casos que vão a julgamento são de apenas 1 a 2%. Os autores acreditam que o índice elevado de acordos seja decorrente do receio das partes de submeter a sua demanda a um julgamento pelo Júri, ou seja, o risco da derrota (ALMEIDA, 2017, p. 17).

Além disso, a questão das custas processuais mais elevadas, rigor na apreciação da gratuidade judicial e a segurança jurídica dada pelo sistema de justiça, são apontados como elementos que favorecem a composição entre as partes (GICO JÚNIOR, 2012, p. 118).

Em um estudo com 11 países, o Brasil estava entre os países com mais processos judiciais, ou seja, a maior quantidade de casos que efetivamente tramitam pela via judicial. A taxa de resolução destes processos, por sua vez, era próxima de 90%, o que indica que o país estava aumentando o seu estoque. O acervo processual brasileiro perdia apenas para Chile, Equador e Panamá (GICO JÚNIOR, 2012, p. 88).

No final do ano de 2020 tramitavam na justiça brasileira 75,4 milhões de processos. Desses, 13 milhões, ou seja, 17,2%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2021.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

Ou seja, ainda que desconsiderados tais processos, havia, em 2020, 62,4 milhões de ações judiciais no país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 102).

Assim, cumpre entender que a autocomposição no Brasil precisa avançar e, para tanto, é importante que se reflita sobre os mecanismos que estimulem ou desestimulem os acordos e em quais casos este instrumento pode ser mais bem utilizado.

### **3 Acordo e mediação na recuperação judicial da empresa**

O acordo e mediação aplicáveis à resolução de conflitos na recuperação judicial são importantes mecanismos tanto do ponto de vista da eficiência quanto da proteção das funções da empresa.

Cumpre ressaltar que, na atualidade, a empresa exerce funções econômica e social que merecem ser tuteladas, pois refletem na sociedade. Desse modo, a ampliação das possibilidades de resolução de conflitos também pode ser compreendida como um modo de proteção de tais funções.

Diante disso, antes de tratar especificamente do acordo e mediação na recuperação judicial, vale traçar considerações sobre a empresa e suas funções.

#### *3.1 Empresa e suas funções econômica e social*

O princípio da função social da empresa é haurido dos arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal. Trata-se de princípio implícito, que faz superar o interesse meramente econômico e individualista da empresa, para interesses metaindividuais de toda a sociedade, como a proteção do meio ambiente e dos direitos dos consumidores (COELHO, 2012, p. 52).

Assim, nada obstante o artigo 966 defina empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, é preciso que a empresa cumpra sua função social.

Nesta linha é o art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações): “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Ainda, segundo o professor Fábio Ulhoa, a empresa cumpre a função social quando gera empregos, desenvolvimento, riqueza, tributos, contribuindo para o desenvolvimento

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

econômico, social e cultural, adotando práticas empresariais sustentáveis garantindo-se a proteção do meio-ambiente e dos direitos dos consumidores (COELHO, 2012, p. 52).

Neste mesmo sentido é a teoria dos *Stakeholders*, desenvolvida por Edward Freeman. Segundo Freeman *stakeholder* é “qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou ser afetado, pelo alcance dos propósitos de uma firma” (FREEMAN, 2010. p. 46).

A teoria dos *stakeholders* é uma importante contribuição para o estudo da empresa e dos efeitos que ela pode causar em atores internos e externos. A atividade empresarial, portanto, atinge toda uma coletividade, que não pode ser ignorada ou desconsiderada.

A perspectiva individualista, desta forma, da noção de empresa, foi superada, seja pela noção função social da propriedade privada, princípio basilar estabelecido na Constituição Federal, seja porque percebeu-se que há grupos de pessoas diretamente afetados por suas atividades que, muitas vezes, não tem vínculo direto com ela.

O princípio da preservação da empresa, assim, ganha especial e importante destaque, já que a manutenção da atividade empresarial visa salvaguardar não apenas os interesses dos credores, mas de uma série de agentes e de toda a coletividade.

Sendo as empresas agentes econômicos que exercem função social, pois impactam no coletivo, estas merecem receber a tutela estatal para fins de preservar ao máximo suas atividades. Ou seja, a manutenção da empresa visa proteger toda a coletividade, garantindo-se a geração de empregos, renda, desenvolvimento e pagamento de tributos. É neste contexto que se insere a recuperação judicial.

Justamente pelo fato de a atividade empresarial impactar em toda a sociedade, há necessidade de um mecanismo que permita, em situações de crise, o soerguimento da empresa, garantindo, assim, na medida do possível, a manutenção da atividade.

### 3.2 *Previsão legal e limites do acordo e mediação na recuperação judicial da empresa*

Os artigos 20-A, 20-B, 20-C, 20-D e 22-J da Lei Federal nº 14.112 de 24 de dezembro 2020, trouxeram, de forma expressa, a possibilidade de realização de autocomposição entre as partes envolvidas na recuperação judicial.

A inovação legislativa é uma importante mudança de paradigma, cujo objetivo é a resolução dos conflitos da empresa em crise, por meio de soluções criadas pelas próprias partes. Segundo a legislação, cabe ao Juiz, e ao administrador judicial, incentivarem a autocomposição.

Mas não é só. A lei ainda trouxe a possibilidade de concessão de tutela de urgência, para suspensão das execuções, pelo prazo máximo de 60 dias, com o intuito de propiciar as conciliações e mediações.



## CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos

Há alguns limites, no entanto, para que haja a realização destes acordos. O parágrafo 2º, do artigo 20-B da Lei Federal nº 14.112/2020, veda a utilização de conciliação e mediação sobre a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores.

Não se pode olvidar, ainda, que há outras hipóteses em que o acordo será proibido, cabendo a intervenção do juiz, com a não homologação do que foi estabelecido pelas partes.

O juiz, como agente do Estado, deve interceder sempre que houver violação à ordem pública, até porque, o processo civil em si, nada é mais do que um instrumento do estado de pacificação social e intervenção nas relações privadas. É por meio do processo que se materializam, em grande parte, os direitos e garantias fundamentais, sendo um microcosmo do Estado democrático de direito (DINAMARCO, 2009. p. 27).

Não é possível, desta forma, que o Estado chancela qualquer violação a preceitos de ordem pública, ainda que acordado entre as partes. É igualmente inviável que o juiz homologue um acordo que vai de encontro às normas e garantias constitucionais.

Tem-se, assim, que a vedação estabelecida pelo parágrafo 2º do artigo 20-B da nova legislação é meramente exemplificativa. Deste modo, por exemplo, seria vedado ao juiz homologar o acordo em qualquer hipótese em que existisse violação à ordem pública.

E mais, ainda seria possível a recusa na homologação quando o acordo fosse manifestamente inexecutável, já que o próprio Código Civil estabelece que os negócios jurídicos devem ter objeto possível, certo e determinado ou determinável.

Também seria o caso da recusa de homologação na hipótese de violação da *par conditio creditorum*. O que se tem, com efeito, é que o acordo só pode ser realizado quando possível o deferimento da recuperação judicial.

Não faz nenhum sentido que as partes possam acordar sobre uma eventual recuperação que sequer preencheria os requisitos legais para o seu processamento.

Interessante apontar que a doutrina tem sido bastante crítica quanto à possibilidade de conciliação na recuperação judicial.

Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, vê com ceticismo a questão, afirmando que, onde se tentou a mediação, os resultados foram pouco promissores. Além disso, aduz que não há incentivos econômicos, já que os honorários dos advogados e administrador judicial serão pagos de qualquer forma, além das despesas de eventual mediação (COELHO, 2020, p. 95).

Ademais, aponta o autor que a mediação seria incompatível com a recuperação judicial, em razão da voluntariedade, confidencialidade e confiança. Segundo o autor, a mediação, para funcionar, teria que se dar de modo amplo, o que não é do interesse dos atores processuais e,



CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

sendo o procedimento voluntário, haveria uma necessária frustração na sua realização. Além disso, a confidencialidade seria incompatível com a recuperação judicial e, por fim, não haveria confiança entre as partes e o mediador, já que tal profissional é escolhido, normalmente, pelo juiz (COELHO, 2020, p. 96-97).

Outrossim, em uma negociação individual, credor e devedor podem fazer concessões mútuas, o que é inviável em um contexto de uma negociação coletiva, uma vez que se o mediador se concentrar nos credores estratégicos irá violar os princípios da imparcialidade e da neutralidade. Ao mesmo tempo, o tratamento igualitário não traria contribuições à recuperação (COELHO, 2020, p. 98).

Inadmissível, desta forma, negociações que violam a igualdade, já que na recuperação tal princípio prevalece sobre o princípio da livre iniciativa, sendo que acordos são realizados sob o estrito controle do Poder Judiciário (COELHO, 2020, p. 99).

Portanto, verifica-se que a legislação em comento abre um campo, até então não utilizado para resolução de conflitos da empresa em crise, sem deixar de lado a imposição de limites, a fim de evitar irregularidades ou mesmo injustiças.

Contudo, em razão de ser uma mudança de paradigma surgem novos desafios que precisam ser superados para viabilizar a autocomposição na área de recuperação judicial da empresa.

### *3.3 Estímulos e desestímulo – Análise sob a perspectiva da teoria dos jogos*

A teoria dos jogos foi desenvolvida no século XX, com o objetivo de estudar os conflitos, definidos como atividades incompatíveis entre os sujeitos de uma disputa. Segundo a teoria, diante do conflito, os atores devem desenvolver estratégias para maximizar os ganhos, dentro de regras pré-estabelecidas (ALMEIDA, 2003, p. 1).

O comportamento dos jogadores é baseado no pensamento que ele tem da jogada e de seu oponente, que, por sua vez, também se baseia no jogo do adversário. A ideia pode assim ser definida “eu penso que você pensa que eu penso que você pensa que eu penso...”. Tal raciocínio leva a uma situação de argumentação ao infinito, que só é solucionada, segundo o matemático John F. Nash, por meio do conceito de *equilibrium* (ALMEIDA, 2003, p. 2).

Para Adam Smith, a regra fundamental do mundo seria a competição, de modo que, se cada um fizesse o que é melhor para si, os melhores seriam recompensados, o que, em tese, seria bom para toda a sociedade. Tal compreensão é bastante similar àquela descrita por Charles Darwin na origem das espécies, já que seria uma seleção natural a nível econômico e social. Foi a partir desta premissa que John Von Neumann trabalhou a teoria dos jogos, voltado para

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos

os chamados jogos de soma zero, aqueles em que um dos competidores vence e o outro, necessariamente, perde (ALMEIDA, 2003, p. 4).

John Forbes Nash, por sua vez, revolucionou a teoria dos jogos e a economia com o seu conceito de *Equilibrium* (ALMEIDA, 2003, p. 2). Enquanto Neumann partia da ideia de competição, Nash passou a utilizar o elemento cooperativo, afirmando que a cooperação não é incompatível com o ganho individual. A máxima era: "se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham" (ALMEIDA, 2003, p. 4).

Richard Dawkins, zoólogo e professor da Universidade de Oxford, na Inglaterra, demonstrou que o comportamento dos genes na evolução replica padrões estabelecidos pela teoria dos jogos. O autor aduz que os genes cooperam entre si para assegurar o máximo de proveito individual, conceito que na teoria dos jogos é denominado de utilidade. Trata-se de comportamento egoísta, porém, nada obstante, cooperativo (ALMEIDA, 2003, p. 5).

A teoria dos jogos não trabalha com preferências, mas sim com o conceito de utilidade, na qual os jogadores buscam aumentar a sua satisfação individual, com base em escolhas racionais. Trata-se de uma análise matemática com o intuito de descobrir as melhores alternativas para um jogador racional (ALMEIDA, 2003, p. 8).

A cooperação, portanto, não deve ser vista como uma conduta ética dos seus participantes, mas sim sob a perspectiva de uma análise racional, visando otimizar resultados AZEVEDO, 2016, p. 69).

Assim, meios de autocomposição serão eficientes na medida em que houver estímulos para sua realização ou desestímulos no caso de adoção da via judicial. Ou seja, a conciliação e a mediação devem ser analisadas dentro de uma perspectiva racional dos atores processuais envolvidos e não como imperativo ético. As partes buscaram, evidentemente, maximizar os seus ganhos.

Custas judiciais mais elevadas, maior rigor na análise dos pedidos de justiça gratuita, por exemplo, são meios eficazes para desestimular a via judicial. Nos Estados Unidos já se verificou que a concessão de gratuidade judicial a qualquer um, de forma indiscriminada, sobrecarrega o sistema de justiça (GICO JÚNIOR, 2012, p. 146).

Além disso, meios de execução eficazes também são poderosos estímulos à autocomposição. Ora, se a parte já sabe, de antemão, que, ao perder o processo, conseguirá frustrar a execução, não haverá interesse algum na realização de um acordo.

Nessa linha de raciocínio, Dinarmarco ensina que:

**CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos**

Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Numa sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico "vá buscar seus direitos" que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas (DINAMARCO, 2009. p. 191-192).

Da mesma forma, a morosidade também é um fator de estímulo ao litígio, já que muitos devedores ou pessoas que praticam atos ilícitos sabem que o resultado do processo demorará anos, sendo preferível, desta forma, não realizar nenhum acordo, contando com demora do litígio. Nesta linha:

Em outras palavras, as partes não são indiferentes à morosidade judicial no momento de decidir entre celebrar ou não um acordo; quanto mais uma ação demora a ser julgada, menor seu valor presente para quem tem direito. O efeito desincentivador da morosidade judicial foi notado primeiramente por Posner (1973, p. 448) e, posteriormente desenvolvido por Priest (GICO JÚNIOR, 2012, p. 119).

Outro tema importante, como fator de desestímulo aos acordos, é a questão da segurança jurídica. O acordo é realizado quando, para o autor, o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor proposto pelo réu, desconsiderada a questão do risco. Já o réu irá realizar a transação quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor está disposto a aceitar, também desconsiderando os riscos. Em uma situação destas o acordo só não ocorrerá quando a estimativa das partes destoarem sobremaneira (GICO JÚNIOR, 2012, p. 113).

Ou seja, a estimativa das partes sobre o resultado do processo é papel fundamental para que o acordo seja realizado. O Judiciário, por outro lado, quando não fornece informações seguras de como decidirá cada caso inviabiliza o cálculo sobre as estimativas dos resultados, o que impede o acordo.

Ademais, há indícios de que as partes e advogados são, normalmente, otimistas em relação ao julgamento dos processos e, advogados, podem não repassar inteiramente as informações aos seus clientes sobre os riscos de um litígio, uma vez que eles ganham com a existência do processo (GICO JÚNIOR, 2012, p. 115).

Enfim, são inúmeros fatores que estimulam ou desestimulam a composição entre as partes. Os atores processuais pensam na realização das transações na perspectiva de ganho, tentando prever o comportamento da parte adversa, os custos, os riscos e as probabilidades que envolvem o processo.

## Conclusão

O Brasil, comparado com outros países, apresenta um baixo nível de acordos. Os números demonstram que o volume das soluções conciliatórias é absolutamente irrisório. Isto se dá, em grande medida, pela falta de desestímulos ao litígio.

O país tem custas judiciais extremamente baixas. Os processos com gratuidade têm aumentado ano a ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 111). O processo é moroso, favorecendo que aqueles que não tem razão optem pela continuidade do litígio.

Além disso, a execução é pouco eficaz, o que fomenta que as partes não cheguem a nenhuma composição, já que o devedor, ao final, pode frustrar o pagamento da dívida através de subterfúgios.

Observa-se, ainda, que a Justiça do Trabalho, ramo da Justiça conhecido pelo rigor na condução dos processos, sobretudo nas condenações e nas execuções, tem patamares muito mais elevados de conciliação do que a Justiça Comum, o que é forte indicativo da necessidade de o sistema de justiça ser mais eficiente para garantir maior estímulo a via extrajudicial.

Os acordos nos Estados Unidos também são maiores, seja porque há o chamado *punitive damages*, seja porque há um rigor maior na cobrança das custas processuais e na gratuidade.

A insegurança jurídica é outro problema que gera desestímulos aos acordos. Se as partes não têm como prever, minimamente, o resultado de uma demanda, não há como fazer o cálculo de quanto seria o valor mais adequado para uma composição.

Os advogados, por sua vez, são remunerados pelo litígio, havendo, inclusive, a previsão de honorários sucumbenciais, o que é um estímulo, novamente, a via judicial.

A questão ganha contornos ainda mais problemáticos quando se analisa a possibilidade de conciliação e mediação dentro dos processos de recuperação judicial.

Há diversas limitações para realização deste tipo de procedimento. A primeira, e mais importante, é o princípio da *par conditio creditorum*, que praticamente inviabiliza a composição realizada de forma individual. Ou seja, há necessidade, para não violar a igualdade entre credores, que os acordos sejam oferecidos nas mesmas condições a todos.

Além disso, há inúmeras incompatibilidades entre o procedimento e a recuperação judicial. Entre elas, pode se destacar a questão da confidencialidade, além da assimetria de informações e da inexistência de estímulos, já que os pagamentos das custas, despesas processuais e honorários já estão contratados de uma forma ou de outra.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

Ademais, a morosidade das recuperações judiciais é forte desestímulo a autocomposição. Litigantes de má-fé não terão interesse em uma composição, já que a demora do processo pode lhe beneficiar mais do que um acordo.

A recuperação judicial é também um processo pouco previsível, dada a quantidade de atores, relações jurídicas envolvidas e complexidade do tema, o que impede que as partes estimem, ainda que minimamente, os resultados do processo. Sem esta possibilidade, é difícil calcular um valor que seria adequado para realizar um acordo.

Portanto, a partir do estudo de tais institutos sob a perspectiva da teoria dos jogos, conclui-se que mesmo para haver cooperação, as partes têm que vislumbrar a possibilidade de ganhos individuais maiores do que na não cooperação. Ou seja, é uma análise racional, com base no princípio da utilidade.

A mediação e a conciliação, assim, já são complexas nos processos individuais, de modo que nos processos coletivos, da forma como estão desenhadas, é praticamente inviável.

Não basta que o legislativo simplesmente insira na Lei a possibilidade de realização da autocomposição, deve se analisar as peculiaridades da recuperação judicial, os estímulos, desestímulos e a complexidade do procedimento em si.

### Referências

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Sistema Jurídico Nos Estados Unidos - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O Que Poderia Ser Útil Para A Reforma Do Sistemaprocessual Brasileiro? **Revista de Processo**, v. 251, p. 02-11, 03 mar. 2017.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Conselho Nacional de Justiça. (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. **Código Civil – Lei 10.406 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 de set. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 6.404/1976, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm). Acesso em: 13 out. 2021.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; GUINSANI, Felipe. *Análise da mediação e conciliação na recuperação judicial da empresa à luz da teoria dos jogos*

BRASIL. **Lei nº 14.112 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm). Acesso em: 20 de set. de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2021. Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

FREEMAN, E. R.; HARRISON, J. S.; WICKS, A. C.; PARMAR, B. L. & COLLE, S. **Stakeholder theory: the state of the art**. New York: Cambridge Press, 2010.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 146 p. Tese (Doutorado em Economia). Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

TAN, Joyce A. **WIPO Guide on Alternative Dispute Resolution (ADR) Options for Intellectual Property Offices and Courts**. 2018. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_guide\\_adr.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_guide_adr.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.