

**AUTONOMIA PRIVADA E INTERVENÇÃO ESTATAL NA
EMPRESA: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE
EQUILÍBRIO E PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE NEGOCIAL**

*PRIVATE AUTONOMY AND STATE INTERVENTION IN BUSINESS
ENTERPRISES: MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR
BALANCING AND PRESERVING CONTRACTUAL FREEDOM*

Laura Camilo da Silva¹

Resumo: O presente artigo analisa a tensão entre a autonomia privada e a intervenção estatal no direito empresarial, com foco na crise da empresa. Adotando como referencial teórico o projeto de pesquisa que o origina, aprofunda-se a análise por meio do instrumental da Análise Econômica do

¹ Advogada e pesquisadora com atuação proeminente nas áreas de Direito Empresarial, Civil e Processual Civil, além de mestrandia bolsista CAPES em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/MG. Integra o Núcleo de Estudos Empresariais da Faculdade Mineira de Direito, por meio do Grupo de Estudos em Direito Empresarial (GEDE) e exerce a advocacia no escritório Juselder da Mata Sociedade de Advogados. É autora do livro Democracia em Julgamento: O Devido Processo Legal e os Atos de 8 de Janeiro de 2023 uma reflexão crítica sobre os desafios institucionais e constitucionais do Estado Democrático de Direito e coautora do livro Responsabilidade Civil de Inteligências Artificiais, além de diversos artigos e capítulos de obras jurídicas. Foi líder da Equipe de Competições em Direito Civil da PUC Minas (2024), conquistando duas Medalhas de Ouro na XI Olimpíada do Conhecimento Jurídico da ABDC. Recebeu Menção Honrosa como aluna destaque da Pró-Reitoria da PUC Minas, Campus São Gabriel. Foi eleita uma das melhores oradoras da 4ª Competição Mineira de Processo Civil e obteve o primeiro lugar no Concurso de Artigos da PUC Minas Campus São Gabriel (2024) Como pesquisadora vinculada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), desenvolveu o projeto O devido processo legal no contexto do julgamento dos atos atentatórios contra a democracia de 8 de janeiro de 2023. Em sua colação de grau, foi agraciada com o Prêmio de Melhor Monografia do Curso de Direito da PUC Minas Campus São Gabriel. E-mail: camilo.laura.lc@gmail.com.

Direito, notadamente a partir das obras de Ronald Coase, Richard Posner, Robert Cooter e Thomas Ulen, da filosofia política de Robert Nozick e da doutrina especializada de Nilson Reis Júnior. Argumenta-se que a recuperação judicial, como modelo de intervenção, ao se pautar por objetivos de função social, pode incorrer tanto em ineficiência econômica quanto em questionamentos sobre sua legitimidade à luz de uma teoria estrita de direitos de propriedade. Em contrapartida, a mediação empresarial é apresentada como um mecanismo institucional superior, que, ao reduzir os custos de transação, permite que as partes alcancem soluções voluntárias, eficientes e que preservam a autonomia negocial de forma mais robusta que o processo judicial impositivo.

Palavras-chave: Autonomia Privada; Intervenção Estatal; Mediação Empresarial; Análise Econômica do Direito; Custos de Transação; Função Social da Empresa.

Abstract This article examines the tension between private autonomy and state intervention in business law, with a focus on corporate crisis. Drawing on the research project from which it originates as a theoretical framework, it deepens the analysis through the tools of Law and Economics, particularly the works of Ronald Coase, Richard Posner, Robert Cooter and Thomas Ulen, the political philosophy of Robert Nozick, and the specialized doctrine of Nilson Reis Júnior. It argues that judicial reorganization, as a model of intervention guided by social function objectives, may result both in economic inefficiency and in challenges to its legitimacy in light of a strict theory of property rights. By contrast, business mediation is presented as a superior institutional mechanism which, by reducing transaction costs, allows the parties to reach voluntary and efficient solutions that preserve contractual autonomy more robustly than an adversarial judicial process.

Keywords: Private Autonomy; State Intervention; Business Mediation; Law and Economics; Transaction Costs; Social Function of the Company.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação dialética entre a autonomia privada e a prerrogativa de intervenção do Estado constitui um tema clássico e de permanente atualidade no Direito, adquirindo contornos particularmente dramáticos no âmbito das relações empresariais em crise. O ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que consagra a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (CF/1988, art. 1º, IV), impõe a ela o temperamento da sua função social (CF/1988, art. 170), criando um campo de tensões que se manifesta de forma aguda nos processos de

insolvência.² A recuperação judicial, nesse contexto, emerge como a principal ferramenta de intervenção estatal, visando à preservação da empresa viável em nome de interesses que transcendem os dos sócios e credores (Magalhães, 2008).³

Entretanto, a legitimidade e a eficiência desse modelo intervencionista demandam uma análise crítica. Este artigo se propõe a investigar essa problemática, seguindo a estrutura delineada no projeto de pesquisa que lhe deu origem. O objetivo geral consiste em analisar de que forma a mediação pode funcionar como instrumento de reforço à autonomia privada, mesmo em cenários de intervenção estatal na atividade empresarial.

Para tanto, a análise será aprofundada com o recurso a um referencial teórico específico. A partir de Ronald Coase (1960),⁴ a crise empresarial será compreendida como um problema de altos custos de transação. Com Robert Cooter e Thomas Ulen (2016), detalha-se como o Direito pode ser estruturado para minimizar tais custos e promover a cooperação. Sob a ótica de Richard Posner (1986),⁵ questiona-se se o modelo recuperacional atende ao critério da maximização da riqueza. A teoria da titularidade de Robert Nozick (1974)⁶ fornecerá a base para uma crítica de legitimidade. Por fim, a obra de Nilson Reis Júnior (2024) oferecerá um aprofundamento doutrinário sobre as conexões práticas entre a mediação e a recuperação de empresas no Brasil.

A hipótese que se desenvolve é a de que a mediação, ao reduzir os custos de transação e ao se basear na voluntariedade, permite que as partes construam soluções consensuais que são, ao mesmo tempo,

² BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

³ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A empresa em crise.** *Virtuajus Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, v. 1, p. 1-12, 2008.

⁴ COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

⁵ POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

⁶ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia.** New York: Basic Books.

economicamente eficientes e mais legítimas do ponto de vista dos direitos de propriedade, funcionando como um mecanismo de equilíbrio institucional superior ao processo judicial puramente impositivo.

2 AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

2.1 Fundamentos constitucionais e civis da autonomia privada

A autonomia privada, concebida como o poder dos indivíduos de autorregular seus interesses, constitui um pilar do direito privado. No entanto, o paradigma jurídico contemporâneo abandonou a concepção liberal-individualista para adotar uma visão funcionalizada, segundo a qual a autonomia privada é exercida “em razão e nos limites da função social do contrato” (CC, art. 421).

Essa transição pode ser lida, com proveito teórico, à luz da crítica de Robert Nozick às teorias de justiça padronizadas, tal como desenvolvida em *Anarchy, State, and Utopia* (1974).⁷ Em contraste com concepções “de estado final” ou “padronizadas” — nas quais uma distribuição de bens é considerada justa quando se conforma a determinado critério estrutural (igualdade, maximização da utilidade, diferença rawlsiana etc.) — Nozick formula uma “teoria da titularidade” da justiça, de caráter estritamente histórico.⁸ Em tal perspectiva, o foco não recai sobre o padrão resultante, mas sobre o processo: uma distribuição é justa se, e somente se, decorre de uma cadeia de aquisições originárias e transferências posteriores que respeitem direitos individuais.

Nessa moldura, o direito de crédito emerge como típica titularidade justa (*entitlement*), desde que sua origem se funde em negócio jurídico válido, voluntário e informado. O crédito não é concebido como parcela de um “bolo social” a ser repartido, mas como posição jurídica individualmente construída, a partir do exercício da

⁷ NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books.

⁸ NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books.

autonomia privada em um contexto de trocas mutuamente benéficas. O núcleo da crítica nozickiana reside exatamente na recusa a que tais titularidades sejam revistas, *ex post*, em nome de um padrão substantivo de justiça distributiva. Toda intervenção que reordena as posições patrimoniais com base em um ideal de “boa distribuição” é, para Nozick, suspeita de violar direitos adquiridos (NOZICK, 1974).⁹

É precisamente nesse ponto que a noção de “função social” se torna problemática, quando lida à luz de uma teoria estrita de direitos. A função social da propriedade, da empresa ou do contrato, tal como delineada no constitucionalismo contemporâneo, opera como um critério normativo substantivo que autoriza o Estado a condicionar o exercício de posições subjetivas a fins externos ao próprio titular — preservação de empregos, manutenção da atividade econômica, tutela de credores hipossuficientes, equilíbrio de mercado etc. No plano da dogmática empresarial brasileira, essa lógica se torna particularmente visível na disciplina da recuperação judicial, em que a preservação da empresa e de sua função social é expressamente erigida a objetivo normativo do instituto (art. 47 da Lei n. 11.101/2005).

Sob o prisma nozickiano, tal desenho normativo traduz a adoção de um “padrão” de justiça distributiva que se sobrepõe à história efetiva das transações. Os créditos, ainda que validamente constituídos, passam a ser requalificados à luz de um critério teleológico: eles serão satisfeitos apenas na medida em que a sua realização integral não comprometa a preservação da empresa, a manutenção dos postos de trabalho ou outras dimensões da função social da atividade empresarial. Em outras palavras, a ordem jurídica passa a tratar direitos creditórios não como barreiras rígidas à ação estatal, mas como variáveis de ajuste em um cálculo de política pública.

Nesse contexto, a crítica nozickiana pode ser reconstruída em dois movimentos. Em primeiro lugar, questiona-se a legitimidade de se reavaliar resultados distributivos sem que se demonstre, concretamente, a violação de algum dos princípios históricos de justiça — aquisição

⁹ NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books.

originária justa, transferência voluntária ou retificação de injustiças anteriores (NOZICK, 1974).¹⁰

A mera disparidade de resultados ou o “desalinhamento” de uma empresa em crise com um ideal de “empresa socialmente útil” não autoriza, por si, a relativização das titularidades dos credores. Em segundo lugar, Nozick insiste em que os direitos individuais funcionam como “restrições colaterais” (*side constraints*): eles delimitam o espaço do que pode ser legitimamente feito às pessoas, mesmo quando a violação desses direitos pudesse maximizar algum estado de coisas reputado desejável.

A “função social” concebida como cláusula de relativização estrutural de posições jurídicas inverte esse esquema. Em vez de direitos operarem como limites ao projeto coletivo, tornam-se instrumentos maleáveis de engenharia social. O que se observa, então, é uma transformação sutil, mas decisiva: o direito subjetivo perde a sua rigidez de garantia negativa, que veda determinadas interferências estatais, e passa a ser redesenhado segundo a lógica de uma agenda distributiva substantiva, orientada a resultados. Do ponto de vista de uma teoria de direitos como a de Nozick, essa passagem da concepção de direitos como “trunfos” para a de direitos como “recursos” mina precisamente o papel contra-majoritário que tais posições deveriam desempenhar no Estado de Direito.

A disciplina da recuperação judicial ilustra de modo particularmente agudo essa tensão. Ao suspender execuções individuais, impor planos coletivos de pagamento, alongar prazos, reduzir valores ou impor novações compulsórias, o legislador e o Judiciário reconhecem, em maior ou menor grau, que direitos creditórios podem ser sacrificados em nome de valores reputados superiores, entre os quais sobressai a preservação da empresa e de sua função social.

Em chave nozickiana, porém, tais ajustes configuram intervenções que, salvo se reconduzidas a um estrito processo de retificação de injustiças pretéritas (como fraude, coação ou assimetria informacional grave), equivaleriam a redistribuições forçadas: a perda imposta ao

¹⁰ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

credor não é resultado de nova negociação voluntária, mas de uma decisão autoritativa mediada pelo Estado.

Essa crítica torna-se ainda mais contundente quando se observa que a retórica da função social opera, muitas vezes, de modo difuso, sem critérios claros para delimitar até que ponto é legítima a compressão de titularidades individuais em nome da proteção de bens coletivos. O risco, aqui, é a diluição progressiva da segurança jurídica dos credores, cuja expectativa de cumprimento dos contratos passa a ser estruturalmente relativizada pelo espectro de uma intervenção estatal “salvadora” sempre que o devedor invoca a função social de sua atividade. A teoria da titularidade de Nozick, ao insistir na centralidade da história concreta das transações, denuncia precisamente esse deslizamento conceitual: quando o padrão distributivo passa a dominar o raciocínio jurídico, a dimensão histórico-procedimental da justiça tende a ser relegada a um segundo plano.

Ao mesmo tempo, uma leitura sofisticada de Nozick não precisa desembocar em mera negação da existência de qualquer dimensão social da empresa ou da atividade econômica. A crítica nozickiana não implica desconhecer o fato de que decisões empresariais produzem externalidades relevantes sobre trabalhadores, consumidores e comunidades locais. O que está em jogo é a forma institucional adequada de tratar essas externalidades. Em vez de recorrer a mecanismos que, ex post, redistribuem forçosamente perdas e ganhos — como planos de recuperação que redesenham coercitivamente o conteúdo de direitos creditórios —, um arranjo mais próximo da sensibilidade nozickiana tenderia a favorecer instrumentos que aproximem as partes e reduzam custos de transação, sem suspender a lógica das titularidades (Coase, 1960;¹¹ Posner, 1986).¹²

¹¹ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

¹² POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

É nesse ponto que a mediação empresarial pode ser reconceituada como mecanismo institucional mais compatível com uma teoria histórica de direitos. Ao invés de impor, de cima para baixo, um padrão distributivo que busca realizar a função social da empresa, a mediação cria um espaço procedimental em que credores e devedores, cientes de seus direitos e de seus riscos, podem voluntariamente reconfigurar suas posições, internalizando, por consenso, as razões de preservação da atividade empresarial. Em vez de relativizar coercitivamente o crédito em nome de um ideal abstrato, a mediação permite que os próprios titulares, em diálogo, calibrem o grau de sacrifício recíproco que lhes parece aceitável, à luz de informações mais completas sobre o estado da empresa e suas perspectivas.

Desse modo, a função social deixa de operar como um critério externo de redistribuição e passa a atuar como parâmetro argumentativo a ser incorporado no processo de deliberação privada. A preservação de empregos, a continuidade de cadeias produtivas e a estabilidade de comunidades locais podem, obviamente, ser razões relevantes para que credores aceitem, voluntariamente, reestruturar seus créditos. O ponto decisivo, na chave nozickiana, é que tal reconfiguração de titularidades decorra de um processo de negociação livre, e não de uma imposição hierárquica que trata as posições jurídicas como peças substituíveis em um tabuleiro distributivo.

A partir dessa releitura, a crítica de Nozick às teorias de justiça padronizadas não conduz a uma rejeição pura e simples dos objetivos que informam a função social da empresa — preservação da atividade produtiva, proteção de empregos, estabilidade de mercados. O que se contesta é o uso desses objetivos como fundamento para relativizações unilaterais de direitos, à margem da história concreta das transações. Uma teoria estrita de direitos reconhece que, se os contratos e as aquisições foram justos, a redistribuição forçada de perdas e ganhos entre credores e devedor, ainda que bem-intencionada, incorre em injustiça. A mediação empresarial, ao privilegiar a readequação consensual das titularidades, oferece uma via institucional que busca compatibilizar a

preservação da liberdade negocial com a necessidade de enfrentar, de modo cooperativo, as crises da empresa.

Em síntese, a leitura de institutos como a recuperação judicial e a mediação à luz da crítica nozickiana às teorias de justiça padronizadas permite reordenar o debate jurídico em torno da função social. Em vez de se tomar a função social como autorização genérica para intervir na esfera privada sempre que se julgar conveniente, seria possível concebê-la como horizonte normativo a ser internalizado, prioritariamente, por mecanismos de coordenação voluntária — entre os quais a mediação desponta como instrumento privilegiado. A tensão entre a história das transações e os padrões distributivos permanece, por certo, irreduzível. Todavia, uma teoria de direitos como a de Nozick impõe ao intérprete a tarefa de justificar, com elevado ônus argumentativo, qualquer afastamento da cadeia histórica de aquisições e transferências, sob pena de converter direitos em meros instrumentos de engenharia social e, com isso, esvaziar o núcleo liberal que ainda sustenta, ao menos em tese, a arquitetura do direito empresarial contemporâneo.

2.2 Liberdade contratual e seus limites jurídicos

Os limites à liberdade contratual são impostos por normas de ordem pública e por cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva e a função social. No direito empresarial, esses limites são ainda mais pronunciados. O problema, segundo uma perspectiva da Análise Econômica do Direito, é que a imposição de limites vagos pode gerar incerteza e ineficiência. **Richard Posner** (1986)¹³ argumenta que o direito deve buscar a eficiência, promovendo a alocação de recursos para seus usos mais valiosos. Regras que permitem uma intervenção judicial ampla com base em critérios distributivos podem levar a decisões que destroem riqueza.

Cooter e Ulen (2016) aprofundam a compreensão econômica do direito dos contratos ao sustentar que a sua finalidade primordial não é moralizar promessas nem impor padrões abstratos de justiça distributiva,

¹³ POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

mas viabilizar que as pessoas transformem compromissos críveis e juridicamente exigíveis em trocas mutuamente benéficas. Em outras palavras, a função econômica do direito contratual é criar um ambiente institucional em que promessas sérias possam ser tomadas como base confiável para investimentos, planejamento intertemporal e cooperação social de longo prazo (Cooter; Ulen, 2016).

Nesse enquadramento, o contrato deixa de ser mero instrumento formal de circulação de riquezas e passa a ser concebido como mecanismo de coordenação de expectativas. Quando duas partes celebram um acordo – seja de consumo cotidiano, seja de financiamento empresarial complexo – elas reorganizam seu comportamento presente em função de um futuro projetado. Essa reorganização só é racional se ambas puderem confiar que, em caso de inadimplemento oportunista, o ordenamento jurídico proverá um remédio eficaz para aproximar o resultado obtido daquele que seria observado em caso de cumprimento voluntário. Daí a centralidade, na análise de Cooter e Ulen, da ideia de promessas “executáveis” (*enforceable promises*), isto é, compromissos cuja violação acarreta consequências jurídicas previsíveis e suficientemente gravosas para desincentivar o descumprimento (Cooter; Ulen, 2016).

A teoria da barganha, tal como reconstruída pelos autores, explicita esse ponto ao indagar, em primeiro lugar, quais promessas devem ser dotadas de força executiva e, em segundo lugar, que espécie de remédio jurídico é mais adequado em caso de ruptura dessas promessas válidas. O direito contratual, de acordo com essa perspectiva, não é um catálogo de boas intenções, mas um conjunto de critérios para separar compromissos moralmente relevantes, porém não executáveis, daquelas promessas em torno das quais as partes estruturam decisões econômicas significativas – tomada de crédito, realização de investimentos específicos, reorganização de ativos, contratação de terceiros etc. (Cooter; Ulen, 2016).

Uma vez eleito o círculo de promessas juridicamente protegidas, surge o segundo problema: qual o remédio apropriado para a sua violação? A resposta econômica privilegiada por Cooter e Ulen é a

indenização pelos “interesses positivos” (*expectation damages*), destinada a colocar o credor na posição em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido. Tal solução é eficiente porque preserva o incentivo para que as partes escolham, ex ante, apenas aquelas promessas cujos benefícios esperados superem seus custos, internalizando o risco de inadimplemento no cálculo inicial da barganha (Cooter; Ulen, 2016). Ao mesmo tempo, ela reduz a necessidade de supervisão judicial intensa, pois o juiz não precisa refazer a negociação original, bastando-lhe estimar, tanto quanto possível, o valor econômico da vantagem frustrada.

Esse modelo revela com clareza o nexos entre previsibilidade normativa e custo do crédito. Em mercados competitivos, a concessão de crédito – seja sob a forma de empréstimos financeiros, seja por meio de vendas a prazo, contratos de fornecimento ou operações de *leasing* – pressupõe a estimação, pelo credor, da probabilidade de inadimplemento e da extensão das perdas associadas. Quanto mais estáveis e transparentes forem as regras de exequibilidade das promessas, menor a dispersão desses riscos: os credores podem precificar com razoável segurança a chance de não receber e o valor recuperável por meio da atuação judicial. O resultado é um prêmio de risco mais baixo e, portanto, taxas de juros menos elevadas, prazos mais longos e maior acesso ao crédito por parte de agentes econômicos marginais.

Quando, porém, o Estado intervém de forma imprevisível – seja alterando abruptamente a jurisprudência, seja aplicando normas de maneira casuística, seja invocando cláusulas gerais de conteúdo fluido para relativizar contratos válidos –, ele perturba o delicado equilíbrio desenhado pelo direito contratual. Do ponto de vista econômico, essa imprevisibilidade se traduz em aumento da variância do risco: o credor já não consegue antecipar, com suficiente segurança, se e em que medida suas expectativas serão protegidas. A racionalidade prudencial o leva, então, a elevar juros, encurtar prazos, exigir maiores garantias reais ou simplesmente retirar-se de determinados segmentos de mercado. Em todos esses cenários, o custo do crédito se eleva e a eficiência alocativa do sistema como um todo é prejudicada, ainda que cada intervenção

isolada pretenda realizar algum ideal de justiça corretiva ou distributiva (Cooter; Ulen, 2016).

Cooter e Ulen são particularmente sensíveis a esse risco quando discutem a tensão entre “equidade” ad hoc e segurança das trocas. Os exemplos por eles analisados – compras de automóveis usados, promessas de emprego, contratos educacionais, entre outros – ilustram como decisões judiciais guiadas exclusivamente por simpatia pela parte vulnerável ou por avaliações morais retrospectivas podem, paradoxalmente, minar o próprio grupo que se pretende proteger. Se tribunais habitualmente desconstróem acordos sob o argumento de que uma parte “deveria ter sido mais cautelosa” ou de que “o negócio se revelou desvantajoso demais”, os agentes tendem a responder com retração: deixam de contratar com indivíduos percebidos como arriscados, informalizam relações, encurtam o horizonte temporal dos investimentos. No limite, a proteção casuística de alguns devedores fragiliza estruturalmente todos os futuros devedores semelhantes, que passam a enfrentar barreiras mais altas de entrada no mercado de crédito (Cooter; Ulen, 2016).

Essa crítica é especialmente pertinente em ordenamentos – como o brasileiro – que incorporam cláusulas gerais amplas, tais como boa-fé objetiva, função social do contrato e onerosidade excessiva. Nada impede, em tese, que tais cláusulas sejam interpretadas de modo compatível com a racionalidade econômica do direito contratual, servindo para coibir fraudes, abuso de poder negocial ou exploração extrema de assimetrias informacionais. Todavia, quando a invocação dessas cláusulas se converte em porta de entrada para uma revisão generalizada de contratos, fundada em percepções subjetivas de “equidade” em concreto, a mensagem institucional transmitida ao mercado é de incerteza. A fronteira entre o compromisso sério – sobre o qual se pode construir planos de longo prazo – e a mera expectativa moral torna-se nebulosa, reinstalando o problema que o direito contratual buscava resolver.

Sob a lente da Análise Econômica do Direito, o desafio consiste em desenhar um arranjo institucional que seja simultaneamente sensível

a patologias contratuais reais e avesso à tentativa de reescrever, *ex post*, a alocação de riscos livremente negociada. Isso significa, entre outros aspectos, reforçar a importância de regras claras sobre formação do vínculo, interpretação objetiva do conteúdo do contrato e parâmetros bem definidos de responsabilidade por inadimplemento. Exige, ainda, prudência na criação de moratórias legais, planos compulsórios de reestruturação ou mecanismos de intervenção que modifiquem, de maneira retroativa, o equilíbrio econômico das avenças. Sempre que o legislador ou o Judiciário optam por tais soluções, estão, na prática, reconfigurando o mapa de riscos que sustenta o mercado de crédito – com impactos que se propagam para muito além do caso concreto (Cooter; Ulen, 2016).

Em perspectiva prospectiva, o ensino de Cooter e Ulen sugere que o papel adequado do Estado não é o de coprotagonista na barganha, mas o de arquiteto de um sistema de regras gerais, estáveis e prospectivas, que tornem previsíveis as consequências do cumprimento e do descumprimento dos contratos. A intervenção mais compatível com a eficiência econômica não é a que salva, ocasionalmente, um devedor em dificuldades às custas de credores desprotegidos, mas aquela que reduz, estruturalmente, as oportunidades de comportamento oportunista e o custo de transação necessário para evitá-lo. Assim, o Estado favorece a conversão de promessas críveis e executáveis em trocas reciprocamente vantajosas, cumprindo, de fato, a função econômica do direito contratual: promover um ambiente em que a confiança racional entre estranhos se torne a base do desenvolvimento de mercados sofisticados e de uma cooperação social de alta intensidade (Cooter; Ulen, 2016).

2.3 A autonomia privada em contextos de crise: tensionamentos e restrições legítimas

A crise empresarial é o ponto de inflexão onde a tensão entre a autonomia individual do credor e o interesse coletivo na preservação da empresa se torna insustentável. A lógica individualista levaria a uma “corrida ao cartório”, resultando na liquidação caótica e ineficiente dos

ativos. É aqui que a intervenção estatal encontra sua justificativa mais forte, não como promotora de um ideal de justiça social, mas como solução para um problema de ação coletiva.

É a lição de **Ronald Coase** (1960)¹⁴ que melhor ilumina este ponto. A impossibilidade de uma solução negociada entre o devedor e seus múltiplos credores não decorre da irracionalidade das partes, mas dos altíssimos custos de transação envolvidos. **Cooter e Ulen** (2016) classificam esses custos em três categorias: (i) custos de busca, para encontrar e reunir os parceiros de negociação; (ii) custos de barganha, para chegar a um acordo; e (iii) custos de execução, para garantir o cumprimento do acordo. A recuperação judicial, ao impor o *stay period* e a regra da maioria, atua como um mecanismo para reduzir compulsoriamente esses custos de transação, forçando uma negociação coletiva que o mercado, por si só, não conseguiria organizar.

A crise empresarial é, por excelência, o momento em que a racionalidade individual e a racionalidade coletiva entram em rota de colisão. Enquanto o empreendimento se encontra solvente, a lógica do direito contratual – assentada na liberdade de contratar, na força obrigatória dos contratos e na tutela das expectativas legítimas – permite que credores e devedor organizem suas relações por meio de trocas voluntárias, ancoradas em promessas críveis e executáveis (Cooter; Ulen, 2016). Em situação de inadimplemento generalizado, contudo, essa mesma lógica, se aplicada de forma atomizada, conduz a um cenário de “corrida ao cartório”, em que cada credor busca, isoladamente, maximizar sua recuperação, ainda que à custa da aniquilação do valor global do negócio.

Nessa fase, a autonomia privada revela sua face paradoxal: o exercício simultâneo e não coordenado de direitos individuais perfeitamente legítimos pode produzir um resultado agregado socialmente desastroso. Execuções dispersas, arrestos concorrentes, bloqueios judiciais sobre fluxos de caixa e constrições sobre ativos

¹⁴ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

essenciais à atividade produtiva tendem a gerar liquidações fragmentadas, vendas forçadas em condições desfavoráveis e destruição de valor para todos os envolvidos – inclusive para aqueles que lograriam, em tese, preferência ou garantia real. A crise empresarial, assim, é o ponto de inflexão em que a tensão entre a autonomia individual do credor e o interesse coletivo na preservação eficiente dos ativos se torna insustentável.

A pergunta que se coloca, então, não é se se deve proteger o credor ou a empresa, mas em que medida a ordem jurídica pode – e deve – redesenhar o modo de exercício das posições subjetivas, de modo a reduzir o custo social decorrente da ação descoordenada de múltiplos titulares de crédito. É precisamente aqui que a reflexão de Ronald Coase sobre o “problema do custo social” fornece um marco teórico privilegiado (Coase, 1960).¹⁵

No clássico artigo *The Problem of Social Cost*, Coase (1960)¹⁶ desloca o foco da análise econômica das externalidades: mais do que perguntar “quem causa o dano” – a fábrica que polui, o gado que invade plantações, a chaminé que lança fumaça –, importa compreender que se está diante de um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo de uma parte implica necessariamente impor algum tipo de prejuízo à outra. Ao impedir a fábrica de emitir fumaça, sacrifica-se a produção industrial; ao tolerar a fumaça, sacrifica-se a saúde ou o uso pleno da propriedade vizinha.

O elemento decisivo, portanto, não é identificar um culpado abstrato, mas verificar qual arranjo jurídico – isto é, qual distribuição de direitos e deveres – minimiza, em termos de custo total, a soma dos danos e dos gastos necessários para evitá-los. Em um mundo hipotético sem custos de transação, no qual as partes pudessem negociar livremente, sem obstáculos de informação, coordenação ou execução, a alocação inicial

¹⁵ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

¹⁶ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

de direitos seria irrelevante: sempre haveria espaço para acordos que conduzissem ao uso mais valioso dos recursos (Coase, 1960).¹⁷

Na realidade, contudo, as transações são onerosas. Identificar os envolvidos, mensurar prejuízos, negociar compensações, redigir instrumentos e assegurar seu cumprimento são atividades que consomem tempo, energia e recursos financeiros. É nesse contexto que o arranjo jurídico inicial dos direitos passa a importar decisivamente: quando os custos de negociação são elevados, a lei não é neutra; ela condiciona se a atividade será viável, em que escala e com que distribuição de benefícios e ônus. A tarefa central do direito, à luz da análise coasiana, consiste em desenhar estruturas que minimizem a soma entre os danos efetivos e os custos de evitá-los, inclusive por meio da organização institucional de transações que o mercado, isoladamente, não conseguiria realizar.

Transposta para o campo da insolvência, a lição de Coase permite reconceber a crise empresarial não apenas como conflito bilateral entre devedor e credores, mas como típico problema de custo social. O conjunto de decisões individuais de execução – cada uma delas racional na perspectiva de um credor isolado – gera efeitos negativos sobre os demais credores, sobre trabalhadores, fornecedores, consumidores e, em determinadas situações, sobre comunidades locais que dependem da atividade econômica da empresa.

Repetem-se, aqui, as características identificadas por Coase (1960):¹⁸ a natureza recíproca do problema e a relevância dos custos de transação. Se cada credor insiste na satisfação imediata e integral do seu crédito, por meio de atos executivos autônomos, o resultado provável é a liquidação desordenada dos ativos, com perda de valor decorrente de vendas forçadas, paralisação abrupta da atividade, destruição de intangíveis (marca, *goodwill*, carteira de clientes) e desintegração de cadeias produtivas. Se, ao contrário, se protegesse incondicionalmente a

¹⁷ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

¹⁸ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

empresa, impedindo qualquer forma de execução, sacrificar-se-iam os direitos dos credores e, no limite, desincentivar-se-ia a concessão futura de crédito.

Tal como no exemplo dos danos causados pelo gado às plantações, não se trata de perguntar apenas “quem está com a razão”, mas de investigar qual organização das relações entre devedor e credores leva à maior preservação de valor, considerando, inclusive, os custos associados a qualquer tentativa de renegociação privada em larga escala.

A hipótese coasiana de solução eficiente via mercado pressupõe a viabilidade de transações bilaterais ou multilaterais entre os agentes afetados. Em contextos de crise empresarial, entretanto, os custos de transação associados a uma negociação individual em massa são, em regra, proibitivos.

Cooter e Ulen (2016) oferecem uma tipologia esclarecedora desses custos, distinguindo-os em três categorias:

1. **Custos de busca**, relacionados à identificação e reunião dos parceiros de negociação – no caso, localizar todos os credores, apurar a extensão de cada crédito, verificar garantias, preferências e processos em curso.
2. **Custos de barganha**, ligados ao processo de troca de propostas, avaliação de alternativas, elaboração de cenários e obtenção de consenso quanto aos termos de reestruturação – prazos, deságios, conversão de dívida em participação societária, constituição de garantias adicionais etc.
3. **Custos de execução**, que dizem respeito à formalização do acordo, à verificação de seu cumprimento e à resolução de controvérsias residuais – desde a redação de instrumentos até o acompanhamento de obrigações de fazer ou de não fazer assumidas no plano (Cooter; Ulen, 2016).

Em empresas com dezenas, centenas ou milhares de credores – quiçá distribuídos em distintas jurisdições, com perfis heterogêneos (trabalhistas, financeiros, fornecedores, fisco) e interesses muitas vezes conflitantes – a pura coordenação voluntária é, na prática, inviável. O problema não é a irracionalidade das partes, mas a magnitude dos custos

de transação que teriam de ser suportados para chegar a um acordo unânime. Some-se a isso a presença de incentivos oportunistas – credores que preferem obstruir negociações na esperança de obter tratamento mais favorável individualmente – e tem-se um cenário típico de “problema de ação coletiva”, em que o equilíbrio espontâneo do mercado é estruturalmente ineficiente.

À luz desse diagnóstico, a recuperação judicial pode ser reinterpretada não como instrumento de “punição” ao credor ou de “salvamento social” do devedor, mas como arranjo institucional destinado a superar, de forma organizada, os obstáculos de transação que inviabilizam a renegociação privada. Dois elementos centrais da disciplina da recuperação se destacam nessa releitura: o *stay period* e a regra da maioria.

O *stay period* – a suspensão temporária das execuções individuais – cumpre função análoga à delimitação inicial de direitos analisada por Coase (1960).¹⁹ Ao paralisar, por lapso determinado, a corrida aos bens, o ordenamento jurídico cria um “espaço de negociação” protegido, dentro do qual o devedor pode apresentar um plano de reestruturação e os credores podem avaliar, com informações mais completas, os cenários comparativos: liquidação imediata versus continuidade da empresa; recuperação parcial em prazo mais longo versus satisfação pontual, porém em contexto de severa destruição de valor.

A regra da maioria, por sua vez, atua como mecanismo de superação do problema de *holdout*. Em vez de exigir unanimidade – o que tornaria inviável qualquer reorganização substancial –, a lei confere eficácia coletiva à vontade majoritária, respeitados determinados quóruns qualificados e a separação em classes de credores. Em linguagem coasiana, trata-se de um expediente para permitir que a “transação” necessária à alocação eficiente de recursos ocorra, não obstante os altos

¹⁹ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

custos de coordenação entre uma multiplicidade de agentes (Coase, 1960;²⁰ Cooter; Ulen, 2016).

Assim, a intervenção estatal não tem, nesse quadro, natureza propriamente distributiva, no sentido de impor um padrão ideal de justiça material; trata-se, antes, de intervenção organizatória, que reconfigura o modo de exercício da autonomia privada para torná-la compatível com a preservação do valor global dos ativos. Os credores continuam a decidir sobre o destino da empresa, mas o fazem em uma arena institucional que reduz, compulsoriamente, os custos de busca, barganha e execução que o mercado, por si só, não conseguiria internalizar de maneira eficiente.

Reconhecer a racionalidade econômica da recuperação judicial como resposta a um problema de custo social não implica ignorar os riscos inerentes às restrições impostas à autonomia dos credores. Há, ao menos, três ordens de preocupações que precisam ser enfrentadas.

Em primeiro lugar, **o risco de moral hazard do devedor**. Se o instituto for percebido como instrumento rotineiro de alívio de dívidas, sem contrapartidas robustas em termos de transparência, governança e compartilhamento de perdas, poderá incentivar comportamentos estratégicos de endividamento excessivo (*overborrowing*) ou de gestão temerária, na expectativa de que, em última análise, a renegociação forçada imponha aos credores parcela desproporcional dos custos do insucesso.

Em segundo lugar, há **o risco de diluição da segurança jurídica dos contratos**. Se a aplicação das regras de recuperação se der de maneira casuística, com ampla discricionariedade na homologação de planos que impliquem sacrifícios desmedidos a determinadas categorias de credores, a mensagem institucional enviada ao mercado será de incerteza quanto ao grau de proteção das promessas contratuais. À luz da análise de Cooter e Ulen (2016), isso se converterá, inevitavelmente, em prêmio de risco mais elevado, encarecendo o crédito e restringindo o acesso de empresas mais frágeis a financiamento produtivo.

²⁰ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

Por fim, há o **risco de captura do processo por interesses particulares**, seja do próprio devedor, seja de grupos específicos de credores. Como os efeitos da decisão recaem sobre uma coletividade dispersa, a participação efetiva de credores minoritários e desorganizados é dificultada. Se a arquitetura institucional não incorporar salvaguardas adequadas de participação, informação e controle jurisdicional, a recuperação pode degenerar em redistribuições assimétricas de riqueza, divorciadas da lógica de minimização de custos sociais que justificou, em primeiro lugar, a restrição à autonomia individual.

Esses riscos, contudo, não invalidam a legitimidade da intervenção estatal; antes, indicam a necessidade de calibrá-la com cuidado, de modo a preservar, quanto possível, a estrutura básica de incentivos do direito contratual. Em termos coasianos, trata-se de assegurar que os benefícios decorrentes da redução dos custos de transação superem os custos adicionais introduzidos por eventuais distorções na tomada de decisão dos agentes (Coase, 1960).²¹

À vista do quadro exposto, revela-se equívoca a oposição simplista entre “autonomia privada” e “intervenção estatal”. O que está em jogo, na verdade, é a forma pela qual a autonomia é institucionalmente organizada em contextos de crise. Em vez de concebê-la como poder absoluto de cada credor de executar isoladamente o próprio crédito, pode-se reconduzi-la à capacidade coletiva dos credores de decidir, de forma informada e coordenada, sobre o destino da empresa em crise.

Sob essa perspectiva, o procedimento recuperacional funciona como tecnologia jurídica de coordenação: ele não substitui a vontade das partes por um juízo paternalista do Estado, mas as obriga a internalizar, no processo de deliberação, os efeitos de suas escolhas sobre o conjunto dos stakeholders. A votação em assembleia, a necessidade de formação de maiorias em diferentes classes, a exigência de apresentação de informações econômico-financeiras detalhadas, a possibilidade de objeções e impugnações judiciais – todos esses elementos compõem um

²¹ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

desenho institucional voltado a transformar um problema de ação coletiva intransponível em uma decisão coletiva minimamente racional.

Dessa maneira, as restrições impostas à execução individual dos créditos – *stay period*, sujeição universal, eficácia coletiva do plano aprovado – podem ser vistas como limitações legítimas, na medida em que configuram condições de possibilidade para o exercício, em níveis mais sofisticados, da própria autonomia privada. Longe de negar a liberdade contratual, o sistema busca preservá-la em um ambiente em que, sem coordenação, ela se autodestruiria.

A partir do diálogo entre a análise coasiana do custo social e a tipologia de custos de transação proposta por Cooter e Ulen (2016), é possível requalificar teoricamente a intervenção estatal em contextos de crise empresarial. Longe de representar mero desvio “estatizante” em face da lógica liberal dos contratos, a recuperação judicial aparece como resposta institucional a um problema estrutural de ação coletiva, em que a soma de comportamentos individualmente racionais produz um resultado coletivamente desastroso.

A autonomia privada, nesse cenário, não é abolida, mas submetida a uma reconfiguração procedimental destinada a reduzir custos de busca, de barganha e de execução, viabilizando uma negociação coletiva que o mercado, por si só, não conseguiria organizar. As restrições ao exercício isolado dos direitos creditórios – desde que proporcionais, transparentes e ancoradas em critérios objetivos de preservação de valor – podem, assim, ser compreendidas como limitações legítimas, funcionalmente orientadas à maximização do produto social da atividade econômica, sem que se abandone, entretanto, o compromisso fundamental com a segurança das promessas contratuais.

Em síntese, a crise empresarial revela a face propriamente institucional da autonomia privada: ela deixa de ser apenas prerrogativa individual e passa a depender, para sua realização não destrutiva, de arranjos coletivos que levem em conta, de forma explícita, o problema do

custo social. É nesse ponto que o diálogo entre Coase (1960)²² e Cooter e Ulen (2016) oferece à dogmática empresarial um horizonte teórico mais refinado para legitimar – e também para limitar – as restrições à liberdade dos credores em contextos de insolvência.

3 A INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS E EMPRESARIAIS

3.1 Intervenção estatal e o princípio da função social da empresa

A intervenção estatal na crise empresarial se legitima, no direito brasileiro, pelo princípio da função social da empresa (Pereira; Magalhães, 2011).²³ Este princípio, de contornos normativos abertos, autoriza o Estado a intervir para proteger interesses metaindividuais, como a manutenção de empregos, a arrecadação de tributos e a continuidade da circulação de bens e serviços. Contudo, essa justificativa é alvo de severas críticas sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). Para Richard Posner (1986),²⁴ o objetivo primordial do direito, inclusive do direito concursal, deveria ser a maximização da riqueza, o que se traduz em alocar os recursos econômicos ao seu uso mais valioso.

A “função social”, como um critério decisório, é problemática por ser um conceito vago e não operacionalizável economicamente. Ao conferir ao juiz o mandato de promover um bem social difuso, a lei cria um incentivo perverso para que se priorize a manutenção da empresa como estrutura física e jurídica, mesmo quando sua atividade deixou de ser economicamente viável. A consequência, como aponta Posner, pode ser a destruição de valor, com a manutenção artificial de “empresas

²² COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

²³ PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. Curitiba: Editora CRV, 2011.

²⁴ POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

zumbis” que consomem recursos (capital, trabalho, insumos) que poderiam ser mais produtivamente realocados em outras partes da economia através da liquidação. A decisão eficiente, nesse prisma, seria aquela que compara o valor da empresa em funcionamento (going-concern value) com seu valor de liquidação e opta pela alternativa que gerar maior riqueza agregada, independentemente de considerações distributivas de curto prazo.

A recuperação judicial, portanto, pode ser analisada como um complexo sistema de regulação pública que substitui a autonomia privada por um processo de negociação administrada e coercitiva. A partir do momento em que o processamento é deferido, os contratos e os direitos de crédito são submetidos a um regime excepcional que mitiga a autonomia da vontade. Mecanismos como o stay period (suspensão das execuções) e o cram down (imposição do plano à minoria dissidente) são exemplos de uma intervenção profunda na esfera patrimonial dos credores. A crítica de Robert Nozick (1974)²⁵ a esse modelo é fundamental e contundente. Partindo de sua teoria da titularidade, que se baseia nos princípios de justiça na aquisição e na transferência, o direito de um credor é uma titularidade justa, adquirida por meio de uma transação voluntária.

Para Nozick,²⁶ o Estado mínimo e legítimo é aquele que se restringe a proteger os indivíduos contra a força, o roubo e a fraude, e a garantir o cumprimento dos contratos. Ao impor sacrifícios patrimoniais a credores para beneficiar outros grupos (como acionistas, administradores ou empregados da empresa em crise), o Estado excede essa função legítima. Ele deixa de ser um protetor de direitos para se tornar um agente de redistribuição de riqueza, aplicando uma teoria de justiça padronizada ou de resultado final (a “função social”) que viola as restrições morais colaterais impostas pelos direitos individuais. Para Nozick, forçar um credor a aceitar menos do que lhe é devido para manter um posto de trabalho é tão ilegítimo quanto tributar uma pessoa para

²⁵ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

²⁶ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

subsidiar outra, pois em ambos os casos se está usando um indivíduo como meio para os fins de outrem.

Nesse arranjo institucional, o Poder Judiciário assume uma posição central e complexa, que transcende a de mero aplicador da lei para se aproximar à de um gestor da crise. Sua função não se limita a homologar um plano, mas envolve a fiscalização de sua legalidade, o controle dos atos do devedor e do administrador judicial, e a decisão sobre uma miríade de disputas que surgem ao longo do processo. Essa ampla discricionariedade, justificada pela necessidade de tutelar a função social, pode, contudo, levar a um ativismo judicial que, sob a ótica de Posner, aumenta a imprevisibilidade e os custos do processo, afastando-o de uma solução eficiente.

A falta de especialização técnica em finanças, contabilidade e gestão empresarial pode levar os magistrados a tomarem decisões que, embora bem-intencionadas, se mostram economicamente desastrosas. Cooter e Ulen (2016) advertem que, quando as regras legais são vagas e sua aplicação é imprevisível, os agentes econômicos não conseguem calcular os riscos de suas transações, o que eleva o custo do capital e reduz o volume de crédito na economia. A discricionariedade judicial na recuperação, ao permitir que um plano com grande deságio seja aprovado com base em uma interpretação extensiva da função social, gera um risco moral (moral hazard), incentivando comportamentos oportunistas por parte de devedores e criando um ambiente de insegurança jurídica que, em última análise, prejudica o próprio ambiente de negócios que a lei visa proteger.

4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL

4.1 Conceito, fundamentos e características da mediação empresarial

Diante das críticas ao modelo de recuperação judicial, a mediação surge como uma alternativa. Trata-se de um método autocompositivo,

voluntário e confidencial, no qual um terceiro imparcial facilita a comunicação para que as próprias partes construam a solução (Lei nº 13.140/2015). **Nilson Reis Júnior** (2024) destaca que a mediação no ambiente de insolvência não é apenas uma ferramenta de resolução de disputas, mas um verdadeiro instrumento de governança e reestruturação, capaz de alinhar interesses de forma mais dinâmica e informada que o processo judicial.

4.2 Mediação na recuperação judicial: fundamentos legais e vantagens práticas

A Lei nº 14.112/2020,²⁷ ao alterar a Lei de Recuperação e Falências, incentivou expressamente o uso da mediação. A mediação ataca diretamente o problema identificado por **Coase**:²⁸ os custos de transação. **Nilson Reis Júnior** (2024) aponta que a mediação cria um “ambiente protegido” que reduz a assimetria de informações e o comportamento estratégico, permitindo a construção de consensos que seriam inatingíveis no ambiente adversarial da assembleia de credores. Casos práticos, como os da Oi e da Livraria Saraiva, são emblemáticos do potencial da mediação para destravar negociações complexas (Juscelino, 2019).²⁹

²⁷ BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2020.

²⁸ COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

²⁹ JUSCELINO, Cristhiane Bessas. **Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva.** Revista de Direito Recuperacional e Empresa [recurso eletrônico], São Paulo, v. 13, jul-set. 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/handle/tjdft/44539>.

4.3 A mediação como forma de preservar a autonomia privada com eficiência econômica

A solução mediada é superior ao resultado de um processo judicial impositivo por duas razões fundamentais. Primeiramente, por ser voluntária, a solução acordada é, por definição, **eficiente no sentido de Pareto**, conforme explicado por **Cooter e Ulen (2016)**, pois melhora a situação de pelo menos uma das partes sem piorar a de nenhuma (já que a adesão é voluntária). O acordo representa uma alocação de recursos que maximiza a riqueza conjunta dos envolvidos.

Em segundo lugar, por ser consensual, a solução é **legítima no sentido de Nozick**. Não há violação de direitos ou titularidades. Se um credor aceita um deságio, ele o faz como parte de uma troca voluntária. O papel do Estado se restringe a garantir a exequibilidade do acordo, cumprindo sua função mínima de garantidor de contratos.

É possível reconciliar a mediação, focada na autonomia e na eficiência, com o princípio da função social. Sim, se a função social for compreendida não como um mandato para o Estado redistribuir riqueza, mas como o resultado agregado da atividade empresarial eficiente. Uma empresa que opera de forma eficiente é aquela que está em melhores condições de gerar empregos sustentáveis, pagar impostos e criar produtos e serviços úteis para a sociedade.

Aprofundando a análise coaseana, **Cooter e Ulen (2016)** explicam que o direito deve "lubrificar" a cooperação privada, removendo obstáculos à negociação. A mediação faz exatamente isso. Ela permite a superação do "dilema dos prisioneiros" em que se encontram devedor e credores, onde a desconfiança mútua leva a um resultado pior para todos (a falência). O mediador, como agente de confiança, permite que as partes se movam de um equilíbrio ineficiente para um equilíbrio superior.

Na prática, a racionalidade da mediação se manifesta na sua celeridade e flexibilidade. **Nilson Reis Júnior (2024)** enfatiza que a mediação permite a criação de soluções "sob medida" (*tailor-made*), que consideram as especificidades do negócio e as relações de longo prazo entre as partes, algo que a rigidez do plano de recuperação judicial muitas

vezes impede. Essa flexibilidade e agilidade são cruciais para preservar o valor da empresa como uma entidade em funcionamento (*going-concern value*).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste artigo permite sustentar que a tensão entre autonomia privada e intervenção estatal, longe de ser um dilema meramente abstrato, manifesta-se de forma particularmente aguda na disciplina da crise da empresa. Partiu-se da constatação de que o ordenamento brasileiro, ao funcionalizar a autonomia por meio das cláusulas gerais de função social e boa-fé, deslocou o eixo do debate: direitos subjetivos, em especial os direitos creditórios, deixaram de ser concebidos como barreiras rígidas à ação estatal e passaram a ser tratados, em larga medida, como variáveis de ajuste em agendas distributivas e de política econômica. Nesse contexto, a recuperação judicial emerge simultaneamente como mecanismo de coordenação de interesses e como espaço de potencial erosão da segurança jurídica.

A crítica nozickiana às teorias de justiça padronizadas mostrou-se particularmente fértil para problematizar esse quadro. Se, na perspectiva da teoria da titularidade, a justiça de uma distribuição depende da história das aquisições e transferências (Nozick, 1974),³⁰ a recuperação judicial, quando utilizada como instrumento de redistribuição forçada de perdas e ganhos, aproxima-se perigosamente de um modelo de engenharia social que instrumentaliza credores para fins considerados “socialmente desejáveis”. Nessa chave, a função social da empresa, compreendida como mandato aberto para relativizar direitos adquiridos, revela déficit de legitimidade: em vez de operar como limite à atuação estatal, converte-se em justificativa elástica para a compressão de titularidades, com pouco controle argumentativo e elevado potencial de arbitrariedade.

Por outro lado, a abordagem puramente libertária tampouco se mostra satisfatória diante da estrutura concreta dos mercados e da natureza recíproca dos problemas que emergem na insolvência. A lição

³⁰ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

de Coase (1960)³¹ evidencia que a crise empresarial não é apenas conflito bilateral entre devedor e credor, mas típico problema de custo social e de ação coletiva. Em cenário de múltiplos credores, assimetrias informacionais e custos de transação proibitivos, a simples aplicação atomizada da lógica contratual – executando-se isoladamente cada crédito – conduz à liquidação desordenada de ativos, à destruição de valor e à perda de riqueza social. A intervenção estatal, desde que concebida como intervenção organizatória e não meramente distributiva, encontra aí sua justificativa mais forte: criar estruturas que permitam às partes alcançar, com custos menores, arranjos que o mercado, por si só, não conseguiria produzir.

É nesse ponto que a contribuição da Análise Econômica do Direito, em especial de Posner (1986)³² e de Cooter e Ulen (2016), adquire centralidade. Ao enfatizarem a maximização de riqueza e a minimização de custos de transação como critérios relevantes de avaliação institucional, esses autores permitem requalificar a recuperação judicial: não como um “prêmio” ao devedor nem como mera concretização da função social, mas como tecnologia jurídica de coordenação. Instrumentos como o *stay period* e a regra da maioria podem, nessa perspectiva, ser legitimados enquanto mecanismos para conter a “corrida ao cartório” e superar problemas de *holdout*. Todavia, também revelam seus riscos: moral hazard do devedor, insegurança quanto à proteção das promessas contratuais e possibilidade de captura do processo por grupos organizados de interesse.

A mediação empresarial, inserida nesse quadro, não se apresenta como solução mágica nem como panaceia procedimental. O que a análise teórica e a experiência prática sugerem, contudo, é que ela oferece um desenho institucional mais afinado com a dupla exigência de eficiência econômica e respeito à autonomia privada. Ao criar um ambiente

³¹ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

³² POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

estruturado de negociação, reduzindo custos de busca, barganha e execução, a mediação internaliza a racionalidade coasiana sem recorrer, necessariamente, à redistribuição coercitiva (Coase, 1960;³³ Cooter; Ulen, 2016). Ao mesmo tempo, por se assentar em consentimento, aproxima-se do ideal nozickiano de reconfiguração voluntária de titularidades, mitigando a crítica de ilegitimidade que recai sobre decisões judiciais impositivas (Nozick, 1974).³⁴

Isso não significa, porém, ignorar os próprios limites e ambivalências da mediação. Em contextos de forte assimetria de poder econômico ou informacional, a “voluntariedade” pode ocultar pressões e constrangimentos sutis. A institucionalização da mediação na insolvência exige, portanto, salvaguardas normativas e procedimentais: qualificação e independência dos mediadores; transparência quanto às informações econômico-financeiras; participação efetiva de credores dispersos e minoritários; e supervisão judicial que seja, ao mesmo tempo, deferente à autonomia das partes e atenta a abusos. Sem esses contrapesos, o risco é substituir a arbitrariedade estatal por uma captura privada silenciosa, travestida de consenso.

O balanço crítico que se impõe, ao final, é o de uma posição intermediária exigente. A recuperação judicial permanece necessária enquanto resposta institucional a problemas de ação coletiva que o mercado, por si, não resolve. Contudo, ela deve ser progressivamente redesenhada para incorporar, de forma mais orgânica, instrumentos autocompositivos como a mediação, deslocando o centro de gravidade da solução da crise da imposição vertical para o consenso horizontal. O papel do Estado, nessa nova configuração, deixa de ser o de engenheiro social e passa a ser o de arquiteto de arenas procedimentais que favoreçam negociações informadas, reduzam custos de transação e ofereçam proteção mínima a partes vulneráveis.

³³ COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título *O Problema do Custo Social*.

³⁴ NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

Conclui-se, assim, que o verdadeiro desafio do direito empresarial contemporâneo não é escolher entre a autonomia privada “absoluta” e a intervenção estatal “salvadora”, mas construir arranjos institucionais capazes de fazer da autonomia um recurso cooperativo, e não destrutivo, em contextos de crise. A mediação empresarial, ancorada em um desenho normativo robusto e na internalização crítica dos ensinamentos de Coase, Posner, Cooter, Ulen e Nozick, mostra-se o caminho mais promissor para um modelo de insolvência que, sem abdicar da eficiência econômica, leve a sério a exigência de legitimidade dos sacrifícios patrimoniais e o papel contra-maioritário dos direitos no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

COMISSÃO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA. **Manual prático de mediação empresarial: recuperação judicial, extrajudicial e falência.** Aprovado pelo Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências (FONAREF) em 27/10/2022.

COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Journal of Law & Economics, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960. Tradução para o português disponível sob o título O Problema do Custo Social.

DE PAULA, Dídimo Inocêncio; COSTA, Maria Luísa. **A mediação como ferramenta na resolução de conflitos no âmbito da falência.** Migalhas, 26 jan. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/380590/a-mediacao-como-ferramenta-na-resolucao-de-conflitos-da-falencia>. Acesso em: 6 de agosto de 2024.

DENKI, Filipe; NETO, Ademário. **Obstáculos da mediação na recuperação judicial**. Consultor Jurídico, 25 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-25/denki-neto-obstaculos-mediacao-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

DENKI, Filipe; SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. **A mediação na recuperação judicial**. Migalhas, 24 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345958/a-mediacao-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 3 de agosto de 2024.

JUSCELINO, Cristhiane Bessas. **Considerações sobre a mediação na recuperação judicial: o caso Saraiva**. Revista de Direito Recuperacional e Empresa [recurso eletrônico], São Paulo, v. 13, jul-set. 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/handle/tjdft/44539>.

LOBATO, Moacyr de Campos Filho. **A recuperação judicial, a falência e o futuro**. In: MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. (Org.). Aspectos polêmicos e atuais da Lei de recuperação de empresas. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A empresa em crise**. VirtuaJus Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, p. 1-12, 2008.

NOZICK, R. (1974). **Anarchy, State, and Utopia**. New York: Basic Books.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e a crise da empresa**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Expert, 2024.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. Curitiba: Editora CRV, 2011.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, relatórios técnicos e/ou científicos e artigos científicos: conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**. 5. ed.

Belo Horizonte: PUC Minas, 2023. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 3 de novembro de 2024.

POSNER, R. A. (1986). **Economic Analysis of Law** (3rd ed.). Boston: Little, Brown and Company.

SENDEL M. J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Ed. Afiliada, Rio de Janeiro, 2015.