

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

**A COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM A FALÊNCIA E A
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**THE COMPATIBILITY OF ARBITRATION WITH BANKRUPTCY AND
JUDICIAL RECOVERY**

**José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida
Matheus Sousa Ramalho**

Resumo

O presente trabalho tem o intuito discutir a compatibilidade da arbitragem com a recuperação judicial e arbitragem. Para tanto, o estudo será dividido em três partes: na primeira delas serão abordados os aspectos subjetivos da arbitragem na falência e recuperação judicial; na segunda etapa serão abordados os aspectos objetivos da arbitragem na falência e na recuperação judicial; e, por fim, na terceira etapa serão abordados alguns aspectos tópicos da arbitragem na falência e na recuperação judicial.

Palavras-chave: Arbitragem, Falência, Recuperação judicial, Arbitrabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to discuss the compatibility of arbitration with bankruptcy and judicial recovery. In order to do so, this paper will be divided in three different parts: the first part will focus on the subjective aspects of the arbitration in bankruptcy and judicial recovery; the second part will analyze the objective aspects of the arbitration in bankruptcy and judicial recovery; finally, on the third part, the paper examines certain special topics of arbitration in bankruptcy and judicial recovery.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Bankruptcy, Judicial recovery, Arbitrability

INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem vem florescendo no Brasil. Desde a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), o País tem dado importantes passos para construção de uma verdadeira cultura arbitral: quer seja por meio declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem que ocorreu julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206¹; ou por meio da internalização da Convenção de Nova Iorque² ou, até mesmo, pela recentíssima reforma da Lei de Arbitragem por meio da Lei nº 13.129/15³, a qual, entre outros assuntos, sepultou de vez a polêmica acerca da arbitragem com entes públicos.

Segundo estatísticas do ano de 2012, o Brasil é um dos países que mais utiliza a arbitragem, sendo o 4º país com maior número de arbitragens perante a Câmara de Comércio Internacional ("CCI"), estando atrás apenas de EUA, Alemanha e França⁴

Assim, é nítido que a arbitragem se tem mostrado uma excelente alternativa ao falido modelo de justiça exercido pelo Estado, tendo em vista a especialização dos árbitros para tratar os litígios que lhe são submetidos⁵. Sabendo-se das vantagens que este método traz aos seus aderentes indaga-se: poderia o referido método ser utilizado para otimizar os procedimentos de falência e recuperação judicial?

Muito embora sejam aparentemente antagônicas as ideias de uma jurisdição privada da arbitragem e de um juízo estatal universal da falência e da recuperação judicial, é preciso asseverar que tanto a falência como a recuperação regem-se pelos princípios da celeridade e da economia processual, visando a maximização do valor dos ativos do

¹ O julgamento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem deu-se por apertada maioria 6 a 4. Posicionaram-se favoráveis a constitucionalidade da Lei os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso; restando vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira Moreira e Moreira Alves.

² A mencionada convenção foi internalizada no ordenamento Brasileiro por meio do Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002.

³ Ementa da Lei nº 13.129/15: Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

⁴ LEMES, Selma - Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso 21/04/2014.

⁵ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin *et al.* *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. , p. 33.

devedor (art. 75 *caput* e parágrafo único da Lei 11.101/2005). Assim, muito embora a arbitragem seja um processo mais dispendioso por conta suas elevadas despesas, esta pode se tornar uma alternativa atrativa para os credores que necessitam de um deslinde mais rápido de suas controvérsias.

A discussão sobre a possibilidade de compatibilizar a falência e a recuperação judicial com a arbitragem não é nova, já havendo, inclusive, os tribunais e a doutrina se pronunciado nesse sentido, alguns a favor e outros, contra. Assim, o tema segue sendo complexo e controvertido.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende verificar a eventual compatibilidade entre a arbitragem, método privado de resolução de disputas que envolvam direitos de cunho patrimonial e disponível, com a falência e a recuperação judicial, regimes jurídicos em que, notadamente, há escassez de recursos, limitação da autonomia do devedor e, principalmente, a existência de um juízo universal que atrai a para sua jurisdição a maior parte das demandas do devedor. A fim de se alcançar o objetivo pretendido, o presente estudo será dividido em três partes.

Na primeira etapa será analisado se a falência e a recuperação judicial são compatíveis com os aspectos subjetivos da arbitragem. Para os fins deste trabalho, entende-se como aspectos subjetivos da arbitragem as questões relativas à capacidade das partes, tanto na falência como na recuperação judicial, em celebrar convenção de arbitragem, como também, a possibilidade destas partes em demandar, ou serem demandadas, a participar de um procedimento arbitral (capacidade processual).

Na segunda parte deste trabalho serão analisados os aspectos objetivos da arbitragem na falência e na recuperação judicial. Nesta etapa do estudo pretende-se demonstrar a disponibilidade dos direitos patrimoniais na falência e na recuperação judicial, bem como, estabelecer uma relação entre a jurisdição do juízo universal da falência e da recuperação, com o juízo arbitral. Esta segunda parte abrange ainda a discussão sobre as despesas no procedimento arbitral à luz da falência e da recuperação judicial.

Já a terceira e derradeira parte deste trabalho destinar-se-á a abordar algumas particularidades que a falência e a recuperação judicial trazem à arbitragem, sendo essas: (a) a escolha da lei aplicável e a solução por equidade; (b) a execução da sentença arbitral

e a habilitação do crédito dela decorrente na falência e na recuperação judicial; e, por fim, (c) o papel do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial e a sua transposição para a arbitragem.

O presente trabalho teve por base o método analítico, mediante pesquisa bibliográfica em livros, decisões judiciais e periódicos eletrônicos.

I - OS ASPECTOS SUBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA FALÊNCIA E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Arbitrabilidade, nas palavras de Emmanuel Gaillard e John Savage, é "a possibilidade de solucionar disputas por meio da arbitragem"⁶. Ademais, o conceito de arbitrabilidade pode ser dividido em arbitrabilidade objetiva - quais matérias são sujeitas a arbitragem ou arbitráveis - e arbitrabilidade subjetiva - quem pode contratar uma arbitragem.

A Lei nº 9.307/96 disciplina, em seu art. 1º, o referido conceito, ao dispor que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

O artigo 1º da lei de arbitragem contém em sua redação tanto o conceito de (i) arbitrabilidade subjetiva - "as pessoas capazes de contratar" - como (ii) arbitrabilidade objetiva - "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Considerando que a falência e a recuperação judicial são regimes jurídicos que afetam a capacidade de gestão do devedor sobre sua atividade econômica (empresa), bem como o poder do devedor de livre dispor sobre os seus bens e direitos, torna-se essencial verificar a arbitrabilidade nestes casos específicos.

A capacidade é o elemento central de análise da arbitrabilidade subjetiva. Em nosso ordenamento, a capacidade jurídica encontra-se regulada no art. 1º/c art. 3º, 4º e 5º, e seus respectivos incisos, do Código Civil. Além disso, considerando que a convenção

⁶ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman - International commercial arbitration*. The Hague; Boston; London; Editora Kluwer Law International, 1999, p. 312 (tradução livre feita pelos autores).

de arbitragem⁷, pedra angular de qualquer procedimento arbitral, é um contrato, é preciso examinar a questão à luz das disposições que regulam a capacidade para contratar, nomeadamente os arts. 104, I, 166, I e 171, I do Código Civil.

De notar que o vocábulo "pessoa", empregado no art. 1º da Lei de Arbitragem, não remete exclusivamente a pessoas naturais. Conforme bem pontua José Emilio Nunes Pinto:

O sentido da palavra “pessoas”, na forma utilizada pela lei, abrange, com recurso às disposições contidas no Código Civil, inclusive e além das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público interno e, em especial, o Estado (União, Estados e Municípios), as autarquias, assim como as empresas estatais. Portanto, o Estado e empresas por ele controladas estão devidamente autorizados a utilizar-se da arbitragem, sendo que essa autorização tem caráter geral e está inserida no texto legal que regula, no Brasil, o instituto da arbitragem⁸

A análise dos aspectos subjetivos da arbitragem (leia-se capacidade jurídica, capacidade para contratar e capacidade processual) deve ser feita de forma separada, para a falência e a recuperação judicial. É que ambos os estados em muito diferem: enquanto que na recuperação o interesse primordial é a recuperação de uma atividade que se encontra em crise, na falência, o intuito é liquidar, pelo maior valor possível, os ativos de uma massa empresária falida. Devido a essas peculiaridades, que se refletem na arbitrabilidade subjetiva, em um primeiro momento, tratar-se-á apenas dos aspectos subjetivos da arbitragem na recuperação judicial, para em seguida tratar destes mesmos aspectos na falência.

1.1 – ASPECTOS SUBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O primeiro ponto da análise subjetiva da arbitragem na recuperação judicial é verificar se a capacidade do devedor firmar convenção de arbitragem permanece inalterada estando este em recuperação judicial. Para tal é preciso primeiro compreender em que consiste a recuperação judicial.

⁷ Lembrando que nos termos do art. 3º da lei de arbitragem, o termo convenção de arbitragem engloba tanto o conceito de cláusula compromissória, como de compromisso arbitral.

⁸ PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2843,71043-A+arbitrabilidade+de+controversias+nos+contratos+com+o+Estado+e>. Acesso em 21/04/2014.

A recuperação judicial é um remédio legal de natureza mista (contratual e processual) do qual o empresário em crise pode valer-se para tentar negociar diretamente com os seus principais credores a novação de seus débitos.

Durante a recuperação judicial, o empresário é auxiliado por um administrador judicial, nomeado pelo juiz do processo da recuperação judicial. O devedor apresentará um plano de recuperação judicial que deverá dispor sobre a ordem e a forma como serão pagos os diversos tipos de credores. O plano precisa ser aprovado pelos percentuais mínimos previstos em lei, para que os débitos sejam novados nos termos previstos no plano de recuperação.

É importante destacar que muito embora seja nomeado um administrador judicial nos processos de recuperação judicial, normalmente o empresário permanece a frente das atividades empresárias mesmo durante o período da recuperação, em consonância com os termos do art. 64 e 65 da LFR⁹. Em outras palavras, o devedor conserva a sua capacidade jurídica e a sua capacidade contratual durante todo o procedimento da recuperação.

Deste modo, estando inalterada a capacidade do empresário durante o procedimento da recuperação judicial, não há qualquer problema caso esse decida pactuar uma convenção de arbitragem durante este estado.

Todavia, cumpre consignar que alguns estudiosos escudados na leitura do artigo 66 da LFR, entendem haver uma impossibilidade do devedor, durante o processamento do pedido de recuperação judicial, de pactuar convenção de arbitragem, em razão dos elevados custos de um procedimento arbitral que poderiam impactar no pagamento dos credores.

Discorda-se do posicionamento acima apresentado, tendo em vista que a escolha pela arbitragem, apesar de todos os seus custos, não é uma forma de onerar bens e direitos da massa. Muitas vezes as vantagens de um procedimento arbitral podem superar, em muito, os custos desse procedimento. Caberá ao devedor fazer um juízo de conveniência quanto ao método que deverá ser empregado para o deslinde da controvérsia. Cabe ao devedor em recuperação judicial realizar tal o juízo de conveniência, pois a ele cabe

⁹ Conforme leitura do artigo 64 da Lei 11.101/05, via de regra, o devedor permanece à frente das atividades empresárias

decidir sobre como gerir a sua atividade. Neste mesmo sentido manifesta-se Carla de Vasconcellos Crippa:

Não existe na lei 11.101/2005 qualquer restrição ao cumprimento de convenções de arbitragem. Diferentemente, a lei somente proíbe, em seu art. 66, a alienação ou oneração de bens ou direitos que façam parte do ativo permanente do devedor, o que não seria o caso do cumprimento da convenção de arbitragem. Ainda que o cumprimento da convenção de arbitragem pudesse, ao final do respectivo procedimento arbitral, acarretar a obrigação do devedor de alienar ou onerar bens do seu ativo permanente como forma de cumprimento da sentença arbitral, essa alienação ou oneração não seria consequência direta e imediata do cumprimento da convenção de arbitragem, mas sim da própria sentença arbitral. Em outras palavras, não haveria relação de causalidade direta e imediata entre o cumprimento da convenção de arbitragem e a suposta alienação ou oneração do bem. Quando muito, o cumprimento da sentença arbitral poderia ficar suspenso pelo período previsto no art. 6º §4º, da Lei 11; 101/2005, o que, porém, não teria o condão de liberar o devedor da obrigação de cumprir a convenção de arbitragem e se submeter à arbitragem.¹⁰

E acrescenta:

Em conferência realizada no Rio de Janeiro em 20.06.2006, o juiz Luiz Roberto Ayoub sustentou que o juízo da recuperação conservaria competência absoluta para temas como o processamento da recuperação judicial, mas impasses específicos durante o procedimento (tais como as discussões entre os credores e a elaboração do plano de recuperação) poderiam ser resolvidos por arbitragem.¹¹

Superada a questão da capacidade do devedor para celebrar convenção de arbitragem, cumpre verificar como funciona a instauração de arbitragem pelo devedor e a arbitragem contra o devedor em recuperação judicial.

Considerando que não há prejuízo à capacidade do devedor em recuperação judicial, inclusive a capacidade postulatória, dúvidas não restam de que o devedor poderá propor a instauração de uma arbitragem em face de outrem com o fito de dirimir algum litígio.

Não obstante, a análise desta mesma questão pode se complicar quando se altera o polo do devedor na relação arbitral-processual. No § 1º do art. 6º da LRF está escrito que não serão suspensas pelo processamento da recuperação judicial ou da decretação de falência às ações que versarem sobre quantias ilíquidas. Nesse sentido, caberia saber se

¹⁰ CRIPPA, Carla de Vasconcellos - *Recuperação Judicial, Falência e Arbitragem* - Revista de Arbitragem e mediação, vol. 29, p. 183, Abril 2011.

¹¹ Idem.

por valores ilíquidos a lei estaria se referindo à todas as ações de conhecimento ou apenas aquelas demandas que não tiveram seus valores quantificados (leia-se liquidados).

A doutrina apresenta um posicionamento interessante sobre essa questão. De acordo com Manoel Justino Bezerra Filho em seus comentários sobre o artigo em comento:

Este parágrafo [referindo-se ao §1º do Art. 6º da Lei 11.101/2005] tem acentuada aplicação na prática, pois há necessidade de prosseguimento do processo, para que a sentença determine qual o valor, ou a coisa, ou a prestação, ou a abstenção, a que o autor tem direito, contra o devedor falido ou em recuperação.¹²

Em seu livro de comentários a LFR, o professor Fabio Ulhôa Coelho chega a conclusão semelhante:

As ações de conhecimento contra o devedor falido ou em recuperação não se suspendem pela sobrevinda da falência ou do processo visando o benefício. Não são execuções e, ademais, o legislador reservou a elas um dispositivo específico preceituando o prosseguimento (§1o).¹³

Ademais, corroborando com o que até aqui foi exposto, Pedro Batista Martins afirma que a arbitragem é "*instituto que visa solucionar disputa, disputa essa de cunho ilíquido e controvertido. Não se presta, ou ao menos não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada*"¹⁴.

Muito embora o prestígio dos doutrinadores acima citados é preciso discordar da ideia de que o legislador utilizou a expressão valores ilíquidos como substitutivo de processo de conhecimento. Apesar da maior parte das ações de conhecimento serem demandas que versam sobre valores ilíquidos, nem todas na realidade o são. Há ações de conhecimento em que se discute o pagamento de valores líquidos e incontroversos, como, por exemplo, no caso em que pretende se verificar se ocorreu ou não a hipótese da incidência de determinada multa contratual ou cláusula penal.

Portanto, nas hipóteses em que uma ação de conhecimento versar sobre o pagamento de quantias líquidas, entende-se que esta também deverá ser suspensa como

¹² BEZERRA FILHO, Manoel Justino- Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 5a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. Cit.p.67.

¹³ ULHOA, Fabio Coelho - Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresa. 5a Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2008. Cit. p. 39.

¹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. O poder judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96(2ª Parte). Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 10/338, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun.2000.

as demais ações. Por analogia, deverão também ser suspensas pelo processamento da recuperação judicial todas as arbitragens em curso que estiverem versando sobre o pagamento de quantias exclusivamente líquidas.

Feita essa exposição referente aos aspectos subjetivos da recuperação judicial, avança-se agora para a análise dos aspectos subjetivos da falência.

1.2 - ASPECTOS SUBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA FALÊNCIA

Diferentemente do que ocorre com o devedor em recuperação judicial, o qual conserva os seus poderes de gestão sobre a sua atividade, na falência o empresário os perde por inteiro¹⁵ (LFR, art. 102 e 103¹⁶). Além disso, todos os seus bens são arrecadados para compor a massa falida e deverão ser entregues ao administrador judicial (LFR, art. 104, V).

Ademais, importantíssimo destacar que, na falência, o administrador judicial substitui integralmente o devedor na gestão de suas atividades, tornando-se o responsável pela liquidação dos ativos da massa falida e pagamento dos credores (LFR, art. 22, I e III).

Isto posto, havendo a perda, pelo devedor, do poder de dispor da atividade e dos seus bens com a decretação de falência, é evidente que este não pode celebrar uma convenção de arbitragem após a quebra, tendo em vista que o falido (i) perde a representação da sua atividade, assim como, (ii) o poder de dispor e administrar seus bens. Nesse sentido:

(...) a falência acarreta o afastamento do devedor das suas atividades e a perda do direito de administrar e dispor dos seus bens. Assim, se a convenção de arbitragem tiver sido contratada pelo devedor posteriormente à data da quebra,

¹⁵ CF. COELHO, Fabio Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237 e REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1, p.140.

¹⁶ **Lei de Falência, Art. 102.** O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

terá sido contratada por quem estava proibido de fazê-lo e, conseqüentemente, será inválida.¹⁷

No entanto, a situação em que passa a estar o devedor após a decretação da falência não prejudica os compromissos arbitrais por ele celebrados anteriormente. É que se há época em que foi avençada a convenção de arbitragem a parte que a celebrou poderia fazê-lo, então esta convenção é ato jurídico perfeito, não havendo qualquer prejuízo pela perda superveniente da possibilidade do agente que o praticou. Nesse sentido, está a decisão proferido pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças:

(...) mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma de seus atos constitutivos, com plena capacidade negociai e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei nº 9 307, de 1996¹⁸

Nesse mesmo sentido, há um importante precedente relatado pela Min. Nancy Andrighi sobre o mesmo tema só que em caso de liquidação extrajudicial. Tendo em vista a enorme similitude entre o regime da liquidação extrajudicial e o da falência, compartilha-se o trecho do voto a seguir:

O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes. (...) Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie.¹⁹

Quanto a essas duas decisões, o professor Arnaldo Wald faz as seguintes considerações:

A solução dada pelo STJ e pelo TJSP se coaduna com a do direito estrangeiro, que chega à mesma conclusão, conforme esclarece Philippe Fouchard, em artigo publicado em 1998 e em comentário à jurisprudência, que data de 2003, reconhecendo que a cláusula compromissória deve ser respeitada quando anterior à falência ou à liquidação extrajudicial. O eminente e saudoso professor enfatiza que a jurisprudência francesa tem admitido a arbitragem mesmo quando iniciada após a decretação da falência, desde que se limite a

¹⁷Op cit CRIPPA.

¹⁸ Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP - Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00, Des. Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25/08/2008

¹⁹ STJ, Medida Cautelar MC nº 14.295/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 09.06.2008

fixar o montante de um crédito. Esclarece, a respeito, que: *il existe de solides arguments pour permettre au tribunal arbitral de se prononcer, même dans ce cas, sur le montant de la créance, et notamment le respect de l'effet négatif de la compétence-compétence de l'arbitre*(sur ce point, voir *Paries, 13 février 2002 et Besancon; 4 juin 2002, préc.*). En outre, le rapprochement des articles 47 et 48 (voire 49) de la loi de 1985 n'impose pas une telle interprétation (en ce sens, sentence CCI 9163 2001), infra p. 227. Et surtout, les articles 101 et 102 de la m~eme loi (partiellement remplacés, à ce jour, par les contester la compétence du juge-commissaire pour statuer sur le bien-fondé de celle-ci. C'est donc bien que le fond du litige (et l'établissement de la créance et de son montant) peut releve d'un autre juge que le juge de la faillite. Ces dispositions précisent m~eme que si le juge commissaire décline sa compétence, le créancier dispose d'un délai de deux mois pour saisir 'la juridiction compétente, à peine de forclusion, et donc, sur le fondement de la clause compromissoire, engager, l'instance arbitrale (en ce sens, P. Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, Rev. Arb. 1987.127, spéc. 132;PH. Fouchard, art. préc., n. 40²⁰.

Outra questão interessante é a possibilidade do administrador judicial poder firmar novas convenções de arbitragem após a quebra e, deste modo, vincular a massa falida a um procedimento arbitral.

Muito embora o administrador judicial não possa dispor livremente dos bens da massa falida, sendo a sua atuação e todos os bens por ele arrecadados, vinculados ao interesse de melhor satisfazer o concurso de credores (Art. 83), compete ao administrador judicial fazer o juízo de como deverá ser conduzida a massa falida objetiva.

Portanto, muito embora a LRF não traga uma autorização expressa no sentido de autorizar o administrador judicial a celebrar novas convenções de arbitragens, ela também não faz qualquer vedação expressa nesse sentido.

Assim, tendo por premissa a autorização genérica que a lei conferiu ao administrador judicial para administrar a massa falida, este poderá celebrar novas convenções de arbitragem, vinculando a massa falida, caso obtenha autorização do juízo ou do comitê de credores nesse sentido.

²⁰ Citação Arnaldo Wald: WALD, Arnaldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. The "Interclínicas Case": Brazil's Superior Court of Justice rules on the arbitrability of disputes involving bankruptcy companies and reaffirms the principle of kompetenz-kompetenz. IN: *Expert Commentaries*, LexisNexis-Research resolutions-Sept. 2008. p. 7.

Citação Phelipe Fouchard dentro da citação do professor Arnaldo Wald: op cit, FOUCHARD, 1998, p. 481-482 e também FOUCHARD, Philippe. *Arbitrage et faillite*. In: *Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage)*, issue 3, 1998. Disponível em <[http://www.kluwarbitration.com/journals.aspx?journal=Revue+de+l'Arbitrage&volume=Volume+1998+\(1998\)](http://www.kluwarbitration.com/journals.aspx?journal=Revue+de+l'Arbitrage&volume=Volume+1998+(1998))>. Acesso em: 16 ago. 2015.

É evidente que se o administrador judicial pode celebrar convenção de arbitragem vinculando a massa falida, este também pode representar a massa falida perante um tribunal arbitral, conforme a exegese do artigo 22, III, N da LRF²¹. Nesse sentido, apresenta-se o trecho de decisão proferida no Tribunal de São Paulo:

(...) não colhe a alegação de inaplicabilidade da Lei nº 9307/96 porque a superveniente decretação de quebra da embargante não impede o cumprimento da cláusula de arbitragem, cujo processo terá participação do administrador judicial²²

Coaduna-se com os termos desta decisão o magistério de Beat Walter Rechsteiner e de Mauro Rodrigues Penteadó:

(...) ao administrador judicial, em princípio, está facultado iniciar, em nome da massa falida, procedimentos arbitrais, baseados em contratos firmados pelo falido ainda antes da decretação de sua falência, ou até depois, quando não serão mais firmados pelo falido, mas pelo administrador judicial, caso se tratar in casu de ação não regulada pela Lei n 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e quando a massa falida for parte demandante²³.

A suspensão do curso de ações e execuções individuais não alcança as demandas que versem sobre quantia ilíquida, que terão prosseguimento no juízo perante o qual estiverem sendo processadas. (...) na falência, prosseguem com o administrador judicial, que, para tanto, deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo (artigo 76, parágrafo único).²⁴

Uma outra questão é saber se se a massa falida ficaria, obrigatoriamente, vinculada às convenções de arbitragem pactuadas pelo devedor anteriormente à quebra.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que tange ao campo do direito dos contratos é regido pelos princípios da boa fé objetiva, norteados pela ideia central da função social dos contratos e pelas cláusulas combinadas do *rebus sic standibus* e *pacta sunt servanda*, sendo essas, inequivocamente, as premissas fundamentais do do direito contratual.

²¹ Art. 22: Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...) III – Na Falência (...) n representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores;

²² Cf. decisão proferida no TJSP nos Ed em AI 644204.4/01, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, DJE 26.02.2010.

²³ RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coor.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007 p. 360.

²⁴ Penteadó, Mauro Rodrigues; in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* 2ª ED; *Coordenação de Souza*, Coordenadores: SATIRO JR, Francisco e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; Editora: Revista dos Tribunais; 2ª p. 138.

Não obstante, no que tange ao específico campo do direito falimentar, as mencionadas premissas fundamentais do direito contratual podem ser afastadas em prol do interesse de maximizar os ativos da massa falida e satisfazer a maior quantidade possível de credores. Esta conclusão é imposta por alguns institutos particulares do direito falimentar, tal como a ação revocatória (LFR, Art. 130²⁵), a ineficácia objetiva de alguns atos praticados antes da quebra (LFR, Art.129²⁶) e, principalmente, dos efeitos que a falência produz sobre os contratos bilaterais e unilaterais (LFR, Art. 117²⁷ e 118²⁸).

Assim, se for considerada a faculdade que a lei confere ao administrador judicial de não cumprir os contratos que vinculam a massa falida, e, ainda, considerando que a convenção de arbitragem é inequivocamente um contrato, poder-se-ia concluir que o administrador judicial poderia deixar de cumprir a convenção de arbitragem pactuada quando julgasse tal opção mais favorável aos interesses da massa falida.

Ocorre que esta conclusão está equivocada, diante das particularidades da convenção de arbitragem e dos efeitos dela advindos.

²⁵ **LEI DE FALÊNCIA, ART 22:** São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida

²⁶ **LEI DE FALÊNCIAS, ART. 129.** São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

²⁷ **Lei de Falências, Art. 117.** Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

²⁸ **Lei de Falências, Art. 118** O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

Em primeiro lugar, porque a cláusula compromissória é autônoma com relação ao contrato no qual está inserida, portanto, mesmo que o administrador judicial decidisse não cumprir determinado contrato, a cláusula compromissória continuaria válida (LARB, art. 8º).

Em segundo, porque a convenção de arbitragem produz efeitos imediatos a partir de sua celebração, sendo estes: o *efeito negativo* em relação a jurisdição estadual e o *efeito positivo* com relação a jurisdição arbitral²⁹. Quanto aos efeitos negativos e positivos da convenção de arbitragem, explica Carlos Augusto da Silveira Lobo:

O efeito negativo repele a jurisdição estatal e impede o prosseguimento do processo judicial, determinando que o juiz decrete a sua extinção sem julgamento de mérito, sempre que se defrontar com uma convenção de arbitragem. O efeito positivo assegura a realização da arbitragem, ainda que se oponha ou se omita a parte recalcitrante e garante a eficácia da sentença arbitral, determinando que ela seja reconhecida como título executivo capaz de mobilizar o poder de coerção da Justiça estatal, para promover sua execução forçada, da mesma forma com que se executam as sentenças judiciais³⁰

Em terceiro, e de suma importância, é que pelo princípio do *kompetz-kompetz* ao árbitro compete pronunciar-se em um primeiro momento quanto à eficácia e validade da convenção de arbitragem (LARB, art. 8º § único³¹). Neste diapasão, precisa é a lição de Pedro Batista Martins:

A cláusula compromissória é autônoma; quer isso dizer que não se macula, não se impregna de qualquer desses possíveis vícios. Ela está acima do bem e do mal, ao menos em um primeiro momento, o da instituição da arbitragem, e que resulta da eficácia da cláusula compromissória. Para esse efeito, detém o árbitro a competência para dirimir sobre sua própria competência. Quem afirma isso é a lei. Queira ou não, está escrito na lei e, por isso, deve ser cumprido. (...) Aqui um parêntese: detém o árbitro competência para decidir sobre sua *jurisdição* e não, como vulgarmente tratado, competência para dirimir sobre sua *competência*. O rigor técnico assim impõe, pois a arbitragem afasta a jurisdição estatal e não a competência de um órgão do próprio poder judiciário. Trata-se de analisar qual das duas jurisdições – estatal ou arbitral – está legitimada a apreciar e julgar a controvérsia.³²

²⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007p. 114.

³⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira Uma introdução à Arbitragem Internacional. In ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.) *Arbitragem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-12

³¹ **Lei de Arbitragem, Art. 8º** A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único: Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

³² Op cit. MARTINS, 2008 p. 136 e 137.

Portanto, o estado de falência não afasta a massa falida do juízo arbitral³³, podendo, inclusive, a parte interessada em instaurar a arbitragem propor a medida processual prevista no artigo 7º da lei de arbitragem para forçar a massa falida recalcitrante a se submeter à arbitragem.

II) ASPECTOS OBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA

Por aspectos objetivos da arbitragem quer-se dizer as matérias que podem ser submetidas à arbitragem ou, de outro modo, os litígios que podem ser resolvidos por arbitragem. A análise dos aspectos objetivos da arbitragem na falência e na recuperação judicial é necessariamente distinta, eis que, de ponto de vista objetivo, o estado de recuperação judicial e o estado de falência têm características diferentes. Assim, enquanto que a questão da arbitrabilidade objetiva na recuperação judicial levante pouco problemas, a situação na falência é mais problemática. Por isso, este tema será analisado a seguir, em primeiro, no quadro da recuperação judicial e, em seguida, no âmbito da falência.

2.1 - ASPECTOS OBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No estado de recuperação judicial, o devedor permanece com a posse e administração dos seus bens. Certo é que ele não os pode alienar livremente, eis que tais bens ficam vinculados ao processo recuperacional.

No entanto, a arbitragem não é um modo de alienação de bens. A arbitragem é apenas um método de resolução de disputas.

Assim, seria um enorme contrasenso defender que haveria algum tipo de vedação, ou ressalva, à escolha deste método de resolução litígios em caso de recuperação judicial. Com efeito, se não há qualquer vedação legal a que o devedor, durante a recuperação

³³ Foi, inclusive no sentido desta fundamentação que foi decidido a, MC nº 14.295/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi, DJ. 09.06.2008 e o Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00, Des. Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25.08.2008

judicial, resolva as suas disputas por via judicial, não há qualquer obstáculo a que tais disputas – desde que de caráter patrimonial – sejam solucionadas por arbitragem.

Acresce que o juízo da recuperação judicial não é universal. A *vis atractiva* na recuperação judicial existe apenas para concentrar os atos de constrição que possam recair sobre os bens do devedor recuperando. Assim, por meio a atração ao juízo recuperacional de todos os atos judiciais expropriatórios, é possível assegurar que o plano de recuperação judicial não terá o seu cumprimento ameaçado por um credor não habilitado na recuperação. São diversas as decisões nesse sentido³⁴, havendo o STJ inclusive editado a Sumula 480 com este entendimento³⁵. A título de exemplificação:

(...) O deferimento da recuperação judicial acarreta ao Juízo que a defere a competência para distribuir o patrimônio da massa aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar³⁶.

Ora, a arbitragem não se presta à prática de atos expropriatórios, tanto que a execução da sentença arbitral somente pode ser realizada perante os tribunais judiciais.

Logo, não havendo um juízo universal na recuperação judicial para apreciar as ações de conhecimento, como o caso das demandas arbitrais, e não tendo o tribunal arbitral poderes para determinar a prática de atos de constrição, não há qualquer conflito, ou incompatibilidade, entre a função exercida pela jurisdição do juízo arbitral e do juízo recuperacional.

2.2 - ASPECTOS OBJETIVOS DA ARBITRAGEM NA FALÊNCIA.

Como dito acima, a arbitrabilidade objetiva na falência levanta questões mais complicadas, seja por conta da indisponibilidade que o estado de falência acarreta para os bens do falido, mas também pela existência de um juízo universal, competente para julgar

³⁴ (I) STJ - CC 114.540/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, segunda seção, julgado em 24/08/2011, dje 31/08/2011, (II) cc 110941/sp, rel. Ministra Nancy Andrighi, segunda seção, dje 01/10/2010, (III) cc 114.952/sp, rel. Ministro Raul Araújo, segunda seção, julgado em 14/09/2011, dje 26/09/2011

³⁵ **Súmula 480 do STJ:** O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

³⁶ STJ - AgRg no CC 113.861/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda seção, julgado em 14/09/2011, DJe 11/10/2011

a maior parte das demandas que envolvem o falido, cuja jurisdição concorre com a jurisdição arbitral.

A decretação de falência faz recair indisponibilidade sobre os bens do devedor, os quais deverão ser arrecadados pelo administrador judicial, para em seguida serem liquidados para atender ao concurso de credores na ordem estabelecida na lei³⁷ (LFR, art. 83).

A indisponibilidade dos bens decorrente da falência não afeta a validade ou eficácia da cláusula pactuada, mas afeta o cumprimento desta, na exata medida em que muito embora a massa falida esteja vinculada a jurisdição arbitral, e quanto a isso não há sombra de dúvidas, ela não está, necessariamente, vinculada ao pagamento, pelo menos em um primeiro momento, das custas provenientes desta arbitragem.

Por maior contrasenso que possa parecer afirmar que a massa falida encontra-se vinculada a jurisdição da arbitragem, porém não se encontra vinculada a realização do pagamento das custas oriunda desses procedimentos, a luz do direito falimentar, a presente afirmativa faz completo sentido. Explica-se: arbitragem é uma jurisdição privada, em outros termos, não funciona sem o pagamento das custas processuais. Muito embora na justiça estadual também seja necessário o pagamento de custas, sempre há a possibilidade de se requerer (e de se obter) a concessão de gratuidade de justiça³⁸. Além disso, não se pode comparar também a grandeza das despesas de um procedimento arbitral com o de um procedimento judicial tradicional.

Por essa razão, aqui entende-se que as custas do procedimento arbitral não podem ser compreendidas como àquelas despesas essenciais previstas no art. 150 da lei de falência³⁹. Eis aí a grande problemática da questão, pois não sendo as custas da arbitragem despesas essenciais da massa falida, como justificar o seu desembolso imediato pelo

³⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Editora São Paulo: Atlas, 2005., p. 30; cf. tb. RIGON FILHO, Olavo. *Principais modificações introduzidas pela lei de falência e recuperação de empresas*. Disponível em: <<http://www.rigon.adv.br/artigos/falencia.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015, p.4.

³⁸ Quanto a possibilidade de concessão de gratuidade de justiça a pessoas jurídicas em dificuldade, segue os precedentes do STJ: (i) AI 810.593-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-9-2011, Segunda Turma, DJE de 4-10-2011; (ii) AI 726.444-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 16-10-2009; (iii) AI 646.251-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009; (iv) AI 716.294-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 31-3-2009, Segunda Turma, DJE de 30-4-2009

³⁹ **Lei de falência, Art. 150.** As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

devedor, sabendo-se que na falência há um concurso de credores que devem ser pagos de acordo com a ordem prevista em lei?

Imaginemos a seguinte situação: em uma falência em que há uma série de credores trabalhistas, cujos pagamentos ainda estavam pendentes de ser realizado, havia um credor quirografário que havia celebrado contrato com cláusula compromissória com o devedor. Neste exemplo, indaga-se: o pagamento das custas de uma arbitragem para apurar eventual crédito quirografário não representaria uma violação ao princípio do *par conditio creditorum* e da maximização de ativos, mormente quanto há credores com prioridade na ordem de pagamento dos créditos (LFR, Art. 149⁴⁰) ?

Um dos princípios basilares da falência é o *par conditio creditorum*, sendo matéria de ordem pública absoluta. Portanto, entende-se que não pode as obrigações pactuadas por partes privadas - avenças sobre o pagamento das custas da arbitragem -, passar por cima da ordem de pagamento idealizado pelo legislador na falência. A indisponibilidade que recai sobre os bens do falido impõe ao administrador que promova a liquidação e o pagamento dos credores na forma prevista na lei, sendo vinculada a sua atuação nesse sentido.

O pagamento das custas de arbitragem de forma adiantada só poderia ser realizado caso o administrador judicial julgasse a realização deste pagamento essencial à arrecadação de ativos da massa - e, realisticamente, nesta hipótese a massa seria proponente da arbitragem e não demandada nesta arbitragem-. Caso contrário, não sendo considerado como despesa essencial da massa o pagamento das custas da arbitragem, não haveria justificativa legal para realização deste pagamento. O alto custo da arbitragem pode inviabilizar a participação da massa neste procedimento⁴¹. Portanto, cabe ao administrador, na função de gestor dos bens da massa falida, decidir quanto a essencialidade do pagamento de determinadas verbas, incluindo às custas de arbitragem. Note que a solução aqui apresentada está integralmente em consonância com aos termos do art. 126 da lei de falência, a qual dispõe:

⁴⁰ **Lei de falência: Art. 149.** Realizadas as restituições, pagos os créditos extraconcursais, na forma do art. 84 desta Lei, e consolidado o quadro-geral de credores, as importâncias recebidas com a realização do ativo serão destinadas ao pagamento dos credores, atendendo à classificação prevista no art. 83 desta Lei, respeitados os demais dispositivos desta Lei e as decisões judiciais que determinam reserva de importâncias.

⁴¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) - *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32

LEI DE FALÊNCIA: Art. 126. Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

Entretanto, o fato de o falido não estar vinculado a desembolsar despesas não essenciais referentes as custas de arbitragem, em um primeiro momento, em respeito ao par *conditio creditorum*, não o torna imune, ou o exime de participar, de uma arbitragem avançada. Para instaurar a arbitragem em face do devedor, basta que a parte interessada adiante às custas referentes à arbitragem, que, desta forma, sem sombra de dúvidas, será iniciado o procedimento arbitral, seja essa ou não a vontade da massa falida. Nesse sentido:

Na prática, porém, não se pode descartar a hipótese de a massa falida resistir à instituição da arbitragem. Se isso ocorrer, a parte contrária terá o remédio previsto no art. 7º d a Lei 9.307/1996, consistente do ajuizamento de ação judicial visando a forçar a parte contrária à celebração do compromisso arbitral. Diante da vis atractiva do juízo falimentar prevista no art. 76 da Lei 11.101/2005, a refiração judicial seria distribuída ao juízo falimentar que, em última análise, ficaria responsável pelo seu julgamento. Assim, por mais que se defenda a validade e eficácia da convenção de arbitragem no cenário de falência, a questão acabaria sendo remetida ao juízo falimentar caso a massa falida resistisse à instituição da arbitragem. Ainda que a cognição do juízo falimentar ficasse adstrita ao pedido de celebração arbitral (e não ao mérito da arbitragem), não se poderia descartar a hipótese de ele julgar a ação improcedentes caso entendesse que a competência para julgar a questão de mérito seria sua, com base no art. 76 da Lei 11.101/2005. Outro ponto relevante à instituição da arbitragem diz respeito aos custos, incluindo honorários e despesas dos árbitros e custos administrativos do Tribunal Arbitral. Em geral, as partes costumam estabelecer a divisão proporcional dos custos na convenção de arbitragem. Dependendo do regulamento do Tribunal Arbitral, é possível que haja uma provisão de custos e que seja terminado o seu adiantamento pelas partes no início do procedimento arbitral. Há quem entenda que esses custos poderiam, na prática, inviabilizar o acesso da massa falida à via arbitral. A nosso ver, porém, os custos não representam um empecilho ao acesso à via arbitral. Caso a massa falida não tenha recursos disponíveis ou se recuse a efetuar o pagamento que lhe couber, a parte contrária terá a possibilidade de efetuar o pagamento com os seus próprios recursos, viabilizando prosseguimento da arbitragem.⁴²

Ressalte-se que o adiantamento das despesas referentes a arbitragem feito pela parte interessada na instauração corresponde, naquilo que corresponder ao adiantamento de despesas da massa falida evidentemente, a crédito extraconcursal, em compasso com os termos previsto no art. 84, inc V o qual dispõe:

LEI DE FALÊNCIA, Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: (...) **V** – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta

⁴² Op cit CRIPPA.

Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Feitas essas considerações, adentra-se a análise do ponto final deste tópico referente a relação do juízo universal da falência com a jurisdição arbitral. A competência do juízo universal na falência decorre do artigo 109, I, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴³ c/c com o artigo 76 da lei de Falência⁴⁴. O estado de falência exerce uma *vis attractiva* sobre todas as ações relacionadas ao devedor, de modo que o juízo de falência torna-se competente para conhecer (quase) todas elas.

A ideia de um juízo universal decorre da necessidade de se centralizar todas as demandas que versarem sobre o devedor, pois através de um juízo universal é possível garantir o tratamento equitativo dos credores, em conformidade com os termos e ordem de preferência legais estabelecidos na lei de falência e, ao mesmo tempo, evitar que juízos profiram decisões conflitantes que possam a vir de encontro aos atos de liquidação praticados na falência. Além disso, o artigo 76 da lei de falência que trata do juízo universal já traz as hipóteses que o excepcionam: *as causas em que o autor figurar como autor e aquelas não reguladas nesta lei*.

Assim, nesta premissa, não se vislumbra uma incompatibilidade entre o juízo universal da falência e a juízo arbitral. Quanto esse tema, um dos maiores estudiosos deste assunto, o desembargador aposentado do tribunal de São Paulo, Donaldo Armelím, afirma:

O prosseguimento da arbitragem após a decretação da falência é análogo à continuidade do prosseguimento das reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral, com a consequente habilitação dos créditos nela reconhecidos, na execução, tal como determina o art. 76 da Lei de Quebras. A falência, nessa hipótese, não dispõe do condão de romper as balizas da competência da Justiça do Trabalho, constitucionalmente delimitada, mas indisputavelmente um tipo de competência absoluta em razão da matéria. Ora, se a distribuição da competência entre as várias justiças que integram o Poder Judiciário é

⁴³**Constituição: Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

⁴⁴**Lei de Falência: Art. 76:** O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

suficiente para estancar a vis atractiva da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será para esse fim⁴⁵.

Com isso, encerra-se o presente tópico e avança-se a parte derradeira deste trabalho referente às particularidades procedimentais da arbitragem com partes em recuperação judicial ou falência.

III - QUESTÕES PARTICULARES PROCEDIMENTAIS DA ARBITRAGEM NA FALÊNCIA E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No derradeiro tópico deste estudo pretende-se tratar de alguns aspectos procedimentais particulares à arbitragem com partes em falência e recuperação judiciais, sendo estes: (a) a habilitação do crédito proveniente de uma sentença arbitral, (b) a escolha da lei aplicável e, por fim, (c) o papel do ministério público.

3.1 - A HABILITAÇÃO DO CRÉDITO PROVENIENTE DE UMA SENTENÇA ARBITRAL

O processo de falência e de recuperação judicial são marcados por uma fase comum de habilitação de crédito. Não obstante, a habilitação possui um significado diferente para cada uma dos estados. Na recuperação judicial, por exemplo, a habilitação é um mecanismo que foi criado para evitar que determinado crédito deixasse de ser contemplado no plano de recuperação judicial e, que ao mesmo tempo, visa garantir o direito de voto de a determinado tipo de credor, o qual votará em conjunto com a sua respectiva classe. Percebe-se, portanto, que a habilitação de crédito na recuperação judicial possui um papel decisivo na concessão da mesma. Já a habilitação de crédito na falência, consiste em um meio de garantir que determinado credor seja, eventualmente, contemplado pelos pagamentos daquela execução concursal.

Os créditos provenientes da execução de uma sentença arbitral em face de devedores em falência e recuperação judicial, como todos os demais créditos também deverão ser, necessariamente, habilitados. Embora também seja o árbitro juiz de fato e de

⁴⁵ ARMELIN, Donaldo. *A Arbitragem, a Falência e a Liquidação Extrajudicial*. Revista de Arbitragem 13/16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 16/29

direito, gozando este de ampla autonomia para decidir a lide e produzir uma sentença⁴⁶, a executoriedade da mesma encontra-se sujeito integralmente sujeita às dos regimes concursais. Em outras palavras, não pode o laudo arbitral violar disposições vinculantes dos juízos universais, como o *par conditio creditorum* e a ordem de pagamento; decidir quanto à incidência de juros após a quebra ou recuperação judicial; e, até mesmo, decidir qual seria a classificação do crédito proveniente daquela sentença arbitral.

Percebe-se, assim, que a habilitação de crédito nestes casos, funciona como um verdadeiro juízo de compatibilidade entre os termos do laudo arbitral, com as regras cogentes dos regime de insolvência, podendo o juiz da falência e da recuperação, inclusive, afastar as disposições que não forem compatíveis com esses estados. Nesse sentido, salutares são às disposições do acórdão do Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00, relatado pelo Des. Manoel Pereira Calças:

Impende, a final, examinar a quantia que deverá ser habilitada na falência, considerando-se que a agravante, com base na decisão da Câmara de Arbitragem pleiteou a inclusão do crédito no importe de R\$ 1 604 389,17 (um milhão, seiscentos e quatro mil, trezentos e oitenta e nove reais e dezessete centavos), no qual incluiu correção monetária juros de 1% ao mês, taxas de administração e honorários de árbitro. No entanto, a atualização monetária só pode ser calculada até a data do decreto da falência, nos termos do artigo 9º, II, da Lei nº 11 101/2005 Os juros de mora também só podem ser exigidos até a data da sentença que decretou a quebra, consoante estabelece o artigo 124 do mesmo diploma legal Em razão de tais limitações, sendo pacífico o entendimento que, nos créditos reconhecidos por outros Juízos que não o Juízo Universal/da Falência, como os créditos trabalhistas ou os créditos de demandas que versem sobre quantias ilíquidas, compete ao Juízo do Trabalho ou ao Juízo Cível estabelecer a atualização monetária e a taxa de juros, devidos apenas até a data do decreto da falência, eis que, a partir de então, o tema insere-se na competência do Juízo da Falência Será, pois, provido, em parte, o agravo para ser reformada a decisão recorrida e deferir a Impugnação apresentada pela agravante, a fim de determinar a habilitação do crédito decorrente da sentença proferida pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia, devendo, no entanto, ser feita a liquidação por cálculo do contador, considerando-se o valor arbitrado, mas, limitada a atualização monetária e os juros de mora até a data da sentença que decretou a falência da agravada, isto é, 14 de junho de 2005.

Ainda neste tópico, uma outra questão interessante a se tratar quanto a interrelação entre o crédito a ser constituído em procedimento de arbitragem e os juízos da falência e da recuperação judicial, diz respeito a possibilidade de se fazer pedido de reserva baseado em crédito que ainda vai ser liquidado em procedimento arbitral. A possibilidade de se fazer pedido de reserva, inclusive de futuras demandas arbitrais, encontra-se inscrita no

⁴⁶ **LEI N. 9.307/96, ART. 22.** Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§3º do Art. 6º da Lei de Falência⁴⁷, sendo uma medida salutar para garantir o recebimento dos pagamentos.

3.2 A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL

Além da celeridade, técnica e sigilo, outro fato exaltado pela doutrina na arbitragem, em detrimento à atuação do Poder Judiciário comum, consiste na liberdade que esta oferece às partes convencionarem não só (i) as leis aplicáveis à disputa, como também (ii) a escolha daqueles que irão julgar o litígio. A possibilidade das partes elegerem a lei aplicável à arbitragem encontra-se no artigo 2º e seus parágrafos⁴⁸ aos dispor que eles podem optar por uma arbitragem por de direito ou equidade⁴⁹. Quanto ao referido dispositivo, tece Carlos Alberto Carmona os seguintes comentários:

Resta claro que as partes podem escolher a via arbitral não apenas para evitar a solução judicial dos conflitos, mas especialmente para poderem selecionar a lei material aplicável na eventualidade de litígio, o que é especialmente importante no campo do comércio internacional.[...] Avulta assim a importância da concessão feita pela Lei de Arbitragem, que aumenta consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes e permite maior segurança nas contratações, já que a escolha prévia da lei aplicável não submeterá os litigantes aos azares dos mais diversos mecanismos decorrentes de sistemas de conflitos de leis⁵⁰.

Normalmente, a eleição das partes quanto às leis materialmente aplicáveis ao deslinde da disputa são referidas como leis substantivas do ordenamento jurídico de determinado país, contudo, pode ocorrer das partes convencionarem eleger a lei materialmente aplicável à disputa a resolução por equidade. Não obstante, seria possível habilitar o crédito de uma decisão de uma arbitragem decidida por equidade? A resposta para a presente pergunta, parece ser positiva, contanto que a decisão por arbitragem não contrarie às leis cogentes do direito concursal aplicável aos empresários em regime de

⁴⁷ **Lei de Falências, art. 6º:** A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário (...).§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

⁴⁸ **Lei de arbitragem, Art. 2:** A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

⁴⁹ Julgamento por equidade é aquele em que é pautado no livre sentimento dos árbitros, não estando vinculado a nenhum tipo de sistema jurídico legal para consubstanciar a opinião.

⁵⁰ CARMONA, op cit. p 65.

falência ou recuperação judicial – lembrando que o controle quanto a possibilidade de habilitação daquele crédito é do juízo da habilitação. Não obstante, tendo em vista as diversas disposições de ordem pública particulares aos regimes concursais, e o dever dos árbitros de proferir um laudo arbitral executável⁵¹, talvez a melhor escolha para evitar um eventual conflito entre a decisão proferida pelo tribunal arbitral com o juízo de falência ou recuperação, seria aplicar de maneira extensivas as disposições do §3º do art. 2º da lei de arbitragem, a qual veda a utilização da arbitragem por equidade em questões que envolvam o estado.

3.3 O ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM PARTES EM ESTADO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A última questão a ser tratada deste estudo é a atuação do Ministério Público nos processos de falência e recuperação judicial e se isso poderia obstar a realização de arbitragem. Muito embora seja comum a participação do ministério público durante os procedimentos de falência, especialmente, a sua obrigação não é obrigatória.

Na realidade, à época em que a tramitou no congresso nacional a lei 11;101/2005, idealizou-se no artigo 4º a ideia de tornar obrigatória participação do ministério público em todas as demandas em que figurasse a massa falida. Ocorre, porém, que o referido artigo foi vetado. Nesse sentido, transcreve-se a redação idealizada para o vetado art. 4º da lei de falência, subsequente às razões do veto:

LEI DE FALÊNCIAS: Art 4º. O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta."

RAZÕES DO VETO: O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção *doparquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de

⁵¹ Quanto ao dever de se produzir um laudo arbitral executável, cf. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin *et al.* *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, cap 10 : 06 e GÜNTHER, J. Horvath, 'The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award' (2001) 18 *Journal of International Arbitration*, Issue 2, 2011 pp. 135–158

intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal”.⁵²

A participação do Ministério Público em procedimentos de falência e recuperação judicial deverá ocorrer apenas quando houver casos de indissociável interesse público que envolvam a massa falida, o que ocorre apenas em hipóteses excepcionais⁵³. Nesse sentido, importantes são as colocações do Min. José de Carlos Meira, do Prof. Donaldo Armelino e do Des. Manoel Pereira Calças no Instrumento 531.020-4/3-00

MIN. JOSÉ DE CARLOS MEIRA: (...) se o interesse público primário, via de regra, está presente em todos os processos de falência, tornando indispensável a atuação do representante do Ministério Público, o mesmo não se pode dizer de todas as demais ações em que figurar a massa falida, seja como autora, seja como ré, porquanto, em boa parte das vezes, apenas se discutirão meros interesses econômicos dos credores(..)⁵⁴

DONALDO ARMELINO: Esta conclusão não se altera pela circunstância de ter o ministério público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar com em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legis. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei n.º 9.307/96.⁵⁵

DES. MANOEL PEREIRA CALÇAS: Fundamenta-se a decisão recorrida ainda na indispensabilidade da intimação do Ministério Público para acompanhar o procedimento da arbitragem. Mais uma vez, equivocou-se o d. sentenciante. Isto porque, ao contrário da previsão do artigo 210 do revogado Decreto-lei n.º 7 661/45, que determinava a oitiva do representante do Ministério Público em todas as ações propostas pela massa ou contra ela, o veto ao artigo 4º da Lei n.º 11 101/2005, cuja redação era similar à do antigo artigo 310 afasta a determinação de participação do representante do "Parquet" em todas as ações em que a massa falida seja autora ou requerida. Apenas quando o juiz constatar que há algum interesse público ou da atividade empresarial em geral é que deverá intimar o Ministério Público para se manifestar nos processos de falência, recuperação judicial ou causas conexas a eles. Se não há exigência da participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações judiciais em que a massa falida for autora ou requerida, da mesma forma, não é indispensável, nem cabível, a participação da referida Instituição nos procedimentos de arbitragem em que uma das partes seja a massa falida.⁵⁶

Assim, não sendo a intervenção do ministério público obrigatória, não há o que se falar em sua intervenção mandatória em todas as arbitragens que envolvam partes em

⁵² Cf. BUSHATSKY, Daniel - *Administrador judicial deve assumir arbitragem*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/administrador-judicial-assumir-arbitragem-antes-falencia#_ftn9_8562>. Acesso em 10/08/2015.

⁵³ FONTES, Marcos Rolim Fernandes; CHOIFI, Rodrigo Mauro Dias; Morelli, Daniel Nobre; *Arbitragem e Falência. Memoriais no AgIn 531.020.4/3; Caso Jackson Empreendimentos Ltda. x Massa Falida de Diagrama Construtora Ltda.*; in Revista de Arbitragem e Mediação vol. 28. Revista dos Tribunais 2012; p.358-361

⁵⁴ Ver. STJ, EDcl no REsp n.º 235.679 - SP, Rel. Min. Castro Meira, 2º Turma, DJ 08/05/2007

⁵⁵ Op cit, ARMELINO – 16-29.

⁵⁶ Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do TJSP - Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00, Des. Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25/08/2008

recuperação judicial ou em estado de falência. Além disso, qualquer irregularidade que o Ministério Público vislumbrar na sentença arbitral que eventualmente for levada para habilitação no processo de falência e de recuperação judicial, poderá essa ser atacada por meio da ação de nulidade arbitral, dada a legitimidade inequívoca do juízo a manejar esta medida. Feitas essas considerações, avança-se a conclusão deste trabalho.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo verificar a compatibilidade entre a ocorrência de arbitragem com partes envolvidas em processos de falência e recuperação judicial. Ao término desta exposição, depois de se abordar cuidadosamente cada um dos aspectos particulares da arbitragem envolvendo partes em recuperação judicial e falência, percebe-se que a convivência entre ambos os institutos é possível.

Afirma-se isso na medida em que no caso da recuperação judicial, não há perda da capacidade do empresário e muito menos há indisponibilidades sobre os seus direitos com o advento da recuperação, portanto não se vislumbra qualquer prejudicialidade quanto à arbitrabilidade neste caso. No caso da falência, muito embora haja indisponibilidade sobre os direitos, bem como a perda da capacidade do devedor, o que supostamente prejudicaria a arbitrabilidade do conflito, verificou-se que a análise quanto à validade e disponibilidade dos direitos envolvidos na disputa deve ser feita não no momento da quebra, mas na realidade no momento em que se pactua a convenção de arbitragem. Nesta feita, não haveria causas supervenientes prejudiciais a arbitragem devido a decretação de falência. Além disso, verificou-se que, no caso específico da falência, o administrador judicial deve substituir o falido em todas as demandas futuras que envolverem a massa. Ademais, verificou-se ser possível a celebração de convenção de arbitragem pelo administrador judicial, conquanto este obtenha a aprovação do juízo da falência ou do comitê de credores.

A criação de um juízo universal a partir dos estados de falência e recuperação judicial não é incompatível com o juízo arbitral, devendo, inclusive, a autoridade deste último ser mantida. As arbitragens, via de regra, não deverão ser suspensas pela decretação superveniente de falência ou processamento da recuperação judicial, tendo em vista que a maioria destes procedimentos trata-se de ação de conhecimento que versa sobre o pagamento de valores ilíquidos. Não obstante, aqui se entendeu que deverão ser

suspensas todas as arbitragens, ainda que ações de conhecimento, que versarem sobre o pagamento de quantias certas específicas (como o exemplo das cláusulas penais).

A jurisdição do juízo arbitral, a qual tem início a partir da celebração da convenção de arbitral, vincula às partes, tanto na falência, quanto na recuperação judicial. Ademais, em razão respeito ao princípio do *kompetenz-kompetenz*, caberá ao árbitro declarar a arbitrabilidade ou não daquele conflito. Além disso, não se aplica a cláusula compromissória às disposições do art. 117 da lei de falência referente aos contratos bilaterais, tendo em vista a sua autonomia.

Muito embora às partes em estado de falência ou recuperação judicial estejam vinculadas a jurisdição do juízo arbitral em si, estas não se encontram vinculados a cláusula acessória de pagamento das custas deste tribunal arbitragem, tendo em vista que a criação de um concurso de credores, pode priorizar créditos mais importantes do que aquele que será constituído pelo tribunal arbitral. Cabe ao empresário em RJ e ao administrador judicial na falência decidir pela essencialidade do pagamento das custas da arbitragem. A solução para este tipo de impasse é que a parte interessada na instauração da arbitragem pague as custas, inclusive as da parte recalcitrante, e habilite o valor deste pagamento realizado no juízo de falência ou recuperação. O crédito referente ao adiantamento de despesas da arbitragem é crédito extraconcursal, conforme art. 84, V da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

As laudos arbitrais deverão ser habilitados nos respectivos juízos de falência ou recuperação, não podendo os mesmos conterem disposições que contrariem às disposições cogentes pertinentes aos estados de falência e recuperação. Compete aos juízos concursais realizarem a compatibilização das decisões da arbitragem com o estado de falência ou recuperação judicial. É possível a realização de arbitragem por equidade com partes em estado de falência e recuperação, no entanto, não é recomendável, tendo em vista o grave risco da decisão eventualmente proferida poder acabar violando alguma disposição cogente do estado de falência ou recuperação judicial. Por fim, a intervenção do ministério público não é obrigatória nos procedimentos de falência e recuperação, não sendo a mesma uma ameaça ao prosseguimento da arbitragem.

BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo. *A Arbitragem, a Falência e a Liquidação Extrajudicial*. Revista de Arbitragem 13/16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 16/29

BEZERRA FILHO, Manoel Justino- *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 5a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. Cit.p.67.

CARMONA, Carlos Alberto; *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n°. 9.307/96*; 3ª Edição; Editora: Atlas; p. 38/39.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coor.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007 p. 360.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas* (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 237

CRIPPA, Carla de Vasconcellos - *Recuperação Judicial, Falência e Arbitragem* - Revista de Arbitragem e mediação, vol. 29, Abril 2011, p. 183.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John *et al –International commercial arbitration* The Hague; Boston; London; Editora Kluwer Law International, 1998, p. 312.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos Sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 03

----- *O poder judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96(2ª Parte)*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 10/338, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun.2000.

RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. IN:

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin *et al. Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. p. 33.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.) - *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32