

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

A COMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA ARBITRAGEM

THE COMPATIBILITY BETWEEN THE INSTITUTES OF JUDICIAL RECOVERY AND ARBITRATION

LÚCIA DE MEDEIROS COUTINHO

Acadêmica do curso de Direito – Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curitiba – PR. Monitora da disciplina de Processo Civil da UNICURITIBA. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas (CJA | CBMA). Ex-membro do Grupo de Arbitragem da UNICURITIBA. E-mail: luciamedeiросcoutinho@hotmail.com.

MARIA EDUARDA DUTRA VENTURA

Acadêmica do curso de Direito – Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curitiba – PR. Membro do grupo de pesquisa Hermenêutica Constitucional, Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). E-mail: mariadutraventuraa@gmail.com.

SANDRA MARA MACIEL-LIMA

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (2009). Mestra em Administração pela Universidade Federal do Paraná (2002). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Paraná (1993). Coordenadora de Tutoria do Curso de Especialização em Gestão de Organizações Públicas -UFPR/UAB (2012/2014). Líder do Grupo de Pesquisa Observatório sobre Direito à Saúde e Cidadania (CNPq/UNICURITIBA) e Membro do Grupo de Pesquisa em Sociologia da Saúde (CNPq/UFPR). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Fez estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal do Paraná (2015/2016). Tem experiência em: Direito à Saúde. Sociologia da

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

Saúde. Subjetividade. Tecnologias Médicas. Políticas Públicas e Metodologia Científica. E-mail: maciellima.sandra@gmail.com.

RESUMO

Trata o presente artigo do estudo da convivência entre o instituto da arbitragem e a recuperação judicial, a partir dos entendimentos doutrinário e jurisprudencial acerca de ambos os assuntos, que vem se propagando gradualmente nas últimas décadas. Entretanto, em virtude da lacuna legislativa existente no ordenamento jurídico, mostra-se relevante identificar as possíveis interações e discrepâncias entre os dois institutos. Para isso, serão examinadas questões como o procedimento arbitral ser anterior ou ulterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial, com base em convenção arbitral pactuada antes e após referida decisão judicial. Ademais, serão pinceladas breves noções a respeito de temas polêmicos, como a indisponibilidade, confidencialidade, suspensão e custas do procedimento arbitral, bem como a possibilidade de utilização da arbitragem durante o procedimento recuperacional entre a empresa em crise e seus credores.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial; Arbitragem; Compatibilidade; Convenção Arbitral.

ABSTRACT

It deals with the study of the coexistence between the institute of arbitration and judicial recovery, based on the doctrinal and jurisprudential understandings on both subjects, which has been spreading recently in the last decades. However, due to the legislative gap in the legal system, it is relevant to identify the possible interactions and discrepancies between the two institutes. To this end, issues such as the arbitration proceeding will be examined before or after the approval of the processing of the judicial reorganization, based on an arbitration agreement agreed before and after the legal basis. In addition, brief brushstrokes on controversial topics, such as

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

the unavailability, confidentiality, suspension and costs of the arbitration procedure, as well as the possibility of using arbitration during the recovery procedure between the company in crisis and its creditors.

KEYWORDS: Judicial Recovery; Arbitration; Compatibility; Arbitration Agreement.

1 INTRODUÇÃO

Ressalta-se que em virtude da omissão legislativa existente no ordenamento jurídico, mostra-se relevante identificar eventual compatibilidade entre os institutos da Arbitragem (Lei 9.307/1996) e da Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005).

A discussão dos pontos de convergência entre ambos se dá pela ocorrência, nos últimos anos, de um aumento exponencial de empresas em crise econômica – especialmente neste momento de 2020, em virtude da pandemia gerada pela Covid-19 –, havendo de ser considerado o extenso número de casos de empresas que buscam a recuperação judicial como um meio possível para superar a dificuldade.

Em paralelo, o crescimento da arbitragem no Brasil destaca-se em ranking mundial, atingindo a colocação de 5º país que mais utiliza arbitragem no mundo¹, surgindo então a dúvida – ou interesse – sobre a possibilidade de compatibilização da via arbitral (que se trata de um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual o árbitro escolhido imporá sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes²) e da recuperação judicial, ação puramente judicial.

Entretanto, cogitar a combinação entre os dois procedimentos é de extrema importância para se debater conflitos envolvendo assuntos empresariais e contratuais. Portanto, serão verificadas, ao longo do estudo, as possibilidades, restrições, estudos de casos e recomendações no tocante à junção dos referidos institutos.

¹ MIRANDA, Danilo. Como o Brasil está seguindo as tendências internacionais e aderindo à arbitragem. **Estadão**. [S.l.], 19 de jun. de 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/como-o-brasil-esta-seguindo-as-tendencias-internacionais-e-aderindo-a-arbitragem/> Acesso em 30 de ago. 2020.

² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004, p.51-52.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

OBJETIVO

O trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca da compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem, visto que há uma omissão legislativa sobre o tema, não sendo estipuladas regras de forma expressa, nem na Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), e nem pela Lei 11.101/2005 (Lei da Recuperação Judicial e Falência). Desta forma, o estudo pretende a análise, a partir da interpretação e adequação das normas já existentes, da possibilidade ou não de combinar a Arbitragem e Recuperação Judicial. E, se sim, em quais casos.

METODOLOGIA

O presente estudo adotará o método dedutivo somado à revisão bibliográfica.

PROBLEMA

Como seria possível combinar um procedimento puramente estatal, com um método alternativo e privado de solução de conflitos, especialmente no tocante às discussões no âmbito empresarial?

DESENVOLVIMENTO

Não impressiona o fato de que o Poder Judiciário brasileiro sofre uma crise há anos, em virtude, essencialmente, da burocracia, morosidade e dos custos a longo prazo, obstando, inclusive, o respeito ao princípio constitucional do acesso à justiça. A quantidade de processos judiciais, cumulada com a estrutura deficitária da organização jurisdicional, são fatores que o tornam fadado à ineficiência, “fabricando” decisões nem sempre satisfatórias. Não obstante, estudos comprovam que tal problemática não se apresenta somente em solo brasileiro, pois há um declínio generalizado na qualidade do Judiciário ao redor do mundo.

Como forma de suavizar parcela da crise enfrentada pelo sistema judicial, a arbitragem pode contribuir e promover a administração da justiça, com eficácia e

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

celeridade, cooperando, dessa forma, para a pacificação dos conflitos, tendo em vista o declínio cada vez maior dos tribunais judiciais nacionais e internacionais, os quais não conseguem suprir o crescimento das demandas e a complexidade das matérias³.

Nesse sentido, Adrian A.S. Zuckerman, no livro *Civil Justice in Crisis*, se posiciona sustentando haver uma generalização de tal decadência em diversos países e retrata algumas das circunstâncias causadoras:

Uma sensação de crise na administração da justiça civil não é, de forma alguma, universal, mas sim generalizada. A maioria dos países representados neste livro está enfrentando dificuldades no funcionamento de seu sistema de justiça civil. Se as dificuldades assumem a forma de custos exorbitantes ou de atrasos excessivos, elas têm sérias implicações [...]. É claro que sempre há implicações de custo para a justiça, como observamos, e atrasos inevitáveis. Mas nenhuma sociedade pode ficar indiferente quando os custos e atrasos atingem proporções que ameacem o sistema de justiça como um todo⁴. (tradução nossa)

Os métodos alternativos representam, nesse cenário, uma saída inteligente, entretanto, permanecem em processo de democratização, sendo que a crise mencionada possivelmente se acentua quando a parte escolhe recorrer ao Judiciário, ao invés da outra estratégia. Segundo Alvim, a arbitragem pode ser definida como “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”⁵.

Esses terceiros são buscados com base na confiança das partes, que devem ter capacidade para permitir que este árbitro componha o litígio existente entre elas, sendo que dentre os principais benefícios da via arbitral, destacam-se a celeridade, a

³ NERY, Ana Luiza Barreto de A. F. **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, p. 29. 2015

⁴ “A sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread. Most countries represented in this book are experiencing difficulties in the operation of their system of civil justice. Whether the difficulties take the form of exorbitant costs or of excessive delays, they have serious implications [...]. Of course, there are always cost implications to justice, as we have observed, and there are inevitable delays. But no society can remain indifferent when cost and delay reach proportions that threaten the justice system as a whole.” ZUCKERMAN, Adrian A. S., 1999 apud CAVALCANTI, Fabiano Robalinho (Coord.). **Apostila do Curso de Arbitragem da Faculdade Getúlio Vargas** – FGV, 2014, p. 3.

⁵ ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p.14

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

confidencialidade, o conhecimento técnico da matéria objeto do litígio pelo árbitro que decidirá o litígio e a informalidade do procedimento.

No tocante à recuperação judicial, necessário ressaltar que, diferentemente da abrangência conferida pela arbitragem para a realização de sua convenção, sujeitam-se a Lei de Recuperação Judicial/Extrajudicial e Falências, empresário individual e as sociedades empresárias, de acordo com o art. 1^o⁶. Nesse sentido, deve-se observar o que dispõe o Código Civil (art. 966 e seguintes⁷).

Os demais agentes econômicos que não se enquadram nessas definições se sujeitam ao procedimento de insolvência civil (conforme o art. 2^o da referida LREF⁸) ou aqueles previstos em legislação própria (caso das cooperativas, operadores de plano de saúde e instituições financeiras). Apenas as empresas públicas, sociedades de economia mistas e entidades de previdência complementar é que estão totalmente excluídas de procedimentos de insolvência (LFRE, art. 2^o, I).

Partindo deste pressuposto, o conceito de recuperação judicial, de acordo com a doutrina de Marlon Tomazette, é de que o procedimento recuperacional é um conjunto de atos, que dependem de uma concessão judicial, objetivando a superação das crises de empresas viáveis, tendo como elementos essenciais da recuperação da empresa: “(a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis”, sendo possível afirmar que é o:

[...] somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu

⁶ Art. 1^o Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

⁷ CC, art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

⁸ Art. 2^o Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores⁹.

Como dispõe sua respectiva lei¹⁰, é um mecanismo que tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora e dos interesses dos credores, atendendo ao princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Nesse sentido:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sobótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem¹¹.

Superados tais apontamentos, se torna necessário esclarecer que o objeto deste trabalho não se trata de examinar a possibilidade do procedimento da recuperação judicial tramitar em vias arbitrais. Aliás, é visível na doutrina o posicionamento dos juristas no sentido de que tal ação é de competência exclusiva do Poder Estatal, visto que a própria lei confere essa prerrogativa ao Judiciário. O objetivo é, na verdade, realizar alguns apontamentos sobre a possível convivência entre os dois institutos.

⁹ TOMAZETTE, Marlon Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas – volume 3 / Marlon Tomazette. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 71-72.

¹⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Empresarial : Falência e Recuperação Judicial. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 129.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

Partindo deste pressuposto, relevante é a análise dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, em virtude de que se verifica o princípio da legalidade, o qual estabelece que é permitido – aos privados – realizar tudo aquilo que a lei não proíbe. Logo, não havendo norma legal sobre a temática, presume-se viável combinar os dois institutos, salvo por alguns dispositivos específicos que limitam a sua junção.

Em primeiro lugar, é importante observar o disposto no artigo 1º da Lei de Arbitragem¹², o qual estabelece a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, significando respectivamente que pessoas capazes de contratar poderão se valer da arbitragem para solucionar conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Logo, cumpridos os requisitos de capacidade e disponibilidade do patrimônio é possível haver a associação com a recuperação judicial, bem como com a falência.

No que se refere ao requisito de “pessoas capazes”, é possível a compatibilização com a recuperação judicial, visto que, o administrador da empresa continua no exercício das suas funções durante a recuperação e, por conseguinte, continua sendo capaz para contratar. No entanto, quanto à falência, o administrador da empresa não tem mais capacidade de contratar, de forma que o administrador judicial será o representante da massa falida, sendo necessária autorização judicial para transigir.

Nesse sentido, tem-se por entendimento jurisprudencial que não há nenhum impedimento à aplicabilidade das convenções de arbitragem pactuadas anteriormente à decretação da falência ou deferimento da recuperação da falência, uma vez que continuam sendo validas e eficazes¹³, até porque a pactuação anterior à decretação da falência ou do deferimento do processamento da recuperação judicial é um ato jurídico perfeito e acabado. Ademais, não à toa a própria cláusula compromissória inserida em um contrato é autônoma em relação a ele.

No tocante ao requisito do “direito patrimonial disponível”, é plenamente compatível tanto a recuperação judicial quanto a falência. A doutrina e Tribunais vêm reconhecendo a possibilidade da instauração de um procedimento arbitral, ao invés

¹² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹³ Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 9044554-23.2007.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, J. 25.06.2008

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

do ajuizamento de um pedido judicial a respeito, por exemplo, de impugnação de valores ilíquidos, por duas razões: (1) os institutos da falência e da recuperação judicial não acarretam a indisponibilidade dos bens, mas sim do falido ou recuperando, tendo em vista que os bens continuam disponíveis justamente para saldar as dívidas, sendo que deverá haver o tratamento igual aos credores; (2) bem como os valores que seriam apurados pelo tribunal arbitral, se referem a quantias não liquidadas, em virtude de que se trata de um juízo de conhecimento, que não permite atos executórios.

Ademais, a aderência da via arbitral, ao invés do Judiciário, não implica em nenhum prejuízo aos credores, isso porque, garante o processo legal, e ainda traz um procedimento mais célere, técnico, negocial e adequado às partes, não havendo no procedimento arbitral nenhum ato de expropriação ou disposição patrimonial, por ser de competência privativa do Poder Judiciário. Assim, é plenamente possível a instauração da arbitragem com base na cláusula compromissória anterior ao processo judicial da recuperanda ou falida, isto é, se utilizar da arbitragem para embasar o pedido falimentar, com fundamento no artigo 94 da Lei 11.101/200.

Ainda, de acordo o artigo 6, § 6º, da Lei 11.101/2005¹⁴, o juízo da recuperação judicial e da falência são universais, e devem ser comunicados sobre qualquer ato; no entanto, o procedimento de arbitragem é sigiloso, assim para que seja possível realizar a compatibilidade desse institutos, é necessário que as partes disponham do sigilo, para que o juízo concursal possa ser comunicado a respeito da arbitragem.

De acordo com Paulo Fernando Campos Salles de Toledo¹⁵ – a arbitragem necessariamente deve versar somente sobre litígios patrimoniais disponíveis e, portanto, – o Ministério Público não tem legitimidade para intervir no procedimento arbitral, visto que trata apenas de questão patrimonial, não atingindo a ordem pública, sendo desnecessário o envolvimento do Ministério Público na arbitragem que

¹⁴ 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. § 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial: I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial; II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

¹⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 20, 2009. p. 25-52.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

compreenda empresa em recuperação judicial ou massa falida, uma vez que a arbitragem cuidará apenas de formar título executivo.

Prosseguindo, ressalta-se que o artigo 117¹⁶, da Lei de Recuperação Judicial e Falências prevê a liberalidade do administrador judicial cumprir ou não os contratos bilaterais, no que diz respeito à massa falida. Esse dispositivo poderia trazer certa dúvida quanto ao cumprimento da convenção arbitral, porém, somente se aplica a contratos não cumpridos, não enquadrando-se a cláusula compromissória nessa modalidade, especialmente por sua relação de autonomia quanto ao contrato em que se encontra inserida, ainda que seja necessária a suspensão do procedimento arbitral por disposição do juízo estatal.

Nesse sentido, importante esclarecer que o artigo 6º, da Lei 11.101/95 retrata a essencial questão do efeito suspensivo surgido com a decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial, em relação às ações e execuções em face do devedor.

Essa regra, excepcionada pelo §1º¹⁷ do mesmo artigo, tem sua relativização no que se refere às ações que demandem quantias ilíquidas. Como já mencionado, a arbitragem é justamente um processo de conhecimento, no qual se discute determinado patrimônio e, em virtude de sua natureza, é possível interpretar que os procedimentos arbitrais não têm a automática suspensão, como ocorreria com uma execução judicial, por exemplo, de acordo com a jurisprudência do STJ:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. JURISDIÇÃO ESTATAL (JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E JURISDIÇÃO ARBITRAL. DETERMINAÇÃO ARBITRAL DE CARÁTER PROVISÓRIO PARA EMISSÃO DE GARANTIA BANCÁRIA. REPERCUSSÃO NO PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Aplicabilidade do NCP neste julgamento conforme o Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2.

¹⁶ 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.

¹⁷ § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

A questão jurídica a ser dirimida está em definir a competência para determinar a emissão de carta de fiança bancária por empresa em recuperação judicial para garantia de dívida em discussão no juízo arbitral. 3. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento. 4. O conflito positivo de competência ocorre não apenas quando dois ou mais Juízos se declaram competentes para o julgamento da mesma causa, mas também quando proferem decisões excludentes entre si acerca do mesmo objeto. Na hipótese dos autos, os Juízos suscitados proferiram decisões incompatíveis entre si, pois, enquanto o Juízo arbitral determinou a apresentação de garantia bancária pela empresa recuperanda, o Juízo da recuperação se manifestou no sentido de que qualquer ato construtivo ao patrimônio da recuperanda deverá ser a ele submetido. 5. Segundo a regra da Kompetenz-Kompetenz, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória (art. 485 do NCPC, art. 8º, parágrafo único, e art. 20 da Lei nº 9.307/9). **6. No caso sob análise não há discussão sobre a interpretação do contrato e da convenção de arbitragem que embasaram o procedimento, limitando-se a quaestio juris a definir qual é o juízo competente para deliberar sobre prestação de garantia passível de atingir o patrimônio da empresa recuperanda.** 7. Segundo precedentes desta Corte Superior, as ações ilíquidas tramitam regularmente nos demais juízos, inclusive nos Tribunais Arbitrais. **Contudo, não será possível nenhum ato de constrição ao patrimônio da empresa em recuperação.** 8. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 153.498/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 14/06/2018 – g.n.)

Dito isto, vislumbram-se algumas possibilidades: **(1)** a instauração da arbitragem envolvendo empresa em recuperação judicial (ou seja, após o deferimento do seu processamento); ou **(2)** a recuperação judicial ocorrer durante o curso de uma arbitragem. Quanto a este último, o TJSP¹⁸ julgou um caso com a característica da

¹⁸ "Agravo de Instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula com promissória pactuada em contrato de construção de edifício firmado entre as partes. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei nº 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo Universal da Falência. Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela Câmara de Arbitragem. Aplicabilidade do artigo 6o, § 1o, da Lei nº 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a "vis attractiva" do art. 76, "caput", devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4o, da Lei nº 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei nº 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

decretação da falência de uma empresa ter ocorrido após a instauração e tramitação de uma arbitragem já existente. Embora tenha ocorrido este “incidente” (= decretação da falência), a arbitragem teve prosseguimento e, ao final, as partes divergiram quanto à validade do laudo arbitral resultante da arbitragem.

Em primeiro grau o juízo entendeu que a arbitragem deveria ter sido suspensa no momento da decretação e o valor declarado no laudo arbitral não poderia ser habilitado. Porém, o TJSP alterou essa decisão, reconhecendo o direito do credor de efetuar a habilitação do crédito, em virtude do artigo 6º, §1º. Contudo, é recomendável, nestes casos, que o credor requeira ao árbitro ou ao tribunal arbitral que determine a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial, de acordo com a autorização conferida no art. 6.º, § 3.º¹⁹, da Lei 11.101/2005, para não sair prejudicado (por exemplo, se ao término da arbitragem não houvessem mais recursos disponíveis para o pagamento do crédito).

Já a primeira possibilidade citada, que seria a instauração da arbitragem envolvendo empresa em recuperação judicial, é o caso de que um novo procedimento arbitral se instaura após o processamento da recuperação judicial, com base em cláusula compromissória regularmente pactuada. O STJ²⁰ julgou caso semelhante em

atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9º, inciso II e 124, ambos, da Lei nº 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e a habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos. (TJSP, Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00, j., rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. 25.06.2008.)

¹⁹ § 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.

²⁰ PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA ARBITRAL. NATUREZA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ART. 475-N, CPC. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. QUESTÕES RELATIVAS À SUA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. COMPETÊNCIA. ÁRBITRO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÕES E EXECUÇÕES. SUSPENSÃO. ART. 18, "A", LEI 6.024/74. LIMITES. – [...] II. Da possibilidade de massa liquidanda participar de procedimento arbitral Ainda que, ad argumentandum, fosse possível transpor o óbice da Súmula nº 283 do STF, também no mérito, ao menos no juízo sumário próprio desta sede, não se encontram elementos suficientes a ensejar o acolhimento do recurso da INTERCLÍNICAS. Segundo aduz a requerente, “ante as conseqüências inarredáveis ao procedimento de liquidação extrajudicial, impossível a instituição do juízo arbitral, posto que o liquidante não possui capacidade plena para dispor acerca do patrimônio da massa liquidanda” (fls. 12). [...] Tomando por base os poderes conferidos ao liquidante e as restrições impostas à sua atuação, não se vê nenhum empecilho à subsunção de massas liquidandas ao procedimento arbitral, em especial da INTERCLÍNICAS. (i) Da validade da cláusula compromissória O primeiro aspecto a ser

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

que a autora visava conseguir uma liminar que impedisse o prosseguimento da arbitragem iniciada pela ré com base em cláusula compromissória de contrato anterior à instauração do seu regime de liquidação extrajudicial.

Considerou-se válido o compromisso arbitral celebrado antes deste incidente, pois à época da contratação, a autora cumpriu os requisitos subjetivo e objetivo anteriormente mencionados no presente trabalho, pois detinha plena capacidade para contratar e submeteu à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis (porém, é possível encontrar entendimento contrário a este) – nesse ponto, ressalta-se que pelo princípio da competência-competência, os próprios árbitros poderiam discutir sobre o prosseguimento ou não do procedimento²¹.

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. [...] (iii) Da competência para apreciação da eficácia da cláusula compromissória Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. [...] (iv) Da suspensão de ações e execuções contra a massa liquidanda Embora também este ponto sequer tenha sido ventilado no recurso especial, impende deixar consignado que o fato do art. 18, “a”, da Lei nº 6.024/74 determinar a “suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação”, não tem influência nas considerações até aqui tecidas, tendo em vista que esta Corte, já se manifestou reiteradas vezes no sentido de mitigar a aplicação do mencionado dispositivo legal. Confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes excertos da jurisprudência deste STJ: [...] Por todos estes motivos, pelo menos em tese, mediante o superficial exame que se afigura possível nesta sede cautelar, os argumentos da requerente não se mostram plausíveis, de modo a caracterizar a presença do *fumus boni iuris*, indispensável à concessão da liminar ora pleiteada. Forte em tais razões, indefiro liminarmente a petição inicial, com supedâneo no art. 34, XVIII, do RISTJ, e, por consequência, JULGO EXTINTO o processo sem exame de mérito. [...] (STJ, MC 14.295/SP (2008/0122928-4), Decisão Monocrática da Min. Nancy Andrichi, DJ 13.06.2008).

²¹ SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELOS ARTS. 15 E 17 DA LINDB E 216-A A 216-N DO RISTJ. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO COMPROMISSO ARBITRAL E MATÉRIAS REFERENTES AO MÉRITO DA QUESTÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA HOMOLOGADA EM CONCORDÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. 1. O pedido está em conformidade com os arts. 216-A a 216-N do RISTJ e 15 a 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tendo a sentença arbitral sido proferida por autoridade competente e a instauração sido realizada pela requerida, estando, portanto, suprimida a questão sobre a regularidade da citação. Verifica-se o trânsito em julgado da sentença, conforme normativos da LCIA - Arbitration and ADR worldwide, que, no art. 26.9 de seu regulamento, considera definitivas todas as sentenças lá proferidas. 2. Questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 9.307/1996. Trata-se da denominada *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência, sendo condenável qualquer tentativa das partes ou do juiz estatal de alterar essa realidade. 3. Não compete ao juízo estrangeiro, ao solucionar a questão do compromisso arbitral, determinar a outro juízo que ponha fim ao processo ou mesmo a uma das partes

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

No entanto, embora atraente a combinação dos institutos, outra polemica se dá na discussão sobre a inserção de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial, vinculando os credores e a empresa em recuperação em relação a eventuais conflitos. Debate semelhante a este pode ser verificado no âmbito do direito societário, quando cogita-se a adesão dos sócios da sociedade anônima à cláusula compromissória estatutária, tendo em vista que, sendo a arbitragem consensual, se a cláusula não tiver sido aprovada por unanimidade de votos, sua aplicação em relação aos sócios não aderentes é questionada.

Feitos esses esclarecimentos, seria faltoso não mencionar um último apontamento crítico no que diz respeito aos custos para se manter uma arbitragem, não serem compatíveis com a crise econômica da empresa (uma das maiores controvérsias envolvendo as desvantagens do instituto).

É possível vislumbrar, pelo menos, quatro alternativas à essa problemática: (a) o sujeito interessado no cumprimento da cláusula arcar com todos os custos; (b) o sujeito interessado pode simplesmente adiantar as custas, deixando quaisquer valores de ressarcimento à serem suportados pela empresa em crise, decididos posteriormente pelos árbitros; (c) o pagamento das custas arbitrais serem efetivados pela devedora, embora possa frustrar os credores, por motivos caros ao processo concursal (hipótese menos prática); (d) e, por fim, a arbitragem ser financiada por terceiros (arcando com os honorários dos advogados, dos julgadores e com as demais despesas necessárias à produção de provas e administração do procedimento).

Neste ponto, ressalta-se que a crise enfrentada por uma grande empresa e seu nome empresarial são fatores que podem interessar terceiros que pretendam, por exemplo, adquirir a notabilidade da recuperanda, de forma que o financiamento da arbitragem pode figurar como uma grande solução à problemática envolvendo os custos do instituto.

Frente a todo o exposto, o que se conclui é que não há um posicionamento uníssono no que diz respeito à compatibilidade entre os institutos da arbitragem e da recuperação judicial. Em suma, a razão para que tal assunto abarque tamanha

que o faça, sob pena de ferir a disposição inserta no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 4. Sentença arbitral estrangeira homologada em parte. (SEC 12.781/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 18/08/2017)

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

discrepância quanto às opiniões explanadas é a inexistência de previsão expressa em lei – tanto na legislação falimentar quanto na lei que tutela o instituto da arbitragem.

Assim sendo, uma das alternativas encontradas para esclarecer a problemática é a realização de uma mudança na Lei 11.101/2005, nesse sentido, cumpre elucidar que tal alteração já foi proposta por um grupo de trabalho formado pelo Ministério da Fazenda e visa a inclusão, de maneira expressa, da figura da arbitragem na referida lei falimentar. Contudo, enquanto não há efetiva alteração legislativa, a presente pesquisa possibilitou o entendimento de que há compatibilidade entre os dois institutos explorados ao longo do estudo.

Assim, entende-se que a cláusula compromissória deve ser respeitada, pois o devedor, à época da assinatura, cumpria os requisitos objetivos e subjetivos indispensáveis ao procedimento pela via arbitral, como bem relatam Luis Cláudio Furtado e Felipe Rodrigues Cozer.²² Outrossim, complementa-se que questões atinentes ao sigilo do procedimento arbitral e ao custo do mesmo podem ser resolvidas entre as partes do processo, não configurando óbice no que diz respeito a utilização da via arbitral para dirimir eventuais conflitos de uma empresa que esteja em recuperação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a pesquisa, conclui-se pela possibilidade de compatibilizar os institutos da arbitragem e da recuperação judicial. Embora haja grande divergência quanto ao tema, haja vista a ausência de regulamentação por parte das legislações vigentes, o que se nota é a existência de pontos de contato suficientes para a junção dos referidos institutos.

Malgrado exista uma lacuna normativa, é possível preencher os requisitos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), a qual esclarece que poderá se submeter à arbitragem a pessoa capaz de contratar e que pretenda discutir direitos patrimoniais

²² COZER, Felipe Rodrigues. FARIA, Luis Cláudio Furtado. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 31, 2011. p. 251 - 261.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

disponíveis. Assim sendo, tem-se que o administrador da empresa em recuperação judicial continua no exercício das suas funções durante a recuperação – podendo, inclusive, realizar contratações – e que esta não acarreta na indisponibilidade dos bens do devedor.

Ademais, no que tange ao paradoxo sobre o sigilo do processo arbitral e a necessidade de comunicação do juízo da recuperação judicial, verifica-se a possibilidade do devedor renunciar ao sigilo proposto pela via arbitral. Dentro desse contexto, conclui-se pela possibilidade de unir a recuperação judicial à arbitragem.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação Judicial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, in **Revista de Processo**, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994, p. 97.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Muniz** - 1 ed. - São Paulo: Atlas, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho (Coord.). **Apostila do Curso de Arbitragem da Faculdade Getúlio Vargas – FGV**, 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas**. - 8 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

COUTINHO, Renato Fernandes. PACÍFICO, Pedro Otávio de C. B. Apontamentos sobre a compatibilidade entre os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, [S.I], v. 11, 2019. p. 1-17.

COZER, Felipe Rodrigues. FARIA, Luis Cláudio Furtado. A arbitragem e a recuperação judicial um estudo sobre a convivência e possíveis conflitos entre os institutos. **Revista de Arbitragem e Mediação** [S.I], v. 31, 2011. p. 251 - 261.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem**. – 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015 (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 13-14.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. Contratos internacionais e arbitragem: o direito fundamental à liberdade das partes na escolha da lei a ser aplicável nas relações privadas. **Revista Jurídica- UNICURITIBA**, v. 1, n. 42, p. 349 - 365, fev. 2016.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo. **Recuperação e Falência Lei n.11.101/2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 61, 2019, [S.l.]. p. 141 - 164.

NERY, Ana Luiza Barreto de A. F. **Class Arbitration**: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, p. 29. 2015

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma; MANGO, Andrei Rossi; ASSIS, Taíza Soares de. Benefícios da arbitragem internacional em litígios de infração de patente. **Revista Jurídica- UNICURITIBA**, v. 1, n. 38, p. 211 - 225, dez. 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 4 ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **MC 14.295/SP** (2008/0122928-4), Decisão Monocrática da Min. Nancy Andrighi, DJ 13.06.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **SEC 12.781/EX**, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 18/08/2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgInt no **CC 153.498/RJ**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 14/06/2018

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 20, 2009. p. 25-52.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Roberto Senise Lisboa (In memoriam)

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – volume 3.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Agravo de Instrumento 9044554-23.2007.8.26.0000**, Relator: Pereira Calças, J. 25.06.2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Agravo de Instrumento 531.020-4/3-00**, j., rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. 25.06.2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Agravo de Instrumento 658.014-4/2-00**, rel. Roberto Solimene, DJ 10.12.2009.