

Principais temas sobre arbitragem e recuperação judicial

Main topics about arbitration and insolvency proceedings

Gabriela de Barros Sales

Advogada. Pós-Graduada em Arbitragem Comercial e Métodos Consensuais de Solução de Conflitos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ). *E-mail:* gabrielab@wald.com.br.

Resumo: No presente artigo, serão abordadas as principais matérias acerca da relação entre a arbitragem e os processos de recuperação judicial e falência.

Palavras-chave: Arbitragem. Disputas. Conflitos. Cláusula compromissória. Empresas. Recuperação judicial. Falência. Plano de recuperação judicial.

Abstract: This article will address the main topics about arbitration and insolvency proceedings.

Keywords: Arbitration. Disputes. Conflicts. Commitment clause. Companies. Insolvency proceedings. Bankruptcy. Turnaround plan.

Sumário: **1** Considerações iniciais – **2** Arbitrabilidade em recuperação judicial e falência – **3** Cláusula arbitral e plano de recuperação judicial – **4** Carta arbitral e reserva de crédito – **5** Considerações finais – Referências

1 Considerações iniciais

O tema da arbitrabilidade nas disputas empresariais tem sido muito debatido nos últimos anos em razão da crescente utilização do instituto da arbitragem como método de resolução de conflitos.

Com o advento da Lei nº 9.307/96, o ordenamento jurídico pátrio conferiu regramento específico à arbitragem, o que colaborou com o seu crescimento, especialmente nos conflitos empresariais que discutem temas de alta complexidade.

No entanto, por se tratar de um instituto recente, ainda existe grande discussão acerca das matérias empresariais que podem ser submetidas à arbitragem como forma de resolução de conflitos, visto que certos litígios podem discutir não só direitos patrimoniais disponíveis, mas também temas de ordem pública, cuja competência exclusiva é da jurisdição estatal.

O artigo 1º da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Contudo, existem conflitos que tratam de direitos patrimoniais disponíveis, mas também de questões que envolvem interesses coletivos de ordem pública, o que gera grandes dúvidas acerca da possibilidade de sua submissão ao procedimento arbitral.

Sobre o tema da arbitrabilidade, Carlos Alberto Carmona¹ esclarece que:

São arbitráveis, portanto, as causas que tratam de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.

Assim, entende-se que podem se submeter à arbitragem os conflitos que tratem de direitos patrimoniais disponíveis e que não entrem em conflito com questões de matéria pública, cuja competência é reservada à jurisdição estatal.

A partir dessa premissa, muito se questiona se seria possível a submissão de litígios que envolvam empresas em processo de insolvência à arbitragem como método de resolução de conflitos, uma vez que é reservada ao juízo universal a competência para dirimir as controvérsias decorrentes dos processos de recuperação judicial e falência.

Embora os litígios empresariais sejam em sua essência relativos a direitos patrimoniais disponíveis, certas discussões esbarram em questões de ordem pública, tais como o soerguimento da empresa, o plano de recuperação judicial, o pagamento aos credores, a alienação de ativos e a intervenção do Ministério Público na lide.

Com o crescimento dos pedidos de recuperação judicial e falência decorrentes da crise financeira que assola o país, novas discussões acerca do tema surgiram nos últimos anos, tais como: a arbitrabilidade de litígios que envolvem empresas em situação de crise, a de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial e a possibilidade de pedido de reserva de crédito pelo tribunal arbitral com a finalidade de garantir o direito de voto do credor em assembleia geral de credores.

Ainda assim, a relação entre arbitragem e processos de insolvência ainda é pouco discutida na doutrina e na jurisprudência, o que ainda gera certo receio por

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

parte das empresas devedoras em utilizar o instituto como método de resolução de seus conflitos.

Além do custo elevado para dirimir o litígio de uma empresa devedora através da arbitragem, também existe alguma insegurança jurídica acerca dos temas que podem ser submetidos ao procedimento arbitral, visto que existe interesse público nos processos de recuperação judicial e falência.

Apesar das controvérsias, a jurisprudência pátria já fixou o entendimento de que a arbitragem e os processos de insolvência não consistem em institutos antagônicos e podem coexistir, desde que presentes certos pressupostos.

Também já existe entendimento em nosso ordenamento jurídico sobre a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial e a possibilidade de realizar pedido de reserva de crédito a partir de carta arbitral, o que demonstra certa evolução na discussão jurídica do tema.

O presente artigo pretende analisar as questões mais relevantes em matéria de recuperação judicial e falência no que se refere à possibilidade de submissão de seus conflitos ao instituto da arbitragem.

Em seguida, será analisada a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial e de pedido de reserva de crédito pelo juízo arbitral.

Por fim, será analisado o custo-benefício da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos que versem sobre empresas em recuperação judicial e falência, além dos efeitos práticos de sua aplicação.

2 Arbitrabilidade em recuperação judicial e falência

Um dos principais temas acerca da arbitrabilidade em matéria empresarial consiste nos conflitos que envolvem empresas em processos de recuperação judicial e falência, visto que possuem características de natureza jurídica bastante distintas do instituto da arbitragem.

O procedimento arbitral é regido pelos princípios da autonomia da vontade, patrimonialidade e confidencialidade. Já os processos de insolvência visam atender interesses coletivos e de ordem pública a fim de preservar o soerguimento da empresa, com a manutenção de empregos e pagamento dos credores.

A clara distinção entre os dois institutos gera muitas dúvidas acerca da possibilidade de utilização da arbitragem em processos falimentares ou recuperacionais, uma vez que a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), em seu artigo 1º,

define que podem ser submetidos à arbitragem os conflitos “relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.²

Entretanto, as empresas em insolvência sofrem restrições na sua disponibilidade patrimonial, o que pode consistir em um entrave à utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos, isso porque o art. 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005) estabelece que:

O devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

Com isso, o administrador da empresa devedora fica inabilitado, em caso de falência, para exercer qualquer atividade empresarial e perde o seu direito de administrar seus bens ou deles dispor, conforme estabelece o art. 103³ da Lei nº 11.101/2005 (LRF).

Entretanto, essa indisponibilidade de bens não afeta a possibilidade de submissão da empresa recuperanda ao procedimento arbitral, especialmente quando a cláusula compromissória tenha sido firmada antes da concessão da recuperação judicial ou decretação da falência.⁴

Embora possa influenciar no concurso de credores, o procedimento arbitral não tem caráter executório, sendo a execução competência exclusiva da jurisdição estatal. Assim, o prosseguimento de arbitragem que envolva empresa em processo de insolvência não viola a ordem pública, visto que a execução do crédito será realizada necessariamente na jurisdição estatal.

Nesse sentido é o entendimento de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo,⁵ ao consignar que “o procedimento arbitral, por sua natureza não executória, tem prosseguimento, mesmo quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial ou tenha sua falência decretada”.

O caso *Interclínicas* foi paradigma dessa discussão no Superior Tribunal de Justiça.⁶ Ao julgar o mérito do recurso, a relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, entendeu pela possibilidade da utilização da arbitragem por empresa em

² Art. 1º da Lei 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

³ Art. 103, LRF: “Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

⁴ ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 13, abr./jun. 2007, p. 20.

⁵ TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

⁶ STJ, Medida Cautelar nº 14.295-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09.06.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801229284&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.

liquidação extrajudicial, sob o fundamento de que o instituto não tem o condão de onerar ou alienar bens do insolvente, além de não afetar o interesse dos credores.

Em comentários sobre a decisão inédita proferida pelo STJ,⁷ Arnoldo Wald considerou que:

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 fixar o montante de um crédito.

Assim, entende-se que a cláusula compromissória deverá ser respeitada quando firmada antes da recuperação judicial ou da falência, visto que não haverá qualquer ato de constrição no patrimônio da empresa devedora durante o curso do procedimento arbitral.

Em que pesem os argumentos favoráveis à utilização da arbitragem, parte da doutrina entende que a indisponibilidade de bens na falência tornaria ineficaz a cláusula compromissória, uma vez que caberá ao administrador judicial a gestão da massa falida, em razão do afastamento do devedor.

Além disso, a LRF⁸ prevê a ineficácia dos atos praticados antes da quebra, de modo que seria possível o descumprimento pelo administrador judicial de

⁷ WALD, Arnoldo; 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.

⁸ Art. 129, LRF: “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”.

contratos celebrados previamente à decretação da falência, dentre eles a convenção de arbitragem.

Nessa linha de raciocínio, Rechsteiner⁹ afirma que:

Quando o procedimento arbitral ainda não foi iniciado na data da decretação da falência do devedor, a cláusula arbitral ou cláusula compromissória constante num contrato celebrado entre credor e devedor com data anterior se torna ineficaz naquele momento.

Em entendimento diametralmente oposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰ se posicionou sobre o tema ao considerar que:

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 judicial.

Parte da doutrina também entende que o litígio não poderia ser submetido à arbitragem caso a cláusula compromissória tenha sido firmada após a decretação da falência, em razão da indisponibilidade de bens do devedor e do seu afastamento da gestão da empresa.

Por esse ângulo, Inez Balbino¹¹ entende que:

No caso em que a arbitragem tenha sido firmada e instaurada após a decretação da falência, essa não poderá ser aplicada, pois os bens do falido, por força do artigo 103 da Lei de Falência, são considerados, nesse momento, como indisponíveis, o que preceitua contrariamente o princípio basilar e fundamental da arbitragem, inserido no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.

Apesar dessa divergência de entendimento, a doutrina majoritária inclina-se no sentido de que a indisponibilidade de bens não impede a submissão do devedor ao procedimento arbitral, visto que será julgado apenas o mérito do litígio, sem qualquer ato expropriatório que afete os bens da empresa insolvente.

⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 358.

¹⁰ 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.

¹¹ BALBINO, Inez. *A arbitrabilidade do direito falimentar: arbitragem – temas contemporâneos*. São Paulo: Editora Quartier, 2012. p. 210.

Em consonância com esse entendimento, Gisela Mation¹² entende que:

Há uma tendência na jurisprudência brasileira a entender que a indisponibilidade de bens da empresa insolvente não implica a impossibilidade de resolução de conflitos por meio da arbitragem. Isso porque eventual condenação no âmbito da arbitragem só será executada e terá efeitos sobre os bens do devedor no juízo da recuperação judicial ou da falência, como ocorreria com uma ação judicial que discute a existência de um crédito. Ademais, a falência e a recuperação judicial por si sós, não teriam o condão de afetar a capacidade das partes para participar em procedimento arbitral decorrente de cláusula compromissória previamente pacturada.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo,¹³ ao analisar com base em sentença arbitral o pedido de habilitação nos autos de uma massa falida, entendeu pela legitimidade da inclusão do crédito no quadro geral de credores sob o fundamento de que não se pode avocar o princípio do juízo universal em demandas ilíquidas, ainda pendentes de julgamento de mérito.

Vale ressaltar que, embora não tenha expressa previsão na LFR no sentido de autorizar o administrador judicial a celebrar convenções de arbitragem, também não existe vedação legal nesse sentido, de modo que o juízo falimentar poderá autorizar a participação da massa falida em procedimento arbitral. Dessa forma, caberá ao administrador judicial representar a massa falida na arbitragem instaurada.

Já nos processos de recuperação judicial, o empresário permanece na gestão da empresa devedora, sendo-lhe permitido realizar novos contratos. Com isso, não existe nenhum impedimento à celebração de uma convenção de arbitragem durante o processo de recuperação judicial, em razão da sua natureza jurídica contratual.

O único entrave de ordem prática à submissão de uma empresa em dificuldade ao procedimento arbitral consiste no seu elevado custo. Isso se justifica na medida em que a despesa poderá causar reflexos no fluxo caixa da empresa e, conseqüentemente, no pagamento aos credores.

Assim, caberá ao devedor avaliar a conveniência da adoção da arbitragem como meio de resolução do conflito ou recorrer ao *third party funding*, que consiste no financiamento do procedimento arbitral por terceiro.

¹² MATION, Gisele Ferreira. Arbitrabilidade de disputas envolvendo empresa falida ou em recuperação judicial: notas sobre a jurisprudência brasileira. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes *et al.* (Coord.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 370.

¹³ TJ-SP, Agravo de Instrumento 531.020.4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 25.06.2008.

No tocante à existência de arbitragem anterior ao processamento da recuperação judicial, a polêmica reside nos casos em que a empresa devedora figura no polo passivo da demanda. Isso porque, nos termos do art. 6º, §1º, da LRF,¹⁴ ao tratar da suspensão das ações e execuções em face da recuperanda, traz a ressalva de que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”.

Por conta desse dispositivo, muitos se questionam se o crédito discutido na arbitragem estará abarcado pela suspensão das ações em razão do processamento da recuperação judicial ou se deverá prosseguir junto ao tribunal arbitral.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho,¹⁵ as ações de conhecimento “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”.

Desse modo, ao excepcionar as ações que versem sobre quantia ilíquida, a intenção do legislador foi justamente dar continuidade a tais processos a fim de que os créditos sejam habilitados no quadro geral de credores após a sua respectiva liquidação.¹⁶

Nessa linha de entendimento, Luiz Roberto Ayob¹⁷ esclarece que:

As reclamações trabalhistas e as ações ordinárias pelas quais se demandar quantia ilíquida contra a empresa devedora não serão apanhadas pelo *conditional stay* e continuarão a tramitar perante os juízos onde foram distribuídas.

Por consequência lógica, entende-se que o crédito discutido em arbitragem em face de empresa em processo de insolvência não se submete aos efeitos da suspensão e deverá prosseguir no tribunal arbitral até que o valor seja líquido e

¹⁴ Art. 6º, LRF: “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.

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

¹⁵ ULHOA, Fabio Coelho. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresa*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 39.

¹⁶ Dentro desse cenário, perfeitamente lógica e plausível por excetuar, da ordem geral de suspensão, as ações que envolvam quantia ilíquida, uma vez que estas (i) em nada prejudicam o regime especial de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, já que não poderão ensejar, ao menos a priori, quaisquer atos de constrição ou expropriação patrimonial, e (ii) são, a bem da verdade, necessárias ao bom andamento das recuperações ou falências, já que têm por escopo tornar líquidos e certos créditos que, posteriormente, poderão ser incluídos no quadro geral de credores (GRION, Renato Stephan; VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. *A Reforma da Lei da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 100).

¹⁷ AYOB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 192.

certo. Após a sua liquidação, o crédito deverá ser habilitado nos autos da recuperação judicial ou falência, nos termos da Lei nº 11.101/2005.

O min. Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos,¹⁸ ao tratarem dos créditos discutidos em arbitragem no âmbito dos processos de insolvência, esclarecem que:

Do ponto de vista contratual, havendo cláusula de arbitragem, eventual divergência sobre o valor do crédito deveria ser decidida na esfera arbitral. Apurado o valor na corte arbitral, este seria comunicado ao Administrador Judicial para efeito de inclusão no Quadro Geral de Credores.

Ademais, considerando que o procedimento arbitral não tem caráter executivo, entende-se que a discussão acerca do crédito deverá prosseguir perante o tribunal arbitral até que o seu valor se torne líquido e, conforme o entendimento de Pedro Batista Martins,¹⁹ a arbitragem é “instituto que visa solucionar disputa, disputa essa de cunho ilíquido e controvertido”.

Portanto, conclui-se que a existência de processo de recuperação judicial ou falência não enseja a suspensão da arbitragem, que deverá prosseguir até a liquidação do valor do crédito em disputa.

Outra discussão acerca do tema da arbitrabilidade reside na intervenção do Ministério Público nos processos de insolvência ou em ações ajuizadas contra a massa falida, conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 11.101/2005,²⁰ o que poderia consistir em óbice à submissão do litígio ao procedimento arbitral.

A doutrina²¹ esclarece que, na arbitragem, são dirimidos litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que justifica a ilegitimidade do Ministério Público em intervir nessas demandas. E o Superior Tribunal de Justiça,²² no julgamento do Recurso Especial nº 419.020-MG, fixou o entendimento de que não é necessária a participação do Ministério Público nos conflitos que envolvam direitos disponíveis.

¹⁸ SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA DOS SANTOS, Paulo. *Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 300.

¹⁹ 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*, São Paulo: Ed. RT, n. 10, p. 338, abr./jun. 2000.

²⁰ Art. 4º, LRF: “O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e 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”.

²¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, jan./mar. 2009, p. 49.

²² STJ, Recurso Especial nº 419.020-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 20.10.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200271341&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.

No julgamento do Resp nº 235.679-SP,²³ o min. José Carlos de Meira diferenciou a indispensável atuação do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e falência da sua atuação nas demais ações em que a devedora figura como parte, ao considerar que:

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.

Conclui-se que o Ministério Público detém competência para intervir somente nos casos de evidente interesse público²⁴ e que envolvam a massa falida ou a empresa em recuperação judicial, o que ocorre apenas em hipóteses excepcionais.²⁵

Nesse sentido é o entendimento de Gisela Ferreira Mation,²⁶ ao esclarecer que:

Não há se se falar em inviabilidade de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo empresas falidas ou em recuperação judicial por conta da impossibilidade de participação do Ministério Público.

Sendo assim, não há nenhum impedimento à utilização da arbitragem em demandas que envolvam processos de insolvência e que tratem exclusivamente de direitos patrimoniais, uma vez que, nesse caso, não caberá a intervenção do Ministério Público.

Por todas essas razões, verifica-se que, apesar de existir evidente interesse público nos processos de recuperação judicial e falência, nada impede a utilização

²³ Ver: STJ, EDcl no REsp nº 235.679-SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 08.05.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900966716&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.

²⁴ Sobre o tema, Donaldo Armelin esclarece que: “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 em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legis. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento da invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96”. Em: A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 13, Revista dos Tribunais, p. 16-29.

²⁵ Conforme entendimento de Inez Balbino sobre o tema: “Pela sistemática da lei falimentar o Ministério Público somente intervém quando a lei expressamente pede”. Em: *A Arbitrabilidade do direito falimentar*. Arbitragem – Temas Contemporâneos. São Paulo: Editora Quartier, 2012. p. 216.

²⁶ MATION, Gisela Ferreira. *Arbitrabilidade de disputas envolvendo empresa falida ou em recuperação judicial*: notas sobre a jurisprudência brasileira. Direito Processual Empresarial. Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Elsevier, 2012.

da arbitragem como meio de resolução de conflitos que discutam exclusivamente matéria de ordem patrimonial.

3 Cláusula arbitral e plano de recuperação judicial

No que se refere à possibilidade de inclusão de cláusula compromissória ao plano de recuperação judicial, a discussão ainda é incipiente em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina já possui o entendimento de que poderá ser inserido compromisso arbitral em plano de recuperação judicial. Isso se justifica em razão da natureza contratual do plano, que basicamente consiste na celebração de acordo firmado entre credores e devedora, regido a partir dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé.

Além disso, a inserção de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial também encontra amparo no argumento de que, ao longo do processo, poderão surgir diversos litígios envolvendo direitos de caráter patrimonial e que podem ser solucionados a partir da arbitragem.

Como se sabe, o plano de recuperação judicial tem caráter contratual, de modo que basta a adesão dos credores para a inclusão da cláusula compromissória ao plano.

Esse é o entendimento de Raphael Nehin Correa,²⁷ ao esclarecer que:

O Plano de Recuperação Judicial nada mais é do que um contrato firmado entre credores e devedora com a finalidade de recuperar a empresa, em nossa visão, não há óbice para a inclusão da cláusula compromissória com o objetivo de estabelecer a arbitragem como mecanismo de solução de disputas que digam respeito ao cumprimento das obrigações previstas no Plano.

Outrossim, existem diversas vantagens para a inclusão da cláusula compromissória, uma vez que a arbitragem poderá resolver futuros conflitos decorrentes do cumprimento do próprio plano de recuperação judicial. Além disso, poderá solucionar de forma especializada os conflitos de matéria empresarial de alta complexidade, tais como: (i) aumento de capital/conversão de dívidas em capital; (ii) ingresso de novos acionistas; ou (iii) cisões ou incorporações.

Sobre as vantagens da inclusão de cláusula compromissória ao plano de recuperação judicial, Pedro Batista Martins²⁸ aduz que:

²⁷ CORREA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência: arbitragem no Brasil*. São Paulo: Imprensa Régia, 2010. p. 85.

²⁸ Em artigo publicado em: https://www.bmalaw.com.br/arquivos/BMA_Review/Newsletter_BMA_Review_Janeiro_Fevereiro_2006.pdf.

Se a arbitragem for incluída nos planos de recuperação judicial, as decisões passarão a ser tomadas por um árbitro especialista escolhido em comum acordo entre os envolvidos nos processos, fato que, além de aliviar os juízes da Justiça comum, assoberbados com milhares de processos, atinge o objetivo final da nova lei de falências, que é sanar os problemas das empresas em dificuldade com ressarcimento aos credores garantindo um ambiente econômico saudável.

No entanto, surge a seguinte dúvida: a existência de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial vincularia todos os credores?

O questionamento reside no fato de que a cláusula de arbitragem é autônoma e, portanto, a sua anuência deverá ser expressa e independente da votação do plano de recuperação judicial.

Leonardo Gomes Aquino²⁹ esclarece que, ainda que o plano não tenha sofrido qualquer objeção, a cláusula não é vinculante a todos os credores.

Outra questão importante é saber se a existência de uma cláusula compromissória no corpo do plano de recuperação teria o condão de obrigar e vincular todos os credores, inclusive aqueles que tenham objetado a sua aprovação. Entendemos que não, caso o plano não tenha sofrido objeção por parte de qualquer credor ou, que objetado, tenha sido ele aprovado pela assembleia geral de credores ou, ainda, na hipótese excepcional mencionada no art. 58, §1º da lei de recuperação de empresas. Não havendo nenhuma desta hipótese será vinculativa a convenção arbitral.

No entanto, vale ressaltar que a autonomia da cláusula compromissória não impede a sua inclusão em plano de recuperação judicial, visto que não há incompatibilidade jurídica entre os dois institutos.

Diante disso, verifica-se que não há empecilhos à inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial, uma vez que a arbitragem poderá ser utilizada como meio de solução de futuros conflitos decorrentes de suas disposições,³⁰ o que poderá contribuir, inclusive, com o soerguimento da empresa.

²⁹ AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justillex*, v. 7, n. 74, p. 69, jul. 2008.

³⁰ Sobre o tema, Leonardo Gomes de Aquino esclarece que: "Dessa maneira, nos parece cabível postular pela possibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos existentes na relação falimentar, em especial, na recuperação extrajudicial. As partes diante desse conflito poderiam elaborar um compromisso arbitral, visto ser possível na justiça arbitral a homologação de acordos quando as partes são capazes, bem como se trata de direitos disponíveis" (AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justillex*, v. 7, n. 74, p. 68, jul. 2008).

4 Carta arbitral e reserva de crédito

Conforme já dito, o procedimento arbitral terá prosseguimento ainda que sobrevenha processo de recuperação judicial ou falência de uma das partes. Após a definição do crédito na arbitragem, a sua execução deverá ocorrer junto à jurisdição estatal, que, no caso, será o juízo recuperacional ou falimentar (juízo universal).

Para isso, a Lei nº 11.101/2005 prevê a necessidade de habilitação do crédito tanto na recuperação judicial quanto na falência. Em síntese, a habilitação do crédito na recuperação judicial tem por objetivo: (i) garantir o direito de voto na Assembleia Geral de Credores; e (ii) assegurar o seu pagamento na forma do plano de recuperação judicial. Já no processo falimentar, a habilitação consiste em mecanismo pelo qual o credor poderá ser contemplado com o pagamento do crédito.

No que se refere à finalidade da habitação de crédito nos processos de insolvência, Ayob³¹ explica que:

O objetivo da verificação é identificar quais créditos estão sujeitos ao concurso de credores pela formação do quadro geral de credores. O procedimento “apenas serve para estabelecer a legitimação de cada um dos credores concursais a entrar no concurso de credores falencial”. Na recuperação judicial de empresas, a verificação de créditos possibilita que se aperfeiçoe a relação de credores apresentada na petição inicial (art. 51, III e IV, da LRF), de modo a tornar mais precisa a composição do passivo da empresa devedora e, ao mesmo tempo, viabilizar a participação dos credores relacionados da barganha a ser realizada bi processo, mais precisamente na assembleia geral de credores.

Por essa razão, o crédito decorrente de procedimento arbitral também deverá ser habilitado junto ao processo de recuperação judicial ou falência após a sua respectiva liquidação, na forma do que dispõe a Lei nº 11.101/2005.

No tocante à habilitação de crédito de valores discutidos em arbitragem na falência, Donaldo Armelin³² ressalta que:

Também a indisponibilidade dos bens do falido não será alterada pela arbitragem ou pelo seu resultado, quando, como sucede no caso em tela, este se constituir em título executivo judicial, que haverá de

³¹ AYOB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 165-166.

³² ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, p. 16-29.

ser habilitado no juízo falimentar para que o direito nele embutido venha ser, em sendo isso possível, satisfeito.

Isso porque, para a satisfação do crédito, seja através do plano de recuperação judicial ou pela arrecadação de bens do falido, é necessária a respectiva habilitação junto ao juízo universal.

Também vale ressaltar que o tribunal arbitral poderá requerer pedido de reserva de crédito junto ao juízo recuperacional até que o seu valor seja definido, nos termos do que dispõe o art. 6º, §3º, da LRF.³³ Esse mecanismo visa garantir o direito de voto do credor em assembleia geral de credores, ainda que o crédito esteja pendente liquidação.

A possibilidade de pedido de reserva do crédito pelo tribunal arbitral já encontra respaldo da doutrina, conforme demonstram as lições do min. Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva dos Santos,³⁴ ao esclarecerem que:

(...) enquanto não apurado o valor do crédito, o credor só pode exercer o direito de voto se tiver pedido a reserva de crédito, nos termos do art. 39 da Lei 11.101/2005. Por isso, tratando-se de quantia ilíquida, é fundamental que o credor requeira ao juiz que processa a recuperação judicial a reserva da importância que estimar devida, e, uma vez reconhecido o seu direito pelo tribunal arbitral, o crédito será incluído na classe própria.

A jurisprudência³⁵ pátria também já admite a possibilidade de reserva de crédito através de envio de carta arbitral ao juízo da recuperação judicial a fim de garantir ao credor a possibilidade de participar da assembleia geral de credores.

Portanto, embora o juízo arbitral seja o competente para apreciar a discussão acerca do crédito, a lei falimentar confere a participação em AGC com direito de voto ao credor detentor de valores ainda ilíquidos, através do pedido de reserva de crédito.

5 Considerações finais

Conforme demonstrado ao longo deste artigo, ainda existem diversas questões acerca da aplicação do instituto da arbitragem aos processos de insolvência,

³³ Art. 6º, §3º, LRF: "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".

³⁴ SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA DOS SANTOS, Paulo. *Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 302.

³⁵ TJ-MG, Agravo de Instrumento nº 10024142988666024, 6ª CC, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, p. em 15.03.2018 e TJ-RJ, Decisão Monocrática, Agravo de Instrumento nº 0001873-40.2017.8.19.0000, 6ª CC, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, j. em 21.11.2017.

visto que consiste em tema ainda muito recente em nosso ordenamento jurídico. Contudo, ao diferenciar os litígios de ordem pública e os conflitos de ordem patrimonial, é possível ter uma clara visão do que poderá ser submetido ao procedimento arbitral.

Embora a doutrina e a jurisprudência tenham avançado no tema, algumas matérias ainda merecem maiores análises, de modo a contribuir com a ampliação da utilização do instituto da arbitragem na solução de conflitos empresariais, ainda que uma das partes esteja submetida ao processo de recuperação judicial ou de falência.

Conforme já dito, a existência de um juízo universal para dirimir os conflitos das empresas em processos de insolvência não é incompatível com a submissão de certos litígios ao instituto da arbitragem e, como a arbitragem consiste em um procedimento célere e especializado, caberá ao devedor avaliar a conveniência de sua utilização como forma de resolução de conflitos, o que poderá colaborar com o soerguimento da empresa através da definição rápida de seus litígios.

Ainda que o custo de instauração dos procedimentos arbitrais seja elevado, vale lembrar que as empresas devedoras poderão se utilizar dos fundos de financiamento para essa finalidade.

Também deverá ser avaliada a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial com a finalidade de solucionar futuros conflitos decorrentes de seu cumprimento, especialmente os que tratam de matérias societárias, visto que consistem em temas de alta complexidade e que muitas vezes requerem minuciosa perícia técnica.

Sobre os créditos discutidos em sede arbitral, concluiu-se que a suspensão das ações prevista na LRF não é aplicável a esses créditos, uma vez que ainda carecem da necessária liquidez para a sua posterior habilitação.

Além disso, o tribunal arbitral poderá requerer pedido de reserva de crédito ao juízo recuperacional a fim de garantir o direito de voto do credor com crédito pendente de liquidação na AGC.

Como se viu ao longo deste artigo, a arbitragem não consiste em instituto jurídico antagônico aos processos de recuperação judicial e falência. Ademais, tais procedimentos poderão coexistir paralelamente e se comunicarem através de carta arbitral, conforme o princípio da cooperação entre a jurisdição arbitral e a estatal.

Portanto, verifica-se que é plenamente possível a utilização da arbitragem em litígios que versem sobre processos de insolvência, que tratem exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis.

Referências

- AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justitex*, v. 7, n. 74, jul. 2008.
- ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, falência e a liquidação extrajudicial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 13, abr./jun. 2007.
- AYOB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: DOU, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm.
- BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: DOU, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.
- BALBINO, Inez. *A arbitrabilidade do direito falimentar*. Arbitragem: Temas Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 56.
- CORREA, Raphael Nehin. *Arbitragem e insolvência: arbitragem no Brasil*. São Paulo: Impressão Régia, 2010.
- GRION, Renato Stephan; VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando; ANDRADE SILVA, Guilherme Piccardi de. *A reforma da lei da arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- 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*, São Paulo: Ed. RT, n. 10, p. 338, abr./jun. 2000.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Prazo para aplicação do plano de recuperação de empresas*. Disponível em: https://www.bmalaw.com.br/arquivos/BMA_Review/Newsletter_BMA_Review_Janeiro_Fevereiro_2006.pdf.
- MATION, Gisela Ferreira. *Arbitrabilidade de disputas envolvendo empresa falida ou em recuperação judicial: notas sobre a jurisprudência brasileira*. Direito Processual Empresarial. Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. Elsevier, 2012.
- RECHSTEINER, Beat Walter. Efeitos jurídicos da decretação da falência e da concessão da recuperação judicial em relação à arbitragem no direito brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.
- SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA DOS SANTOS, Paulo. *Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- Site do Superior Tribunal de Justiça para consulta dos acórdãos: www.stj.jus.br.
- Site do Tribunal de Justiça de São Paulo para consulta dos acórdãos: <http://www.tjsp.jus.br/>.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Arbitragem e insolvência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, jan./mar. 2009.
- ULHOA, Fabio Coelho. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresa*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

WALD, Arnoldo; 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.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALES, Gabriela de Barros. Principais temas sobre arbitragem e recuperação judicial. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 179-195, jul./dez. 2019.
