

ARBITRAGEM E INSOLVÊNCIA

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 20/2009 | p. 25 - 52 | Jan - Mar / 2009
Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 6 | p. 819 - 844 | Dez / 2010
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 4/2014 | p. 507 - 534 | Set / 2014
DTR\2009\809

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Professor de Direito Comercial nos cursos de bacharelado, mestrado e doutorado da USP.
Desembargador aposentado do TJSP. Advogado, árbitro e consultor jurídico de empresas.

Área do Direito: Comercial/Empresarial; Arbitragem

Resumo: O autor analisa os casos de arbitragem envolvendo partes insolventes, elucidando o fato de que se uma das partes na arbitragem tiver sua falência decretada, ou ingressar com pedido de recuperação judicial, isto não impede, por si só, que o procedimento arbitral tenha seqüência.

Palavras-chave: Arbitragem - Falência - Recuperação judicial

Abstract: The author analyzes the cases of arbitration involving insolvent parties, explaining the fact that if one of the parties in the arbitration has its bankruptcy adjudicated, or enters with request of judicial recovery, it does not hinder, by itself, that the arbitration procedure has sequence.

Keywords: Arbitration - Bankruptcy - Judicial recovery

Sumário:

1. Algumas observações iniciais - 2. A regra fundamental: suspensão ou prosseguimento da arbitragem - 3. Arbitragem e falência - 4. Arbitragem e recuperação judicial - 5. Arbitragem e recuperação extrajudicial - 6. Arbitragem e liquidação extrajudicial - 7. Questões diversas

1. Algumas observações iniciais

Paul Didier observa que "la législation de la faillite est un carrefour où se croisent et se rencontrent toutes les composantes du système juridique considéré".¹ Essa característica do direito falimentar o diferencia de outras disciplinas jurídicas. A crise da empresa exige abordagem multifária. Vista sob apenas um ângulo, os demais ficariam a descoberto. E a solução, sendo incompleta, seria, por isso mesmo, inadequada.

O exame desse microsistema (a qualificação é de todo pertinente, exatamente em função dessa complexidade de enfoques) conduz o intérprete a questões ligadas não só às teorias gerais do direito empresarial e do direito civil, mas também temas de natureza societária, processual (civil e penal), contratual, constitucional, tributária, trabalhista e criminal. Não é de surpreender, pois, que, também em relação à arbitragem haja pontos de intersecção.

Há casos, portanto, e não são raros, em que, insolvente uma das partes, a jurisdição estatal cede espaço à arbitragem, assim como outros em que o juízo concursal mantém-se intocado, e a via arbitral é suspensa. No Brasil, até pelo sigilo de que se revestem as arbitragens, as informações a respeito são muito poucas. Há, no entanto, alguns julgados que nos fornecem uma pista. Já a Câmara de Comércio Internacional - CCI (ou ICC, na sua sigla em inglês), com sede em Paris, ostenta números, apresentados por Philippe Fouchard, que, embora não sejam recentes, são esclarecedores. Assim é que, em 500 sentenças arbitrais prolatadas pela CCI entre 1989 e 1994, 27 envolviam questões ligadas a procedimentos envolvendo empresas insolventes, e, em 770 processos em curso em 1994, 27 eram relacionados a processos paralelos de insolvência.²

Note-se, desde logo, que a circunstância de uma das partes na arbitragem vir a ter sua falência decretada, ou ingressar com pedido de recuperação judicial, não impede, por si só, que o procedimento arbitral tenha seqüência. Novos processos também poderão ser instaurados, respeitadas umas tantas regras, como se verá. Tenha-se presente, quanto a isso, que a transação é sempre possível, mesmo na falência, e que, no dizer de Carlos Alberto Carmona, invocando a antiga redação do art. 1.072 do CPC (LGL\1973\5), "são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir".³

2. A regra fundamental: suspensão ou prosseguimento da arbitragem

Em hipótese na qual se instaurara, antes da falência da devedora, procedimento arbitral, o TJSP, por sua Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, deu provimento em parte a recurso interposto contra decisão que não admitira habilitação de crédito fundada na sentença arbitral. A Turma Julgadora determinou a inclusão do crédito, considerando que: (a) não era de suspender-se o procedimento arbitral, uma vez que a demanda versava sobre quantia ilíquida, aplicando-se ao caso o disposto no art. 6.º, § 1.º, da Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas e Falências; (b) não mais é prevista a atuação do Ministério Público nas ações propostas pela massa ou contra esta, o que inclui a arbitragem; (c) o crédito deve ser atualizado até a data da quebra e, a partir daí, não podem ser computados juros (AgIn 531.020.4/3-00, j. 25.06.2008, v.u., rel. Des. Pereira Calças).

O acórdão mencionado constitui importante precedente e certamente servirá de parâmetro para o julgamento futuro de questões por ele enfocadas. Entre essas, destaca-se o tema da suspensão das ações e execuções contra o devedor. Como se sabe, a Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101, de 09.02.2005) estabelece, como regra geral aplicável tanto à falência como à recuperação judicial, a suspensão do "curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor".⁴ A disposição não tem um caráter absoluto. Com efeito, não serão todos esses processos que deixarão de seguir. Terão prosseguimento, por expressa previsão legal, as ações que demandarem quantia ilíquida.⁵

Ainda a acentuar a natureza relativa da regra de suspensão, proclama o art. 76 da Lei 11.101/2005 a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar, "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". A norma, é claro, deve ser analisada em conjunto com o disposto no art. 6.º, § 1.º, e se refere às ações em que se demande quantia ilíquida, ou pretensões que não tenham por objeto quantias certas e definidas, uma vez que, nesse caso, o crédito deverá ser habilitado na falência.

Interessa também salientar, por ser importante para o equacionamento do tema aqui em estudo, que a competência do juízo da falência, na hipótese de prosseguimento da ação, cede passo a outros órgãos jurisdicionais, quando estes forem os competentes em razão da matéria, ou quando o falido for autor ou litisconsorte ativo. Mais ainda: todas as ações que terão seqüência passarão a contar com a participação da massa falida - em lugar do falido -, representada pelo administrador judicial.⁶

Diante desse quadro, como se situa o procedimento arbitral? Sabe-se que, por força de lei, foi ele erigido ao mesmo plano do processo judicial de conhecimento, na medida em que a sentença arbitral qualifica-se como título executivo judicial.⁷ A competência do árbitro, no entanto, esgota-se com a prolação da sentença. O cumprimento desta será efetuado perante o juízo cível competente.⁸ E isto porque a jurisdição arbitral não tem poderes para executar. Estes apenas são detidos pelo Estado. Bem por isso, os litígios submetidos à arbitragem são de cunho cognitivo⁹ ou cautelar.¹⁰ Não se pode, via arbitragem, executar um crédito. Daí se depreende que, de um modo geral, os procedimentos arbitrais têm por objeto quantias ilíquidas.

À mesma conclusão chega Pedro Batista Martins, para quem a arbitragem é "instituto que visa solucionar disputa de cunho ilíquido ou controvertido. Não se presta, ou ao menos não se deveria prestar, a solucionar questões passíveis de execução forçada".¹¹¹²

Com estas noções, pode-se inferir 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. Não se lhe aplica, portanto, a regra geral de suspensão dos processos, prevista no *caput* do art. 6.º da Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas, e sim a exceção constante do § 1.º do mesmo dispositivo.¹³

Observa Donald Armelin a propósito que "a suspensão de processos de conhecimento em que se discutem o *an* e o *quantum* debeat dos credores soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar".¹⁴ A assertiva é de todo adequada ao processo arbitral, o que reforça a constatação de que este deve ter seqüência até que se saiba, com a sentença prolatada, qual é precisamente o crédito contra o devedor, a ser habilitado na falência ou na recuperação judicial.

Assinala Philippe Fouchard que, "para favorecer a recuperação (*sauvetage*) da empresa e preservar a igualdade dos credores, o direito falimentar veda ou limita as iniciativas individuais destes, e procura concentrar em uma única jurisdição o contencioso decorrente da cessação de pagamentos do devedor".¹⁵ Com efeito, a situação de crise da empresa exige uma solução que leve em conta o conjunto dos interesses envolvidos, de modo que não se beneficiem uns credores em detrimento de outros. Todos os créditos submetidos aos efeitos do processo concursal devem ser, pois, declarados no juízo falimentar.

Convém notar que, no mesmo rumo da norma brasileira acima enfocada, mas de modo mais enfático e circunstanciado, dispõe o art. L. 622-21 do Código de Comércio francês, na redação dada pela Lei 2005-845, de 26.07.2005. Lê-se nesse dispositivo que o processamento da "salvaguarda" (*sauvegarde*) interrompe ou interdita o ajuizamento de ações de credores sujeitos ao regime (titulares de crédito anteriores à decisão de abertura do procedimento) que estejam postulando a condenação do devedor ao pagamento de uma soma em dinheiro, ou à resolução de um contrato por falta de pagamento de quantia determinada. Como se vê, a regra impõe a suspensão das ações e execuções referentes a quantias líquidas. Prosseguem ou podem ser ajuizadas as demais, e naturalmente poderão ser propostas as relativas a créditos posteriormente constituídos.

Não será demais acentuar, com Philippe Fouchard, que, embora o artigo em tela se refira a demandas judiciais (*toute action en justice*), por uma questão de coerência ele se aplica igualmente aos procedimentos de arbitragem.¹⁶ Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio.

Acrescenta o art. L. 622-22 do mesmo diploma que mesmo as ações que terão prosseguimento serão temporariamente suspensas, excetuados os processos trabalhistas, perdurando a suspensão até que o credor apresente sua declaração de crédito (por estimativa), sendo então retomadas pelo representante dos credores, objetivando, porém, exclusivamente a constatação dos créditos e a fixação de seu montante. A particularidade merece destaque: como se viu, também os processos que deverão ter seqüência serão temporariamente suspensos, para que o credor apresente sua declaração, por estimativa. A previsão legal é importante, na medida em que possibilita considerar, no plano a ser elaborado, os créditos a serem posteriormente fixados. Além disso, tais processos, voltando a correr, objetivarão somente definir o *an* e o quantum debeat.

Cabe ainda notar que a regra acima é reafirmada no art. L. 622-24, o qual estipula que todos os créditos anteriores à decisão de processamento, com exceção dos trabalhistas, devem ser declarados. Isto abrange, acrescenta a alínea 3 do mesmo dispositivo, inclusive os créditos ilíquidos, que são declarados com base numa estimativa.

Os dispositivos acima mencionados são aplicáveis não apenas ao procedimento de salvaguarda (*sauvegarde*) mas também ao de reerguimento judicial (*redressement judiciaire*), nos expressos termos do art. L. 631-14. Além disso, os arts. L. 622-21 e L. 622-22 estendem seus efeitos, por força do art. L. 641-3, também à liquidação judicial.

No tocante à arbitragem, vale observar que o juízo concursal é competente para todas as questões relativas aos procedimentos disciplinados na lei falimentar, de modo que, como anota Fouchard, os litígios daí decorrentes são "inarbitráveis", e isto porque "seu objeto é estreitamente ligado à organização da falência".¹⁷ A norma guarda semelhança com a constante do art. 76 de nossa lei, no ponto em que esta excetua da competência do juízo falimentar, dentre outras, as ações *não* reguladas na Lei 11.101/2005. Nem faria sentido que, nas ações disciplinadas na lei concursal, coubesse a arbitragem. Não dá para imaginar, por exemplo, uma ação revocatória falimentar proposta perante juízo arbitral.

Salienta ainda Fouchard, citando dois julgados recentes, repugnar aos tribunais franceses que o procedimento arbitral seja sistematicamente paralisado pela abertura do processo concursal.¹⁸ Não poderia ser diferente: as arbitragens têm por objeto, como regra, quantias ilíquidas, de modo que devem prosseguir - após declarado o crédito por estimativa - para se apurar se existe a dívida e qual o seu montante.

Para ter mais um parâmetro, vale mencionar também a disciplina legal da matéria nos Estados Unidos. No direito norte-americano o ajuizamento de processo falimentar impede, como regra, o prosseguimento ou a instauração de ações contra o devedor ou a "massa falida" (*bankruptcy estate*) [Section 362(a)]. A partir desse momento todas as pretensões devem ser deduzidas perante o juízo

concurso, salvo as exceções expressamente previstas. Trata-se da chamada *automatic stay*. Note-se que a suspensão se dá com o ingresso em juízo do pedido, solução que poderia ser adotada entre nós, ainda que com o risco de possibilitar abusos, tanto por parte do devedor (na recuperação judicial) quanto do credor (no requerimento de falência).

Para Vesna Lazic, a razão mais forte para que a sentença arbitral não prevaleça em caso de falência de uma das partes reside na natureza coletiva do processo falimentar, o que permite que não apenas o administrador judicial (*trustee*), mas também os demais credores e o próprio devedor possam impugnar a declaração de crédito.¹⁹ Essa amplitude de possibilidade de participação de todos os interessados é, efetivamente, característica do direito concursal. Não se pode, no entanto, esquecer que ela existe em função de um princípio fundamental do direito das empresas em crise: a paridade de tratamento entre os credores (*par condicio creditorum*). Obviamente, essa igualdade se dá entre credores que estejam na mesma situação jurídica, o que explica que, na falência, haja uma ordem a ser observada para o pagamento dos créditos admitidos ao processo falimentar.

A arbitragem, nos Estados Unidos, estaria também abrangida pela regra da suspensão dos processos? Assinala Vesna Lazic que o reconhecimento (*enforcement*) da arbitragem após o início do processo falimentar de uma das partes é um tema bastante controvertido naquele país, e acrescenta que a ausência de um consenso jurisprudencial a respeito faz com que as hipóteses sejam decididas casuisticamente (*on a case-by-case basis*). Não parece ter sido este, no entanto, o intuito do legislador, uma vez que, segundo lembra o mesmo autor, no processo legislativo de que redundou o diploma falimentar norte-americano (*Bankruptcy Code*), lê-se declaração no sentido de que "todos os procedimentos são suspensos, inclusive a arbitragem", estendendo-se a paralisação a "todos os procedimentos, mesmo que não submetidos à justiça estatal".²⁰

De qualquer modo, não se pode ainda deixar de considerar que essa suspensão automática (*automatic stay*) pode ser afastada se houver fundadas razões para isso ou se o credor demonstrar que seus interesses não estariam adequadamente protegidos se o processo fosse suspenso.²¹ Isto se aplica, pode-se inferir do exposto, aos procedimentos arbitrais.

Especificamente no tocante à arbitragem, cumpre notar que Fernando Mantilla-Serrano, em pesquisa efetivada na CCI, encontrou um único caso em que os árbitros decidiram suspender o procedimento arbitral devido à existência de um processo paralelo de insolvência envolvendo uma das partes. Salienta, no entanto, que ambas as partes haviam requerido a suspensão.²² A constatação é particularmente significativa, na medida em que aos próprios árbitros compete decidir acerca de sua competência para o julgamento da questão a eles submetida, por força da regra competência-competência (*kompetenz-kompetenz*).

Para encerrar o tópico, vale a pena voltar ao direito brasileiro, e mencionar duas disposições, ambas de possível extensão às arbitragens. Estas, como visto, prosseguem, quando versarem sobre quantias ilíquidas, tanto na falência quanto na recuperação judicial do devedor. As normas indicadas tratam de duas conseqüências especiais desse prosseguimento.

A primeira dessas regras versa sobre o direito de reserva da importância que se estimar devida. O fundamento é evidente: de nada adiantaria apurar-se a responsabilidade da devedora, traduzida no pagamento de determinada quantia, sem haver disponibilidade de recursos prevista para isto. A reserva será determinada pelo juiz da causa cuja seqüência foi legalmente imposta.²³ Por idênticas razões, na arbitragem que tiver prosseguido, o árbitro ou o tribunal arbitral terá poderes para decidir acerca da "reserva da importância que estimar devida".²⁴

Por outro lado, a Lei de Recuperação de Empresas igualmente estabelece que "as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial", acrescentando que a comunicação poderá ser feita ou pelo juiz da causa ou pelo próprio devedor.²⁵ De todo conveniente que essa regra, por sinal compatível com a transparência que deve estar sempre presente nos processos concursais, também se aplique aos de arbitragem. Num caso e noutro, é de rigor ter-se a visão do conjunto, abrangente o quanto possível da situação patrimonial do devedor, compreendendo seus bens e suas dívidas.

Nas duas situações acima enunciadas há, quanto às arbitragens, um óbice a ser ultrapassado. É que, embora não seja da essência do procedimento arbitral, nem haja previsão legal a respeito, as arbitragens, no Brasil, normalmente são de caráter sigiloso. Recomenda-se, por isso, que as partes, nesse caso, abram mão do sigilo.²⁶ Podem fazê-lo, porque inexistente qualquer norma cogente que as

impeça, e convém que o façam em defesa de seus próprios interesses. Com isso, estará o árbitro ou o tribunal arbitral, *ipso facto*, liberado para comunicar ao juízo concursal a decisão relativa à reserva de quantia suficiente para o cumprimento da obrigação pecuniária que vier a ser reconhecida e a própria existência do procedimento arbitral.

3. Arbitragem e falência

Viu-se, no tópico anterior, a regra geral, aplicável à falência e à recuperação judicial, que dispõe sobre o prosseguimento das demandas (as arbitragens, inclusive) em que se postule quantia ilíquida. Convém, agora, examinar outras situações, começando pela falência de uma das partes.

Philippe Fouchard, examinando o tema a partir das perspectivas traçadas pelo direito francês, distingue entre os procedimentos arbitrais nos quais o devedor for autor ou réu. No primeiro caso, o procedimento se interrompe e é mais adiante retomado, com as alterações processuais cabíveis no tocante à legitimação da parte. Se, por outro lado, o devedor estiver no pólo passivo da relação processual e o procedimento ainda não tiver sido instaurado, o credor deverá declarar seu crédito, e o juiz-comissário irá se declarar incompetente para conhecer do litígio, a ser dirimido pela via arbitral.²⁷ Já o procedimento arbitral em curso contra o devedor será interrompido, prosseguindo após ter o credor apresentado sua declaração de crédito.²⁸

Assinala ainda Fouchard mais uma hipótese, a da celebração de convenção de arbitragem após o ajuizamento do processo concursal (mais precisamente, após o *jugement d'ouverture*). Segundo esse autor, nesse caso a solução é bem mais simples, na medida em que é "généralement contractuelle, n'est évidemment pas lié à la faillite et celle-ci n'exerce pas sur lui d'influence juridique".²⁹

Aqui também o autor faz uma distinção, conforme se trate de casos de *redressement judiciaire* e *liquidation judiciaire*. A primeira hipótese será analisada a seguir, no tópico de n. 4. Na segunda alternativa, que corresponde à nossa falência, a lei estabelece que o liquidante pode, autorizado pelo juiz-comissário, firmar compromisso arbitral ou transigir, quando se cuidar de matéria de interesse coletivo dos credores. Pode ser oportuna, quando houver "un contentieux aussi considérable que multiple",³⁰ essa abordagem coletiva. Na verdade, seria preferível a transação ao invés da arbitragem, que seria "tão longa e aleatória quanto a via judicial", e, além disso, deveria ser homologada em juízo, "pour veiller à l'équilibre des concessions consenties...".³¹

A existência de norma expressa³² a respeito da possibilidade de se instaurar, mesmo na falência, procedimento arbitral, é importante, na medida em que afasta possíveis dúvidas a propósito. É claro, no entanto, que a faculdade deverá ser utilizada *cum grano salis*, levando-se em conta, precipuamente, o interesse da massa falida.

Depois dessa rápida visão do direito francês, cumpre verificar o tratamento dado à matéria pelo direito brasileiro, cumprindo consignar, desde logo, a inexistência de disposição expressa. Interessa precipuamente questionar a possibilidade de instauração de arbitragem após a quebra, uma vez que a iniciada anteriormente prossegue, com o administrador judicial no lugar do falido e, se já concluída ao ser decretada a falência, pode o crédito ser habilitado com base na sentença arbitral.

Entende Donald Armelin³³ que o decreto de falência, assim como o de liquidação extrajudicial, não impede o cumprimento da convenção de arbitragem antes pactuada, tanto para dar seqüência a processo arbitral em curso como para instaurar novo procedimento. Num caso e noutro o devedor será representado pelo administrador judicial ou pelo liquidante. A assertiva, é claro, aplica-se a demandas de quantias ilíquidas, uma vez que, não o sendo, o crédito deverá ser objeto de habilitação. O autor acrescenta que alterações supervenientes relativas às partes não afastam a eficácia da convenção. Caberá, apenas, suprir a capacidade da parte ou substituí-la na relação processual.³⁴

Em outras palavras: na falência, como o devedor perde a administração de seus bens,³⁵ não pode prosseguir atuando no processo, na mesma posição processual. Será sucedido, no entanto, pela massa falida, representada pelo administrador judicial,³⁶ obviamente nas causas que não tiverem sido suspensas pela falência.³⁷

Consignou, a propósito do tema, o TJSP, em acórdão da lavra do Des. Manoel Pereira Calças, da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, que:

"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 negocial e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o art. 1.º da Lei 9.307/1996." ³⁸

Uma outra questão interessante consiste em saber se há necessidade de interpelar o administrador judicial para dizer do cumprimento da convenção de arbitragem. A resposta a essa indagação, diga-se desde logo, é negativa. Explica-se. A convenção de arbitragem válida afasta a jurisdição estatal. Assim, não cabe ao administrador judicial dizer se a cumpre ou não. A validade e eficácia do negócio jurídico não são afetadas pelo decreto de falência de uma das partes. A norma do art. 117 da Lei 11.101/2005 não se aplica a essa situação, a não ser na referência feita à regra geral de que "os contratos bilaterais não se resolvem pela falência". A massa falida poderá, até, se for recalcitrante na instituição da arbitragem, ser judicialmente compelida a cumprir a convenção. ³⁹

Assim, não há que se interpelar o administrador judicial para declarar se cumpre ou não a convenção, uma vez que a regra do art. 117 da Lei de Recuperação de Empresas tem em vista contratos ainda não cumpridos, o que não se aplica à cláusula arbitral, que é autônoma e se acha perfeita e acabada. Nesse sentido: Ricardo Tepedino. ⁴⁰

Trajano de Miranda Valverde, comentando o art. 43 da antiga Lei de Falências, ⁴¹ ensina que:

"Quanto aos negócios jurídicos patrimoniais bilaterais (contratos em sentido estrito), *ainda não cumpridos no todo, ou em parte*, pelos contraentes, é ponto firmado em doutrina e assinalado pela nossa lei, que eles, em princípio, não se resolvem com a falência de qualquer dos contraentes." ⁴² (Grifos nossos)

A cláusula compromissória, vale observar, é autônoma em relação ao contrato. Essa autonomia é proclamada em uníssono pela doutrina e é reconhecida pelo art. 8.º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). ⁴³ Daí decorre que o administrador judicial pode ser interpelado, nos termos do art. 117, § 1.º, da Lei 11.101/2005, para dizer se cumpre o contrato, não a cláusula compromissória. Quanto a esta, já se decidiu: se houver litígio, será submetido à jurisdição arbitral, não cabendo às partes voltar atrás nesse ponto.

Bem por isso, se o administrador judicial, interpelado pelo contraente *in bonis* se irá ou não cumprir o contrato, responder negativamente, ou silenciar (o que equivale à negativa), a parte prejudicada pelo descumprimento fará jus à indenização, "cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário" (art. 117, 2.º, Lei 11.101/2005). Havendo cláusula compromissória, a via cabível será a arbitral, uma vez que a negativa de cumprimento foi do contrato, e não da convenção de arbitragem.

Ronaldo Vasconcelos, invocando a natureza contratual (inegável) da convenção de arbitragem, conclui que o administrador judicial, do mesmo modo que acontece com os demais contratos a serem cumpridos, ⁴⁴ deverá, para que a arbitragem possa ser validamente instituída, obter a aquiescência do comitê de credores, ou, se não houver esse órgão, do juiz da falência. ⁴⁵

A afirmativa impressiona, mas é infirmada por dois fatores. *Primo*, a convenção e, em especial, a cláusula compromissória é (naturalmente se não tiver nenhum vício que a invalide) ato perfeito e acabado, não cabendo às partes, como foi visto, dizer se a cumprem ou não. *Secundo*, é expressa incumbência do administrador judicial "praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, diligenciar a cobrança de dívidas e dar a respectiva quitação", e, ainda, "representar a massa falida em juízo, contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serão previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores". ⁴⁶ Tais regras são igualmente aplicáveis à arbitragem, e restringem a aprovação do comitê ao valor dos honorários, não se estendendo à propositura da demanda ou à defesa nas ações contra a massa.

De qualquer modo, a instauração de procedimento arbitral implica em custos, a serem suportados pela massa falida, se esta integrar a lide. A circunstância é apontada por Ronaldo Vasconcelos, ⁴⁷ que assinala ser "praticamente impossível" preencher, no caso concreto, o requisito do proveito econômico, a que se refere o art. 117 da Lei 11.101/2005. Ainda que não se entenda aplicável essa disposição às arbitragens, não se pode deixar de convir que, concretamente, a questão pode

inviabilizar o acesso da massa falida à via arbitral.

Acrescenta Ronaldo Vasconcelos que a instauração da arbitragem na falência apenas será possível "nas remotas e cumulativas hipóteses" por ele enumeradas: (a) que a parte interessada arque com os custos da arbitragem; (b) que a via arbitral tenha a concordância do comitê de credores ou do juiz; (c) que haja um efetivo "tratamento paritário das partes no procedimento arbitral"; (d) que a sentença arbitral limite-se a declarar a existência e o montante do crédito.⁴⁸ Conclui o autor competir ao juízo falimentar e não ao arbitral decidir, no caso, pela instauração ou não da arbitragem.⁴⁹

Cumpra ponderar que a massa falida poderá dispor de recursos para custear a participação na arbitragem, de modo que, isto ocorrendo, não precisará a outra parte arcar exclusivamente com os custos. Lembre-se, ainda, não ser imprescindível, como foi visto, a anuência do comitê de credores, nem a expressa autorização judicial (a não ser, é claro, que a questão seja submetida ao juiz, em razão de eventual dissídio entre os partícipes do processo falimentar).

Anota, no entanto, Donald Armelin que, na pendência do processo falimentar, não é possível, no direito brasileiro, celebrar validamente convenção de arbitragem, face à "perda pelo executado da disponibilidade de seus bens", os quais, acrescenta, estão sob as ordens do Poder Judiciário.⁵⁰ A posição é compartilhada por Ronaldo Vasconcelos, pois a arbitragem, segundo assinala, "inequivocadamente exige que o seu objeto sejam direitos patrimoniais disponíveis".⁵¹

A assertiva é, no entanto, questionável: quem não pode celebrar a convenção é o falido, que perde a administração de seus bens. Mas, pergunta-se, e o administrador judicial, representando a massa, pode? Ainda que isso implique potencial alienação de bens, que estão todos sujeitos à constrição judicial, não seria possível aplicar a disciplina legal prevista para a realização dos ativos da massa? Seria aplicável ao caso, por extensão, a regra segundo a qual o administrador judicial, desde que autorizado judicialmente, pode "transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimentos de dívidas" (art. 22, § 3.º, Lei 11.101/2005)? Além disso, cabe-lhe "praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações", e "diligenciar a cobrança de dívidas" (art. 22, III, I, Lei 11.101/2005).

Vale a pena insistir que, na verdade, os bens do falido *não são indisponíveis*. Ele, o devedor, é que não pode "deles dispor", consoante determina o art. 103, caput, da Lei 11.101/2005. Muito ao contrário, na falência, é exatamente a disposição dos bens do falido, por meio do mecanismo legal de realização do ativo, que irá proporcionar aos credores a satisfação (relativa, é claro) de seus créditos. O argumento da indisponibilidade não resiste, portanto, a um enfoque mais acurado.

Também favorável à celebração de convenção arbitral mesmo após a falência é o pensamento de Carlos Alberto Carmona. Lembra esse autor que o art. 1.º da Lei de Arbitragem exige que as partes, para avençar a arbitragem, devem ser capazes de contratar, e estabelece que são arbitráveis os "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".⁵² Dessa disponibilidade, assevera, segue-se que "não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração". É que, sabidamente, o administrador de bens de terceiros não tem poderes de disposição. Não pode, portanto, aliená-los, a não ser quando expressamente autorizado. Essa autorização será judicial em certos casos (como na hipótese de falência, lembra Carmona) possibilitando desse modo a celebração da convenção de arbitragem, que, não fora isto, seria nula. O autor conclui que os entes despersonalizados, entre os quais a massa falida, "podem valer-se da arbitragem, eis que têm capacidade de ser parte e de estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos".⁵³

Não será demais lembrar, mais uma vez, a frase de Carlos Alberto Carmona, segundo a qual "são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir".⁵⁴ Ora, a Lei de Recuperação de Empresas expressamente autoriza o administrador judicial, na falência, a "transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento", desde que autorizado judicialmente, após ouvidos o comitê de credores e o devedor.⁵⁵ Por igualdade de motivos, pode-se afirmar que o administrador judicial também poderá, na falência, celebrar convenção de arbitragem. O ideal, é claro, seria termos, no direito brasileiro, norma expressa a respeito, à semelhança do direito francês.⁵⁶

4. Arbitragem e recuperação judicial

A regra geral, aplicável à falência e à recuperação judicial, é, como já foi visto,⁵⁷ a suspensão das ações e execuções, ressalvadas as demandas por quantias ilíquidas. Assim, como regra, as

arbitragens prosseguem, em ambos os regimes mencionados, até que a obrigação se torne líquida. Cabe agora examinar a possibilidade ou não de se instaurar novos procedimentos arbitrais, depois de deferido o processamento da recuperação judicial.

José Emílio Nunes Pinto, em artigo de doutrina, defende a utilização da arbitragem na recuperação judicial, para a solução de controvérsias relacionadas ao cumprimento do plano. E isto porque a arbitragem é "célere, especializada e eficiente". Segundo ele, a arbitragem poderia ser inserida como cláusula compromissória no plano de recuperação, e seria submetida à apreciação judicial. Poderiam as partes, ainda, firmar compromisso judicial, ou extrajudicial,⁵⁸ adotando a arbitragem.⁵⁹

Cumprir fazer, desde logo, uma distinção. As soluções não serão as mesmas, conforme se tratar de cláusula compromissória constante do plano de recuperação, ou de compromisso arbitral posteriormente firmado. A diversidade de conseqüências, num caso e noutro, justifica sejam diferentes os equacionamentos.

Na primeira hipótese, embora sejam inegáveis os pontos positivos apontados, não se pode deixar de convir que o caráter *concurisal* e judicial da recuperação, dificulta extremamente a aceitação da idéia de previsão da arbitragem no plano apresentado aos credores. De início, cabe indagar se a cláusula compromissória inserida no plano vincularia até mesmo os credores que votaram em sentido contrário. Argumenta Nunes Pinto que "somente as disposições obrigatórias contidas no art. 53 da Lei 11.101/2005 obrigarão os que tiverem objetado a sua aprovação". Invoca, em apoio de seu entendimento, a autonomia da cláusula, de modo que esta obriga apenas aqueles que a aprovaram.⁶⁰ A resposta, em si, é incensurável, mas serve para mostrar uma primeira fragilidade da tese em foco.

Um dos pilares da recuperação judicial é a sujeição a esse regime de todos os credores do devedor comum,⁶¹ com as exceções legais. Bem por isso, a coletividade de credores é convocada a participar do processo de recuperação, e o plano deve ser aprovado por eles. Pressupõe-se, ainda, um tratamento equânime dos credores (respeitadas, é claro, as diferenças próprias da natureza dos créditos). Como compatibilizar esses fatores com a inserção de uma cláusula compromissória que não obrigue a todos os credores, e que não poderia mesmo obrigar àqueles que a ela não aderiram? Como prever uma disposição que conduza alguns credores à arbitragem, e outros, em idêntica situação, à via judicial? E, o que é mais importante, como justificar o afastamento de determinadas questões, referentes ao cumprimento do plano (porque, se não o fosse, não precisariam constar dele), da apreciação do juiz *concurisal*? Tudo o que disser respeito à recuperação judicial sujeita-se, naturalmente, ao crivo do juiz que preside esse processo. Além do mais, trata-se de um processo *judicial*, não parecendo fazer sentido submeter o mesmo feito, ao mesmo tempo, à jurisdição estatal e à arbitral.

A segunda hipótese examinada neste tópico refere-se à possibilidade de se firmar convenção de arbitragem durante o processamento da recuperação judicial. Aqui também distinguem-se duas situações, conforme o crédito seja ou não sujeito aos efeitos da recuperação. No primeiro caso, a questão não poderá ser subtraída da apreciação do juiz *concurisal*, competente para julgá-la, não cabendo, portanto, o recurso à via arbitral. A segunda hipótese merece uma atenção maior.

A princípio, não se tratando de crédito sujeito à recuperação, nada impede a propositura da demanda, tanto por via judicial quanto arbitral. A peculiaridade do *status* da devedora, no entanto, recomenda cautela, uma vez que a decisão a ser proferida poderá repercutir na recuperação judicial, podendo até levá-la ao insucesso. Daí ser de todo conveniente que o devedor em recuperação solicite autorização ao juiz *concurisal* para celebrar convenção de arbitragem.

A solução aventada não chega a ser inédita. Com efeito, a lei brasileira, ao cuidar da alienação ou oneração de bens do ativo permanente do devedor - quando não previstas no plano de recuperação - estabelece que o devedor só poderá fazê-lo uma vez reconhecida pelo juiz, ouvido o comitê de credores, a evidente utilidade do negócio.⁶² A razão está em que os ativos do devedor, assim desfalcados, poderiam inviabilizar o prosseguimento da atividade empresarial, de modo a prejudicar o cumprimento do plano.

Cumprir notar que o direito francês adota postura semelhante à acima alvitrada, permitindo, na *sauvegarde* e no *redressement judiciaire*, a celebração de compromisso arbitral, desde que autorizado pelo juiz-comissário.⁶³ Na falta dessa autorização, observa Philippe Fouchard, a convenção é anulável.⁶⁴

Michel Jeantin e Paul Le Cannu, discorrendo sobre o tema, anotam uns tantos requisitos a serem observados. Assim é que a autorização do juiz-comissário deve ser específica, e não ter por objeto atos indeterminados. Além disso, cabe ao juiz-comissário verificar se o ato está em consonância com as finalidades da *sauvetage* ou do redressement.⁶⁵

Para finalizar este tópico, cumpre consignar, com Nunes Pinto, nada impedir que, existindo sentença arbitral, pleiteiem judicialmente as partes, devedor ou credor, sua anulação.⁶⁶ A ação anulatória, dizendo respeito a crédito sujeito à recuperação judicial, deverá ser distribuída por dependência ao juízo concursal.

5. Arbitragem e recuperação extrajudicial

Eduardo Espínola e Castro, após acentuar a natureza contratual da recuperação extrajudicial, observa que daí deriva o cabimento da arbitragem para as controvérsias que possam surgir da aplicação do plano, uma vez que estas versarão sobre direitos patrimoniais disponíveis. Para a validade da arbitragem, recomenda o autor que as partes, ao celebrarem o plano de recuperação, nele insiram cláusula compromissória, a qual, acrescenta, deve ser firmada por todos os credores abrangidos, inclusive os não anuentes. Isto porque a cláusula "somente vinculará os credores que houverem expressamente aderido a ela". Nada impede, ainda segundo o autor, que as partes venham a firmar compromisso arbitral, uma vez tenha advindo um conflito sem que tenha sido previamente prevista a arbitragem.⁶⁷

Efetivamente, a doutrina não diverge quanto à natureza contratual da recuperação extrajudicial. Por outro lado, sendo capazes as partes contratantes e estando em jogo direitos patrimoniais disponíveis, não há dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos básicos para a celebração da convenção de arbitragem. Ainda assim, algumas observações se impõem.

Lembre-se que a recuperação extrajudicial comporta duas modalidades, previstas, respectivamente, nos arts. 162 e 163 da Lei 11.101/2005. "Na primeira hipótese", sintetizam Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, a "homologação judicial não é obrigatória; já na segunda é essencial para que atinja a todos os credores".⁶⁸ Daí decorrem algumas inferências.

Na primeira das duas espécies, não é preciso levar o acordo à homologação judicial. Também não deverá ser necessariamente homologada a "realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores".⁶⁹ Nesses casos, naturalmente, é evidente o cabimento da arbitragem.

Se o acordo, no entanto, for levado à homologação judicial, sobrevêm importantes efeitos, que interferem na admissibilidade da arbitragem. Submetido o plano à apreciação judicial, sua homologação dependerá do preenchimento de certos requisitos, a serem analisados pelo juiz. Além disso, os credores serão convocados para apresentarem eventuais impugnações. Estas serão julgadas pelo juiz ao qual se distribuiu o pedido. Da sentença, que poderá ser homologatória ou não, caberá recurso de apelação.⁷⁰ Tudo isso demonstra ter sido plenamente adotada a via judicial, excluindo-se, pois, a arbitral.

Ocorre, no entanto, que, homologado o plano, com o que se constituiu título executivo judicial,⁷¹ o juiz cumpriu o ofício jurisdicional, inexistindo outros atos processuais a serem praticados. Aí, então, poder-se-ia cogitar da eventual utilização da arbitragem. Esta seria possível, como bem observou Eduardo Espínola e Castro, acima citado: (a) se prevista no plano, desde que a cláusula tenha sido firmada por todos os credores abrangidos, inclusive os não anuentes; (b) caso não estipulada, se as partes vierem a firmar compromisso arbitral.

Não será demais anotar, entretanto, que a arbitragem somente fará sentido quando se tratar de questão concernente ao cumprimento do plano, e que não enseje o ajuizamento de execução (lembre-se que a sentença homologatória constitui título executivo judicial).

6. Arbitragem e liquidação extrajudicial

O art. 18, a, da Lei 6.024 de 13.03.1974, prevê, entre os efeitos do decreto de liquidação extrajudicial, "a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda". Além disso, veda igualmente que sejam "intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação". Essa norma foi sempre muito questionada, a ponto de, por

exemplo, Rubens Requião, ter enfaticamente afirmado que lhe parecia evidente "a infringência do mandamento constitucional", por subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual.⁷²

A norma em tela atinge também, como não poderia deixar de ser, as arbitragens. Desde logo, pode-se lançar uma primeira idéia: como se viu, nos casos de recuperação judicial ou falência, para os quais existe regra similar, verificou-se que os procedimentos arbitrais prosseguem, quando se referirem a quantias ilíquidas. Daí se pode inferir que igual deve ser a solução para a liquidação extrajudicial, cumprindo notar que, no lugar da entidade liquidanda, atuará no processo, representando a massa, o liquidante.⁷³ Cabe examinar como os nossos tribunais vêm enfrentando essa matéria.

O STJ, apreciando medida cautelar interposta por empresa em liquidação extrajudicial, considerou aplicável cláusula compromissória firmada antes da decretação do regime especial, e indeferiu liminarmente a petição inicial. O precedente, de que foi relatora a Min. Nancy Andrighi, pode, a princípio, ser estendido a outras situações concursais (falência e recuperação judicial).⁷⁴ Sua relevância é inquestionável, não apenas pela abordagem da questão e pela fundamentação adotada, mas também pelo órgão jurisdicional de onde emanado.

No acórdão recorrido,⁷⁵ o TJSP determinara o prosseguimento de procedimento arbitral, reconhecendo a competência dos árbitros para decidir acerca da validade e eficácia da cláusula compromissória. Aplicou, pois, o princípio da *kompetenz-kompetenz*.

Outro ponto a ser estudado refere-se à possibilidade ou não de celebrar-se convenção de arbitragem após o decreto de liquidação extrajudicial. A solução, aqui, é idêntica a aplicável à falência,⁷⁶ ou seja, pode o liquidante, que dispõe de "amplos poderes de administração",⁷⁷ firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral, desde que não se cuide de crédito por quantia líquida.

Em abono do acima afirmado cabe destacar não ter caráter absoluto a suspensão prevista na Lei 6.024/1974, tanto que, após julgamento definitivo na órbita administrativa, os credores que não se conformarem com o decidido, "poderão prosseguir nas ações que tenham sido suspensas por força do art. 18, da Lei 6.024/1974, ou propor as que couberem".⁷⁸ Além disso, o liquidante deverá reservar "fundos suficientes à eventual satisfação dos respectivos pedidos".⁷⁹ Acrescente-se, ainda, que se aplicam à liquidação extrajudicial as disposições do diploma falimentar,⁸⁰ e este, como foi visto,⁸¹ estabelece, quanto aos processos que poderão ter prosseguimento, a reserva da importância estimada, "e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria".⁸²

7. Questões diversas

7.1 Intervenção do Ministério Público

Nos processos falimentares o Ministério Público, em nosso sistema jurídico, sistematicamente intervém, ante a evidente presença de interesse público. Essa atuação persiste sob o regime da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas), ainda que esta não mais preveja, de modo amplo, a intervenção ministerial "em toda ação proposta pela massa ou contra esta", como o fazia o art. 210 da antiga Lei de Falências. Dispositivo assemelhado, previsto no art. 4.º da Lei 11.101/2005, foi objeto de veto presidencial. As próprias razões de veto, no entanto, admitem expressamente que:

"o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do CPC (LGL/1973/5), os quais prevêm a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito."

Diante disso, pode-se indagar da obrigatoriedade da participação do *Parquet* nos procedimentos arbitrais em que figure, num dos pólos da relação processual, massa falida ou empresário em recuperação judicial. Note-se, desde logo, que o simples fato de ter sido vetado o art. 4.º da Lei de Recuperação de Empresas não resolve a questão. E isto porque, mesmo não sendo mais obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos nos quais a massa falida⁸³ seja parte (o que inclui, naturalmente, o procedimento arbitral), a atuação do órgão do Ministério Público continua sendo de rigor - sob pena de nulidade⁸⁴ - sempre que houver interesse público em jogo.⁸⁵

Assim, para a resposta correta, é preciso saber se, no processo arbitral, pode haver algum caso em

que esteja presente o interesse público. Vista a questão sob esse ângulo, a solução negativa impõe-se. Com efeito, a arbitragem pressupõe, por força expressa de lei, que os litígios a serem dirimidos sejam "relativos a direitos patrimoniais disponíveis".⁸⁶ A disponibilidade dos direitos envolvidos mostra, claramente, que o Ministério Público não tem legitimidade para intervir no procedimento, pois a instituição apenas atua em causas nas quais se discutem direitos *indisponíveis*. Além disso, as partes litigantes devem necessariamente ser capazes, *ex vi legis*,⁸⁷ o que igualmente afasta a intervenção do Ministério Público, ante a ausência de interesses de incapazes.

Ao mesmo entendimento acima enunciado igualmente chegou o TJSP, como já se observou acima.⁸⁸ Consignou, a propósito, o v. acórdão que "não teria qualquer sentido o Ministério Público intervir no procedimento arbitral que só pode envolver interesses disponíveis de pessoas capazes".⁸⁹

Donaldo Armelin concorda que o Ministério Público não tem legitimidade para atuar nos procedimentos arbitrais.⁹⁰ Acrescenta, no entanto, que o órgão ministerial pode, com base no art. 32 da Lei 9.307/1996, Lei de Arbitragem, postular, se for o caso, a invalidade da sentença arbitral. Cabe, entretanto, uma ponderação a respeito. Nada impede que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, pleiteie, *no processo concursal* (quando se tratar, por exemplo, de habilitação de crédito fundada em sentença arbitral), a nulidade do título executivo, por uma das causas enumeradas no citado art. 32. Não poderá fazê-lo, contudo, por ação própria, por faltar-lhe, para tanto, legitimação *ad causam*. Esta, como se sabe, deve ser legalmente concedida, o que, na Lei de Recuperação de Empresas apenas ocorre, no âmbito civil, quanto à ação revocatória.⁹¹

7.2 Superveniência de controvérsia sobre direitos indisponíveis

A arbitragem, já se viu repetidamente, deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.⁹² Pode, no entanto, vir a suceder que, no curso do procedimento arbitral, sobrevenha "controvérsia acerca de direitos indisponíveis". A Lei de Arbitragem prevê a hipótese, e dispõe que, se o julgamento depender da verificação da existência ou não desses direitos, o procedimento será suspenso, e as partes serão encaminhadas "à autoridade competente do Poder Judiciário".⁹³ Uma vez "resolvida a questão prejudicial", a arbitragem terá prosseguimento.⁹⁴

Não será demais anotar, em reforço ao que se escreveu no item 3, *supra*, que a regra acima não acarreta a suspensão dos procedimentos arbitrais. E isto porque - torna-se a dizer - os bens do falido *não são indisponíveis*. A mudança de status do devedor não leva, pois, à suspensão do procedimento arbitral com base no art. 25 da Lei 9.307/1996. Explica-se, mais uma vez: a indisponibilidade é dos bens do devedor, e por este. É o falido, pois, que não pode dispor de seus bens. Mas esta restrição, obviamente, não se estende à massa, uma vez que a realização dos ativos arrecadados é fase essencial do processo falimentar. Em qualquer liquidação, inclusive na falência, vendem-se os bens e, com o produto dessa venda, pagam-se os credores. De tudo se depreende que a decretação da falência não é óbice ao prosseguimento da arbitragem. A única consequência é que, no pólo passivo da relação processual, o falido é sucedido pelo administrador judicial, nos termos do art. 76, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

Cabe ainda enfatizar, para deixar ainda mais claro que, em relação à massa, não se pode falar em indisponibilidade, que o administrador pode, desde que judicialmente autorizado, "transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas".⁹⁵ Não fossem disponíveis os direitos, não seria possível a transação, nem o abatimento das dívidas.

7.3 Vis atractiva do juízo falimentar

Ao juízo da falência são atraídos todos os credores do devedor comum. Este juízo, uno e indivisível, é competente, diz a Lei de Recuperação de Empresas no art. 76, para todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, com algumas poucas exceções⁹⁶ (causas trabalhistas, fiscais e as ações nela não reguladas em que o falido for autor ou litisconsorte ativo).

Caberia perguntar se, diante dessa força de atração, os procedimentos arbitrais deveriam transmutar-se em judiciais e passar a ter curso perante o juízo universal da falência. A resposta nos é dada por Donaldo Armelin:⁹⁷ do mesmo modo que a reclamação trabalhista prossegue na Justiça do Trabalho, em virtude da competência absoluta desta em razão da matéria, "com a consequente habilitação (na falência) dos créditos nela reconhecidos", igualmente deve prosseguir o processo arbitral. Se a divisão da competência entre os órgãos do Poder Judiciário é suficiente para afastar a

vis attractiva do juízo falimentar, "com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e arbitral será bastante para esse fim". Competente será, portanto, o árbitro ou o tribunal arbitral.

1. La problématique du droit de la faillite internationale, p. 203. *Revue de Droit des Affaires Internationales* 3/201-206. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989. Em tradução livre: "A legislação falimentar é um cruzamento onde se cruzam e se encontram todos os componentes de um dado sistema jurídico".
2. Arbitrage et faillite, *Revue de l'Arbitrage* 3/471-494, Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 1998, esp. p. 471.
3. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
4. Art. 6.º, *caput*, Lei 11.101/2005.
5. Art. 6.º, § 1.º, Lei 11.101/2005.
6. Art. 76, parágrafo único, Lei 11.101/2005.
7. Art. 475-N, IV, CPC (LGL\1973\5).
8. Art. 475-P, III, CPC (LGL\1973\5).
9. São, portanto, segundo o provimento jurisdicional buscado, processos *de conhecimento*, os quais, na classificação das ações, poderão ser declaratórios, constitutivos ou condenatórios. Na síntese de Vicente Greco Filho, as ações "serão declaratórias quando o pedido for de uma decisão que simplesmente declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (ex., a declaração da inexistência de um débito); constitutivas, quando o pedido visar a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (ex., ação de separação judicial, antigo desquite); e condenatórias quando visam a imposição de uma sanção, ou seja, uma determinação cogente, sob pena de execução coativa" (*Direito processual civil brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, vol. 1, n. 16, p. 85).
10. A cautelaridade não é reconhecida por todos os estudiosos. A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996) não nos fornece uma resposta muito clara a respeito, dizendo apenas que "havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário (...)" (cf. art. 22, § 4.º, Lei 9.307/1996). Daí se poderia entender, numa interpretação literal, que o árbitro tão somente transmitiria ao juiz, como simples intermediário, a pretensão cautelar deduzida pela parte. Para Carlos Alberto Carmona, no entanto, compete ao árbitro analisar e conceder ou não a cautelar postulada, *deprecando* ao juiz estatal o cumprimento dessa decisão (cf. ob. cit., com. ao art. 22, n. 4, p. 265-270). O entendimento é consentâneo com a função e a finalidade da arbitragem, uma vez que, para a solução da controvérsia, submetida, pela vontade das partes, à via arbitral, poderá ser necessário o exame da pretensão cautelar. Ora, se a ordem jurídica conferiu à arbitragem o poder de dirimir litígios, implicitamente lhe deu também os meios para tanto. Por outro lado, o cumprimento da decisão, *do mesmo modo que o da sentença*, permanece na esfera estatal.
11. O Poder Judiciário e a arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2.ª parte), *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 10/323-347. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000, esp. p. 338
12. Pode-se, contudo, aventar a hipótese, ainda que sem maiores conseqüências práticas, de que a arbitragem verse sobre quantia líquida, funcionando como ação de cobrança. Isto poderá acontecer se também essa situação estiver abrangida pela convenção de arbitragem
13. É claro, no entanto, que, se ocorrer a hipótese aventada na nota 12, supra, e a arbitragem disser respeito à quantia líquida, naturalmente o procedimento arbitral não poderá ter seqüência, uma vez que esse crédito estará sujeito aos efeitos do processo concursal, devendo, por isso, se não estiver referido nas relações previstas na lei especial (arts. 52, 1.º, II; 99, parágrafo único, e 105, II, Lei

11.101/2005), ser postulada sua habilitação pelo credor.

14. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial, *Revista de Arbitragem e Mediação* 13/16 (DTR\2007\875)-29. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2007, esp. p. 20.

15. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 474. No original: "pour favoriser le sauvetage de l'entreprise et préserver l'égalité des créanciers, le droit des faillites interdit ou limite les initiatives individuelles de ceux-ci, et entend concentrer devant une même juridiction le contentieux consécutif à la cessation de paiement du débiteur" (tradução livre).

16. Cf. ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 475.

17. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 477. O trecho citado entre aspas (e traduzido livremente) está assim redigido no original: "leur objet est étroitement lié à l'organisation de la faillite".

18. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 483.

19. Arbitration and insolvency proceedings: claims of ordinary bankruptcy creditors, n. 4.2, *EJCL - Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 3.3, dez. 1999, [<http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>], acessado em 12.06.2008.

20. Ob. cit., cf. n. 19, supra, n. 3.2; 4.3.2.2.3 e 4.1.3. Os trechos citados entre aspas, por meio de tradução livre, estão assim redigidos no original: "all proceedings are stayed, including arbitration" e "all proceedings even if they are not before governmental tribunals".

21. É o que ensina Douglas G. Baird (*Elements of bankruptcy*, 4. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 14): "The automatic stay looms so large that it is easy to forget that the stay is simply a presumption. The court can lift the stay whenever a creditor shows that there is cause or that its interest is inadequately protected".

22. International arbitration and insolvency proceedings, *Arbitration International*, 1995, p. 51-74, esp. p. 56-57, [<http://tldb.uni-koeln.de>], acessado em 29.10.2008.

23. Cf. art. 6.º, § 3.º, Lei 11.101/2005. Cumpre notar que, no diploma revogado (Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945), incumbia às partes requerer, ao juízo universal da falência (a previsão não se estendia às concordatas), a reserva das importâncias dos créditos por cuja preferência pugnassem, ou dos rateios que lhes pudessem caber. Era o que dispunha o art. 130 do Dec.-lei 7.661/1945, acrescentando, no parágrafo único, que a reserva ficaria sem efeito se o interessado se omitisse no exercício de seus direitos ou causasse embaraços ao processo falimentar.

24. Nesse sentido: Eduardo Espínola e Castro. A arbitragem e a nova Lei de Falências, *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 144-145. Não será demais consignar que, de um ponto de vista pragmático, convirá que os árbitros, ao invés de *determinar* ao juiz concursal a reserva da importância estimada, o que pode gerar algum questionamento, simplesmente comuniquem a decisão tomada e solicitem as providências cabíveis.

25. Cf. art. 6.º, § 6.º, Lei 11.101/2005.

26. A recomendação (aqui subscrita) é expressamente feita por Eduardo Espínola e Castro (ob. cit., cf. nota 24, supra, p. 145).

27. O art. L624-2 do Código de Comércio francês estabelece que o juiz-comissário, à vista das proposições do mandatário judicial, decide sobre a admissão ou rejeição dos créditos ou declara que há um procedimento em curso ou que não é competente. No original: "Au vu des propositions du mandataire judiciaire, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence". Cabe notar que essa disposição, embora se ache alocada no título referente ao procedimento da *sauvegarde*, aplica-se igualmente aos casos de liquidação judicial (falência), por força do art. L641-14 do mesmo diploma.

28. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 486-487.
29. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 491. Em tradução livre: "geralmente contratual, evidentemente não ligada à falência, que não exerce sobre ela influência jurídica". A última assertiva pode causar, à primeira vista, alguma perplexidade, devendo ser entendida como a ausência de efeito jurídico da falência sobre a convenção de arbitragem. O tema será mais adiante examinado.
30. I.e, "um contencioso ao mesmo tempo considerável e múltiplo" (tradução livre).
31. Em tradução livre: "para velar pelo equilíbrio das concessões feitas". Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 493.
32. Cf. art. L. 642-24 do Código de Comércio francês.
33. Ob. cit., cf. nota 14, supra, passim.
34. Idem, p. 16-17.
35. Cf. art. 103, Lei 11.101/2005.
36. Cf. art. 76, parágrafo único, Lei 11.101/2005.
37. Cf. art. 6.º, § 1.º, Lei 11.101/2005.
38. AgIn 531.020-4/3-00, corpo do acórdão. Trata-se do mesmo aresto citado acima, no item 2. Na hipótese, cuidava-se de habilitação de crédito fundada em sentença arbitral. Para reconhecer, no entanto, o cabimento da habilitação nesse caso, é preciso admitir o cumprimento da convenção de arbitragem.
39. É o que dispõe o art. 7.º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996): "Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim".
40. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 3. ed. Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (coords.), com. ao art. 117, n. 38. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 365-366.
41. Dec.-lei 7.661, de 21.06.1945, art. 43: "Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa".
42. *Comentários à Lei de Falências*, 4. ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1, com. ao art. 43, n. 291, p. 297.
43. "A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória."
44. A Lei de Recuperação de Empresas, no art. 117, *caput*, estabelece que o cumprimento dos contratos bilaterais não é fruto de decisão isolada do administrador, uma vez que só poderá ocorrer "mediante autorização do Comitê".
45. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 137-138.
46. Art. 22, III, *I e n*, Lei 11.101/2005.
47. Ob. cit., cf. nota 45, supra, p. 139-140.
48. Ob. cit., cf. nota 45, supra, p. 140.
49. Idem, *ibidem*.

50. Ob. cit., cf. nota 14, supra, p. 18-19.
51. Ob. cit., cf. nota 45, supra, p. 136.
52. Assim prescreve o citado dispositivo: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".
53. Ob. cit., cf. nota 3, supra, com. ao art. 1.º, n. 3, p. 55.
54. Cf. nota 3, supra.
55. Cf. art. 22, § 3.º, Lei 11.101/2005.
56. Cf. nota 32, supra.
57. Cf. item 2, supra.
58. Art. 9.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 9.307/1996.
59. A arbitragem na recuperação de empresas, Revista de Arbitragem e Mediação 7/79 (DTR\2005\605)-100. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2005, esp. p. 88-90.
60. Ob. cit., p. 91.
61. Esta é a regra, expressa no art. 49, *caput*, da Lei 11.101/2005.
62. Cf. art. 66 da Lei 11.101/2005.
63. O art. L. 622-7, al. 2, do Código de Comércio francês, estabelece que "le juge-commissaire peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger" (em tradução livre: "o juiz-comissário pode autorizar o dirigente da empresa ou o administrador judicial a efetuar um ato de disposição estranho à gestão corrente da empresa, a constituir hipoteca ou penhor, firmar compromisso arbitral ou transigir". O dispositivo aplica-se, por força da regra do art. L631-4 do mesmo diploma, também ao *redressement judiciaire*).
64. Ob. cit., cf. nota 2, supra, p. 492. O autor apóia sua assertiva no disposto na alínea 4 do art. L. 622-7 do Código de Comércio francês.
65. *Droit commercial - Entreprises en difficulté*, 7. ed. Paris: Dalloz, 2007, n. 317, p. 221-222.
66. Ob. cit., cf. nota 59, supra, p. 94-95.
67. Ob. cit., cf. nota 24, supra, p. 139-142.
68. *Falência e recuperação da empresa em crise*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, n. 10.6.2, p. 257.
69. Cf. art. 167, Lei 11.101/2005.
70. Cf. art. 164, Lei 11.101/2005.
71. Cf. art. 161, § 6.º, Lei 11.101/2005.
72. *Curso de direito falimentar*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2, n. 505, p. 237.
73. Incumbe ao liquidante, por força expressa do art. 16 da Lei 6.024/1974, "propor ações e representar a massa em juízo ou fora dele".
74. Cf. MC 14.295, j. 09.06.2008.

75. Cf. AgIn 460.034-4/5-00, 2.^a Câm. Dir. Priv., j. 21.11.2006, v.u., rel. Des. José Roberto Bedran.
76. Cf. item 3, supra .
77. Cf. art. 16, Lei 6.024/1974.
78. Cf. art. 27, Lei 6.024/1974.
79. Idem, ibidem.
80. Cf. art. 34, Lei 6.024/1974.
81. Cf. item 2, supra.
82. Cf. art. 6.^o, § 3.^o, Lei 11.101/2005.
83. A antiga Lei de Falências, ao dispor sobre esse tema, dizia que o Ministério Público deveria atuar "em toda ação proposta *pela massa ou contra esta*". Silenciava, pois, quanto às concordatas (preventiva ou suspensiva). Em idêntico sentido estava previsto no art. 4.^o (que veio a ser vetado) do Projeto de Lei de Recuperação de Empresas.
84. Cf. arts. 84 e 246 do CPC (LGL\1973\5).
85. Segundo observa Cândido Rangel Dinamarco, "o Ministério Público é por definição a instituição estatal predestinada *ao zelo do interesse público no processo*" (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. 1, n. 369, p. 678).
86. Cf. art. 1.^o da Lei 9.307/1996.
87. Idem, ibidem.
88. Cf. item 2, supra .
89. AgIn 531.020.4/3-00, j. 25.06.2008, v.u., rel. Des. Pereira Calças, corpo do v. acórdão.
90. Ob. cit., cf. nota 14, supra, p. 23.
91. Cândido Rangel Dinamarco observa que a Constituição Federal (LGL\1988\3), ao enumerar as funções do Ministério Público no art. 129, CF/1988 (LGL\1988\3), não esgota a relação, tanto que *outras* podem ser-lhe atribuídas, conforme previsto no inc. IX. Desse modo, abre "caminho para que a lei confira ao Ministério Público outras funções que, sendo endereçadas ao zelo do *interesse público primário*, não contrariem os objetivos da Instituição, definidos ao longo de uma história de aprimoramentos. Essa *lei* será fundamentalmente o Código de Processo Civil (LGL\1973\5), mas não só. As funções que diversas leis federais estabelecem consistem na *legitimatío* para officiar como autor em alguns casos bem definidos e para, em outros, intervir em processos alheios (*legitimidade ad interveniendum*)" (ob. cit., cf. nota 85, supra, n. 370, p. 680). O mesmo autor, ao tratar dos sujeitos do processo civil, enfatiza que "o Ministério Público é *parte principal*, na condição de autor, nos processos aos quais a lei o legitima a propor demandas em juízo ou a figurar como demandado" (ob. cit., vol. 2, n. 616, p. 424).
92. Art. 1.^o, Lei 9.307/1996.
93. Art. 25, Lei 9.307/1996.
94. Art. 25, parágrafo único, Lei 9.307/1996.
95. Cf. art. 22, § 3.^o, Lei 11.101/2005.
96. CF (LGL\1988\3). art. 76, parágrafo único, Lei 11.101/2005.

97. Ob. cit., cf. nota 14, supra, p. 21.