

ANDRE LUIS
MONTEIRO

FABIANE
VERÇOSA

GERALDO
FONSECA

Coordenação

Arbitragem, Mediação, Falência e Recuperação

Resolução de Disputas na Empresa em Crise

Prefácio de
MIN. NANCY **ANDRIGHI**

Apresentação de
JOSE EMILIO **NUNES PINTO**

Adriana Valéria Pugliesi
Ana Carolina Reis do Valle Monteiro
Ana Livia Carvalho Silva
Ana Luiza Nery
Andre Luis Monteiro
Antonio Deccache
Armando Perna
Brian Ip
Caio Novaes Tabet
Camila Pereira Linhares
Camila Venturini Tebaldi
Carmen Tiburcio
Clarissa Somesom Tauk
Debora Visconte
Diogo Ciuffo Carneiro
Eduardo Ono Terashima
Eduardo Peixoto Gomes
Eliane Cristina Carvalho
Eliseo M. Martínez
Fabiane Verçosa
Felipe Moraes

Fernando Pompeu Luccas
Francisco Satiro
Frederico Singarajah
Gabriel José de Orleans e Bragança
Gabriel Seijo Leal de Figueiredo
Giovanna Vieira Portugal Macedo
Guilherme Gaspari Coelho
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Henrique de Oliveira Lima Braga
Isabela Lacreata
Ivo Waisberg
Jéssica Malucelli Barbosa
João Gabriel Volasco Rodrigues
Johnatan D'Alcântara
Juliana Biolchi
Lucas V. M. Bento
Luis Fernando Guerrero
Luis Guilherme Aidar Bondioli
Luis Tomás Alves de Andrade
Marcelo Barbosa Sacramone

Marcelo Lamego Carpenter
Márcio Souza Guimarães
Marcos Flávio Lago Lopes
Maria Fabiana Seoane Dominguez Sant'Ana
Mario O. Gazzola
Michael Arada Greenop
Nelson Nery Junior
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Paulo Magalhães Nasser
Pedro Renato de Souza Mota
Rafael Villar Gagliardi
Rafaella Farias Pereira
Renata Martins de Oliveira Amado
Renato Stephan Grion
Ronaldo Vasconcelos
Sabrina Maria Fadel Becue
Sara Tainá Soliani
Stéphanie Oneyser
Thais D'Angelo da Silva Hanesaka
Tomás Villatoro González

De acordo com as alterações da
Lei de Recuperação e Falência
Textos de autores nacionais
e estrangeiros

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



OS LIMITES OBJETIVOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Marcelo Barbosa Sacramone¹

Henrique de Oliveira Lima Braga²

SUMÁRIO: Introdução; 1. As peculiaridades do procedimento da recuperação judicial e sua compatibilidade com a arbitragem; 2. A inclusão do §9º do art. 6º da Lei 11.101/05 regulamentação da arbitragem durante a recuperação judicial; 3. Limites da atuação e competência do árbitro; 3.1. Natureza do crédito e quadro geral de credores; 3.2. Compensação de créditos ; 3.3 Transações judiciais; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Há 16 anos convivem no ordenamento jurídico brasileiro as leis de arbitragem (Lei 9.307/96) e de recuperação de empresas (Lei 11.101/05). Ao longo desses anos, surgiram numerosos debates acerca da compatibilidade dos procedimentos. Algumas questões permanecem sem resposta, ao passo que outras foram supridas pelas inovações legislativas e pelo árduo trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Desde seu advento, a Lei 11.101/05 pretende implementar nos processos de insolvência os métodos alternativos de solução de conflitos. No entanto, foi apenas com a sua reforma pela Lei 14.112/2020 que o tema ganhou corpo na legislação recuperacional.

Para além do fomento à mediação e conciliação, por meio da inserção da nova Seção II-A, na Lei 11.101/05, a Lei 14.112/20 disciplinou de forma específica a

¹ Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Advogado e parecerista. Ex juiz de Direito da 2ª Vara de Recuperações e Falências de São Paulo. Professor de direito empresarial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Insper e Ibmec-SP.

² Advogado. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

arbitragem durante o processo recuperacional. Para tanto, inseriu no art. 6º, §9º que “o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral”.

Com essa inclusão, o legislador sanou a dúvida sobre a viabilidade de coexistirem a arbitragem e a recuperação judicial, bem como excepcionou a indivisibilidade do Juízo Falimentar em relação às ações contra a Massa Falida. Surgem, todavia, questionamentos sobre como se dará a convivência dos institutos, que diferem quanto aos objetivos, procedimentos e princípios.

Particular destaque no conflito entre arbitragem e recuperação judicial se reflete nos limites objetivos da cláusula compromissória e da atuação do árbitro.

1. AS PECULIARIDADES DO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA COMPATIBILIDADE COM A ARBITRAGEM

A consideração dos interesses de terceiros para a maximização da satisfação dos respectivos créditos é pressuposto do procedimento de insolvência³. Essa consideração não é a regra da solução de conflito individuais por meio da ação judicial ou da arbitragem, que diferem dos procedimentos de insolvência não apenas em virtude de sua natureza, como de seus propósitos⁴.

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada. Embora não haja intervenção do Estado, a convenção das partes reveste a decisão do árbitro de eficácia de sentença judicial⁵.

³ Para E. WARREN, quatro são os objetivos: The “system aims, with greater or lesser efficacy, toward four principal goals: (1) to enhance the value of the failing debtor; (2) to distribute value according to multiple normative principles; (3) to internalize the costs of the business failure to the parties dealing with the debtor; and (4) to create reliance on private monitoring” (WARREN, Elizabeth. *Bankruptcy policymaking in an imperfect world*, in Michigan Law Review 1993-1994, pp 343-344).

⁴ “Insolvência e arbitragem são ambos procedimentos legais, mas com naturezas muito diferentes. Eles têm propósitos e políticas distintos, e objetivos e princípios diferentes” (LAZIC, Vesna *Insolvency proceedings and commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 2).

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 15

Trata-se de método alternativo de solução de conflitos, por meio do qual os litigantes voluntariamente⁶ derrogam a competência jurisdicional do Estado para que agentes privados dirimam a controvérsia havida entre si.

O objetivo da arbitragem é justamente dirimir um conflito em regra individual. Busca-se a obtenção de uma sentença que vincule o comportamento das partes sobre determinada controvérsia, ao passo que seu procedimento ocorre à margem do Poder Judiciário. A sentença arbitral, a rigor, não teria o condão de afetar terceiros, produzindo efeitos *intra partes*⁷.

A recuperação judicial, de outro lado, tem por escopo possibilitar o surgimento e preservação da empresa em crise econômico-financeira na condução pelo devedor⁸⁻⁹, tal como prevê o art. 47 da Lei 11.101/05¹⁰. Diante de uma crise econômico-financeira, o instituto da recuperação judicial foi concebido como alternativa para assegurar e maximização do valor dos ativos do devedor e a maior satisfação dos credores por meio

⁶ A Lei Brasileira de Arbitragem, seguindo o exemplo internacional, exige uma declaração de vontade expressa e livre de vícios para que seja derogada a competência estatal de resolução de conflitos. Nesse sentido, vide Gary Born: “The foundation of international commercial arbitration is the parties’ agreement to arbitrate and their procedural autonomy. Equally important, parties agree to arbitrate with particular other parties, according to specified procedures – not to arbitrate with anybody, in any set of proceedings” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014, p. 2072)

⁷ Destaca-se a ressalva feita pelo artigo 31 da Lei de Arbitragem quanto aos efeitos da sentença arbitral sobre os sucessores das partes. Nesse sentido, vide: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 429.

⁸ Nesse sentido, v. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Saraiva, 2018, p.224: “A preservação da empresa, erigida como objetivo do instituto da recuperação judicial pela Lei n. 11.101/2005, procura romper com esse movimento pendular. A empresa, conceito econômico e que poderia ser transplantado para o sistema jurídico com diferentes perfis 227, é preponderantemente caracterizada em seu perfil funcional no direito brasileiro como atividade. Sua preservação é pretendida pela LREF como um modo de se conciliar os diversos interesses afetados com o seu desenvolvimento. Como fonte geradora de bem-estar, a função social da atividade empresarial é justamente se desenvolver e circular riquezas, de modo a permitir a distribuição de dividendos a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar a oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional. A LREF, nesse ponto, rompe com a dinâmica das legislações anteriores para considerar a superação da crise econômico-financeira como um modo de satisfação não apenas de interesses de credores e devedores, o que uma solução simplesmente liquidatória já poderia assegurar. Reconhece-se que a preservação da empresa e sua função social assegura também o atendimento dos interesses de terceiros, dos empregados, dos consumidores e de toda a nação. Mais do que um simples objetivo do instituto, a preservação da empresa reflete os valores sobre os quais toda a Lei Falimentar é erigida. Por sua imposição, orientam-se o intérprete e aplicador diante de eventuais conflitos ou omissões legislativas como fundamento norteador para a superação das lacunas ou aparentes contradições.”

⁹ Ainda sobre o princípio da preservação da empresa e sua abordagem de direito comparado ver: CEREZETII, Sheila Christina Neder. *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações – O princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p.88-151

¹⁰ Lei 11.101/2005: Art.47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da empresa em crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa e sua função social e o estímulo à atividade econômica.

de uma solução comum obtida entre devedor e credores para a reestruturação da atividade empresarial.

Como instituto para a superação da crise econômico-financeira e que afeta a atividade do devedor e a satisfação dos créditos, a recuperação judicial se revela como um exercício de autonomia privada das partes¹¹. Com a eventual aprovação do plano de recuperação, devedor e credores convencionam nova relação jurídica que novará os créditos e as obrigações nos termos do plano de recuperação judicial.

Diferentemente da arbitragem, na qual se exige a manifestação de vontade de todos os participantes¹², a recuperação judicial é um procedimento de jurisdição voluntária, em que o devedor submete à recuperação judicial todos os créditos existentes à data do pedido. É requerido exclusivamente pelo devedor e à sua livre vontade para que, num ambiente institucional de suspensão das execuções e constrições, possa negociar solução comum com os credores para a superação da crise econômico-financeira que afeta a empresa e para a maior satisfação dos créditos.

Seu objetivo não é a solução de um conflito pontual havido entre as partes. Tampouco seus efeitos restringem-se apenas aos diretamente envolvidos, como devedores e credores.

Ainda que se confira apenas aos credores o poder de deliberarem sobre o plano de recuperação judicial proposto, o instituto não se restringe à tutela dos interesses apenas destes com a satisfação dos respectivos créditos. Objetiva-se uma solução que promova a alocação mais eficiente dos recursos escassos não simplesmente para a maximização da satisfação dos créditos, mas como meio buscado pelos credores e que asseguraria o soerguimento do empresário, com a preservação de sua atividade empresarial e a proteção aos interesses de todos os envolvidos com o seu desenvolvimento.

Desse modo, diferem-se substancialmente os institutos da recuperação judicial e da arbitragem. Um gera efeitos sobre toda a coletividade, pois visa ao interesse coletivo, à preservação da atividade empresarial e ao regular funcionamento do mercado; outro é

¹¹ STJ, REsp 1.359.311/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª t., DJ 30/09/2014.

¹² “A escolha de solução de controvérsias é sempre voluntária, ou facultativa, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória (abolida entre nós em 1866)” (CARMONA. op. cit, p. 36.).

Nesse sentido, destaca-se que, ao declarar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal adotou como premissa essencial a imprescindibilidade do consentimento das partes para a sujeição de qualquer disputa ao juízo arbitral (STF, Tribunal Pleno, SE 5.206 AgR, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001). Trata-se este consentimento de um dos princípios basilares da arbitragem brasileira.

método alternativo de solução de disputas individuais, como regra, utilizado por pessoas que voluntariamente derrogaram a competência estatal e do qual sobressai uma sentença que vincula apenas os litigantes e seus sucessores.

Todavia, apesar dessas diferenças estruturais, não são raras as hipóteses em que esses dois institutos incidem sobre as mesmas partes e produzem efeitos reciprocamente, pelo que indispensável aferir os limites objetivos da cláusula compromissória e da competência da jurisdição privada.

2. A INCLUSÃO DO §9º NO ART. 6º DA LEI 11.101/05: A DISCIPLINA DA ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Com a inclusão do art. 6º, §9º na Lei 11.101/05, ressaltou o Legislador a arbitragem em relação à suspensão de ações e execuções movidas contra a recuperanda (*stay period*). Estas não serão suspensas por ocasião do processamento da recuperação judicial de uma das partes litigantes, bem como poderão ser instauradas ao tempo que já existir o processo recuperacional.

A inovação é coerente. Por se equipararem a processos de conhecimento, em que não há risco iminente de medidas de constrição em face do devedor, as arbitragens não devem ser atingidas pela suspensão decorrente do processamento da recuperação judicial¹³.

Não há risco de o credor ser satisfeito ou de retirar ativos em virtude do procedimento arbitral. As arbitragens visam a formar o título executivo, de modo a apurar o *an debeat* (se é devido) e o *quantum debeat* (quanto é devido). Não há perigo de retirada do bem da massa falida ou do empresário em recuperação, de modo que os procedimentos arbitrais devem ter prosseguimento regular¹⁴.

Destarte, não pode haver dúvida de que, com a superveniência do §9º do art. 6º da Lei 11.101/05, arbitragens e recuperações judiciais conviverão recorrentemente. E, para que esta convivência seja harmoniosa, é preciso desde já estabelecer quais temas são

¹³ Vide: VASCONCELOS, Ronaldo; CANAÚBA, César Augusto Margins. *Arbitragem e insolvência*, In VASCONCELOS, Ronaldo; MALUF, Fernando; SANTOS, Giovani Ravagnani; LUÍS, Daniel Tavela. *Análise prática das Câmaras Arbitrais e da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: IASP, 2019. p. 510.

¹⁴ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 108.

de competência dos árbitros e que podem estar incluídos dentro da cláusula arbitral, e quais devem ser decididos pelo juízo da recuperação judicial.

Disputam, aqui, duas competências de natureza absoluta. De um lado, o árbitro é competente para determinar os limites de sua competência, a teor do princípio da *kompetenz-kompetenz* (Lei 9.307/96, art. 8º, par. único¹⁵); de outro, o juízo da recuperação judicial é competente para decidir sobre todos os temas afetos ao processo recuperacional (Lei 11.101/05, art. 3º¹⁶).

Sobre a competência do árbitro, Francisco Cahali explica que “tratado como o princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência [...]”¹⁷. Quanto à competência do juízo da recuperação judicial, ponderamos que “o interesse público é a principal propulsão à eficiência do procedimento falimentar e recuperacional [...] esse interesse público caracteriza a competência como absoluta e impede a sua prorrogação, o reconhecimento da conexão ou da continência”¹⁸.

Há um aparente conflito entre as regras de competência de cada procedimento. Se, de um lado, o árbitro determina os limites de sua atuação, de outro, há relevante interesse público na concentração das decisões afetas à recuperação judicial no juízo que conduz o feito.

Como consequência, ambos os procedimentos devem ser interpretados de forma a serem compatibilizados os seus fins, o que, notadamente diante da repercussão em face de terceiros de determinada questão, pode exigir interpretação adequada do princípio da *kompetenz-kompetenz*.

3. LIMITES DA ATUAÇÃO E COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO

Dentro das matérias que podem afetar diretamente terceiros e o procedimento da recuperação judicial e, por conta desses efeitos imediatos, extrapolam os direitos das

¹⁵ Art. 8º, parágrafo único. “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

¹⁶ “Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.”

¹⁷ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem [livro eletrônico]*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 137.

¹⁸ SACRAMONE, op. cit. p. 80.

partes de se autorregularem pela cláusula compromissória, podem ser apontadas a natureza do crédito, a compensação de valores e as transações jurídicas.

3.1. Natureza do crédito e quadro geral de credores

Os débitos da empresa em recuperação judicial são classificados de acordo com sua natureza. As características da relação que originam o crédito ou sua titularidade determinam, em primeiro lugar, se o crédito se submeterá à recuperação judicial e, em um segundo momento, em qual classe de créditos ele será alocado.

O art. 49 da Lei 11.101/05 estabelece que “*estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*”. Mas a regra não é absoluta. Há exceções espalhadas pelo diploma, como ocorre com os créditos garantidos fiduciariamente (art. 49, §3º), créditos oriundos de operações de adiantamento de câmbio (arts. 49, §4º e 86, inc. II), créditos fiscais (art. 6º, §7º-B), ou, ainda, com os créditos decorrentes de atos cooperativos (art. 6º, §13).

Esses são exemplos de relações que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. Dadas as características específicas de cada uma, a Lei 11.101/05 autoriza que os credores detentores desses créditos busquem sua satisfação apesar da recuperação judicial.

Com relação às demais dívidas da recuperanda, haverá submissão à recuperação judicial e novação pelo plano de recuperação. Nesses casos, os credores são divididos em quatro classes de acordo com a natureza jurídica do crédito, a teor do art. 41 da Lei 11.101/05¹⁹.

A responsabilidade pela determinação de quais créditos se submetem à recuperação judicial, o valor dos respectivos créditos e, posteriormente, pela sua classificação conforme a natureza jurídica é atribuída inicialmente ao devedor, na apresentação de sua lista de credores e, posteriormente, poderá ser alterada pelo

¹⁹ “Art. 41. A assembleia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte”

administrador judicial na fase administrativa²⁰ ou julgada a impugnação judicial pelo juiz da recuperação judicial. Na fase administrativa, cabe ao administrador judicial conferir a lista de credores anexada à petição inicial do pedido de recuperação judicial com base nos livros contábeis e demais provas, cruzar as informações com as divergências e habilitações apresentadas pelos credores e apresentar ao juízo da recuperação judicial sua lista de credores, que conterà todas as dívidas submetidas à recuperação judicial, seus valores e natureza jurídica.

No entanto, apesar dessa atribuição do administrador judicial, a decisão final acerca da composição do quadro geral de credores sempre será do juízo da recuperação judicial. Ele é o único competente para decidir as impugnações judiciais deduzidas pelos interessados sobre a sujeição de créditos à recuperação judicial, seus valores e respectivas classificações.

A competência do Juízo da Recuperação Judicial quanto à sujeição e à natureza dos respectivos créditos é absoluta e não pode ser derogada pelo tribunal arbitral. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que *“apenas ao juízo universal é atribuído apreciar o caráter dos créditos que lhe foram apresentados”*²¹⁻²².

A competência lhe foi atribuída como uma forma de se garantir no procedimento de insolvência a paridade de credores de mesma natureza e a higidez do quórum de deliberação para a aprovação ou rejeição do plano.

De forma a corroborar tal posição, a Lei 14.112/20, ao inserir o art. 20-B, §2º, impediu que a conciliação e a mediação pudessem versar sobre a natureza jurídica e a

²⁰ “Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas”

²¹ STJ, Segunda Seção, Conflito de Competência n. 122.293/RJ, Relator Ministro Marco Buzzi, j. 25.5.2016.

No mesmo sentido, vide: STJ, Segunda Seção, Conflito de Competência n. 153.473/PR, Relator Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 9.5.2018; STJ, Segunda Seção, Conflito de Competência n. 113.228/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 14.12.2011.

²² O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui o mesmo entendimento. Vide: TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2108985-34.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Jairo Brazil Fontes Oliveira, j. 13.8.2021: “[...] compete ao juízo da recuperação judicial verificar se o crédito controvertido possui natureza concursal ou extraconcursal, a fim de sujeitá-lo ou não aos efeitos da recuperação, bem como, controlar os atos de constrição patrimonial [...]”

No mesmo sentido: TJSP, 21ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2178729-58.2016.8.26.0000, Reator Desembargador Virgílio de Oliveira Júnior, j. 22.2.2017.

classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia geral de credores.

A vedação ao tratamento da natureza e classificação, entretanto, não são estendidos ao *an debeatur* e ao *quantum debeatur*.

Da mesma forma que se assegura à Justiça Especializada Trabalhista a apuração dos créditos decorrentes da relação laboral, nos termos do art. 6º, §2º, a cláusula compromissória poderá assegurar a apreciação pelos árbitros da existência do débito e do seu montante.

Ainda que uma das partes esteja submetida ao procedimento arbitral, determina a norma legal o prosseguimento das arbitragens de modo a se proteger a competência do árbitro para aferir a existência do crédito e seu montante.

Não poderá o tribunal arbitral determinar se o crédito estará sujeito à recuperação judicial, nem classificá-lo dentro do processo recuperacional²³. Os diversos interesses de terceiros e o interesse público envolvido na melhor decisão acerca da classificação dos créditos exigem que apenas o juízo da recuperação judicial decida sobre a formação do quadro geral de credores.

Por outro lado, quanto à existência e ao montante, o julgamento dos árbitros fará coisa julgada e não poderá ser recusado pelo Juízo da Recuperação Judicial. Nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento, os interessados deverão promover ação rescisória perante o Juízo que julgou originalmente o crédito. Caso demanda submetida à arbitragem, a sentença arbitral poderá ser declarada nula, se for nula a convenção de arbitragem, não contiver os requisitos legais, for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem ou for

²³ Em recente julgado, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu exatamente nesse sentido. Travou-se discussão acerca da competência para análise da existência de crédito em face de empresa em recuperação e da competência do tribunal arbitral, que constituiu referido crédito, para decidir sobre a sua natureza concursal ou extracursal. Na ocasião, a Câmara manteve decisão que: “[...] afirmou-se ser o juízo recuperacional competente para decidir sobre a sujeição ou não de crédito à recuperação judicial, conforme assentado na jurisprudência, mas que seria competente o juízo arbitral para decidir sobre a existência do crédito, i.e., no caso, se o valor da condenação das SPEs, cujas ações foram adquiridas pela agravada, na arbitragem contra elas instaurada pelo Consórcio MGT, depositado em conta garantia atrelada ao contrato de compra e venda de ações, já levantado pela agravada, por força da tutela de urgência deferida pelo juízo de origem, constituiria ou não crédito da agravada em face das agravantes” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2170512-84.2020.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, julgado em 02/02/2021).

comprovada a prevaricação, concussão ou corrupção passiva, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996.

3.2. Compensação de créditos

A compensação é espécie de extinção das obrigações. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra de obrigações líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, as obrigações se extinguem até onde se compensarem²⁴.

Além da composição legal, decorrente diretamente do preenchimento dos três requisitos legais, possível também a composição voluntária, em que um ou mais dos requisitos poderá ser suprido pela vontade das partes.

Em razão de o direito de ver reconhecida a compensação recair sobre aspectos patrimoniais e disponíveis, não há óbice para ser submetido à arbitragem, a teor do art. 1º da Lei de Arbitragem. Nada impede que, no curso de um procedimento arbitral, o árbitro reconheça a compensação entre obrigações havidas entre as partes litigantes, justamente por se tratar de um direito patrimonial disponível entre ambas.

O direito, entretanto, deixa de ser disponível se uma das partes estiver submetida ao procedimento de recuperação judicial. É exatamente o caso de créditos e débitos detidos por uma empresa em recuperação judicial. Nessa hipótese, a compensação afeta diretamente a coletividade de credores e demais interessados no processo.

Para aclarar a posição, devem ser diferenciados os momentos em os requisitos necessários à compensação estejam presentes. Se a fungibilidade, exigibilidade e liquidez ocorrerem antes do pedido da recuperação judicial, a compensação será automática e independerá de qualquer manifestação, nos termos do art. 368 do Código Civil.

Se os requisitos estiverem presentes apenas após a distribuição do pedido de recuperação judicial, ou forem supridos os requisitos legais pela manifestação voluntária das partes, na compensação convencional, a recuperanda não poderá satisfazer suas obrigações, se anteriores ao pedido de recuperação judicial.

²⁴ Código Civil, artigos 368 e 369.

Se a obrigação da recuperanda for anterior ao pedido de recuperação judicial e o crédito ou os demais requisitos para a compensação somente ocorrerem após o pedido de recuperação judicial, não poderá ocorrer a compensação e a recíproca extinção. A partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, as obrigações anteriormente existentes submetem-se a regime especial. Todos os débitos da recuperanda existentes na data do pedido, ainda que não vencidosse submetem à recuperação judicial (art. 49) e somente poderão ser satisfeitos nos termos do plano de recuperação.

Nesse aspecto, pela LREF, a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá voluntariamente satisfazer seus débitos sob pena de garantir tratamento privilegiado a um dos credores em detrimento dos demais da mesma classe. O pagamento por essa forma de extinção das obrigações deverá ocorrer apenas se previsto no plano de recuperação judicial e aprovado pelos credores reunidos em Assembleia Geral.

Por seu turno, se o direito de crédito for anterior e a obrigação for posterior ao pedido, necessário se averiguar a natureza do direito de crédito. Se ele envolver patrimônio não circulante da recuperanda, a compensação também será impedida.

O art. 66 da Lei 11.101/05 limita a liberdade de disposição da recuperanda sobre o seu patrimônio não circulante²⁵⁻²⁶. A partir do processamento da recuperação judicial, a recuperanda perde o direito de dispor livremente do seu ativo não circulante e passa a depender da autorização do juízo da recuperação para alienar e/ou onerar seu patrimônio.

Nessas duas hipóteses, tanto de obrigação anterior quanto de créditos não circulantes, embora mantida a natureza patrimonial das obrigações compensáveis, a

²⁵ “Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.”

²⁶ Como já sustentamos anteriormente: “Como o patrimônio geral do devedor é a garantia de satisfação das obrigações dos credores, a alienação ou oneração de ativos não circulantes pelo devedor poderia aumentar o risco de inadimplemento de suas obrigações por ocasião de eventual liquidação dos bens num procedimento falimentar. A alienação ou oneração também poderia tornar inviável o desenvolvimento da atividade empresarial e impossibilitar a recuperação da empresa, com prejuízo a todos os envolvidos. Por essa razão, mesmo as alienações para a satisfação de credores não sujeitos à recuperação, ou as onerações para se garantirem obrigações contraídas durante a recuperação judicial, todas as alienações ou onerações de bens do ativo não circulante ficam obstadas, a menos que autorizadas pelo juiz ou pelo plano de recuperação judicial” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 361)

recuperanda perde a liberdade de satisfazer suas obrigações ou de dispor de seus créditos. Despida de seu caráter disponível, a obrigação deixa de arbitrável.

Carlos Alberto Carmona ensina que direitos disponíveis são aqueles que podem ou não ser livremente exercidos pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Complementa que são disponíveis e, portanto, arbitráveis, as obrigações que podem ser livremente negociadas, 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 controvertem²⁷.

São indisponíveis, portanto, os direitos e obrigações que impactam a coletividade, sobre as quais haja lei ou preceito normativo limitando a liberdade do seu titular. Extinta a plena disponibilidade da devedora sobre os débitos anteriores ou os créditos não circulante, deixará a matéria de ser arbitrável.

Se apenas podem ser submetidas ao tribunal arbitral as disputas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, um árbitro não terá competência para decidir sobre a disposição do patrimônio circulante de uma empresa em recuperação judicial. Há óbice intransponível ao art. 1º da Lei de Arbitragem.

Situação diversa é a atinente aos ativos circulantes da empresa em recuperação judicial. O art. 66 da Lei n. 11.101/2005 não abrange os ativos circulantes do devedor, cuja alienação ou oneração não encontra limitação legal. Sua alienação ou oneração poderá ser realizada regularmente, até para que o empresário em recuperação judicial possa prosseguir com o desenvolvimento de sua atividade.

Com relação aos ativos circulantes, mesmo que anteriores ao pedido de recuperação judicial, portanto, permanecem os dois requisitos da arbitrabilidade, quais sejam a patrimonialidade e disponibilidade. Nesse caso, não haverá óbice à compensação de créditos no âmbito de uma arbitragem.

3.3. Transações jurídicas

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 38/39.

Também merece atenção a delimitação da competência para a homologação de acordos extrajudiciais celebrados pela recuperanda no âmbito de um procedimento arbitral.

Como visto, a inclusão do §9º no art. 6º da Lei 11.101/05 permite que recuperação judicial e arbitragens ocorram concomitantemente. Nesse sentido, não serão raros os casos em que o tribunal arbitral se verá diante de pedido de homologação de acordo firmado entre a recuperanda e a contraparte na arbitragem, pelo que necessário estabelecer quais venças poderão ser analisadas pelo árbitro e quais devem ser submetidas ao juízo da recuperação judicial.

Antes de iniciar a análise, esclarece-se que a homologação de acordo na arbitragem produz uma sentença arbitral de mérito e encerra a disputa, nos termos do art. 28 da Lei de Arbitragem. Desse modo, a sentença arbitral que homologa acordo é passível de anulação caso configurada alguma hipótese do art. 32 da Lei de Arbitragem, dentre as quais figura o vício de competência (art. 32, inc. II).

Essa constatação inicial importa porque, se o árbitro homologar um acordo que deveria ser apreciado pelo juízo da recuperação judicial, gerará uma sentença arbitral nula de pleno direito, pois emanada “*de quem não podia ser árbitro*” (LARb, art. 32, inc. II).

Nesse sentido, remete-se ao capítulo anterior com relação à disponibilidade dos direitos e obrigações da recuperanda. Considerando as previsões dos artigos 66 da Lei de Recuperação Judicial e 1º da Lei de Arbitragem, o tribunal arbitral não terá competência para homologar acordos que versem sobre disposição, oneração ou renúncia de ativos não circulantes da recuperanda, pois estes deixam de ser disponíveis com o processamento da recuperação judicial.

Por outro lado, ainda que verse sobre ativos circulantes ou sobre obrigações da recuperanda, a composição não pode ser utilizada como forma de se prejudicar terceiros. Ainda que verse, portanto, sobre bens disponíveis, a composição não poderá ser realizada para o reconhecimento de passivos não demonstrados ou de renúncia de ativos sem justificativa, sob pena de se implicar benefício indevido a credor em detrimento dos demais interesses protegidos e do processo arbitral ser utilizado como forma de fraudar o tratamento paritário de credores exigido pelo procedimento de recuperação judicial.

CONCLUSÃO

A regulamentação da convivência entre a recuperação judicial e a arbitragem deve ser comemorada, porém analisada com cautela.

O conflito entre os diversos interesses envolvidos na recuperação judicial e as disputas particulares submetidas à arbitragem demanda a estabilização dos limites objetivos de arbitrabilidade das questões envolvendo as empresas em recuperação judicial.

Se, em regra, a condução das arbitragens deverá prosseguir normalmente, independentemente da recuperação judicial de uma das partes, isso não poderá conflitar com a competência absoluta do juízo da recuperação judicial para decidir sobre a natureza e classificação dos créditos, sobre a alienação ou oneração de ativos não circulantes ou sobre a satisfação do passivo sujeito à recuperação judicial.

Nesses aspectos, a relativização do princípio *kompetenz-kompetenz* será necessária para resguardar o interesse público de que a recuperação judicial prossiga livre de vícios e de modo a permitir o soerguimento da empresa em crise.

Arbitragem, Mediação, Falência e Recuperação

Resolução de Disputas na Empresa em Crise

A arbitragem é um método privado de solução de disputas, em que um ou mais árbitros escolhidos pelas partes decide uma controvérsia versando sobre direito patrimonial disponível. Trata-se de um instituto que atende primordialmente a interesses privados.

Apesar de não impor uma decisão com força de coisa julgada, a mediação empresarial atende a interesses semelhantes àqueles perseguidos na arbitragem.

Os institutos da falência, recuperação judicial e extrajudicial possuem feição bastante diversa entre si, pois os sistemas jurídicos procuram assegurar que a empresa em crise sobreviva ou, quando isso não é mais possível, que o passivo restante seja distribuído entre os credores da maneira que melhor atenda ao interesse público.

Estes mundos – arbitragem/mediação e recuperação/falência – parecem, à primeira vista, antagônicos, mas a realidade prática mostra que a interseção entre eles é mais comum do que se possa imaginar, além de rica em desafios jurídicos e econômicos. As alterações da Lei de Recuperação e Falência modificaram ainda mais esta relação, em parte para solucionar algumas controvérsias, em parte para criar outras, em especial na seara da insolvência transnacional.

Esta coletânea é a primeira e mais completa obra sobre *Arbitragem, Mediação, Recuperação e Falência* já lançada desde a Reforma da Lei de Arbitragem e as alterações operadas na Lei de Recuperação e Falência. Com aproximadamente 40 artigos, escritos por renomados autores nacionais e estrangeiros com experiência na área, a coletânea toca praticamente todos os temas mais relevantes que podem surgir dessa complexa interação.

A obra se mostra essencial para advogados atuantes nas áreas de Arbitragem, Mediação e Direito Falimentar, bem como juízes e membros do Ministério Público. A coletânea também se destina aos estudantes de graduação e jovens advogados que pretendem iniciar suas carreiras com domínio de complexas questões na seara empresarial.

Ajude-nos a melhorar cada vez mais nossos produtos, acesse o QR Code e responda nossa pesquisa!

ISBN 978-65-5991-250-6



9 786559 912506

