

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NA FALÊNCIA E NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

ARBITRATION AND MEDIATION IN BANKRUPTCY AND BUSINESS RECOVERY

Delcy Alex Linhares ¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal analisar a compatibilidade da arbitragem e da mediação com situações que envolvam insolvência ou crise econômica e financeira de empresas. Para tanto, adotou-se a metodologia explicativa, com o auxílio da técnica da análise de documentos e dados internacionais e nacionais. Como restará demonstrado, tanto a arbitragem como a mediação trazem diversas possibilidades que permitem incorporá-las supletivamente ao sistema da lei de falência, de modo a colaborar para a redução da litigiosidade por meio da ampliação do acesso às formas de solução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Arbitragem. Falência. Recuperação judicial.

ABSTRACT: This article aims to analyze the compatibility of arbitration and mediation with situations involving insolvency or economic and financial crisis of companies. To this end, the explanatory methodology was adopted, with the aid of the technique of analyzing international and national documents and data. As will be demonstrated, both arbitration and mediation bring several possibilities that allow them to be incorporated into the bankruptcy law system, collaborating to reduce litigation by expanding access to forms of conflict resolution.

KEYWORDS: Mediation. Arbitration. Bankruptcy. Business recovery.

SUMÁRIO: Introdução: problema. 1. Arbitragem e meios alternativos de resolução de litígios (MARL). 2. Arbitrabilidade em matéria de insolvência ou crise econômica e financeira. 2.1 Não arbitrabilidade. 2.2 Arbitrabilidade com limitações. 2.3 Arbitragem como defesa pré-falimentar. 3. Arbitragem na recuperação de empresas. 4. Arbitragem na recuperação Judicial. 5. Arbitragem na Recuperação Extrajudicial. 6. Resolução do litígio por acordo no curso de arbitragem ou de processo judicial. 7. Limites do consenso na falência e na recuperação de empresas. 8. Considerações finais. 9. Conclusões. Referências.

SUMMARY: Introduction: problem. 1. Arbitration and alternative dispute resolutions (ADR). 2. Arbitrability in matters of insolvency or economic and financial crisis. 2.1 Non-arbitration. 2.2 Arbitrability with limitations. 2.3. Arbitration as pre-bankruptcy defense. 3. Arbitration in business recovery. 4. Arbitration in judicial recovery. 5. Arbitration in extrajudicial recovery. 6. Settlement of the dispute by agreement in the course of arbitration or judicial proceedings. 7. Consensus limits on bankruptcy and business recovery. 8. Final considerations. 9. Conclusions. References.

¹Procurador do Estado do RJ, MBA em Direito da Economia pela FGV, Mestre em Direito Público pela UNESA, Doutorando em Direito Público pela UNESA e Professor da ESAP.

Introdução

Este artigo tem o objetivo geral de analisar a compatibilidade da arbitragem e da mediação com situações que envolvam insolvência ou crise econômica e financeira de empresas. O objetivo específico é apontar métodos alternativos de resolução de litígios na falência e na recuperação judicial, admitidos pela legislação.

A hipótese que este artigo pretende comprovar é a de que empresários e/ou sociedades empresárias podem recorrer a meios alternativos de resolução de litígios (MARL) ou à arbitragem para a solução de conflitos que gravitam os processos de recuperação de empresas ou de falência.

Para tanto, foi adotada a metodologia explicativa, com o auxílio da técnica da análise de documentos e dados internacionais e nacionais. Foram utilizadas fontes doutrinárias primárias e secundárias, com uso da interpretação e da hermenêutica jurídica.

Demonstrado, com este estudo, que os MARL e a arbitragem são compatíveis e podem conviver harmonicamente com as regras da falência e da recuperação de empresas, proporemos hipóteses em que é possível a solução extrajudicial de litígios em matéria de insolvência ou de crise econômica e financeira de empresas.

Os pedidos de recuperação judicial no Brasil cresceram 89,7%, em junho de 2019, comparados com o ano anterior. Segundo o levantamento da empresa de dados de crédito Boa Vista, divulgado na imprensa, os pedidos de falência recuaram 25,6% no comparativo anual. Na comparação com maio, os pedidos de recuperação judicial avançaram 27,8% ano a ano, enquanto os pedidos de falência tiveram queda de 42,2%².

Tais dados revelam que o Brasil enfrenta um período de graves dificuldades na economia, capaz de deflagrar litígios em razão de situações de crise econômica e financeira ou de insolvência de empresas que atuam no mercado nacional. Os dados revelam também que devedores e credores estão buscando meios para a preservação das empresas através da recuperação empresarial, em vez de buscar o encerramento destas pela falência, o que é um dado positivo, porque demonstra a busca do consenso como instrumento de superação de crises sistêmicas.

² G1. Pedidos de recuperação judicial no Brasil disparam 90% em junho, diz Boa Vista. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/07/04/pedidos-de-recuperacao-judicial-no-brasil-disparam-90-em-junho-diz-boa-vista.ghtml>. Acesso em: 05 jul. 2019.

No Brasil, os processos judiciais têm custos elevados, são morosos e pouco eficientes. Mesmo com todo o esforço engendrado pelo Poder Judiciário para atender ao comando constitucional da razoável duração do processo³, a via judicial não tem sido capaz de oferecer respostas rápidas e adequadas para situações complexas que envolvem direitos difusos ou coletivos, tais como aquelas situações de crise econômica e financeira ou insolvência de empresas, porque nestes casos os processos de recuperação ou de falência têm custos econômicos elevados e são notoriamente lentos⁴.

Nesse cenário de baixa eficiência do processo judicial, a adoção de meios alternativos extrajudiciais para a solução de litígios é uma tendência global e pode ser verificada em diversos sistemas jurídicos. No Brasil, a Lei n. 9.307/96 admite a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e a Lei n. 13.140/15 disciplina a mediação, extrajudicial ou judicial⁵, como meio de solução de controvérsias entre particulares sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação⁶, permitindo a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público⁷.

O regime da falência e da recuperação de empresas, previsto na Lei n. 11.101/05, não menciona, em qualquer parte de seu texto, disposição acerca da arbitragem ou da mediação. Por essa razão, mesmo havendo previsão de acesso a tais meios de solução de litígios em nosso ordenamento jurídico, ocorre uma baixa utilização deles em matéria de insolvência ou de crise econômica e financeira de empresas.

A subutilização da arbitragem e da mediação nessas situações, mesmo havendo leis que regulam esses procedimentos, acaba por reduzir apenas à via judicial a resolução das

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso LXXVIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bermardino. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. Revista Jurídica Luso-brasileira, Rio de Janeiro, ano 5, n. 3, 791-830, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁵ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Arts. 21 e 24. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 32. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

demandas que naturalmente surgem em momentos de crise econômica, tal como estamos vivendo.

Esse é o problema que justifica o presente estudo, porque a subutilização de MARL e da arbitragem acaba por assoberbar ainda mais o Poder Judiciário, que se vê compelido a dedicar esforços para resolver litígios que poderiam ser solucionados pela via extrajudicial, em prejuízo do acesso à justiça e da boa prestação jurisdicional.

1 Arbitragem e meios alternativos de resolução de litígios (MARL)

A via judicial tem sido utilizada em larga escala por todo o mundo⁸ e em toda parte do globo é consenso que a solução estatal não vem sendo capaz de oferecer, em tempo hábil, as respostas esperadas por aqueles que se veem envolvidos em conflitos.

Os modos alternativos de resolução dos litígios, designados pelo acrônimo MARL – ou, ainda, por ADR: *Alternative Dispute Resolution* – “designam os procedimentos extrajudiciais, conduzidos por um terceiro neutro, tendentes a encontrar uma solução adequada para o conflito de interesses entre partes capazes. Podem aparecer no âmbito de processos judiciais, quando assegurados pelo tribunal ou confiados por este a um terceiro (“ADR judicial”), ou decorrer de convenção firmada entre as partes (“ADR convencional”)⁹.

Em sentido lato, o acrônimo MARL inclui a arbitragem, mas a Comissão das Comunidades Europeias, que publicou em Bruxelas, no ano de 2002, o *green book* sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial, excluiu a arbitragem propriamente dita¹⁰, porque esta destina-se à solução contenciosa de litígios.

Nesse contexto, os meios alternativos de resolução de litígios (MARL) e a arbitragem assumem especial relevância devido à flexibilidade procedimental, à possibilidade de escolha dos conciliadores, mediadores e árbitros, à especialidade, à neutralidade, à celeridade

⁸ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves considerações acerca da arbitragem e os princípios da administração pública. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 68, p. 46, 2014.

⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 67.

¹⁰ “A arbitragem é, de fato, um modo de resolução de conflitos que é mais equiparado aos procedimentos jurisdicionais do que aos modos alternativos na medida em que a decisão arbitral se destina a substituir a decisão judicial. A arbitragem é muito regulamentada, tanto a nível dos Estados-partes como a nível internacional, com a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças arbitrais estrangeiras <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>>, ou ainda, no quadro do Conselho da Europa, a Convenção Europeia de 1996 que estabelece uma lei uniforme em matéria de arbitragem <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm>”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=PT>. Acesso em: 30 jul. 2020.

processual e à facilidade do reconhecimento das decisões em outras jurisdições¹¹. Além destas características, a confidencialidade¹², inerente tanto à arbitragem como aos MARL, é fundamental para reduzir os impactos financeiros advindos de litígios que envolvam situações de insolvência, porque todo o procedimento será de conhecimento apenas das partes envolvidas na demanda, o que reduz sensivelmente os riscos econômicos externos que os interessados podem experimentar.

A tendência mundial de respeitar a autonomia da vontade das partes e a liberdade de escolher a forma de resolver os litígios comerciais, como reflexo do amplo acesso à justiça, são razões para a redução da litigiosidade e para a instituição de uma cultura de paz na solução de conflitos.

Nos contratos empresariais é comum a inserção de cláusulas convencionais que remetem as partes contratantes à arbitragem ou aos MARL, porque os direitos relativos à atividade econômica, que circulam globalmente, são tradicionalmente disponíveis. Por isso, é possível que os litígios que surgem em decorrência de atividades mercantis possam ser solucionados por mediadores, conciliadores ou árbitros, escolhidos pelas partes.

Pedro Paulo Cristófaró ressalta que “o direito brasileiro encampou a *lex mercatoria* ao dispor no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 que: poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”¹³. Portanto, não só as leis brasileiras de arbitragem e mediação, mas também a Convenção de Nova York, da qual o Brasil é signatário, e a United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL) podem ser invocadas para fundamentar a possibilidade de utilização da arbitragem e de MARL em situações de insolvência ou de crise econômica e financeira.

2. Arbitrabilidade em matéria de insolvência ou crise econômica e financeira

¹¹ FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na reforma da arbitragem. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 161.

¹² VICENTE, Dário Moura. Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey. In: *Propriedade Intelectual – Estudos Vários*. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 322.

¹³ CRISTOFARO, Pedro Paulo. A *Lex Mercatoria* e o Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Ed. Em Homenagem a Lucia Lea Guimarães Tavares, p. 268, 2017.

Em Portugal, “os direitos que tenham por objeto interesses difusos legalmente protegidos não são arbitráveis, pois pertencem à comunidade em geral ou a uma comunidade específica”¹⁴. Entendemos que existe “competência exclusiva dos tribunais estaduais – inclui todas as matérias em que a lei expressa determine ou razões de ordem pública o imponha, como é o caso, por exemplo, das questões falimentares e de recuperação de empresas de pessoas domiciliadas em Portugal ou pessoas coletivas com sede em Portugal, das questões relativas a direitos não patrimoniais e não transigíveis e as que impliquem a modificação ou a extinção de uma situação jurídica inscrita num registro público de quais quer direitos sujeitos a registro em Portugal, dado o seu efeito *erga omnes*”¹⁵.

No Brasil, é admitida a arbitragem de direitos patrimoniais disponíveis¹⁶. O significado da expressão não é simples, mas podemos dizer que a patrimonialidade indica que “o objeto da obrigação não precisa, desde o seu nascimento, apresentar um valor econômico. Faz-se, contudo, necessário a aferição de um valor econômico se ocorrer o inadimplemento. Isto porque se deverá apontar o valor do dano, ainda que moral, decorrente do dever obrigacional para que se dê a reparação”¹⁷. A disponibilidade “qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que o titule”¹⁸.

A falência é vista como uma execução extraordinária, concursal, coletiva ou universal¹⁹ que abrange todos os credores do devedor. Por sua vez, a recuperação empresarial é um contrato judicial com feição novativa, em que o devedor e a grande parte de seus credores obtêm a aprovação em juízo de uma proposta destinada a viabilizar a empresa em estado de crise econômica e financeira²⁰.

A matéria tratada nos processos de falência e de recuperação de empresas é basicamente relativa a contratos e créditos, havendo, em alguma medida, abordagens de cunho organizacional ou societário. Essas características indicam a possibilidade da arbitragem ou da mediação para tratar das matérias relativas à insolvência ou à crise econômica e financeira de empresas, devido à patrimonialidade e disponibilidade inerentes a essas matérias. No entanto,

¹⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 139.

¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 107.

¹⁶ BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹⁷ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 51.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 36, 2018.

¹⁹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9.

²⁰ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa*, cit, pp. 12-13.

a necessidade de que todos os interessados sejam signatários da cláusula arbitral ou do compromisso de mediação reduz, em grande medida, a adoção desses meios de resolução de litígios em processos de falência ou de recuperação empresarial.

2.1. Não arbitrabilidade

Em linhas gerais, a arbitragem é um modo não judicial de resolução de conflitos, no qual as partes, por meio de convenção arbitral, se comprometem a submeter o litígio a um árbitro imparcial²¹ que, substituindo a vontade as partes, irá prolatar uma decisão, com força de título executivo extrajudicial, resolvendo a demanda.

A arbitragem substitui a jurisdição estatal e, por isso, todos os atos tipicamente jurisdicionais previstos no processo de falência ou de recuperação de empresas não podem ser praticados por árbitros. Dessa forma, a decretação da falência²², por qualquer das causas autorizadas, a concessão da recuperação judicial ou do plano especial para microempresa e empresa de pequeno porte²³, a homologação de recuperação extrajudicial²⁴, a habilitação de crédito retardatário²⁵, a decisão sobre a impugnação de créditos²⁶, o julgamento do pedido de exclusão, classificação ou retificação de crédito²⁷, a solução do pedido de restituição de bem arrecadado²⁸, a decisão acerca da ineficácia e da revogação de atos praticados antes da

²¹ CAVALIERI, Tamar. Imparcialidade na arbitragem. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 71, p. 314, 2017.

²² BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²³ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 58. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁴ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 162. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁵ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 10, §5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁷ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 19, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

²⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 88. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

falência²⁹, a decisão acerca da impugnação à forma de alienação de ativos³⁰, a homologação das formas alternativas de alienação do ativo³¹, o julgamento das contas do administrador judicial³², o encerramento da falência³³, e a declaração de extinção das obrigações do falido³⁴ são decisões reservadas à jurisdição estatal a cargo do Poder Judiciário.

Contudo, da análise dos atos de cunho decisório acima elencados, verificamos que, em algumas situações, existe espaço para a arbitragem, em momento antecedente à situação que exige a manifestação da jurisdição estatal. Nesses casos, a arbitrabilidade das matérias relativas à insolvência fica limitada ao espaço jurídico no qual a solução extrajudicial do conflito serve como pressuposto para a prática subsequente do ato judicial.

2.2 Arbitrabilidade com limitações

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que é possível a “convivência harmônica das duas jurisdições – arbitral e estatal –, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta”. Vejamos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE FALÊNCIA. INADIMPLEMENTO DE TÍTULOS DE CRÉDITO. CONTRATO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INSTAURAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO ARBITRAL. DESNECESSIDADE. 1- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2- A convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei n. 11.101/05. 3- A existência de cláusula compromissória, de um lado, não afeta a executividade do título de crédito inadimplido. De outro lado, a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante

²⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 135. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³⁰ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 143°. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³¹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 145. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³² BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 154, §4°. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³³ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 156. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³⁴ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 159. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

provocação da jurisdição estatal. 4- **Admite-se a convivência harmônica das duas jurisdições – arbitral e estatal –, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta.** Precedente. 5- Recurso especial não provido. Recurso Especial Nº 1.277.725 - AM (2011/0146922-2) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. (grifo nosso)

Isso significa que a decretação da falência não pode ser feita pela via arbitral, mas é possível recorrer à arbitragem, em momento antecedente à decretação da falência, para fins de formação do título que dará suporte ao pedido de quebra, porque a sentença arbitral tem natureza de título executivo extrajudicial³⁵ e, sendo assim, é possível que a decisão proferida na arbitragem fundamente o pedido de falência.

Para a decretação de falência com base na impontualidade, é necessário que a sentença arbitral tenha valor igual ou superior a 40 (quarenta) salários-mínimos e seja levada a protesto. Em se tratando de pedido de decretação da quebra com base em execução frustrada sem garantia³⁶, será necessário que a decisão proferida na arbitragem seja levada à execução judicial; e o devedor, uma vez citado, não pague e nem nomeie bens à penhora.

Também surgem possibilidades para a utilização da arbitragem em momento antecedente à decretação da falência, para a resolução de litígios que envolvam os chamados atos de falência, que são aqueles “legalmente enumerados, capazes de exteriorizar a impossibilidade do devedor em cumprir as suas obrigações, sem a verificação, necessariamente, da falta de pagamento”³⁷.

Dessa forma, é possível recorrer à arbitragem para dirimir conflito entre o devedor que praticou o ato contestado e o credor ou os credores que se sentirem lesados quando o empresário ou a sociedade empresária: (i) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; (ii) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; (iii) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; (iv) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; (v) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem

³⁵ BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. art.31. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 94, I e II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³⁷ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de empresa*, cit, p. 191.

ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; (vi) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; ou ainda (vii) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial³⁸.

Vale dizer que a decretação da falência com base na prática dos atos acima referidos exige a descrição dos fatos que caracterizam o pedido de falência e as provas³⁹ da ocorrência da situação ensejadora da decretação da quebra. Portanto, nada obsta que a sentença arbitral levada a cabo entre as partes sirva de meio de prova do ocorrido e seja adotada pelo juízo falimentar como fundamento da decisão que decretar a falência pelos motivos do art. 94, III da Lei n. 11.101/2005.

No contexto da falência, também é possível recorrer à arbitragem para a constituição de crédito que posteriormente será levado ao quadro geral de credores, porque o direito ao crédito é de natureza patrimonial e disponível, configurando a hipótese legal de arbitrabilidade da matéria.

Em Portugal, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), no art. 87º, dispõe que: “(i) fica suspensa a eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis, (ii) os processos pendentes à data da declaração de insolvência prosseguirão, porém em seus termos”.

Como visto, a legislação portuguesa, inspirada na UNCITRAL, admite o prosseguimento das ações arbitrais que estiverem em curso, quando da decretação da insolvência, para que o credor cujo crédito tenha sido reconhecido por decisão arbitral possa reclamá-lo no processo de insolvência, para nele ser pago⁴⁰.

A legislação brasileira, em dispositivo semelhante, prevê que a ação que demandar quantia ilíquida terá prosseguimento normal no juízo no qual estiver se processando⁴¹, cabendo ao juiz onde corre tal demanda determinar a reserva da importância que estimar devida na

³⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 94, III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

³⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 94, §5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 237.

⁴¹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 6º, § 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria⁴². Assim, é possível interpretar a expressão “ação” contida na lei brasileira para abarcar também a ação arbitral, posto que não há nenhuma referência na lei sobre a matéria, sendo permitindo o prosseguimento da arbitragem para depois incluir o crédito dela proveniente no quadro de credores do processo de falência, ou mesmo incluir tal crédito na recuperação empresarial.

Vale apenas notar que a habilitação de crédito é um procedimento que se dá perante o administrador judicial, mas se o requerimento for impugnado ou se a habilitação for considerada retardatária, o pedido será processado como se fosse uma impugnação de crédito, se ainda não tiver sido homologado o quadro geral de credores⁴³.

Na hipótese de o quadro geral de credores já ter sido homologado, a inclusão do crédito só pode se dar por meio de ação judicial, pelo procedimento comum do CPC⁴⁴. Em ambos os casos, caberá ao juízo universal decidir pela inclusão ou não do crédito no quadro geral de credores para fins de pagamento, não sendo cabível a arbitragem decidir sobre essa questão.

Nesse ponto reside uma questão interessante, porque, em tais casos, é aberta a possibilidade para o pedido de nulidade da sentença arbitral, com base no art. 32 da Lei 9.307/96, caso o devedor ou qualquer dos demais credores não concordem com o pedido de inclusão do crédito em virtude de alegação de nulidade da sentença arbitral. Nessas situações, reputada nula a sentença arbitral, o crédito não poderá ser incluído no quadro geral de credores, podendo o juiz determinar que o árbitro ou tribunal profira nova decisão, ou simplesmente não acolher a higidez do crédito em virtude do defeito.

3. Arbitragem como defesa pré-falimentar

⁴² BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 6º, § 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴³ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 10, §5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 10, §6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

A presença da cláusula arbitral constitui defesa pré-falimentar capaz de influir na decretação da falência, porque o Código de Processo Civil brasileiro indica, no inciso VII, do artigo 485, que o juiz não resolverá o mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”. O rol de causas impeditivas da falência previsto no inciso “V”, do art. 96, da Lei 11.101/2005, admite “qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título” como fundamento para obstar a decretação da quebra.

A matéria relativa à impontualidade do pagamento, tal como disposto no inciso I do art. 94 da Lei 11.101/2005, é causa objetiva que autoriza a decretação da falência, não obstante a presença de cláusula arbitral celebrada entre o devedor e o credor, porque, no caso, a única maneira de elidir a decretação da falência é o pagamento da dívida⁴⁵, a apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, ou a comprovação da cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência⁴⁶. O STJ, na decisão acima referida, deixou claro que “a convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei n. 11.101/05”.

A execução sem garantia, prevista no inciso II do art. 94 da Lei 11.101/2005, também autoriza a decretação da falência do devedor mesmo que haja cláusula compromissória, porque, nesses casos, a insolvabilidade do devedor é presumida e sua conduta – quando, uma vez citado na execução judicial, não paga ou oferece bens à penhora – indica incapacidade patrimonial de pagar suas dívidas. Da mesma forma que na impontualidade, só é possível obstar a decretação da falência na hipótese de execução sem garantia promovendo o depósito elisivo da falência, apresentando o pedido de recuperação judicial no prazo da contestação ou comprovando a cessação das atividades por mais de dois anos antes do fato que originou o pedido de decretação da falência.

Nessa medida, a existência de cláusula arbitral não impede a decretação da falência porque o que está em jogo não é somente o interesse patrimonial do credor que requereu a decretação da falência, mas também o interesse difuso dos demais credores que têm interesse na solvabilidade do devedor.

⁴⁵ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 98, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 96, § 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

Por outro lado, havendo convenção de arbitragem e afirmação de competência pelo juízo arbitral capaz de alterar a caracterização de “ato de falência”, é preciso aguardar o desfecho da arbitragem para, somente após a sua conclusão, ter prosseguimento o pedido de decretação da falência, já que a configuração do estado de insolvência só estará resolvida quando for julgada a matéria sujeita à arbitragem.

O reconhecimento de que a presença da cláusula arbitral é uma causa obstativa da decretação da falência revela que as matérias elencadas no inciso III do art. 94 da Lei 11.101/2005 são arbitráveis, observadas as limitações acima descritas, mesmo em se tratando de situação de insolvência.

4. Arbitragem na recuperação de empresas

Em situações que envolvam crise econômica e financeira de empresas não é raro surgirem litígios de cunho meramente patrimonial envolvendo direitos creditórios. Tais litígios geralmente decorrem de contratos que, não raras vezes, contêm cláusulas ou convenções que subordinam a solução da controvérsia à arbitragem, excluindo, por manifestação da vontade livre das partes, a submissão da causa ao órgão jurisdicional estatal. Por isso, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios emitiu o seguinte enunciado: “Nº 6. O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”.

Esse enunciado nos leva a crer que os direitos patrimoniais creditórios, oriundos de títulos ou de contratos, cuja disponibilidade é característica reconhecida, são passíveis de serem objeto de arbitragem, mesmo em situações que caracterizem crise econômica e financeira ou insolvência da empresa, e podem ser tratados em processo arbitral, caso haja a presença de cláusula compromissória nesse sentido.

5. Arbitragem na recuperação judicial

De acordo com Sérgio Campinho, “a recuperação judicial, segundo o perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômica e financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora do emprego, e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47)”⁴⁷.

A recuperação judicial equivale a um contrato novativo celebrado entre o devedor e seus credores perante o Poder Judiciário. Sendo assim, em se tratando de um contrato, as matérias relativas ao plano de recuperação são arbitráveis, à primeira vista, haja vista a presença da patrimonialidade e da disponibilidade na matéria.

O plano de recuperação judicial deve conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados. Em nossa legislação, foram estabelecidos meios dilatórios com a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas e meios remissórios pela equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural⁴⁸.

Foi prevista a reformulação do perfil subjetivo da empresa⁴⁹ com a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, alteração do controle societário ou constituição de sociedade de credores. Da mesma forma, foi autorizada a reformulação do perfil objetivo da empresa⁵⁰, com a cessão de cotas ou ações, aumento de capital social, trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados, dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro, venda parcial dos bens, emissão de valores mobiliários, e a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

⁴⁷ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa...*, cit, p. 10.

⁴⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 50, I e XII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 50, III e X. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 50, II, VI, VII, IX, XI, XV e XVI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

Como meio de recuperação também são possíveis: a reformulação do perfil corporativo da empresa com a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; a concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; o usufruto da empresa; e a administração compartilhada⁵¹.

Por fim, foram disponibilizados meios de reformulação do perfil funcional da empresa com a previsão de redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva⁵².

Da análise dos meios de recuperação judicial descritos na Lei 11.101/2005, percebe-se que as matérias elencadas ora são de interesse dos credores, ora são de interesse dos sócios ou acionistas da sociedade empresária, ora são inerentes a empregados e colaboradores do devedor.

As matérias relativas aos meios de recuperação judicial de interesse dos credores ou dos sócios são arbitráveis porque envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Por outro lado, as matérias de interesse dos empregados ou colaboradores da empresa, por estarem sujeitas necessariamente à jurisdição da justiça do trabalho, não são arbitráveis devido à reserva da jurisdição. Também não são arbitráveis as obrigações de natureza fiscal porque “o escopo da arbitrabilidade do Direito Administrativo abrange todas as matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas ou, melhor dizendo, todas aquelas que tenham em um contrato a sua fonte jurídica imediata e imprescindível”⁵³, o que não inclui os créditos tributários devido a sua natureza heterônoma.

Compete ao devedor formular e apresentar o plano ao juízo universal para que seja concedida a recuperação judicial. Para tanto, deve haver a não objeção dos credores ou a aprovação destes, em assembleia geral, para que as disposições do plano sejam referendadas pela jurisdição estatal⁵⁴.

⁵¹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 50, IV, V, XIII e XVI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁵² BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 50, VIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 51, 2018.

⁵⁴ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Arts. 53, 55 e 57. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

Para obter a não objeção dos credores ou para a formação de maioria na deliberação em assembleia geral pode ser realizada arbitragem entre os credores ou entre estes e o devedor, no intuito de se obter segurança jurídica na aprovação do plano de recuperação a ser submetido ao juízo. Manuel Barrocas registra que “certas matérias societárias não têm sido questionadas, sendo pacificamente aceitas como arbitráveis”⁵⁵. É o caso do “direito de voto e questões sobre participações sociais, responsabilidade dos administradores, etc.”. Portanto, as matérias relativas aos meios de recuperação judicial e aquelas referentes à aprovação, por não objeção ou por exercício do direito de voto, podem ser objeto de arbitragem em paralelo com a recuperação judicial.

No que diz respeito aos créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial, a lei exige a sujeição da totalidade dos créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos⁵⁶.

À exceção dos créditos fiscais e trabalhistas, os demais créditos sujeitos à recuperação judicial podem ser submetidos à arbitragem em caso de haver litígio entre o devedor e o credor, porque os direitos creditórios ali contidos são patrimoniais e disponíveis.

Os titulares de créditos de natureza tributária, os derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho⁵⁷ não podem recorrer à arbitragem porque seus direitos, embora patrimoniais, são indisponíveis. Vale lembrar que as ações trabalhistas continuarão a ser processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito⁵⁸. As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica (art. 6º, § 7º da Lei n. 11.101/2005).

Os créditos de titularidade do (i) proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, (ii) arrendador mercantil, (iii) proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, e (iv) proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, podem se submeter à arbitragem porque esses créditos não se submetem ao plano de recuperação, eis que prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições

⁵⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 110.

⁵⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 49. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁵⁷ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 161, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁵⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 6º, §2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

contratuais, observada a legislação respectiva⁵⁹. Da mesma forma, o crédito decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação⁶⁰ também é arbitrável pelo mesmo motivo aqui antes exposto.

A concessão da recuperação judicial é de competência exclusiva do juízo universal⁶¹ e não pode ser decidida por arbitragem porque todos os credores do devedor devem se dirigir a um mesmo juiz para reclamar os seus créditos, haja vista o princípio da indivisibilidade⁶² do juízo, que estabelece a competência do juízo do lugar do principal estabelecimento do devedor para decidir todas as ações e reclamações sobre seus bens, interesses e negócios, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas pela lei de falência, em que o devedor figurar como autor ou litisconsorte ativo, e a sujeição de todos os credores a esse juízo.

Por isso, a arbitragem só tem se mostrado presente em processos de recuperação judicial em situações que envolvem interesses individuais de credores específicos quando preexiste cláusula arbitral estipulada em contrato anterior celebrado pelo devedor.

6. Arbitragem na recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial é baseada nos princípios da autonomia privada e da livre iniciativa, que regem as relações privadas. Tem a ideia subjacente de que o devedor e seus credores detêm capacidade para negociar uma solução para a crise econômica e financeira da empresa, sem a intermediação do poder judiciário. Trata-se, pois, de um negócio jurídico privado, com requisitos especiais que, uma vez preenchidos, pode ser levado à homologação do juízo para que ganhe estatura de título executivo judicial⁶³. Vale dizer que a previsão legal

⁵⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 49, §3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶⁰ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 49, §4º c/c art. 86, II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶¹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 126. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶² BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 76 e 115. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶³ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 161, §6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

da existência da recuperação extrajudicial não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores⁶⁴.

Na recuperação extrajudicial, o plano de recuperação da empresa é elaborado extrajudicialmente e somente depois de consolidado é levado à homologação do juízo universal. A arbitragem na recuperação extrajudicial não é simples porque envolve árbitros e a jurisdição estatal a cargo do juízo da vara de falência, unidos no chamado “sistema multiportas”, de sorte que, no plano de recuperação extrajudicial a ser submetido à homologação, convivam esses vários sistemas conjugados no interesse da solução da controvérsia.

A ideia é que a arbitragem possa ocorrer no momento da elaboração do plano de recuperação extrajudicial de empresa que se encontre em situação de crise econômica e financeira e, depois de elaborado, a sentença arbitral que o consolidou seja levada à homologação judicial para que alcance efeito erga omnes e plena executóriedade.

Em regra, estão sujeitos à recuperação extrajudicial os credores titulares de (i) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; (ii) créditos com privilégio especial; (iii) créditos com privilégio geral; (iv) créditos quirografários; e (v) créditos subordinados.

O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies desses créditos ou grupo de credores de mesma natureza sujeitos a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação⁶⁵, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie descrita no plano⁶⁶.

Assim, uma decisão obtida em arbitragem da qual participem 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie descrita no plano obriga a todos os credores e pode ser levada a termo como plano de recuperação extrajudicial, porque as sentenças arbitrais ostentam status de título executivo extrajudicial. Ressaltamos apenas que a plena eficácia do plano ficaria condicionada à manifestação do órgão jurisdicional, em virtude de o procedimento da

⁶⁴ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 167. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶⁵ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 163, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁶⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 163. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

recuperação extrajudicial exigir a homologação judicial do plano para que se alcance a autoexecutoriedade.

Nos Estados Unidos da América, a *second look doctrine*, que foi seguida no caso *Mitsubishi Motors Corp. vs Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, indica a possibilidade de a sentença arbitral ser levada à homologação judicial. No julgamento do caso, a Suprema Corte “reconheceu ao árbitro o poder de aplicar a legislação de concorrência norte-americana, mas sob a reserva de um controle subsequente (*second look*) pelos tribunais norte-americanos quanto à matéria da aplicação pelo árbitro dessas normas, nos termos da exceção de ordem pública prevista no artigo V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque”⁶⁷.

A *Cour d'Appel* de Paris, nos casos *Westman e Aplix*, seguiu igualmente esta doutrina, aliás até hoje muito raramente aplicada, não porque não possa ter a sua pertinência, mas porque o mecanismo de anulação/reconhecimento/execução estabelecido no controle de sentenças arbitrais é suficiente para assegurar esse controle⁶⁸.

Assim, nada obsta que o referido plano de recuperação extrajudicial seja obtido através da arbitragem e, depois de homologado pelo juiz *uno*, passe a ter executividade plena, sem que fique desnaturada a ação arbitral que antecedeu a manifestação judicial, porque as matérias que são objeto do plano de recuperação extrajudicial são, em regra, arbitráveis.

7. Resolução do litígio por acordo no curso de arbitragem ou de processo judicial

Neste ponto, cumpre destacar que, no curso do procedimento arbitral ou do processo judicial, podem as partes ter a intenção de encerrar o litígio por meio do consenso, pondo fim ao processo. A hipótese é relevante porque, em regra, não é dado aos árbitros ou juízes promover a mediação em virtude dos poderes que lhes são conferidos pelas partes, através da cláusula arbitral, ou pela lei no caso da jurisdição estatal. Todavia, assim como os juízes, os árbitros devem, na medida do possível, buscar a pacificação do conflito e pôr fim ao litígio de forma satisfatória para as partes.

⁶⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 474.

⁶⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p. 474.

Manuel Barrocas afirma que “a utilização da mediação pode ser feita separada e autonomamente do processo arbitral ou integrada neste e, nesse caso, sem autonomia relativamente à arbitragem”⁶⁹. O mesmo pode ocorrer nos processos judiciais.

O sistema *Arb-med* incide quando a arbitragem evolui para uma mediação. É o que prevê o art. 16 da Lei n. 13.140/15 que autoriza às partes, ainda que em processo judicial ou arbitral em curso, submeterem-se à mediação, caso em que se suspende o respectivo processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

A previsão legal indica que no sistema *Arb-med* o juiz ou o árbitro se retira do processo, dando lugar a um mediador. Se o acordo for alcançado, segue a homologação judicial ou a lavratura do termo final. Se a mediação restar infrutífera, volta a ter seguimento o processo judicial ou a arbitragem.

O sistema *Med-arb*, resulta de uma mediação que restou infrutífera, seguindo as partes para a solução do litígio por arbitragem. Nos Estados Unidos da América é permitido ao mediador servir de árbitro se infrutífera a mediação, não obstante a função e as habilidades do mediador serem diversas das que têm os árbitros. Contudo, o ideal é que os processos sejam conduzidos por profissionais diferentes em nome da independência dos institutos, de sorte a preservar o árbitro ou o juiz do conhecimento do que foi declarado, admitido ou proposto na mediação como forma de garantir a imparcialidade⁷⁰. No Brasil, o art. 23 da Lei n. 13.140/15 permite que, uma vez iniciada uma mediação e, em previsão contratual de cláusula de mediação, se as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Portanto, o sistema *Med-arb* também existe em nosso ordenamento jurídico.

A mediação pode ainda ocorrer em paralelo ao processo arbitral ou judicial. Nesse sistema não existe um processo autônomo de mediação, todos os atos são praticados conjuntamente e, havendo a possibilidade do acordo, o juiz ou árbitro suspende as suas atividades e dá prosseguimento à mediação. Esse é o sistema que foi encampado pela Lei n. 13.140/15 e que pode ser utilizado amplamente nos processos que envolvem situações de

⁶⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, cit, p.85.

⁷⁰ O art. 8º das *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* dispõe que: “embora qualquer procedimento seja possível, desde que obtido o acordo das partes (no que diz respeito a propostas dos árbitros de resolução do litígio por acordo), o tribunal deve tornar claro às partes não ser desejável que qualquer dos árbitros trate com uma das partes, na ausência da outra, das condições de resolução por acordo do litígio, uma vez que esse procedimento tem normalmente como consequência que os árbitros envolvidos nesses procedimentos possam ser considerados legalmente impedidos de prosseguir no exercício da sua função de árbitro”.

insolvência ou de crise econômica e financeira de empresas, porque pode contribuir para reduzir a litigiosidade nos processos de falência e de recuperação de empresas através da instituição de uma cultura de paz e consensualidade na solução de conflitos. Diversos procedimentos da Lei n. 11.101/2005 são compatíveis com o sistema da mediação em paralelo e, por isso, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) reconheceu a importância dos MARL e da arbitragem para a correta solução de litígios relativos à falência e à recuperação de empresas na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, quando emitiu o seguinte enunciado: “Nº 81. A conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes”.

Sendo assim, deve-se estimular a utilização da arbitragem e dos diversos MARL em paralelo com os diversos procedimentos previstos na Lei n. 11.101/2005, porque, dessa forma, amplia-se o acesso à justiça e diminui-se a sobrecarga da jurisdição estatal, como forma de estimular a redução da litigiosidade nessas demandas.

8. Limites do consenso na falência e na recuperação de empresas

Tal como anteriormente mencionado, a Lei n. 13.140/15, regulamentou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação⁷¹. A referida lei prevê a mediação extrajudicial e a judicial⁷² e, ainda, possibilidades de autocomposição de conflitos em que for parte pessoa

⁷¹ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷² BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Arts. 21 e 24. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

jurídica de direito público⁷³. Não abrange, contudo, as relações de trabalho, porque a mediação nessa matéria será regulada por lei específica⁷⁴.

O Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, reconhecendo a importância da mediação, emitiu o seguinte enunciado: “Nº 45. A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.

Da mesma forma que ocorre com a arbitragem, a mediação não é capaz de substituir a manifestação do órgão judicial estatal nos casos em que a competência seja privativa do juiz, tal como acima já foi descrito. No entanto, em virtude da possibilidade da mediação pré-processual ou processual no âmbito judicial, que não depende da aceitação dos mediadores pelas partes⁷⁵, é possível que, no curso do processo de falência ou de recuperação judicial, o juiz remeta as partes para a mediação e, uma vez obtido o consenso, homologue o acordo celebrado entre as partes atribuindo-lhe eficácia de título executivo judicial no processo de falência ou de recuperação empresarial.

Assim, é possível que, na ação falimentar, as decisões judiciais sobre: habilitação de crédito retardatário, impugnação de créditos, exclusão, classificação ou retificação de crédito, restituição de bem arrecadado⁷⁶, ineficácia ou revogação de atos praticados antes da falência⁷⁷, impugnação à forma de alienação de ativos⁷⁸, e a homologação das formas alternativas de

⁷³ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 32. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 42, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 25. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷⁶ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 88. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁷⁷ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 135. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁷⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 143. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

alienação do ativo⁷⁹ sejam precedidas por mediação judicial e o juiz apenas homologue o acordo celebrado entre as partes, tomando curso normal o processo de falência enquanto correm incidentalmente esses procedimentos.

Não caberá mediação para obstar a decretação da falência quando o fundamento da quebra for a impontualidade ou a execução frustrada sem garantia (art. 94, inciso I e II da Lei n. 11.101/2005) porque, nesses casos, a única maneira de elidir a decretação da falência é o pagamento da dívida⁸⁰, a apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, ou a comprovação da cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência⁸¹. Assim, mesmo que o credor e o devedor iniciem uma mediação, o interesse difuso dos demais credores impede que um eventual acordo sobre o pagamento da dívida ou a discussão sobre as matérias de defesa pré-falimentares⁸² tenha o condão de obstar a decretação da falência.

Dessa forma, somente naqueles casos em que o pedido de decretação da quebra tenha fundamento na prática de atos de falência, torna-se possível recorrer à mediação para solucionar o conflito, porque, nessa hipótese, admite-se o contraditório por meio do pleno exercício do direito de defesa, uma vez que o pedido de quebra deduzido com esse fundamento deve descrever não só os fatos que caracterizam os atos de falência, mas também as provas de sua ocorrência.

No que tange aos créditos que futuramente serão incluídos no quadro geral de credores, é admitida a mediação no intuito de estipular a liquidez, certeza e exigibilidade deles para posterior inclusão no quadro geral de credores no processo falimentar.

Na recuperação empresarial, devido à natureza contratual do instituto, é cabível a mediação para o fim de resolver conflitos tanto na recuperação judicial como na extrajudicial, no que diz respeito à formação do quadro de credores, votações em assembleia ou na adoção dos meios de recuperação do próprio plano de recuperação.

⁷⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 145. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁸⁰ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 98, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁸¹ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 96, § 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

⁸² BRASIL Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Art. 96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

Foi o que ocorreu no caso da recuperação judicial da operadora de telefonia móvel OI⁸³, em que o STJ reconheceu a possibilidade de mediação para tratar de conflito entre os sócios (Conflito de Competência n. 148.728/RJ) e para discutir a divergência entre as partes sobre os créditos de credores quirografários menores, com dívidas de até R\$50 mil.

Interessante notar que decisão liminar da 8ª Câmara Cível do TJ-RJ, proferida no agravo de instrumento n. 0033161-06.2017.8.19.0000, suspendeu a referida mediação, sob o argumento de que o seu resultado poderia implicar pagamentos antes da votação do plano de recuperação. De toda sorte, na recuperação judicial e extrajudicial, cabe mediação em todas as hipóteses em que houver a presença de direitos patrimoniais disponíveis que permitam considerar transacionável a matéria.

Os titulares de créditos de natureza tributária podem recorrer à mediação porque seus direitos, mesmo que indisponíveis, são transacionáveis se escolhida a via da autocomposição de conflitos em virtude da participação de pessoa jurídica de direito público⁸⁴. Os créditos derivados de relação de trabalho, mesmo com a ausência, por enquanto, de legislação federal específica sobre a mediação, podem ser objeto de consenso em virtude do ato n. 168/16 do TST que instituiu a mediação e a conciliação pré-processual em dissídios coletivos e da Resolução n. 174/16 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que criou Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas no âmbito da justiça do trabalho.

Os créditos que não se submetem ao plano de recuperação também são transacionáveis e podem se submeter à mediação porque, em qualquer daquelas hipóteses, prevalecem os direitos de propriedade relativos à coisa.

A utilização da mediação nas situações de insolvência ou de situação de crise econômica e financeira de empresas, que são pressupostos para a deflagração dos procedimentos atinentes à falência ou à recuperação de empresas, não pode ser obstada em nome de um formalismo exacerbado. Humberto Dalla assinala que “a via judicial deve estar sempre aberta, mas isso não significa que ela precise ser a primeira ou única solução. O sistema

⁸³ OLIVEIRA, Renata; MARINO, Paulo Eduardo Leite; SIMÃO, Manoela Ramos. *Métodos alternativos de solução de conflitos nos processos de falência e recuperação judicial*. Machado Meyer Advogados (site), 21 ago. 2017. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/reestruturacao-e-insolvencia-ij/metodos-alternativos-de-solucao-de-conflitos-nos-processos-de-falencia-e-recuperacao-judicial>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁸⁴ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 32 c/c art. 34, § 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

deve ser usado subsidiariamente, até para evitar sua sobrecarga, que impede a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional”⁸⁵.

9. Considerações finais

Em face das razões acima expostas, entendemos que deve ser estimulada a utilização das vias extrajudiciais de resolução de litígios, mesmo em situações de insolvência ou de crise econômica e financeira, porque tanto a arbitragem como a mediação trazem inúmeras possibilidades que permitem incorporá-las supletivamente ao sistema da lei de falência.

Em virtude das características acima descritas, que atestam compatibilidade entre o regime da falência e da recuperação empresarial e os sistemas da arbitragem e da mediação, propomos a adoção de uma cultura de paz na solução de conflitos, no intuito não só de reduzir a litigiosidade, mas sobretudo de colaborar com a justiça, ampliando-se o acesso aos jurisdicionados às várias formas existentes de solução de demandas.

A proposição acima descrita é totalmente compatível com o princípio da economia e celeridade do processo, previsto no art. 75, parágrafo único da Lei n. 11.101/2005 que, atento ao comando do art. 5º, LXXVIII da Constituição Brasileira, persegue a razoável duração do processo e a celeridade em sua tramitação, de sorte que a adoção da tese acima proposta revele-se plenamente viável.

Não são passíveis de arbitragem nem de mediação a decretação da falência do devedor e a concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, haja vista a reserva da jurisdição estatal nessas matérias.

A mediação pode ocorrer após iniciado processo judicial ou arbitral ou, ainda, realizar-se paralelamente a tais procedimentos. Nesses casos, não há necessidade de um processo autônomo de mediação; todos os atos são praticados conjuntamente, em benefício de uma solução consensual para a demanda. Por isso, admite-se a mediação em auxílio dos processos de falência e de recuperação de empresas.

⁸⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 3, 791-830, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

Comportam mediação ou arbitragem os litígios que envolvam a caracterização dos chamados atos de falência. A existência de cláusula arbitral ou compromisso de mediação sobre o fato que deu origem ao litígio obsta a decretação da falência.

São arbitráveis ou passíveis de mediação os litígios envolvendo quantias ilíquidas ou créditos a serem inscritos, a posteriori, no quadro geral de credores na falência e na recuperação judicial.

Os litígios que envolvam a adoção de um ou mais meios de recuperação judicial a serem inseridos no plano a ser submetido ao juízo podem ser objeto de arbitragem ou de mediação por conta da patrimonialidade e da disponibilidade das matérias envolvidas.

Os conflitos acerca dos créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial ou extrajudicial são arbitráveis e, da mesma forma, podem ser submetidos à mediação, devido à patrimonialidade e à disponibilidade que estes conservam.

Os créditos que não se sujeitam à recuperação judicial ou extrajudicial também podem ser submetidos à arbitragem ou à mediação porque detêm os direitos de propriedade e as ações que incidem sobre eles.

Já os créditos fiscais e os derivados de relação de trabalho não são arbitráveis porque são indisponíveis, mas podem ser submetidos à mediação porque, embora indisponíveis, são transacionáveis.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, 2018.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.277.725/AM (2011/0146922-2). Recorrente: Jutai 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda. Recorrido: P S I Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, julgado em 12/3/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27516938&num_registro=201101469222&data=20130318&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2020.

CAVALIERI, Thamar. Imparcialidade na arbitragem. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 71, 2017.

COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves considerações acerca da arbitragem e os princípios da administração pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 68, 2014.

CRISTOFARO, Pedro Paulo. A *Lex Mercatoria* e o Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Edição Especial em homenagem a Lucia Léa Guimarães Tavares. Ed. em Homenagem a Lucia Lea Guimaraes Tavares 2017.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. London: Kluwer Law International, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

OLIVEIRA, Renata; MARINO, Paulo Eduardo Leite; SIMÃO, Manoela Ramos. *Métodos alternativos de solução de conflitos nos processos de falência e recuperação judicial*. Machado Meyer Advogados (site), 21 ago. 2017. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/reestruturacao-e-insolvencia-ij/metodos-alternativos-de-solucao-de-conflitos-nos-processos-de-falencia-e-recuperacao-judicial>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PANTOJA, Teresa Cristina G. (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 3, 791-830,

2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2017.

VICENTE, Dário Moura. Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey. In: *Propriedade Intelectual – Estudos Vários*. Lisboa: AAFDL, 2018.

Recebido em: 29/06/2020

1º Parecer em: 25/07/2020

2º Parecer em: 13/08/2020