

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 25

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2019

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Fração (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-RJ), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 25 (julho/dezembro 2019)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

OS REFLEXOS DA DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL¹

THE CONSEQUENCES OF THE BANKRUPTCY IN THE ARBITRATION PROCEDURE

Mário Luiz de Souza Filho

Resumo: a arbitragem é um meio de heterocomposição de litígios pelo qual um terceiro é escolhido pelas partes para solucionar a divergência, sendo disciplinada pela Lei nº 9.307/96. A escolha do procedimento arbitral apresenta diversas vantagens, como a celeridade, a confidencialidade, a possibilidade de escolha do árbitro, a especialidade dos julgadores, o menor formalismo e a circulabilidade da sentença. No entanto, nem todos os litígios podem ser submetidos à arbitragem, sendo imprescindível a existência de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Somente litígios envolvendo pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis podem ser solucionados pelo árbitro. Devido ao grande número de falências decretadas nos últimos anos e à falta de expressa previsão normativa, faz-se necessária a análise das consequências da decretação de falência sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem. A partir de um estudo teórico e com o método dedutivo, demonstrou-se que, havendo convenção de arbitragem, o procedimento arbitral já instaurado não se suspende com a decretação de falência e que a sociedade que tenha a falência decretada pode iniciar um novo procedimento arbitral. Por fim, constatou-se que é possível a celebração de convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Palavras-chave: Arbitragem. Convenção de arbitragem. Arbitrabilidade. Falência.

¹ Artigo recebido em 15.07.2021 e aceito em 10.08.2021.

Abstract: Arbitration is a mean of heterocomposition of disputes where another person is chosen by the parties to settle the dispute, being disciplined by Law No. 9.307/96. The choice of arbitral procedure has several advantages, such as celerity, confidentiality, the possibility of the choice of the judge, the specialization of the judges, reduction of formalism and the circulability of the judicial sentence, however, not all disputes can be submitted to arbitration, and it is essential the presence of private and objective arbitrability. Only disputes involving qualified persons and rights in property may be settled by the arbitrator. Due to a large number of bankruptcies that have been declared in recent years and the absence of normative provision, it is required an analysis of the consequences on the validity and effectiveness of the arbitration convention. It was demonstrated, from a theoretical study and the deductive method, that with arbitration convention or arbitration procedure already established, will not be suspended with the declaration of bankruptcy and the company that has declared bankruptcy can initiate new arbitration proceedings. In conclusion, it is possible to conclude the arbitration agreement after the bankruptcy declaration.

Keywords: Arbitration. Arbitration Convention. Arbitrability. Bankruptcy.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do conflito e arbitragem. 2. Condições para que um conflito seja submetido à arbitragem. 3. A convenção de arbitragem. 4. A decretação da falência e suas implicações no procedimento de arbitragem. Conclusão.

Introdução.

A arbitragem é uma forma de heterocomposição de conflitos regulada pela Lei nº 9.307/96.² As pessoas capazes poderão utilizar-se

² BRASIL. Lei nº 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: 20 jun. 2021.

da arbitragem para dirimir divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis. A escolha do procedimento arbitral para solucionar litígios apresenta diversas vantagens, tais como celeridade, confidencialidade, possibilidade de escolha do árbitro, especialidade dos julgadores, menor formalismo do processo e circulabilidade da sentença.

Mediante convenção de arbitragem, os interessados poderão submeter a solução dos conflitos ao juízo arbitral. Entende-se como convenção de arbitragem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Dessa forma, a arbitragem poderá ser escolhida como método para solucionar diversas demandas, dentre elas questões que envolvem sociedades em processo de falência.

O trabalho tem como foco analisar as implicações da decretação de falência no procedimento arbitral. Analisa-se a possibilidade da utilização da cláusula de arbitragem na resolução de disputas quando uma das partes é sociedade empresária cuja falência foi ou será decretada, bem como suas consequências.

Dessa forma, objetiva-se discutir sobre as implicações da convenção de arbitragem nas causas envolvendo sociedade empresária em processo de falência. Analisa-se a possibilidade da suspensão do procedimento arbitral em andamento após a decretação da falência de uma das partes, bem como se examina a possibilidade de instauração de procedimento arbitral quando uma das partes já se encontra em processo de falência. Por fim, discute-se a possibilidade de a massa falida celebrar convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Considerando que antes do advento da Lei nº 14.112/2020,³

3 BRASIL. Lei nº 14.112, de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm». Acesso em: 20 jun. 2021.

que modificou a Lei nº 11.101/2005,⁴ não havia regulação expressa sobre o tema, mostra-se relevante a discussão em questão.

A pesquisa produzida é qualitativa. A investigação do objeto, levando-se em conta o seu objetivo geral, ocorre por meio de pesquisa exploratória. Como a investigação deste projeto tem por finalidade analisar os reflexos da decretação de falência no procedimento arbitral e tendo em conta a ausência de regulamentação sobre o tema, a pesquisa é do tipo bibliográfica.

1. Teoria do conflito e arbitragem.

O conflito ocorre quando duas ou mais pessoas divergem sobre um ponto. Por ser inerente à sociedade, não é possível acabar com ele, sendo, portanto, necessário aprender a conviver com essas situações. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, conflito é um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis.⁵ Atualmente, o conflito não é mais visto como algo negativo, pois os litigantes podem sair fortalecidos de uma divergência quando ela é solucionada por um procedimento participativo e cooperativo no qual há uma resolução construtiva para ambos.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ⁶ instituiu no Brasil o chamado Sistema Multiportas, no qual o Estado disponibiliza à sociedade

4 BRASIL. Lei nº 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 20 jun. 2021.

5 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016. p. 49.

6 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: «<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>». Acesso em: 20 jun. de 2020.

métodos consensuais para a resolução de disputas, prestigiando mecanismos consensuais de pacificação como a mediação e a conciliação. Dessa forma, o acesso à justiça não quer dizer necessariamente o acesso a um juiz, mas aos meios adequados e eficazes para a composição de litígios.

Cabe o interessado escolher o meio mais apropriado para a solução da divergência, podendo optar, por exemplo, por mediação, conciliação, arbitragem ou ação judicial. O Código de Processo Civil de 2015⁷ consolidou o Sistema Multiportas ao prever expressamente métodos consensuais para a resolução de conflitos.

Os conflitos podem ser solucionados pela autocomposição ou pela heterocomposição. Na autocomposição, as próprias partes se ajustam para solucionar o conflito. Conforme disposto do Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, a relação entre as partes na autocomposição pode ser bipolar, como no caso da negociação, ou triangular, como na conciliação ou na mediação.⁸ A negociação, a mediação e a conciliação são métodos de autocomposição.

Na negociação, as próprias partes, de forma direta, chegam a um acordo para solucionar o conflito. A mediação é prevista no Código de Processo Civil de 2015 e regulada pela Lei nº 13.140/2015.⁹

Na mediação, há um terceiro que auxilia na composição do litígio. Conforme o art. 165, §3º, do CPC, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da co-

7 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm». Acesso em: 20 de jun. 2020.

8 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016. p. 136-137.

9 BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm». Acesso em: 20 de jun. de 2021.

municação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Já a conciliação é um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são assistidos por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas, sem interesse na causa, auxiliando-as, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.¹⁰ Segundo o art. 165, §2º, do CPC, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, tal pessoa poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes se conciliem.

A heterocomposição é um sistema de solução de conflitos por meio do qual um terceiro é escolhido pelas partes para decidir a solução no caso concreto. Segundo Scavone Júnior,¹¹ a heterocomposição é um meio de solução de conflito no qual há a atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma ao caso que lhe é apresentado. A jurisdição estatal e a arbitragem são os principais meios de heterocomposição de conflitos.

A arbitragem é uma forma de heterocomposição de litígios regulada pela Lei nº 9.307/96, sendo uma forma alternativa de resolução de conflitos. Nela, as partes em conflito escolhem um terceiro para solucionar a controvérsia entre elas, sendo que a sentença do árbitro é considerada título executivo judicial.

A arbitragem pode ser definida como meio jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo ju-

10 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomes (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília, 2016, p. 21.

11 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9.

dicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.¹²

Nas lições de Cahali,¹³ a arbitragem é um meio privativo de solução de conflitos pelo qual as partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro terá poderes para solucionar a controvérsia, sem intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

Há divergência quanto à natureza jurídica da arbitragem, porém prevalece na doutrina que a arbitragem tem natureza jurisdicional, uma vez que o Estado, por meio de leis, outorga poderes ao árbitro para resolver um conflito de interesses. Dessa forma, os árbitros são verdadeiros juízes, pois têm autoridade para resolver litígios. Isso decorre do art. 18 da Lei nº 9.307/1996, que assevera que o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença proferida não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário, bem como do art. 31 da Lei de Arbitragem, que afirma que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.¹⁴

Ademais, o art. 3º, §1º, do CPC permite a instauração da arbitragem como forma de apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito, e o art. 42 também do CPC prevê o direito de as partes instituírem juízo arbitral, este artigo se encontra no Livro II do Código de Processo Civil de 2015, cujo título é “Da Função Jurisdicional”. Por fim, como dito antes, a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, conforme art. 515, VII, do CPC. Por esses motivos, confirma-se a natureza jurisdicional da arbitragem.

12 Ibid., p. 2.

13 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução* CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 119.

14 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 127.

A Lei nº 9.307/1996, que regula a arbitragem, foi formulada com o intuito de superar a morosidade do poder judiciário e a falta de especialidade dos juízes em determinadas questões. Além disso, tem como parâmetro a internacionalização da arbitragem como forma de resolução de conflitos ao redor do mundo.

Como vantagens do procedimento arbitral, podemos citar a celeridade, a possibilidade de as partes escolherem os árbitros, a especialidades dos julgadores, a confidencialidade, a circulabilidade da sentença arbitral e o menor formalismo do procedimento.

A arbitragem é um procedimento mais célere que o processo judicial. Nosso judiciário é moroso e sobrecarregado. Os processos não têm data para chegar a um fim, podendo o litígio permanecer por anos sem uma conclusão. Isso acarreta diversos danos não só às partes, mas também a terceiros que poderão ser prejudicados pela demora na solução do conflito, pois as partes muitas vezes deixam de investir para provisionar valores para pagamento das ações judiciais.

Conforme o art. 13, §1º, da Lei nº 9.307/1996, as partes podem escolher os árbitros que irão solucionar a divergência. Essa possibilidade de escolha permite que a decisão arbitral seja melhor aceita por elas, uma vez que foram as próprias litigantes que escolheram os julgadores de sua confiança. Disso decorre outro ponto positivo da arbitragem, qual seja, a especialidade dos árbitros em relação à matéria em litígio. Caso a matéria em litígio verse, por exemplo, sobre direito marítimo, as partes poderão escolher árbitros especialistas e familiarizados com o assunto. Dessa forma, a decisão será, em regra, melhor fundamentada devido à expertise dos julgadores. Consequentemente, haverá uma maior submissão das partes ao que for decidido pelos árbitros.

Diferentemente dos processos judiciais que são públicos, salvo segredo de justiça (art. 5º, LX, da CF e art. 11 do CPC), a arbitragem é regida pelo princípio da confidencialidade. A Lei de Arbitragem não dispõe expressamente sobre a confidencialidade do procedimento arbitral, porém as partes podem livremente convencionar que o pro-

cesso será sigiloso. Aliás, a maioria das Câmaras de Arbitragem preveem em seus estatutos a confidencialidade. Tal característica é de inegável serventia às partes em litígio, pois impede que terceiros saibam as razões do conflito, mitigando os efeitos nefastos que um processo tem sobre o nome, a reputação e credibilidade dos envolvidos.

O atributo da circulabilidade da sentença arbitral, previsto no art. 34 da Lei nº 9.307/1996, permite que a sentença arbitral proferida no exterior seja reconhecida e executada no Brasil após homologação do Superior Tribunal de Justiça. Essa particularidade decorre do processo de globalização e estimula acordos internacionais, pois preserva a segurança jurídica ao garantir que as decisões arbitrais serão cumpridas.

Outra característica da arbitragem é o menor formalismo se comparada ao processo judicial. Os contratantes podem escolher o lugar onde o processo será sediado e o idioma a ser adotado. Conforme o art. 2º da Lei de Arbitragem, as próprias partes podem decidir se a arbitragem será de direito ou de equidade. Ademais, poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. Além disso, podem convencionar que a arbitragem se realize com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Quando a arbitragem for institucional, será instituída e processada conforme o regulamento da Câmara de Arbitragem (art. 5º da Lei nº 9.307/1996). Esses fatores permitem uma melhor adequação do procedimento ao caso concreto.

Cabe ressaltar que a arbitragem não gera o ato de constrição ou expropriação, necessitando do judiciário para isso. A decisão do árbitro, segundo a lei, constitui uma sentença e como tal é dotada da mesma eficácia do provimento judicial transitado em julgado nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem. O árbitro é juiz de fato e de direito e, nessa qualidade, conforme os arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem, prolata sentença que constitui título executivo judicial. Todavia,

como não tem poderes coercitivos, o cumprimento forçado da sentença far-se-á pelo procedimento judicial.¹⁵

Pelo exposto, conclui-se que a arbitragem é uma forma alternativa de solução de litígios que apresenta diversas vantagens em comparação com a jurisdição estatal. Portanto, é um meio adequado para compor conflitos de forma especializada, célere, confidencial e menos formal.

2. Condições para que um conflito seja submetido à arbitragem.

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996¹⁶ traz os requisitos para que seja possível a utilização da arbitragem para a solução de conflitos. Trata-se da arbitrabilidade, ou seja, aptidão para que o caso seja passível de ser solucionado por arbitragem.

Cahali conceitua a arbitrabilidade do seguinte modo:

A arbitrabilidade é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, e vem previsto no art. 1º da Lei Especial: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade divide-se em subjetiva e objetiva. A arbitrabilidade subjetiva é a capacidade de as partes participarem de um procedimento arbitral, ou seja, a possibilidade de firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da ar-

15 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 191-192.

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

bitragem para dirimir conflitos. O texto legal se refere a “pessoas”. Nos termos do art. 1º do Código Civil,¹⁷ toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Assim, capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e para contrair obrigações, sendo intrínseca a todo ente com personalidade jurídica.

A capacidade de fato é a aptidão que a pessoa tem de exercer pessoalmente os seus direitos. Toda pessoa tem capacidade de direito, mas nem todas têm capacidade de fato. Somente os absolutamente capazes possuem capacidade de direito e capacidade de fato. Os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes possuem capacidade de direito, porém não possuem capacidade de fato. Para exercerem plenamente seus direitos, eles precisam ser representados e assistidos, respectivamente.

Em que pese a possibilidade de os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes contratarem, quando devidamente assistidos ou representados, e conseqüentemente ajustarem cláusula arbitral, a falta de arbitrabilidade nesses casos não decorre da ausência de capacidade, mas da indisponibilidade dos direitos, uma vez que seus titulares não têm plena capacidade de dispor de seus direitos. Nesse sentido, Cahali afirma que a falta de arbitrabilidade nos casos das pessoas relativamente incapazes e das pessoas absolutamente incapazes não se encontra na capacidade de firmar a convenção de arbitragem, pois podem ser assistidos ou representados, mas na indisponibilidade do direito.¹⁸

Segundo Scavone Júnior,¹⁹ as pessoas podem ser representadas ou assistidas na convenção de arbitragem, desde que respei-

17 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

18 CAHALI, op. cit., p. 138.

19 SCAVONE JUNIOR, op. cit., p. 14.

tados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Para Cahal,²⁰ entes despersonalizados, massa falida, espólio e condomínios de edifícios podem ser partes em procedimento arbitral, pois têm capacidade de contratar, assim possuem capacidade de ser parte e de estar em juízo. Porém, para dispor de seus direitos, os entes despersonalizados necessitam de permissão. Portanto, o espólio poderá celebrar convenção arbitral desde que haja autorização judicial ao inventariante, tal qual o condomínio pelo síndico com autorização da assembleia de condôminos. Nesses casos, a permissão é requisito essencial, sendo que sua falta enseja a invalidade da convenção de arbitragem.

A arbitrabilidade objetiva refere-se aos direitos que podem ser objeto de arbitragem. De acordo com art. 1º a Lei de Arbitragem, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. Direitos patrimoniais são aqueles que podem ser expressos em pecúnia, ou seja, possuem um valor econômico. Já os direitos disponíveis são aqueles que os seus titulares podem transacionar livremente, podendo dispor desses direitos sem restrições.

A disponibilidade manifesta-se nos direitos sobre os quais há a liberdade de contratar, ou seja, sobre os quais não exista lei imperativa incidente. A ideia de lei imperativa está relacionada à ideia de ordem pública. Assim, num primeiro momento, a arbitragem somente seria permitida quando não incidissem normas de ordem pública que afastassem o conflito da apreciação do árbitro. No entanto, mesmo que a ordem pública constitua um limite à arbitragem, não se pode afirmar que a mera incidência de uma norma de ordem pública afastaria a competência do árbitro. Observa-se que hoje há um princípio universal que presume a arbitrabilidade do conflito, ainda que haja norma de ordem pública relativa à disputa. Por esse motivo, a regra

20 CAHALI, op. cit., p. 137-138.

geral é a posição *favor arbitratis*, ou seja, se as partes escolheram submeter o litígio à arbitragem, tal vontade deve ser respeitada.²¹

Dessa forma, os conflitos envolvendo direitos de personalidade estão fora do alcance da arbitragem, pois são indisponíveis. Por outro lado, os conflitos envolvendo sociedades empresárias podem, em regra, adotar a arbitragem como forma heterocompositiva de solução, pois envolvem direitos patrimoniais disponíveis.

Conclui-se que nem todos os conflitos podem ser resolvidos pela arbitragem. É imprescindível a presença de arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Somente os litígios envolvendo pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem solucionados pelo processo arbitral.

3. A convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem é gênero de negócio jurídico que comporta as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral. Conforme o art. 3º da Lei de Arbitragem, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O conceito de cláusula compromissória é expresso pelo art. 4º, *caput*, da Lei de Arbitragem,²² sendo ela firmada entre as partes antes do surgimento do litígio. Assim, antevendo a possibilidade de ocorrer conflitos, as partes acordam que estes serão solucionados por

21 EIZIRIK, Nelson. Arbitrabilidade objetiva nas sociedades anônimas e instituições financeiras. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário – Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 34-35.

22 “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

arbitragem. Ela deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado.

A cláusula arbitral pode ser classificada, pelo seu conteúdo, como cheia ou vazia. Na cláusula compromissória cheia, a instauração do procedimento arbitral é direta e na forma previamente pactuada pelas partes. Já na cláusula vazia, o início da arbitragem demanda as providências previstas nos arts. 6º e 7º da Lei, exigindo a celebração de compromisso arbitral. Inclusive, se necessário, através da instauração de ação judicial própria. Dessa forma, será considerada cheia a cláusula que contempla o necessário para se dar início à arbitragem (art. 19 da Lei nº 9.307/1996). A cláusula arbitral vazia traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, que deverá ser suprida pelo compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, celebrado pelas partes diretamente ou por intermédio do judiciário.²³

Nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Portanto, por não ser acessória aos contratos, mas autônoma, os vícios existentes no contrato ou em outras cláusulas não invalidam a cláusula compromissória, mantendo-se esta válida e eficaz.

Quem tem a competência para analisar a validade e eficácia da convenção de arbitragem é o árbitro. Segundo o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, expresso no art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307/1996, cabe 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. Conforme as lições de Cahali:

Tratado como princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com

23 CAHALI, op. cit., p. 160-165.

primazia, atribuiu-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.²⁴

O compromisso arbitral é previsto no art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996,²⁵ sendo firmado após o surgimento do conflito. Dessa forma, uma vez instaurado o litígio, as partes acordam que ele será resolvido pela arbitragem.

Na arbitragem, vige o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes têm autonomia para adotar ou não o procedimento arbitral. Sendo o direito disponível e as partes contraentes capazes, podem as pessoas livremente estipular convenção de arbitragem.

Apesar do princípio da autonomia da vontade nortear as partes no momento da celebração da cláusula arbitral, uma vez pactuada, a relação jurídica existente entre elas será regida pelo princípio de *pacta sunt servanda*. Por esse princípio, a cláusula de arbitragem vincula e sujeita as partes contratantes ao juízo arbitral. Portanto, as partes não são obrigadas a firmar convenção de arbitragem, porém, uma vez convencionada, torna-se obrigatória, não podendo o litígio ser submetido ao judiciário.

Caso uma das partes contratantes provoque o Poder Judiciário para apreciar a demanda, deverá a parte contrária alegar em contestação a existência de convenção de arbitragem. Nesse caso, o juiz é obrigado a extinguir o processo sem resolução de mérito, conforme prevê o art. 485, VII, do CPC. A convenção de arbitragem não poder ser reconhecida de ofício pelo juiz e a ausência de alegação de sua

24 *Ibid.*, p. 143.

25 “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

existência implica a aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juiz arbitral (art. 337, §6º do CPC).

Portanto, sendo as partes capazes e o direito patrimonial disponível, pelo princípio da autonomia da vontade, podem os contratantes livremente convencionar que os litígios decorrentes da relação jurídica entre eles serão solucionados por um processo arbitral. A cláusula arbitral pactuada é autônoma, não sendo contaminada pela invalidade de outras cláusulas ou do próprio contrato. Pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, a competência para analisar a existência, validade e eficácia da convenção arbitral é do próprio árbitro, sendo o juiz de direito incompetente para analisar o assunto.

4. A decretação da falência e suas implicações no procedimento de arbitragem.

Como dito anteriormente, a arbitragem é uma das formas alternativas de resolução de litígios por heterocomposição. Há inúmeros exemplos de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis que podem ser solucionados por arbitragem, sendo muito comum sua adoção pelas sociedades empresárias que buscam um processo decisório rápido e especializado. O presente trabalho possui enfoque nas implicações que a decretação da falência exerce sobre o procedimento arbitral.

As sociedades empresárias e os empresários individuais são agentes cruciais no desenvolvimento da sociedade, na criação de empregos, na arrecadação de tributos e na circulação de riquezas. Em razão disso, busca-se a preservação da empresa. O direito da empresa em crise tem por objetivos fundamentais, a prevenção da crise, a recuperação das empresas em crise, a liquidação das empresas não recuperáveis e a punição dos sujeitos culpados.²⁶ O ordenamento ju-

26 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperações judiciais*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3, p. 8

rídico brasileiro prevê a recuperação judicial e a falência como mecanismos para superar as dificuldades encaradas pelas sociedades e solucionar a crise, objetivando, com isso, a preservação da função social da empresa.

De início, cabe ressaltar que a falência é um processo de execução concursal regulado pela Lei nº 11.101/2005, cuja finalidade é a realização do ativo para solver o passivo. Dessa forma, busca-se preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos, inclusive os intangíveis, da empresa, nos termos do art. 75 da Lei nº 11.101/2005.

Segundo Ricardo Negrão,²⁷ falência é um processo de execução coletiva, no qual o patrimônio de um empresário declarado falido é arrecadado, objetivando o pagamento da universalidade de seus credores de forma completa ou proporcional.

Para atingir seus objetivos, a falência é regida por diversos princípios, dentre eles os princípios da igualdade entre credores (*par conditio creditorum*), da maximização do ativo e da celeridade processual.

Pelo princípio da *par conditio creditorum*, a decretação da falência instaura uma paridade entre credores. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1185336,²⁸ não se admitem

27 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 213.

28 "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE ENUNCIADO SUMULAR. DESCABIMENTO. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITO. ART. 43, III, DA LEI Nº 4.591/1964. INTERPRETAÇÃO ESTRITA. 1. Não é cabível recurso especial com base em alegação de violação a enunciado sumular, porquanto tal ato normativo não se encontra encartado no conceito de legislação federal veiculado no art. 105, III, "a", da Constituição da República. Precedentes. 2. No processo falimentar, em relação aos créditos habilitados, o princípio norteador é o da *par conditio creditorum*, na esteira do qual os credores do falido devem ser tratados em igualdade de condições, salvo se a lei expressamente dispuser de forma contrária, como ocorre com os créditos com preferências e privilégios eleitos pelo legislador como dignos de prioridade para pagamento. 3. O art. 43, III, da Lei nº 4.591/1964 preconiza que, no caso de decretação da quebra do incorporador e ante a impossibilidade de ultimateção da construção

privilégios injustificados a credores sem razão jurídica que os justifique, ademais não se admite tratamento diferenciado entre credores salvo a existência de lei que preveja expressamente esse tratamento diferenciado.

No que tange ao princípio da maximização do ativo, deve ser buscada a máxima valorização dos bens do devedor. No momento em que os bens do devedor são arrecadados, é necessária a adoção de medidas que visem conservá-los para que deles seja obtido o maior valor possível. Com isso, pretende-se a proteção da massa subjetiva e a satisfação de um maior número de credores.

O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988,²⁹ garante como direito fundamental a razoável duração do processo. Por expressa previsão do art. 75, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, a falência deverá obedecer ao princípio da celeridade processual, tendo preferência de tramitação sobre outros feitos. A finalidade do referido princípio é a maximização do ativo, pois quanto mais rápido for o processo, menor será a desvalorização dos bens e maior será a satisfação dos credores.

Devido a diversos fatores, inclusive decorrentes dos reflexos da atual crise econômica, segundo dados do Serasa Experience,³⁰ foram decretadas 930 falências no ano de 2018. É crescente o número de sociedades empresárias e de empresários individuais que, antes da de-

do edifício pela maioria dos adquirentes, estes se tornam credores privilegiados em relação aos valores já pagos ao incorporador em razão da compra do imóvel. 4. No caso, os créditos pleiteados ostentam natureza manifestamente diversa, porquanto são oriundos de mero ressarcimento com os custos das obras de finalização do empreendimento imobiliário, enquadrando-se, portanto, na classe dos quirografários. 5. Recurso especial não provido” (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185336/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 2 set. 2014).

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm». Acesso em: 20 jun. 2021.

30 Disponível em: «<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>». Acesso em: 20 jun. de 2021.

cretação de falência, firmam contratos com previsão de cláusula arbitral que impõe a arbitragem como forma de solução de conflitos entre os contratantes. Desse modo, é de grande importância investigar as implicações da decretação da falência sobre o procedimento arbitral, em especial sobre cláusulas arbitrais previamente contratadas.

Até o advento da Lei nº 14.112/2021, não havia regra explícita quanto à possibilidade de utilização da arbitragem como meio para a solução de litígios envolvendo sociedades em falência. Consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a Lei nº 14.112/2021 incluiu o §9º ao art. 6º da Lei de Recuperações e Falência,³¹ passando a prever de forma expressa a possibilidade do uso da arbitragem por sociedades empresárias que tenham sua falência decretada.

Mesmo antes das alterações legislativas, pode-se afirmar que a falta de autorização legal não impede a utilização da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo sociedade falida, uma vez que o ordenamento jurídico não veda expressamente o seu uso. Com fundamento no princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF/88, como não há expressa vedação ao uso de arbitragem por sociedades falidas, tais sociedades poderão, em regra, valer-se da arbitragem como instrumento para a resolução de conflitos. Para que isso ocorra, devem estar presentes os requisitos previstos no art. 1º da Lei de Arbitragem.

Ao incluir o §9º ao art. 6º da Lei. 11.101/2005, o legislador positivou entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de parte da doutrina, conferindo segurança jurídica às relações entre devedor falido e credores.

Uma vez estabelecida a possibilidade de uso da arbitragem por sociedades falidas mesmo antes das alterações à Lei de Falências e Recuperações, cabe apontar os diversos cenários que se apresen-

31 “§9º 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.”

tam sobre o tema. Em um primeiro momento, as partes podem firmar cláusula compromissória e uma das partes tem sua falência decretada antes que seja instaurado o procedimento arbitral. Outra hipótese ocorre quando as partes já se encontram em processo arbitral e há a decretação de falência de uma delas antes que a arbitragem seja concluída. A última hipótese analisada é a possibilidade de uma sociedade em processo falimentar celebrar compromisso arbitral.

Nesses casos, é de grande importância estudar a validade e eficácia da cláusula compromissória, da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, bem como averiguar a possibilidade de suspensão da arbitragem com fundamento no art. 6º da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

De início, afirma-se que a superveniente decretação da falência em nada influencia na validade e na eficácia da cláusula compromissória celebrada pelas partes. Conforme mencionado acima, para que seja celebrada a convenção de arbitragem, é imperioso que as partes tenham capacidade e que os direitos sejam patrimoniais disponíveis.

A efetiva disponibilidade dos direitos patrimoniais da empresa devedora deve ser verificada no momento da celebração da cláusula compromissória, não no momento em que efetivamente surge a controvérsia a ser solucionada pela via arbitral. Ademais, sustenta-se que o superveniente deferimento da falência não acarreta à empresa devedora uma indisponibilidade absoluta de seus direitos patrimoniais. Entende-se que há uma restrição da disponibilidade, mas não a extinção dela. Em relação à capacidade para contratar, a convenção arbitral deverá ser considerada válida e eficaz se, no ato da contratação, havia capacidade plena da parte para a celebração do negócio jurídico, não no momento em que surge o conflito. Portanto, a presença dos elementos indispensáveis do art. 1º da Lei 9.307/1996 deve ser analisada à época da celebração do negócio jurídico, sob pena de violação da segurança jurídica.³²

32 GRION, Renato Stephan; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; SILVA, Guilherme Piccardi de

A decretação de falência não prejudica as convenções de arbitragem celebradas anteriormente. Se, na época em que foi avençada a convenção de arbitragem, a parte que a celebrou poderia fazê-la, então a convenção é ato jurídico perfeito, não havendo qualquer prejuízo na perda superveniente da possibilidade do agente que a praticou.³³

Nesse sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso paradigma *Interclínicas v. Saúde ABC*:

(i) Da validade da cláusula compromissória. O primeiro aspecto a ser ressaltado é que a cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que esta detinha capacidade plena para contratar, tendo então optado por sujeitar à arbitragem a resolução de direitos patrimoniais disponíveis, concernentes à transferência de sua carteira de clientes. Assim, no ato de celebração do compromisso arbitral estavam presentes tanto o seu requisito subjetivo, previsto na primeira parte do art. 1º da Lei nº 9.307/96, consistente na capacidade civil para contratar, quanto seu requisito objetivo, também contido no referido art. 1º, *in fine*, correspondente à disponibilidade do direito patrimonial. Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie.³⁴

Andrade. A arbitragem no contexto das recuperações judiciais e extrajudiciais e das falências. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 90.

33 ALMEIDA, José Gabriel Lopes Pires de; RAMALHO, Matheus Souza. A Compatibilidade da Arbitragem com a Falência e a Recuperação Judicial. Disponível em: «<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z90762xj/K221gVM6mgLC16ac.pdf>». Acesso em: 16 mar. 2019, p. 126.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº. 14.295/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 13 jun. 2008.

Posto que a validade e eficácia da cláusula de arbitragem devem ser analisadas levando-se em consideração os requisitos na data de sua celebração, cabe definir a quem compete realizar tal análise. Pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, cabe ao árbitro analisar a validade e eficácia da referida cláusula compromissória. A intenção do legislador no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem foi conferir ao árbitro a autoridade para pronunciar-se sobre sua própria competência, não podendo o Poder Judiciário ou as partes deliberarem de modo contrário.

Esse foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

4. Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.³⁵

No que tange à arbitrabilidade subjetiva, a sentença que decreta a falência nomeia o administrador judicial (art. 99, IX, da Lei nº 11.101/2005) e torna o devedor inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial (art. 102 da Lei nº 11.101/2005). Outrossim, perde o direito de administrar os seus próprios bens ou deles dispor (art. 103 da Lei nº 11.101/2005). Por conseguinte, a massa falida representada pelo administrador irá substituir o falido, que deixa de ser

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1355831/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti. Data do Julgamento: 19 mar. 2013.

parte nos processos nos quais atua, nos termos dos arts. 22, III, “n”, e 76, parágrafo único, ambos da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

A inabilitação não torna o falido incapaz nem acarreta a perda de sua capacidade processual. Na verdade, a inabilitação somente o restringe para realizar determinadas atividades, como exercer atividade empresarial em seu próprio nome. Porém, não impede que seja sócio ou administrador de sociedade. Ademais, não há perda total da capacidade processual, mas restrições a sua capacidade.

O falido não mais atuará como autor ou réu dos processos relacionados aos bens ou negócios vinculados ao processo de falência. Todavia, nada impede que ele seja autor ou réu em processos sem reflexos econômicos ou atue nos casos em que a lei expressamente autoriza, como o ajuizamento de ações de impugnação de créditos. Assim, o falido não perde a capacidade processual, mas terá restrições nessa seara, podendo atuar em nome próprio nas questões que se referem ao seu interesse de agir.³⁶

Felipe Ferreira Machado Moraes³⁷ ressalta que, após a decretação da falência, a personalidade jurídica do devedor, assim como a sua capacidade, prossegue normalmente (art. 103, parágrafo único, da Lei nº 11.101). O fato de a sociedade ter decretada sua falência não afasta a arbitrabilidade subjetiva, pois o art. 22, III, “c”, da Lei nº 11.101/2005, incluído pela Lei nº 14.112/2021, expressamente possibilita a representação da massa falida pelo administrador judicial nos processos arbitrais. Igual conclusão é atingida nos casos anteriores à alteração legislativa, pois, nos termos do art. 22, III, “n” cabe ao administrador judicial a representação da massa falida em juízo. Sendo a arbitragem igualmente jurisdição, ainda que privada,

36 TOMAZETTE, op. cit., p. 380.

37 MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e Falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 767.

deverá o administrador judicial representar a massa também nos processos arbitrais.

A sociedade falida não perde a aptidão para ser parte de um procedimento arbitral. A arbitrabilidade subjetiva estará presente na medida em que o art. 76, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005 garante que todas as ações terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo. Deve-se fazer uma interpretação extensiva do dispositivo, abrangendo a possibilidade de representação da massa falida pelo administrador nos procedimentos arbitrais.

Portanto, pela análise conjunta dos arts. 22, III, “n”, e 76, parágrafo único, da Lei de Falência e Recuperação Judicial, concluímos que a massa falida tem aptidão para participar de um procedimento arbitral, desde que devidamente representada pelo administrador judicial. Desse modo, estará preenchido o requisito da arbitrabilidade subjetiva.

No que concerne à arbitrabilidade objetiva, em uma análise superficial do art. 103 da Lei nº 11.101/2005, poder-se-ia concluir erroneamente que a indisponibilidade dos bens do falido afastaria a arbitragem pela ausência de direito patrimonial disponível. Contudo, ressalta-se que a indisponibilidade está voltada para o falido e não para os bens que integram o patrimônio. Os bens do falido passam a compor a massa falida e seguirão disponíveis, desde que observados os requisitos legais.³⁸

Assim julgou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000³⁹ de Relatoria

38 Ibid., p. 772.

39 Outrossim, é correta a assertiva do ilustre magistrado de que, decretada a falência, o devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, na dicção expressa do artigo 103 da Lei nº 11.101/2005. No entanto, disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência acarrete a aplicação do artigo 25 da Lei nº 9.307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida

do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Foi decidido no recurso que, apesar de a decretação de falência ter como efeito a perda do direito do devedor de dispor de seus próprios bens (art. 103, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), isso não significa que tais bens são indisponíveis. O devedor falido não poderá dispor de seus bens, pois perde a administração e disponibilidade sobre eles, porém a massa falida, representada pelo administrador judicial, poderá dispor desses bens, respeitadas as exigências previstas em lei como, por exemplo, a prevista no art. 99, VI, da Lei de Falência.⁴⁰

Dessa forma, a arbitrabilidade objetiva não é abalada em razão da decretação da falência de uma das partes, uma vez que tais bens continuam sendo disponíveis, contanto que cumpram as condições legais.

Pelo fato de a decretação de falência não afastar a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, pode a sociedade falida prosseguir em um procedimento arbitral já instaurado ou iniciar uma arbitragem para solucionar conflitos decorrentes de contratos que prevejam cláusula compromissória.

Questão pertinente a ser analisada diz respeito à necessidade ou não de interpelação do administrador judicial para dar cumprimento à cláusula compromissória, conforme preceitua o art. 117 da Lei de Falência.

A decretação de falência, em regra, não extingue os contratos bilaterais. A lei possibilita que o administrador judicial decida pela

representada pelo Administrador Judicial praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, consoante prevê o artigo 22, inciso III, alínea I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9044554-23.2007.8.26.0000, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Data do Julgamento: 7 out. 2008).

40 “Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo”.

continuação do contrato caso seu cumprimento reduza ou evite o aumento do passivo da massa falida ou seja necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê de Credores. Caso o administrador não declare se irá cumprir o contrato, a lei permite que o contratante o interpele para que se pronuncie a respeito (art. 117, §1º, da Lei nº 11.101/2005).

Ocorre que o art. 117 da Lei de Falência não se aplica às convenções de arbitragem, pois a convenção não é um contrato bilateral qualquer. Ademais, a convenção de arbitragem não é uma cláusula acessória ao contrato celebrado entre as partes. Ela é um negócio jurídico autônomo e independe da validade do contrato subjacente. Por ser dotada de autonomia, o administrador judicial é obrigado a respeitá-la.

Além de ser autônoma, a cláusula arbitral produz seus efeitos de forma imediata, ou seja, uma vez convencionada, as partes renunciam imediatamente à jurisdição estatal. Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.355.831/SP⁴¹ que afastou a subordinação da eficácia da cláusula arbitral ao juízo de conveniência do administrador judicial, pois a convenção é suficiente para afastar a jurisdição estadual. Dessa forma, não há necessidade de interpellá-lo para que declare se cumpre ou não o contrato.

Nas palavras de Vidal:⁴²

Conforme anunciado, a interpelação objetiva uma resposta quanto ao cumprimento da obrigação objeto do contrato. Não se pode entender que, na presença de convenção de arbitragem, deva o administrador ser instado a se manifestar

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1355831 SP 2012/0174382-7. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data do Julgamento: 19 mar. 2013.

42 VIDAL, Gustavo Pane. *Convenção de Arbitragem*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18869/2/Gustavo%20Pane%20Vidal.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018, p. 108.

se irá ou não a cumprir, pois esta já produz o efeito de subtrair do Poder Judiciário a solução do litígio. Uma vez estipulada convenção arbitral, não é concedida a prerrogativa a qualquer das partes de renunciar, unilateralmente, à resolução do litígio através de arbitragem.

Desse modo, por ser dotada de autonomia e por produzir efeitos imediatos, não há incidência do art. 117, motivo pelo qual não há juízo de conveniência do administrador judicial, sendo este obrigado a respeitá-la.

Outros efeitos da decretação da falência são a suspensão das ações nas quais o falido seja parte e a formação de um juízo universal e indivisível. Segundo o art. 6º, da Lei nº 11.101/2005, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que, uma vez instaurado o processo judicial, a arbitragem já em curso seria suspensa por força do art. 6º, *caput*, da Lei de Falência e Recuperação. Ademais, o procedimento arbitral já instaurado seria atraído para o juízo falimentar, pois, pelo princípio da indivisibilidade previsto no art. 76 da Lei nº 11.101/2005, esse seria o competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido.

Entretanto, a arbitragem não se sujeita à regra geral do art. 6º, *caput*, mas ao §9º, adicionado pela Lei nº 14.112/2020, que prevê que a decretação de falência não impede ou suspende a instauração de procedimento arbitral. A solução é a mesma nos casos anteriores à alteração legislativa, uma vez que referida hipótese enquadrava-se no parágrafo primeiro, que determina o prosseguimento da ação que demandar quantia ilíquida no juízo no qual estiver processando-se.

Além disso, a arbitragem é uma exceção ao princípio da indivisibilidade, porque se enquadra na ressalva do *caput* do art. 76, ten-

do em vista não ser regulada pela Lei nº 11.101/2005 e ser uma causa julgada em uma justiça especializada, assim como as ações trabalhistas e fiscais.

De acordo com Moraes:⁴³

Entende-se que o art. 6º deve ser aplicado e interpretado com os arts. 76 e 117. Os referidos dispositivos devem permitir o prosseguimento da arbitragem perante o juízo especial (arbitral), constituindo exceção à universalidade e à unidade do juízo falimentar. Contudo, corroborando ainda mais o entendimento ora proposto, entende-se que, também em razão da especialidade da jurisdição arbitral, o processo deverá prosseguir nesse juízo, assim como ocorre com as ações trabalhistas e fiscais. Acresce-se ao argumento, relacionado à especialidade do juízo, a constatação que a arbitragem é processo extrajudicial, portanto externo à estrutura do Poder Judiciário, o que justificaria, com maior razão, a exceção ora proposta.

Pelo exposto, a cláusula compromissória, por ser autônoma em relação ao contrato, não pode ser afastada pelo administrador judicial. A decretação da falência não interfere na validade e eficácia da convenção de arbitragem e não suspende os procedimentos arbitrais já em curso. Esse também foi o posicionamento adotado pela doutrina no enunciado nº 75 da II Jornada de Direito Comercial⁴⁴ e no

43 MORAES, Felipe Ferreira Machado. *Arbitragem e Falência*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 781.

44 “75. Havendo convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não se suspende e novo procedimento arbitral pode ser iniciado, aplicando-se, em ambos os casos, a regra do art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005; e (ii) o administrador judicial não pode recusar a eficácia da cláusula compromissória, dada a autonomia desta em relação ao contrato”.

enunciado nº 6 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.⁴⁵

Quanto à possibilidade de o falido celebrar acordo no curso da arbitragem com o objetivo de findar o litígio, entende-se ser necessária a autorização judicial, conforme exigido pelo art. 22, §3º, da Lei de Falência. Ao celebrar o acordo, o administrador estará transigindo sobre direitos e obrigações da massa falida. Desse modo, não é necessária a autorização judicial para se iniciar uma arbitragem, porém ela é necessária para a celebração de acordo em seu bojo.

Por fim, cumpre examinar se, após a decretação da falência, poderá a massa falida celebrar convenção de arbitragem. Há divergência sobre o assunto na doutrina. Segundo Vidal,⁴⁶ não é possível a celebração de convenção de arbitragem na pendência de processo falimentar, uma vez que não há livre disponibilidade dos bens pelo falido nem pelo administrador judicial, o qual se submete à regra prevista no art. 142 da Lei nº 11.101/2005.

No mesmo sentido, conforme Almeida e Ramalho,⁴⁷ na falência o devedor perde o poder de dispor e administrar seus bens, bem como perde a representação da sua atividade. Por esses motivos, estaria impedido de celebrar convenção de arbitragem após a decretação da falência.

Em sentido contrário, Moraes⁴⁸ sustenta que os direitos que compõem a massa permanecem disponíveis, podendo o administrador celebrar contratos, desde que respeite os requisitos legais. Assim,

45 “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”.

46 VIDAL, op. cit., p. 109.

47 ALMEIDA; RAMALHO, op. cit., p. 125.

48 MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e Falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 Anos da Lei de Arbitragem – Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 783.

para que o administrador possa celebrar convenção de arbitragem, dispondo de bens e direitos em nome da massa, deverá solicitar autorização judicial, conforme art. 22, §3º, da Lei de Falência e Recuperação. Porém, a autorização será dispensada caso a outra parte concorde em assumir a responsabilidade integral pelo pagamento das custas dos procedimentos arbitrais, pois não implica disponibilidade patrimonial.

Pelo exposto no presente trabalho, parece ser mais correta a posição que possibilita a celebração de convenção de arbitragem pela massa falida representada pelo administrador judicial. A decretação da falência não torna os bens indisponíveis para a massa falida, podendo o administrador deles dispor, desde que haja autorização judicial, após ouvidos o Comitê de Credores e o devedor. A referida autorização se mostra necessária pois, ao final do procedimento arbitral, caso a massa falida seja condenada, terá que suportar indiretamente, quando da habilitação no quadro geral de credores, o montante das despesas com a arbitragem, que são muito superiores a uma demanda judicial.

Conclusão.

A arbitragem é uma forma alternativa de resolução de conflitos por heterocomposição regulada pela Lei nº 9.307/1996. Por meio de convenção de arbitragem, as partes acordam em submeter os litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis à apreciação de árbitros cujas decisões são consideradas títulos executivos judiciais.

A arbitragem possui diversas vantagens se comparada ao processo judicial. Entre elas, podemos citar a celeridade, a confidencialidade, a possibilidade de escolha do árbitro, a especialidade dos julgadores, o menor formalismo do processo e a circulabilidade da sentença.

Arbitrabilidade é a aptidão para que um conflito seja passível de resolução pelo procedimento arbitral, sendo que os requisitos ne-

cessários para que um conflito seja submetido à arbitragem estão previstos no art. 1º da Lei nº 9.307/1996. Ela é qualificada em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva. A primeira está relacionada com a capacidade de uma pessoa contratar cláusula de arbitragem. Já a segunda corresponde aos direitos que podem ser solucionados por arbitragem. Somente as pessoas capazes podem contratar cláusula de arbitragem e somente as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem submetidas à arbitragem.

A convenção de arbitragem é gênero de negócio jurídico por meio do qual as partes se comprometem a adotar a arbitragem como meio de resolução do conflito. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies de convenção de arbitragem. Pela cláusula compromissória, prevendo a possibilidade de ocorrer conflitos, as partes acordam que eles serão solucionados por arbitragem. No compromisso arbitral, somente após o litígio ser instaurado as partes acordam que ele será dirimido por arbitragem.

A convenção de arbitragem é autônoma e independe da validade do contrato subjacente. Uma vez contratada, afasta a jurisdição estatal. Dessa forma, pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz* previsto no art. 8º da Lei de Arbitragem, compete ao árbitro analisar a validade e eficácia da convenção.

Pelo grande número de falências decretadas nos últimos anos e pela ausência de expressa previsão legal sobre o tema até o advento da Lei nº 14.112/2021, é de suma importância a investigação dos efeitos da decretação da falência no procedimento arbitral, principalmente sobre a cláusula compromissória estipulada entre as partes.

Sem a intenção de esgotar o assunto, analisaram-se as consequências da decretação de falência sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, bem como se verificou a desnecessidade de interpelação do administrador judicial para cumprir com a cláusula arbitral. Ao final, defende-se a impossibilidade de suspensão da arbitragem já instaurada com fundamento no art. 6º da Lei nº 11.101.2005 e a viabilidade da celebração

de convenção de arbitragem após a decretação da falência, desde que haja expressa autorização judicial.

A superveniente decretação da falência em nada influencia na validade e na eficácia da cláusula compromissória celebrada pelas partes. A validade e eficácia da cláusula de arbitragem devem ser analisadas levando-se em consideração os requisitos na data de sua celebração.

A decretação da falência não afasta a arbitrabilidade subjetiva, pois o art. 22, III, “n”, da Lei nº 9.307/1996 expressamente possibilita a representação da massa falida pelo administrador em todos os processos. Portanto, o falido será sucedido pela massa falida que será representada pelo administrador judicial.

A arbitrabilidade objetiva não extingue com a decretação da falência. A indisponibilidade prevista no art. 103 da Lei nº 11.101/2005 atinge apenas o falido e não o patrimônio da massa falida. Os bens do falido passam a compor a massa falida e continuarão sendo disponíveis, desde que observadas as determinações previstas na lei.

Quanto à interpelação do administrador pelo contratante, não se aplica o art. 117 da Lei de Falência às convenções de arbitragem. A convenção não é um contrato bilateral qualquer nem uma cláusula acessória ao contrato celebrado entre as partes. Ela é um negócio jurídico autônomo e independe da validade do contrato subjacente. Por ser dotada de autonomia, não há discricionariedade no seu cumprimento, tendo o administrador a obrigação de observar o que foi acordado.

A decretação de falência não suspende o procedimento arbitral. A arbitragem não se enquadra na regra geral do art. 6º, *caput*, mas no §9º, que determina que a falência não impede ou suspende a instauração de procedimento arbitral.

Por fim, poderá a massa falida, representada pelo administrador judicial, celebrar convenção de arbitragem após a decretação da

falência, sendo imprescindível a autorização judicial para tanto. Após a decretação da falência, os bens não se tornam indisponíveis para a massa falida, podendo o administrador deles dispor, desde que obedecidos os requisitos legais. A autorização judicial é necessária pois, ao final do procedimento arbitral, caso a massa falida seja condenada, terá que suportar indiretamente, quando da habilitação no quadro geral de credores, o montante das despesas com a arbitragem, que são muito superiores a uma demanda judicial.

